

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1. Penal Sustantiva

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 24/02/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE:

Fiscalía Cuarta del Ministerio Público ante las Salas de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

3.- MATERIA: Penal Sustantiva

4.- TEMA: Abuso Sexual a Niños, Niñas y Adolescentes

5.- EXTRACTO

“La Corte de Apelaciones de la Circunscripción Judicial del estado Miranda, con sede en Los Teques, si efectuó una exposición concisa de las razones de hecho y de derecho por las que en su criterio, los hechos cometidos por el ciudadano Identidad omitida, debían ser tipificados por la Ley especial en la materia, así como que la pena establecida para el delito de abuso sexual a niños, niñas y adolescentes, previsto y sancionado en el artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no era más benigna que la correspondiente al delito de Violación en el artículo 374 del Código Penal, a tenor de lo cual, no le asiste la razón al recurrente cuando señala que dicho Tribunal de Alzada, incurrió en el vicio de errónea interpretación del artículo 604, literal “d” de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Por todos los razonamientos antes expuestos, conforme a la jurisprudencia dictaminada por nuestro Máximo Tribunal de la República, y, luego del estudio efectuado de la sentencia de primera instancia, el recurso de apelación interpuesto y el fallo recurrido en casación, esta representante del Ministerio Público considera que la Sala Especial de Responsabilidad Penal del Adolescente de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Miranda, al dictar su sentencia de fecha 6 de mayo de 2010, no incurrió en el vicio de errónea interpretación del artículo 628, parágrafo segundo, literal “a” de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en concordancia con el artículo 604, literal “d” *ejusdem*, toda vez que, si bien es cierto el tipo penal contenido en el artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no incluye dentro de las conductas que tipifica, la “violación”, también es cierto, que los supuestos contenidos tanto en el encabezamiento como en el primer aparte de dicho artículo, han sido considerados por ese Máximo Tribunal de la República, como el delito de abuso sexual en la modalidad de violación, en virtud de los hechos constitutivos del delito, que implican el constreñimiento de la víctima a sostener relaciones sexuales y que por ende acarrearán violencia, por lo que se encuentra incluido dentro del listado de delitos establecidos en el artículo 628 parágrafo segundo, literal “a”, en virtud de lo cual, el referido Tribunal de Alzada al dictar su sentencia, interpretó debidamente el contenido de dicho artículo”

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° FTSJ-4-041-2010/RC-251

6.2.- FECHA: 11/11/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“María Cristina Vispo López, actuando con el carácter de Fiscal Cuarta del Ministerio Público ante las Salas de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, comisionada por la Dirección General de Apoyo Jurídico del Despacho de la Fiscal General de la República, mediante comunicación número DGAJ-5-1952-921-2010-047550, de fecha 19 de octubre de 2010, para ejercer la

representación del Ministerio Público en la causa número 2010-0256, contentiva del Recurso de Casación ejercido por el abogado Cipriano Chivico, Defensor Público Segundo del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, adscrito a la Unidad de Defensa Pública del estado Miranda, del adolescente cuya identidad se omite, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 545 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, contra el fallo dictado en fecha 6 de mayo de 2010, por la Sala Especial de Responsabilidad Penal del Adolescente de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Miranda, que declaró Parcialmente Con Lugar el recurso de apelación interpuesto por la defensa de dicho ciudadano y confirmó Parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Primero de Primera Instancia en Funciones de Juicio Sección Adolescentes del Circuito Judicial Penal del estado Miranda, que declaró penalmente responsable al joven adulto Identidad omitida, a cumplir la sanción de cinco (5) años de privación de libertad, por la comisión del delito de Violación, previsto y sancionado en el numeral 1 del artículo 374 del Código Penal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 620, literal "f" de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en perjuicio del niño, identidad que también se prescinde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 545 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; ocurro ante ustedes cumpliendo con los deberes y atribuciones que me confieren el artículo 285.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los artículos 16.6 y 35.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y los numerales 13 y 18 del artículo 108 del Código Orgánico Procesal Penal, a los fines de exponer y solicitar:

I

ANTECEDENTES

En fecha 20 de enero de 2007, a las 10:20 am, la ciudadana Yamileth Torres, compareció ante el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, Sub delegación Higuero, con la finalidad de denunciar al adolescente Identidad omitida, señalando que fue la persona que abuso sexualmente de su hijo Identidad omitida, de 7 años de edad, en esa misma fecha, cuando lo invitó a dar unas vueltas en su bicicleta, aprovechándose de la confianza por ser su vecino y llevándolo hasta el sector denominado la Rallandería, donde se produce casabe, en Cupira, estado Miranda, procediendo a someterlo y a bajarle el pantalón para penetrarlo por la vía anal, tratando el niño de zafarse del agresor, el cual mediante su superioridad física no se lo permitió y evitando que se escucharan sus llamados de auxilio, al taponarle la boca con sus manos, por cuanto el niño empezó a gritar, saciando sus deseos en la persona del niño, cuya conducta va dirigida al logro de su propia satisfacción sexual, amenazándolo de atentar contra su integridad física, si contaba lo sucedido.

El 16 de febrero de 2009, el abogado Omar Jiménez, Fiscal Décimo Octavo especializado en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Miranda, presentó escrito de acusación en contra del adolescente Identidad omitida, por la comisión del delito de violación presunta, previsto y sancionado en el numeral 1 del artículo 374 del Código Penal.

En fecha 5 de mayo de 2009, se celebró la audiencia preliminar ante el Tribunal Primero de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Miranda, la cual fue diferida para el 19 de mayo de 2009, en cuya oportunidad se le acordó al adolescente Identidad omitida, medida privativa de libertad, de conformidad con el artículo 628 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, así como las medidas cautelares de obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que éste designe; prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el Tribunal; y prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa, previstas en los literales c, d y f del artículo 582 *ejusdem*, respectivamente y se ordeno la apertura y el pase a Juicio Oral y Público.

En fecha 30 de septiembre de 2009, el Tribunal Primero de Primera Instancia en Funciones de Juicio Sección de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del estado Miranda, declara Penalmente responsable al joven adulto Identidad omitida, a cumplir la sanción de cinco (5) años de privación de libertad, por la comisión del delito de violación, previsto en el artículo 374 numeral 1 del Código Penal, en perjuicio del niño Identidad omitida, de conformidad con lo establecido en el artículo 620 literal "f", en relación con

los artículos 622 y 628 párrafo segundo, literal "a" de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

El 15 de octubre de 2009, la abogada Raiza González, Defensora Pública Segunda (E) del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, adscrita a la Unidad de Defensa Pública del estado Miranda, extensión Barlovento, defensora del ciudadano Identidad omitida, interpuso Recurso de Apelación en contra de la decisión de fecha 30 de septiembre de 2009, emitida por el referido Tribunal de Primera Instancia en Funciones de Control.

En fecha 6 de mayo de 2010, la Sala Especial de Responsabilidad penal del Adolescente de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Miranda, declaró Parcialmente Con Lugar el recurso de apelación interpuesto y Parcialmente confirmada la sentencia recurrida.

Contra dicha sentencia, el abogado Cipriano Chivico, Defensor Público Segundo del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, adscrito a la Unidad de Defensa Pública del estado Miranda, actuando como defensor de Identidad omitida, en fecha 17 de mayo de 2010, interpuso Recurso de Casación, que fue admitido por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, mediante auto número 414, de fecha 7 de octubre de 2010, designándose como ponente a la magistrada Deyanira Nieves Bastidas y al cual se refiere esta representante del Ministerio Público, a continuación.

II

RECURSO DE CASACIÓN

El recurso de casación presentado por el defensor del ciudadano Identidad omitida, fue ejercido con fundamento en los artículos 610.a y 613 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en concordancia con los artículos 459 y 460 del Código Orgánico Procesal Penal y se denuncia la errónea interpretación, del artículo 628, párrafo segundo, literal "a" de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en relación con el artículo 604, literal "d" *ejusdem*, con apoyo en:

Que la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Miranda, no obstante haber realizado un cambio de calificación jurídica del delito acusado, confirmó la sanción que le fue impuesta al ciudadano Identidad omitida, por el Tribunal de Juicio del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Miranda, en fecha 4 de mayo de 2010, mediante la cual lo sancionó a cumplir una medida socioeducativa de cinco años de privación de libertad.

Que el Tribunal de la recurrida acoge adecuadamente las normas aplicables al caso concreto, pero aplica erróneamente sus consecuencias jurídicas, generando de esa forma efectos no previstos en el artículo 628, párrafo segundo, literal "a" de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Que la subsunción del hecho atribuido al adolescente Identidad omitida en el artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, le favorece ampliamente, por cuanto el delito de abuso sexual a niño, tipificado en la referida disposición legal, no comporta la privación de libertad como sanción, por cuanto en su criterio no menciona el delito de violación, valga decir, los hechos descriptivos de las conductas prohibidas por la ley no configuran las estructuras del delito de violación sino el delito de abuso sexual a niño.

Que la Ley establece expresamente el grupo de delitos que en el ámbito de los derechos fundamentales del adolescente comportan "privación de libertad" como sanción, igualmente dentro de esa lista no está incluido el delito de "abuso sexual a niño", en virtud de lo cual, en estricto rigor de derecho, la sanción a imponer al referido ciudadano, puede ser cualquiera de las previstas en el artículo 620 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, menos la medida de privación de libertad, por cuanto la misma no tiene fundamento legal que la sustente, si se toma en

cuenta su exclusión del artículo 628, párrafo segundo, literal "a" *ejusdem*, además de que tampoco aparece tipificado completa y adecuadamente en el artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Que como se indicó anteriormente, el Tribunal de la recurrida realiza un cambio de calificación jurídica del hecho imputado y lo subsume en la norma del artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, lo cual es correcto, si se toma en consideración que los elementos que conforman la descripción del tipo penal contenido en el artículo 374.1 del Código Penal respecto al delito de violación son los mismos que aparecen previstos en el artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, respecto al delito de abuso sexual a niño, sin embargo la recurrida a pesar del cambio de calificación jurídica, condena al adolescente Identidad omitida a cumplir la sanción de cinco (5) años de privación de libertad por la comisión del delito de abuso sexual, previsto y sancionado en el artículo 259 *ejusdem*, en concordancia con el artículo 620 literal "f" en relación con los artículos 622 y 628 párrafo segundo, literal "a" de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, incurriendo así en una errónea interpretación de la norma señalada, toda vez que extrae de la misma, consecuencias no previstas en ésta y cuyo efecto se traduce en una mayor restricción del derecho a la libertad personal del justiciable, pues de quedar firme la sanción, el ciudadano Identidad omitida, deberá ingresar a un centro de internamiento donde cumplirá una pena que la ley no la expresa para el delito de abuso sexual, debiendo enfrentarse a los efectos negativos que derivan del encierro en una cárcel o internado judicial.

Que los artículos 604 literal "d" de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes al igual que el artículo 364.4 del Código Orgánico Procesal Penal, le imponen a los jueces de mérito la obligación de fundamentar su decisión, al exigir como requisito de forma que señalen la exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho, cometido que sólo se puede alcanzar a través de su razonamiento crítico-analítico respecto de los argumentos, sin que baste para ello el sólo hecho de equiparar la pena que derive de dos tipos penales diferentes para confirmar la sanción impuesta por el Tribunal de Juicio contra el justiciable.

Que el criterio fundamental para la privación de la libertad individual subyace sobre la necesidad de dar fiel y cabal cumplimiento al mandato legal que la regula, pues es un deber del Juez someterse al imperio de la ley, sólo en ella encuentra su fundamento y límite, no puede el Juez de Responsabilidad Penal del Adolescente imponer una pena que comporte privación de libertad si el delito del cual deviene dicha sanción no aparece incluido en el grupo de aquellos delitos para la cual la Ley no le autoriza como bien ocurre con lo establecido en el artículo 628 párrafo segundo literal "a" de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, tampoco puede aplicar una sanción distinta a la señalada para cada hecho punible, ni tampoco le es dado al Juez en procura de la agravación de la situación del justiciable, equiparar un hecho cuya forma expresa o inequívoca en la descripción de una conducta configura las estructuras de un delito determinado por la ley del cual deviene una sanción menos gravosa respecto de la derivada del hecho delictivo equiparado, pues la garantía constitucional asociada al principio de legalidad se opone a cualquier intento de relativizar la importancia y el significado del tipo en el proceso penal juvenil. La calificación jurídica del hecho es relevante para la imposición de la sanción, lo que se corresponde con la garantía que a favor del justiciable establece el literal "a" del párrafo segundo del artículo 628 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que contempla la sanción de privación de libertad solamente para los delitos que ese precepto menciona.

III

OPINIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El defensor del ciudadano Identidad omitida, interpuso recurso de casación con apoyo en los artículos 610.a y 613 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en concordancia con los artículos 459 y 460 del Código Orgánico Procesal Penal, denunciando la errónea interpretación del artículo 628, párrafo segundo, literal "a" de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en relación con el artículo 604, literal "d" *ejusdem*, con fundamento en:

Que la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Miranda, no obstante haber realizado un cambio de calificación jurídica del delito acusado, confirmó la sanción que le fue impuesta al ciudadano Identidad omitida, por el Tribunal de Juicio del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Miranda, mediante la cual lo sancionó a cumplir una medida socioeducativa de cinco años de privación de libertad, por lo que aplicó erróneamente sus consecuencias jurídicas, generando de esa forma efectos no previstos en el artículo 628, parágrafo segundo, literal "a" de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Que la tipificación del hecho atribuido al adolescente Identidad omitida en el artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, le favorece ampliamente, por cuanto el delito de abuso sexual a niño, contenido en la referida disposición legal, no comporta la privación de libertad como sanción, al no mencionar el delito de violación.

Que los artículos 604 literal "d" de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y artículo 364.4 del Código Orgánico Procesal Penal, le imponen a los jueces de mérito la obligación de fundamentar su decisión, al exigir como requisito de forma que indiquen la exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho, lo cual se obtiene por medio de su razonamiento crítico-analítico respecto de los argumentos, sin que baste el sólo hecho de equiparar la pena que derive de dos tipos penales diferentes, para confirmar la sanción impuesta por el Tribunal de Juicio.

Ahora bien, a los fines de determinar si el Tribunal de Alzada al dictar su sentencia de fecha 6 de mayo de 2010, incurrió en el vicio de errónea interpretación del artículo 628, parágrafo segundo, literal "a" de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en concordancia con el artículo 604, literal "d" *ejusdem*, denunciado por la defensa del ciudadano Identidad omitida, se procede a transcribir los extractos en los cuales dicho Juzgador fundó la motiva de su fallo:

"...Cuarto: Consideraciones de esta Corte d Apelaciones para emitir pronunciamiento: El presente proceso se rige por una legislación especial en razón de la minoría de edad que poseía el hoy sancionado al momento de suscitarse el hecho punible que se le atribuye, por lo tanto, esta Alzada debe hacer mención a las disposiciones contenidas en los artículo 76 del Código Orgánico Procesal Penal y 526 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes...resolución al Recurso de Apelación Interpuesto. La recurrente, con fundamento en el artículo 452 numeral 2 del texto adjetivo penal denunció como primer motivo de apelación la inmotivación de la sentencia alegando que el juez de la recurrida omitió realizar una exposición concisa de los fundamentos de hecho y de derecho en los que basó su sentencia, asimismo indica que el A Quo no indica de donde extrajo determinadas conclusiones en su decisión, lo que le hace incurrir en falsos supuestos, específicamente al afirmar lo siguiente: 'obligando a tener sexo anal, dejando a la víctima indefensa quien al pedir auxilio le fue impedido ya que el acusado le tapo la boca con sus manos, luego de saciar su deseo sexual abandono el lugar'...En un estado Social de Derecho y de Justicia como el nuestro el juez debe convencer porque razona y demuestra cada una de sus inferencias, las que deben estar conectadas lógicamente. Así pues, observa este órgano jurisdiccional de Alzada que el A Quo apoyó su sentencia en un conjunto de razonamientos de hecho y de derecho, lo cual constituye una motivación valorativa y lógica como lo preceptúa el ordenamiento jurídico vigente, apreciándose que al indicar que el adolescente Identidad omitida, fue la persona que cometió el delito de violación presunta, en contra del niño Pablo Antonio Romero, lo sustentó con lo depuesto por la víctima en referencia, quien a juicio de quien sentenció fue claro, preciso y enfático al señalar la conducta desplegada por el acusado, igualmente se basó en el reconocimiento médico legal realizado por el experto Federico Vicente Turzi, así como en la declaración del funcionario Jesus Ramon Quintana Vásquez, quien determinó el sitio del suceso donde ocurrieron los hechos y las declaraciones testimoniales de los ciudadanos Yamileth Irani Torres Y Franklin Jose Perfecto, para dar por demostrada la comisión del hecho punible y la consiguiente responsabilidad penal del acusado...Si la sentencia es el acto jurisdiccional por excelencia, resulta evidente la importancia jurídica que reviste su apropiada motivación. Esta exigencia de expresar los fundamentos de las decisiones judiciales tiene el carácter de derecho fundamental; ella puede apreciarse como garantía básica de la función jurisdiccional. La motivación debe constituir

evidencia esencial de la forma razonada y razonable con que la justicia es impartida por los juzgadores. Su rigurosa exigencia es un antídoto eficaz contra la arbitrariedad. Así las cosas, al revisar la sentencia impugnada se aprecia que la argumentación en la cual se apoyó el Juez de Juicio para emitir su fallo, así como los razonamientos de hecho y de derecho en los cuales basó su dispositivo, entre los que puede resaltarse la valoración de forma detallada e individualizada de todos y cada uno de los medios probatorios que fueron incorporados a lo largo del debate oral y público, siguieron lo preceptuado en el artículo 22 de la norma adjetiva penal. Siguiendo con la resolución del primer motivo de apelación expresado por la profesional del derecho Raiza González, Defensora Pública Penal del acusado de autos, esta Alzada procede a revisar el hecho consistente en que el sentenciador no indicó de donde extrajo determinadas conclusiones en su fallo, lo que denuncia la recurrente como falsos supuestos. Al respecto esta Instancia Superior observa que el Juez en funciones de Juicio apreció y valoró la declaración de la víctima el niño Identidad omitida...Por otra parte la ciudadana Yamileth Iraní Torres, en su condición de testigo y madre de la víctima...Las anteriores declaraciones fueron concatenadas con lo depuesto por el Experto Federico Vicente Turzi, adscrito a la Medicatura Forense del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas...Evidenciándose ésta Instancia Superior en la sentencia recurrida la debida aplicación de las reglas de la lógica, la sana crítica y las máximas de experiencia, lo cual conlleva al sentenciador a una conclusión razonada, dando cumplimiento con ello a la debida motivación del fallo, que implica discriminar el contenido de cada prueba, confrontándola con las demás existentes, luego del resumen, análisis y comparación del acervo probatorio debatido durante el juicio oral y privado, lo que le permitió al Tribunal, reconstruir las circunstancias del hecho y establecer la conducta típica determinante para obtener la convicción del culpabilidad del acusado, quedando demostrado durante el desarrollo del debate tal como lo expresó el juzgador que el adolescente José Ángel Estacio, obligó a su víctima el niño Identidad omitida, a tener sexo anal, dejándolo indefenso al taponarle la boca con sus manos, para impedir que el mismo pidiera auxilio y luego de saciar su deseo sexual abandonó el lugar, afirmación que en ningún modo constituye un falso supuesto, sino que por el contrario obedece a todo lo presenciado por el Juez ininterrumpidamente en el debate y a la incorporación de todas las pruebas (entre las que destacan las arriba transcritas) de las cuales obtuvo su convencimiento, todo ello conforme al principio de inmediación que establece el artículo 16 del Código Orgánico Procesal Penal...Asimismo, se observa que cuando el A Quo expresa que el adolescente enjuiciado: 'distorsionó los hechos a los fines de obtener su propio beneficio', lo hace en virtud que el referido acusado no demostró ningún interés en querer reportar el daño causado y pese a la comprobación de su responsabilidad en el hecho punible, el mismo negó su participación. En razón de todas las consideraciones que anteceden y visto que el Juez de la recurrida dio cumplimiento a lo estipulado en los artículos 16 y 22 del Código Orgánico Procesal Penal, estima este Tribunal de Alzada que no existen motivos que hagan anulable la sentencia dictada en fecha 28 de septiembre de 2009 y publicada el 30 del mismo mes y año, por parte del Juzgado Primero de Primera Instancia en funciones de Juicio de la Sección de Responsabilidad Penal del Adolescente, extensión Barlovento, por lo cual se declara Sin Lugar el primer motivo de apelación incoado...**En lo que respecta al segundo motivo de apelación esgrimido por la recurrente, fundamentado en el numeral 4 del artículo 452 de la norma adjetiva penal, relativo a la violación de la ley por inobservancia o errónea aplicación de una norma jurídica, se denuncia la incorrecta subsunción de los hechos en la norma del artículo 374 numeral 1 del Código Penal, cuando lo correcto era subsumirlos en la norma prevista en el artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. El artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal estipula:...'Los numerales que van del 1 al 3...se fundan en actos procesales, bien en la sustanciación del proceso o bien en la formación de la sentencia, mientras que el significado del numeral 4 abarca única y exclusivamente normas procesales y/o sustantivas, así como el quebrantamiento o errónea aplicación de cualquier otra norma aplicable diferente de las normas penales, como las que poseen carácter supletorio...Este Tribunal Colegiado constata que el Tribunal en funciones de Juicio en materia de Responsabilidad Penal del Adolescente consideró como fehacientemente demostrado que el ciudadano José Ángel Estacio, constriñó al niño identidad omitida, a tener relaciones sexuales con su persona, específicamente sexo anal (como quedó**

probado en el debate oral y privado) en contra de su voluntad. Los artículos 530 y 537 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes prevén:...De lo anterior se colige que ante un proceso regido por una materia especial, en el caso que nos ocupa responsabilidad penal del adolescente, debe privar la aplicación de la ley que regula la materia, es decir, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en virtud que las disposiciones normativas establecidas en ella fueron consagrados a favor de los intereses de niños y en el caso específico de los adolescentes...Observa esta Alzada que el tipo penal contenido en la ley especial, esto es, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, abarca todo acto sexual que implique penetración genital o anal, lo cual se adecúa a los hechos que dio por demostrado el juzgado de juicio en la presente causa...Así las cosas, si bien es cierto que el Ministerio Público desde la interposición de su acusación formal contra el adolescente José Ángel Estacio, señaló como precepto jurídico aplicable el tipo penal de violación presunta, previsto y sancionado en el artículo 374 del Código Penal, no es menos cierto que la Ley que regula la materia de responsabilidad penal del adolescente contiene un tipo penal que encuadra perfectamente en el hecho que se le atribuye al prenombrado acusado, esto es, el artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, sin embargo, la pena de prisión en ambos casos, es la misma, por tanto, carece de fundamento lo alegado por la recurrente en el sentido de afirmar que el tipo penal contenido en la ley especial resulta mas favorable a su defendido. No obstante, esta Alzada en uso de sus atribuciones estima que lo procedente y ajustado a derecho es aplicar el cambio de calificación jurídica al hecho por el cual resultó condenado el adolescente Estacio José Ángel, por el delito de abuso sexual a niños y niñas, establecido en el artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, el cual contempla todo acto sexual con penetración genital, anal, carnal, manual, con introducción de instrumentos que simulen objetos sexuales e incluso sexo oral, obedeciendo tal cambio al principio de especialidad normativa (lex specialis derogat legi generali), sin que ello genere modificación alguna de los efectos de la sentencia recurrida, dado que el tipo penal de violación, previsto y sancionado en el artículo 374 del texto sustantivo penal que describe una situación fáctica que de forma especial se encuentra subsumida en el artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y además de ello, ambas disposiciones establecen la misma sanción para el caso concreto...Por todas las anteriores consideraciones, esta Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Miranda, procede a realizar el cambio de calificación jurídica en la presente causa, con base a las comprobaciones de hecho ya fijadas por la decisión recurrida, del delito de violación tipificado en el artículo 374 del texto sustantivo penal, por el delito de abuso sexual a niño, previsto y sancionado en el artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, por lo que la segunda denuncia debe ser declarada Con Lugar, lo cual a su vez no ocasiona modificación alguna de la sanción impuesta...". (Subrayado y negrillas de la Fiscal).

Al respecto, se observa, que la citada Corte de Apelaciones al dictar su sentencia, cambió la calificación jurídica del delito de violación, previsto y sancionado en el artículo 374 numeral 1 del Código Penal, en virtud del cual había sido acusado el adolescente Identidad omitida, por el Ministerio Público y condenado por el Tribunal Primero de Primera Instancia en Funciones de Juicio Sección Adolescentes del Circuito Judicial Penal del estado Miranda, por el delito de abuso sexual a niños y niñas, contenido en el artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en atención a que en materia de responsabilidad penal de adolescentes, la Ley especial que rige la materia, es la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y no el Código Penal, aplicable en este caso de conformidad con los artículos 530 y 537 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, por cuanto el ciudadano Identidad omitida era adolescente para el momento en que ocurrieron los hechos, así como la víctima Identidad omitida, quien tenía 8 años de edad y en ese sentido, la Corte de Apelaciones consideró que el tipo penal que se adecuaba a las circunstancias ocurridas en el presente caso, era el de abuso sexual a niños y niñas, toda vez que el adolescente

Identidad omitida realizó actos sexuales al niño, a través de penetración anal, por lo que lo procedente era cambiar la calificación jurídica del delito por el cual fue condenado.

Sin embargo, la defensa del adolescente Identidad omitida en su recurso de casación denuncia, que la referida Corte de Apelaciones incurrió en el vicio de errónea interpretación del artículo 628, parágrafo segundo, literal "a" de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en relación con el artículo 604, literal "d" *ejusdem*, por cuanto a pesar de haber realizado un cambio de calificación jurídica del delito acusado, confirmó la sanción que le fue impuesta por el Tribunal de Juicio del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Miranda, en fecha 4 de mayo de 2010, mediante la cual lo sancionó a cumplir una medida socioeducativa de cinco años de privación de libertad, generando efectos no previstos en el artículo 628, parágrafo segundo, literal "a" de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

En cuanto a este planteamiento, se aprecia, que efectivamente el tipo penal contenido en el artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, tipifica varias conductas bajo el nombre de "abuso sexual", no señalando expresamente dentro de las mismas la palabra "VIOLACIÓN", sin embargo dentro de dichas acciones, se encuentra evidentemente la "violación", en los supuestos contenidos tanto en el encabezamiento como en el primer aparte de ese dispositivo legal, tal como ocurre en el caso de que se produzca "...penetración genital, anal u oral..."; que se evidenció en el supuesto de autos, razón por la cual ese Máximo Tribunal de la República, ha considerado al delito de ABUSO SEXUAL en la modalidad de violación, por los hechos constitutivos del mismo, que implican el constreñimiento de la víctima a sostener relaciones sexuales y por ende acarrear violencia, respecto de lo cual se ha señalado lo siguiente:

"...De lo expuesto se evidencia, que el artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, tipifica varias conductas, bajo el nomen jurídico de abuso sexual a niños. Dentro de las conductas típicas señaladas, se encuentra evidentemente la violación, descrita en la misma norma como "...penetración genital, anal u oral...". Aunado a ello, resultó claramente establecido que el adolescente fue sancionado por el delito de abuso sexual a niños en la modalidad de violación, al haber quedado acreditado en el debate oral que el niño víctima fue objeto en diversas oportunidades de penetración anal, entre otras conductas. Por las razones expuestas, el artículo 628 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, no resultó infringido, toda vez que es plenamente aplicable al caso que nos ocupa, la sanción de medida de privación de libertad...". Sentencia número 428, de fecha 28 de agosto de 2008, dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, Magistrada Ponente Deyanira Nieves Bastidas.

"...De la disposición legal anteriormente transcrita, se vislumbra como delito de abuso sexual a niños, todas aquellas acciones de contenido sexual realizada a niños. Así mismo, se desprenden, dos supuestos del mismo tipo penal, el abuso sexual a niños y el abuso sexual a niños en la modalidad de violación contenidos en el encabezamiento y en el primer aparte del supra citado artículo, respectivamente, y donde a cada uno de ellos, le corresponde una pena distinta, según sean las circunstancias del caso. En ese sentido, cada supuesto implica una determinada conducta por parte del sujeto activo, que permita encuadrar el hecho según las circunstancias, preponderando la penetración de cualquier forma, como un elemento determinante para establecer el tipo penal, lo que debe ser tomado en cuenta, tanto por el Ministerio Público al momento de presentar su acto conclusivo, como por el juzgador a la hora de sentenciar y aplicar justicia. Desde el punto de vista medicolegal, el delito de abuso sexual: "... es la explotación de un niño a experiencias sexuales que son inapropiados para su nivel de desarrollo físico y emocional, en forma coercitiva e iniciado, con el propósito de la gratificación sexual de un adulto...". (Lencioni, Leo. 2002. Los Delitos Sexuales, Manual de Investigaciones Pericial para Médicos y Abogados. Editorial Trillas, S.A. de C.V. México, D.F. Pág. 114). Con respecto al delito de violación, la Sala de Casación Penal, ha señalado lo siguiente: "...El hecho punible de la violación, supone privar a la víctima de su dignidad humana y el sentido de sí mismo, al ser considerado y degradado como un mero objeto físico sexual.(...) En este sentido, el novísimo delito de violación, previsto en el artículo 374 del

Código Penal, tiene como bien jurídico tutelado el respeto a la dignidad humana e intrínsecamente proteger la libertad sexual de los adultos y la formación sana del niño y del adolescente, en orden a su libertad sexual futura y residualmente, la protección de valores éticos-sociales de la sociedad venezolana, que la doctrina especializada española la denomina moral sexual comunitaria.(...) se reputará como violación, aquellos hechos contenidos en los supuestos siguientes: Primero: donde se produzca el constreñimiento de una persona mediante violencia y amenazas a un acto carnal por vía vaginal, anal u oral; Segundo: aquellos hechos donde se produzca el constreñimiento de una persona mediante violencia y amenazas y se le introduzcan objetos por vía vaginal o anal; Tercero: aquellos hechos donde se produzca el constreñimiento de una persona mediante violencia y amenazas y se le introduzcan objetos de carácter sexual por vía oral. En estos tres supuestos de violación, se agravará la pena cuando se comete en contra de una niña, niño o adolescente. Igualmente, se agravará la pena en los supuestos siguientes: Cuarto: cuando una persona sin violencia o amenazas tenga un acto carnal por vía vaginal, anal u oral con persona, cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de la edad, bien por minoría de edad, menor de trece años...". (Sentencia Nº 411, del 18 de julio de 2007). En el caso de autos se observa, que el Ministerio Público, presentó acusación fiscal por el delito de violación agravada, tipificado en el artículo 374 del Código Penal, siendo debidamente cambiada la calificación jurídica por el Tribunal de Control (sección adolescentes), al delito de abuso sexual a niño, establecido en el artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y del Adolescente, por cuanto el sujeto activo del delito era un adolescente que le correspondía la aplicación de la ley especial, aunado a que la víctima era una niña de nueve (9) años de edad, acogiendo de esta manera, el criterio jurisprudencial establecido por la Sala de Casación Penal. Ahora bien, la Sala Penal indica, que en el presente caso, se determinaron elementos fácticos fundamentales, para encuadrar los hechos objeto de este proceso, en el delito de abuso sexual a niños, pero en la modalidad de violación, específicamente: "... los autos evidencia (...) la niña de nueve años de edad (...) de manera sorpresiva el adolescente acusado (...) se le abalanza lanzándola al piso, despojándole de sus vestiduras, introduciéndole el dedo vía vaginal (...) tratando de introducirle el pene por la vagina, esta se colocaba rígida a los fines de que su adversario no lograra su objetivo, siendo amenazada por arma de fuego, aunado al informe médico legal practicado a la niña (...) refleja lesiones de contusión excoriada en región mandibular izquierda, excoriación por arrastre en región lumbar izquierda (...) ginecológico refleja contusión equimótica entre región interna del labio menor izquierdo y pared vaginal anterior, que aunque no hubo desfloración, reflejan signos de traumatismos genital reciente...(sic)". (Subrayado de la Sala de Casación Penal). Lo anterior evidencia, que efectivamente el elemento fáctico en la acción desplegada por el adolescente, se materializó con la introducción del dedo en la vagina, evidenciado por la lesiones y heridas que presentó la víctima, lo cual quedó acreditado con el examen forense ginecológico (folio Nº 104, pieza Nº 1) "... contusión equimótica entre región interna del labio menor izquierdo y pared vaginal anterior...". Es por ello, que a pesar de que no existió desfloración, habían signos de traumatismos genitales recientes (confirmados en el citado examen ginecológico), demostrativos de que hubo penetración vaginal, configurándose de esta manera la condición establecida en la disposición legal ut supra "...Si el acto sexual implica, penetración genital, anal u oral...", y por ende el delito de abuso sexual a niños en la modalidad de violación, por lo tanto, no le asiste la razón a los impugnantes, en relación a lo alegado en la única denuncia del presente recurso de casación. Al respecto la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, ha señalado: "... Esta actividad sexual ilícita, comprende entonces, todas aquellas no contenidas de forma expresa en el artículo 374 del Código Penal y entre otros supuestos de hechos, serían la penetración manual por vía vaginal u anal y la masturbación forzada. En concreto, se materializa por un acto de significación sexual, que se ejecuta con el contacto corporal o psicológico con la víctima y afecte sus genitales, el ano o la boca. (Sentencia número 411, del 18 de julio de 2007)...". (Subrayados y negrillas de la Fiscal). Sentencia número 205, de fecha 22 de junio de 2010, dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, Ponente Magistrado Eladio Ramón Aponte Aponte.

De lo que se desprende, que si bien es cierto la Ley especial no contiene en el artículo 259 la palabra "violación", eso no quiere decir que no se encuentre implícita dicha conducta en ese tipo penal, tal como lo ha sostenido ese Máximo Tribunal de la República en sus decisiones, donde al referirse al supuesto establecido en el primer aparte del artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, establece que ese delito es de abuso sexual a niños y niñas, en la modalidad de "violación", en virtud de la violencia que se configura por la "penetración genital o anal, mediante acto carnal, manual o la introducción de objetos; o penetración oral aún con instrumentos que simulen objetos sexuales".

En atención a lo cual, al ser considerado el delito de abuso sexual a niños y niñas, contenido en el primer aparte del artículo 259 de la Ley especial, como cometido en la modalidad de violación, el mismo se encuentra incluido dentro del listado de delitos establecidos en el artículo 628 parágrafo segundo, literal "a" *ejusdem*, que dispone: "...Parágrafo Segundo. La privación de libertad sólo podrá ser aplicada cuando el o la adolescente: a) Cometiere alguno de los siguientes delitos: homicidio, salvo el culposo; lesiones gravísimas, salvo las culposas; violación; robo agravado; secuestro; tráfico de drogas, en cualesquiera de sus modalidades; robo o hurto sobre vehículos automotores...".

Por lo que el Tribunal de Alzada, al dictar su decisión, interpretó debidamente el artículo 628 parágrafo segundo, literal "a" de la Ley especial, cuando condenó al adolescente Identidad omitida, a cumplir la pena de cinco años de privación de libertad, por el delito de ABUSO SEXUAL A NIÑOS y NIÑAS, toda vez que como se indicó anteriormente, se considera que los supuestos previstos en el encabezamiento y el parágrafo primero del artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, constituyen el referido delito en la modalidad de violación, atendiendo al hecho de que en este caso se cometió a través de la penetración vía anal.

Asimismo, se observa, que el delito de abuso sexual a niños y niñas, contenido en el primer aparte del artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, establece una pena de prisión de quince (15) a veinte (20) años, que coincide con lo dispuesto en el artículo 374 del Código Penal, que castiga al autor del delito de violación, con una pena de prisión de quince (15) a veinte (20) años, en virtud de lo cual, no le asiste la razón al recurrente, cuando arguye que le favorece más a su defendido, la aplicación del numeral 1 del artículo 374 del Código Penal, toda vez que en ambos casos, la pena aplicable es la misma.

Por otra parte, es oportuno resaltar en relación a este tema, lo señalado en cuanto al delito de abuso sexual a niños, por el Ex Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros, de esa Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en su decisión número 665, de fecha 17 de noviembre de 2005, cuyo contenido se transcribe a continuación, le hizo un llamado a la Asamblea Nacional, a los fines de que se modificara el Título correspondiente al mencionado delito en el artículo 259 de la reformada Ley Orgánica para la protección de Niños y Adolescentes, a los fines de que hiciera referencia a la "violación", que no se encontraba tipificado, sino únicamente para el caso de minoridad de las víctimas, como en el caso que nos ocupa, donde la víctima tenía 8 años de edad, para la fecha de ocurrencia de los hechos, luego de lo cual se produjo una reforma que incrementó la pena aplicable a dicho delito de 15 a 20 años de prisión, pero que sin embargo, conservó el título como abuso sexual a niños y niñas, tal como se encuentra plasmado actualmente en el artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

"...**ADVERTENCIA** El artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente establece: "Artículo 259.-Abuso Sexual a niños. Quien realice actos sexuales con un niño o participe en ellos, será penado con prisión de uno a tres años. Si el acto sexual implica penetración genital, anal u oral, la prisión será de cinco a diez años. Si el culpable ejerce sobre la víctima autoridad, guarda o vigilancia, la pena se aumentará en una cuarta parte". La Sala Penal advierte que el término "abuso", contenido en el título del artículo arriba transcrito, no se ajusta con exactitud a la conducta antijurídica allí tipificada pues, según el Diccionario de la Real Academia Española, "abuso" es lo siguiente: "... Acción y efecto de abusar...". "Abusar" se define allí como: "... Usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien ..."; y cuando se refiere específicamente a la acepción "... abusos sexuales (...) Delito consistente en la realización de actos atentatorios contra la libertad sexual de una persona sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento ...".El delito sexual más

grave que se puede cometer contra los niños es la violación y precisamente éste, puesto que implica violencia en su forma más característica y propia, es el delito que no está tipificado completa y adecuadamente en este artículo 259 "eiusdem" porque, como se demuestra en la transcripción precedente, el término "abuso" excluye todo tipo de violencia (física o moral) y sólo incluiría (porque hasta esto es discutible cuando sí medie consentimiento) la denominada violación presunta por causa de la minoridad de las víctimas. Incluso el ambiguo término "abuso", en relación con lo sexual, se refiere a actos distintos al coito (indispensable para que haya violación) y a pesar de que a renglón seguido ese artículo se refiera a "actos sexuales": y buena prueba de esto es que a esta expresión, que por lo común se identifica más propiamente con el coito, se le da una latitud excesiva y en todo caso inusual pues con ella se habla también de la "fellatio" o "penetración oral", lo cual es doblemente absurdo: por la pena (ya que con excesiva severidad se le parangona con la pena aplicable a las verdaderas violaciones que suponen la cópula) y por la antífrasis evidente: Se debe hablar y se habla de penetración es en términos de coito. **Por todo ello, la Sala hace un llamado a la Asamblea Nacional para que en una futura reforma de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente considere modificar el título del señalado artículo, de manera que sea cónsono con la acción antijurídica...**" (Subrayado y negrillas de la Fiscal). Sentencia número 665, de fecha 17 de noviembre de 2005, dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, Magistrado Ponente: Alejandro Angulo Fontiveros.

Y en este mismo orden de ideas, la Sala de Casación Penal del Máximo Tribunal de la República, ha dicho en cuanto al abuso sexual, cuando la víctima es de ocho (8) años de edad, mediante sentencia 672 de fecha 30 de noviembre de 2005, con ponencia del Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros:

"...Demostrado que el acusado obligó a una niña de 8 años a mantener relaciones sexuales, los hechos deben subsumirse dentro de las previsiones del artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, como `...ABUSO (sic) SEXUAL A NIÑO...`".

De igual forma, el Tribunal de Alzada no incurrió en el vicio de errónea interpretación del artículo 604, literal "d" de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, al emitir su sentencia, referido a que toda decisión debe contener una exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho, toda vez que expresó las razones por las cuales se trataba de un proceso regido por una materia especial, que en este caso es de responsabilidad penal del adolescente, donde debe privar la Ley que regula la materia, es decir, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Asimismo indicó, que el tipo penal contenido en la Ley especial, abarca todo acto sexual que implique penetración genital o anal, lo que se adecua a los hechos demostrados por el Juzgado de Juicio, para luego analizar los motivos por los cuales consideraba que los hechos ilícitos cometidos por el ciudadano Identidad omitida, encuadraban en el delito de abuso sexual a niños y niñas, contenido en el artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, siendo la pena de prisión aplicable para dicho delito, la misma prevista en el artículo 374 del Código Penal, para el delito de violación presunta, por el que fue acusado dicho ciudadano por el Ministerio Público, en virtud de lo cual el tipo penal contenido en la Ley especial no es más favorable para el acusado.

En este sentido, la mencionada Corte de Apelaciones si efectuó una exposición concisa de las razones de hecho y de derecho por las que en su criterio, los hechos cometidos por el ciudadano Identidad omitida, debían ser tipificados por la Ley especial en la materia, así como que la pena establecida para el delito de abuso sexual a niños, niñas y adolescentes, previsto y sancionado en el artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no era más benigna que la correspondiente al delito de violación en el artículo 374 del Código Penal, a tenor de lo cual, no le asiste la razón al recurrente cuando señala que dicho Tribunal de Alzada, incurrió en el vicio de errónea interpretación del artículo 604, literal "d" de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Por todos los razonamientos antes expuestos, conforme a la jurisprudencia dictaminada por nuestro Máximo Tribunal de la República, y, luego del estudio efectuado de la sentencia de primera instancia, el recurso de apelación interpuesto y el fallo recurrido en casación, esta representante del Ministerio

Público considera que la Sala Especial de Responsabilidad Penal del Adolescente de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Miranda, al dictar su sentencia de fecha 6 de mayo de 2010, no incurrió en el vicio de errónea interpretación del artículo 628, parágrafo segundo, literal "a" de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en concordancia con el artículo 604, literal "d" *ejusdem*, toda vez que, si bien es cierto el tipo penal contenido en el artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no incluye dentro de las conductas que tipifica, la "violación", también es cierto, que los supuestos contenidos tanto en el encabezamiento como en el primer aparte de dicho artículo, han sido considerados por ese Máximo Tribunal de la República, como el delito de abuso sexual en la modalidad de violación, en virtud de los hechos constitutivos del delito, que implican el constreñimiento de la víctima a sostener relaciones sexuales y que por ende acarrearán violencia, por lo que se encuentra incluido dentro del listado de delitos establecidos en el artículo 628 parágrafo segundo, literal "a", en virtud de lo cual, el referido Tribunal de Alzada al dictar su sentencia, interpretó debidamente el contenido de dicho artículo. Asimismo, la subsunción que efectuó la Corte de Apelaciones de los hechos ilícitos cometidos por el adolescente Identidad omitida, en el delito de abuso sexual a niños y niñas, previsto y sancionado en el artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no es más desfavorable para el acusado que el delito contenido en el artículo 374 del Código Penal, por cuanto en los dos delitos, se castiga con la pena de prisión de quince (15) a veinte (20) años, al autor del delito; y el Tribunal de Alzada no incurrió en el vicio de errónea interpretación del artículo 604, literal "d" de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, al emitir su sentencia, referido a que toda decisión debe contener una exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho, por cuanto realizó una exposición concisa de las razones de hecho y de derecho por las que en su criterio, los hechos cometidos por el ciudadano Identidad omitida, debían ser tipificados por la Ley especial en la materia, así como que la pena establecida para el delito de abuso sexual a niños, niñas y adolescentes, previsto y sancionado en el artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no era más benigna que la correspondiente al delito de violación en el artículo 374 del Código Penal; por lo que considera esta Representante del Ministerio Público, que el recurso de casación interpuesto debe ser declarado Sin Lugar.

IV PETITORIO

De las consideraciones dispuestas en el presente escrito, esta Fiscal Cuarta del Ministerio Público ante las Salas de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, opina que el recurso de casación ejercido por el abogado Cipriano Chivico, Defensor Público Segundo del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, adscrito a la Unidad de Defensa Pública del estado Miranda, del ciudadano Identidad omitida, contra el fallo dictado en fecha 6 de mayo de 2010, por la Sala Especial de Responsabilidad Penal del Adolescente de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Miranda, que declaró Parcialmente Con Lugar el recurso de apelación interpuesto por la defensa de dicho ciudadano y confirmó Parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Primero de Primera Instancia en Funciones de Juicio Sección Adolescentes del Circuito Judicial Penal del estado Miranda, que declaró penalmente responsable al joven adulto Identidad omitida, a cumplir la sanción de cinco (5) años de privación de libertad, por la comisión del delito de violación, previsto y sancionado en el numeral 1 del artículo 374 del Código Penal, en perjuicio del niño Identidad omitida, de conformidad con lo establecido en el artículo 620, literal "f" de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; debe ser declarado Sin Lugar y así lo solicito muy respetuosamente a esta Honorable Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia."

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 18/02/2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Penal Sustantiva

4.- TEMA: Cooperador Inmediato.

5.- EXTRACTO

El cooperador inmediato es aquel sujeto que participa directamente en la ejecución de un hecho típico y antijurídico sin tener dominio sobre él. Con su acto, éste favorece a la lesión del bien jurídico tutelado por el tipo penal infringido, razón por la cual se le extiende la pena y se amplifica la responsabilidad penal con el mismo título de imputación, tal como se desprende de la norma contenida en el artículo 83 del Código Penal.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº DRD-20-164-2010

6.2.- FECHA: 14/06/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

En lo que concierne a los grados de participación atribuidos a cada uno de los imputados, llama la atención que tanto al ciudadano C R como a la ciudadana A R, se les haya señalado como cooperadores inmediatos.

De acuerdo con la dogmática jurídico penal, cooperador inmediato es aquel sujeto que participa directamente en la ejecución de un hecho típico y antijurídico sin tener dominio sobre él. Con su acto, éste favorece a la lesión del bien jurídico tutelado por el tipo penal infringido, razón por la cual se le extiende la pena y se amplifica la responsabilidad penal con el mismo título de imputación, tal como se desprende de la norma contenida en el artículo 83 del Código Penal.

El hecho en cuya ejecución participa el cooperador inmediato no se encuentra bajo su dominio, en realidad éste corresponde al autor que es quien en definitiva dirige al suceso. En ese sentido, se entiende que el cooperador inmediato -como partícipe en sí- en ningún caso domina objetiva y subjetivamente el hecho¹, sino que sólo favorece a su perpetración.

Además del elemento de ajenidad que -en general- define a las formas de participación, también se destaca el carácter de accesoriedad del que éstas deben gozar. Tal elemento impone una condición esencial, esta es que -para hallarnos en presencia de este modo de intervención- debe existir un hecho principal dominado por el autor.

1 Si así fuere, su concurso en la ejecución criminal no guardase esa cualidad sino que tomaría la de autor.

Al respecto, los autores Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán² han sostenido lo siguiente:

“(...) la participación no es un concepto autónomo, sino dependiente del concepto de autor y (...) sólo en base a éste puede enjuiciarse la conducta del partícipe./(...) / Si no existe un hecho típico y antijurídico, cometido por alguien como autor, no puede hablarse de participación (accesoriedad limitada)”³.

Habida cuenta de ello, queda claro que -para la concurrencia de cooperadores inmediatos en la ejecución de un hecho punible- necesariamente debe existir al menos un autor con el cual éstos hayan cooperado.

En el presente caso, no se colige de las actas examinadas la intervención de otras personas en los hechos atribuidos, y -en el supuesto de que pudiere atribuírsele la autoría de ellos a algún individuo- estimamos que tal circunstancia debía aclararse en las imputaciones realizadas.

² MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch, 2º ed. Valencia, 1999. Pág. 457

³ Acerca de este tema, ver: MIR P., Santiago: *Derecho Penal. Parte General*. Editorial B de F. 7º ed. Montevideo-Buenos Aires, 2004. Pág. 398-399; GÓMEZ L., Jesús O.: *Teoría del Delito*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.. Bogotá D.C.-Colombia, 2003. Pág. 1220 – 1221 y SUÁREZ-MIRA R., Carlos, JUDEL P., Ángel y PIÑOL R., José R.: *Manual de Derecho Penal Tomo I. Parte General*. Civitas. España, 2002. Págs. 380-381.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 02/03/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE:

Fiscalía Segunda del Ministerio Público ante las Salas de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

3.- MATERIA: Penal Sustantiva

4.- TEMA: Delincuencia Organizada

5.- EXTRACTO

Los elementos de convicción recabados por el Ministerio Público durante la investigación penal, evidencian la falsedad de las notas promisorias (pagarés) del Banco de Desarrollo Agropecuario (Bandagro), cuyo cobro han intentado los acusados, a los fines de aprovecharse fraudulentamente de fondos públicos y obtener una utilidad ilegal. En tal sentido, se constató el despliegue de actividades propias de la delincuencia organizada trasnacional, mediante la realización de múltiples acciones continuadas que comenzaron a partir de 1991, y hasta la actualidad, tales como la falsificación de los pagarés propiamente y también de documentación que han presentado como supuesto aval o soporte de éstos; la invocación de dictámenes emanados de Organismos del Estado, distorsionando su verdadero sentido y alcance, o simplemente carentes de efectos en virtud de haber sido revocados; acudir a procedimientos legales y administrativos para cometer fraude procesal, entre otros; todas ellas a los fines de darle una simulada apariencia de autenticidad a los referidos pagarés, y consiguientemente, ponerlos a circular en el mercado financiero nacional e internacional, en detrimento del patrimonio del Estado Venezolano, como supuesto emisor de éstos.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº DFGR-VFGR-DGAP-DCC-6-20527-19252

6.2.- FECHA: 27/04/2009

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“...los hoy acusados hacen parte de una organización delictiva estructurada, jerarquizada e integrada por diversas personas con distintas atribuciones y funciones de considerables dimensiones, e inclusive de carácter jurídico, y trasnacional, que como se ha señalado viene desarrollando y ejecutando de manera sistemática y continua, acciones delictivas en perjuicio de la República, dirigidas a la obtención de un beneficio económico, a través de engaños, trampas o artificios; constatándose que desde la fecha que ocurrieron los hechos hasta la actualidad, la acción típica no ha cesado en ningún momento, pues existe una pluralidad de acciones continuas, realizadas en distinto tiempo; verificándose tal continuidad en el hecho cierto que desde el año 1991 hasta la fecha los imputados conjuntamente con otras personas nacionales y extranjeras, han efectuado operaciones comerciales encaminadas a acreditar fiabilidad a unos instrumentos comerciales que han sido cuestionados por la República a través de los órganos competentes, efectuando operaciones de comercio tendentes a poner en circulación las Notas Promisorias, actuando como intermediarios en acciones que faciliten su incursión en el mercado nacional e internacional e intentando obtener el cobro de las falsas notas promisorias en perjuicio de la República...”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 23-03-2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Protección Integral de la Familia

3.- MATERIA: Sustantiva - violencia de género

4.- TEMA: Delito de Violencia Física

5.- EXTRACTO

(...)

“Haciendo un revisión tanto de su escrito acusatorio como de los elementos de convicción recopilados por su Despacho en la fase de preliminar para arribar a dicha Calificación Jurídica, esta Dirección considera, que desde el punto de vista probatorio la misma se desarrolló de manera deficiente y contraria al principio de mínima actividad probatoria; de obligatorio cumplimiento para el Fiscal del Ministerio Público como director de la investigación y único legitimado para ejercer la acción penal en nombre del Estado. Se investiga porque hay un caso, por lo tanto ese principio, no debe interpretarse como un problema de cantidad de pruebas, sino como la práctica de experticias con suficiente aptitud y fiabilidad que permitan demostrar la culpabilidad y destruir la presunción de inocencia que reviste al imputado hasta que se demuestre lo contrario. El convencimiento no se estructura sobre la simple prueba aportada, sino sobre la eficiencia del medio probatorio, que debe ser acorde con el tipo de delito que se persigue.”

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº **DPIF-12-OF-5589-2010**

6.2.- FECHA: 26-06-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Me dirijo a usted, en la oportunidad de referirme a la comisión (...) en la cual figura como víctima la ciudadana (...) y como acusado el ciudadano (...).

Al efecto le significo, que revisadas sus actuaciones en la presente causa, me permito efectuarle las siguientes observaciones:

El presente caso se inició en virtud de la denuncia que en fecha 09/11/2009 interpusiera por ante la Sub-Delegación La Guaira del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, la ciudadana (...), en su carácter de progenitora de la víctima (...), quien no podía hacerlo de manera directa por padecer de discapacidad de los sentidos del habla y del oído (*Hipoacusia bilateral profunda*), quedando signada la averiguación bajo el No. I-244-397 y siendo distribuida a ese Despacho Fiscal por asignación realizada por la Fiscalía Superior del estado Vargas el 10/11/2009. Del contenido de la denuncia se desprende, que los hechos que motivaron su investigación, acaecieron el día domingo 08/11/2009, cuando la víctima (...) acordó con el ciudadano (...), encontrarse en la Estación Capitolio del Metro de Caracas, a los fines de que el mismo hiciera uso de su derecho de visita, toda vez que tienen una hija en común, no obstante, en virtud de los problemas sentimentales que habían sostenido con anterioridad, la agraviada optó por presentarse al lugar concertado sin la niña, con la intención de sostener una conversación con su ex pareja y llegar a algunos acuerdos. Esta situación, trajo como consecuencia que (...) asumiera una actitud violenta, procediendo a conminarla, mediante el uso de amenazas a que se trasladaran hasta una vivienda de su propiedad, ubicada en la

zona de Taguao, vía Carayaca, estado Vargas, a lo que la víctima, ante el temor que logro inflingirle accedió. A las 5:00 horas de la tarde aproximadamente, cuando llegaron a la vivienda, el ciudadano (...)comenzó a ingerir drogas y bebidas alcohólicas, que comenzaron a modificar su estado de ánimo, razón por la que la víctima buscando resguardarse se fue a una de la habitaciones de la parte superior de la casa, sitio éste al cual se presentó el agresor, visiblemente alterado por el efecto de lo consumido, procediendo de manera violenta a despojarla de sus vestimentas para seguidamente obligarla a consumir drogas y a que le practicase sexo oral y como ésta se negó la penetró tanto por vía vaginal, bucal y anal por (...). En un descuido de éste, la víctima logró bajar y estando en la sala de la vivienda, éste la tomó por lo cabellos y le propinó una fuerte golpiza, a la cual (...), en total resistencia, logró asirse de un cuchillo con el que le pudo efectuar una herida cortante a nivel de la espalda, logrando neutralizar momentáneamente a su atacante, no obstante, de inmediato él la alcanzo cuando intentaba subir las escaleras de la morada, la arrastró por dichas escaleras, perdiendo en ese momento la víctima el conocimiento. Transcurrido un tiempo, cuando logró recobrar la conciencia, se encontraba desnuda sobre un sofá y el atacante estando a su lado mientras le pedía perdón la amenazaba de muerte si denunciaba los hechos, siendo entonces cuando intentó evadirse del lugar y fue nuevamente lesionada.

Ahora bien, en virtud de los hechos denunciados, el 15/01/2010 y de la orden judicial tramitada por su Despacho, funcionarios adscritos a la referida Sub-Delegación La Guaira, practicaron la aprehensión del ciudadano (...), procediendo esa representación del Ministerio Público a presentarlo el 17/01/2010 por ante el Juzgado Quinto de Primera Instancia en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Vargas, precalificando los delitos por él cometidos con vViolencia sexual y homicidio en grado de frustración, y a pesar de la nulidad del acto solicitada por la defensa por no encontrarse llenos los extremos de la flagrancia, el precitado Juzgado acogió parcialmente los delitos imputados por el Ministerio Público, pues se apartó de la calificación de homicidio en grado de frustración y lo cambió por el de lesiones, manteniendo el de violencia sexual, imponiendo a (...)de la medida de privación de libertad, conforme a las previsiones de los artículos 250 y 251 del Código Orgánico Procesal Penal.

En vista de la precitada decisión de fecha 17/01/2010, la defensa del imputado (...), apela de la misma, produciéndose el 19/03/2010 la sentencia de la Corte de Apelaciones del estado Vargas, quien consideró que en el presente caso, sólo se configuró el delito de violencia física, establecido en el encabezamiento del artículo 42 de la ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, y que no existen elementos de convicción para considerar la existencia de la violencia sexual, razón por la que revoca le medida de privación de libertad dictada en contra del ciudadano (...), imponiéndole las medidas cautelares sustitutivas de libertad contempladas en los numerales 3 y 4 del artículo 256 del Código Orgánico Procesal Penal y desestima la petición de nulidad efectuada también en el referido escrito recursivo.

Sin embargo, el Despacho Fiscal a su cargo, el 16/02/2010, ya había presentado formal acusación en contra de (...), subsumiendo los hechos en los delitos de violencia sexual y lesiones.

Haciendo un revisión tanto de su escrito acusatorio como de los elementos de convicción recopilados por su Despacho en la fase de preliminar para arribar a dicha calificación jurídica, esta Dirección considera, que desde el punto de vista probatorio la misma se desarrolló de manera deficiente y contraria al principio de mínima actividad probatoria; de obligatorio cumplimiento para el Fiscal del Ministerio Público como director de la investigación y único legitimado para ejercer la acción penal en nombre del Estado. Se investiga porque hay un caso, por lo tanto ese principio, no debe interpretarse como un problema de cantidad de pruebas, sino como la práctica de experticias con suficiente aptitud y fiabilidad que permitan demostrar la culpabilidad y destruir la presunción de inocencia que reviste al imputado hasta que se demuestre lo contrario. El convencimiento no se estructura sobre la simple prueba aportada, sino sobre le eficiencia del medio probatorio, que debe ser acorde con el tipo de delito que se persigue.

Las precedentes consideraciones obedecen, a que si en la fase preliminar, y conforme a la precalificación dada a los hechos, se pretendía demostrar el delito de Violencia Sexual, se haya ordenado a la víctima un "examen médico forense" sin haberse hecho la especificación de la pertinencia y necesidad de un reconocimiento vagino-rectal en atención a la naturaleza del delito, pues es al Fiscal del Ministerio Público a quien le corresponde fijar los términos y condiciones en que

se practicarán dichas experticias, para valorarlas y determinar la convicción que lo conlleva a acusar. Asimismo, sorprende, que siendo del conocimiento de ese Despacho que la víctima fue obligada al consumo de drogas, no promovió de manera oportuna en la acusación el examen toxicológico, ni ordenó otro tipo de peritajes asociados a los delitos sexuales como los son las experticias tricológicas, las de la vestimenta de la víctima, por ejemplo. Además el delito de lesiones, no debe ser tipificado como un delito autónomo, toda vez que es esa agresión física el medio de comisión (violencia) que ya se encuentra descrito en el tipo penal, y todo es producto de un mismo hecho.

Asimismo, se desprende del contenido de su acusación, la carencia de elementos jurídicos que sustenten la pertinencia y necesidad de las pruebas aportadas, así como la falta de motivación en la calificación jurídica. La acusación, fija el objeto del proceso, razón por la que es importante, que el Fiscal del Ministerio Público, no se limite a la enumeración de las pruebas aportadas con un escueto señalamiento de su pertinencia y necesidad, sino que debe explicar las serias expectativas que tiene de obtener una condena, para lo cual dejará plasmada su opinión al margen de consideraciones personales, pues no debemos olvidar que el convencimiento decisorio es por acreditación y acreditar, no es expresar los medios probatorios como si se tratase de un listado de indicios que se debatirán en Juicio, sino hacer un análisis concatenado de por qué cada medio de prueba me genera determinada convicción y señalar adicionalmente los motivos que indiquen lo que se demostró comprobar con cada peritaje o testimonio aportado para su posterior evacuación.

Ahora bien, en vista de las irregularidades que se venían sucediendo, esta Dirección, en aras de lograr subsanar las falencias de su investigación y garantizar las legítimas expectativas de la víctima, acordó comisionar a la Fiscalía Vigésima del Ministerio Público a Nivel Nacional con competencia plena, a los fines que asistiera al acto de audiencia preliminar la cual se celebró el 30/04/2010 ante el Juzgado Primero de Primera Instancia en funciones de Control del estado Vargas, y a pesar de los esfuerzos realizados por ratificar los delitos imputados en su escrito acusatorio, los cuáles efectivamente se consumaron pero no los pudo demostrar de manera fehaciente y la decisión de la Corte de Apelaciones, el Tribunal ajustando su decisión a derecho, desestimó el delito de violencia sexual, sólo acogió el de violencia física, lo que favoreció de manera notable al imputado, quien admitió los hechos y fue condenado a un (01) año y ocho (08) meses de prisión.

En virtud de lo antes expuesto se le insta a que en lo sucesivo no se repitan eventos tan lamentables como el ocurrido, toda vez que favorecen la impunidad del delito, y exponen a la institución de ser censurada por incumplimiento del principio constitucional de tutela judicial efectiva establecido en el artículo 26 de nuestra Carta Magna.

Sin otro particular a que hacer referencia.”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 23-03-2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección General de Apoyo Jurídico

3.- MATERIA: Sustantiva

4.- TEMA: Desaparición Forzada de Personas

5.- EXTRACTO

“Es preciso resaltar que Venezuela ha suscrito y ratificado una serie de instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos y, particularmente, en el ámbito de la Desaparición Forzada de Personas”

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° VF-DGAJ-CAI-4-5-485-2010

6.2.- FECHA: 09-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

Tengo el agrado de dirigirme a usted, con ocasión a la comunicación I.DM-OAMI N° 2530, mediante la cual remite el cuestionario elaborado por el grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias, titulado “ESTUDIO SOBRE LA LEGISLACIÓN PENAL EN MATERIA DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS”, así como copia simple de la resolución N° 7/12 emanada del Consejo de Derechos Humanos, relativa a ese tópico.

Como paso previo a las respuestas del cuestionario remitido por esa Oficina, es preciso resaltar que Venezuela ha suscrito y ratificado una serie de instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos y, particularmente, en el ámbito de la Desaparición Forzada de Personas. Entre estos instrumentos se incluyen los que a continuación se enumeran:

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuya Ley Aprobatoria fue publicada en la Gaceta Oficial N° 2.146 Extraordinario, de fecha 28 de enero de 1978; Convenio que consagra en su artículo 1 la obligación de los Estados signatarios de respetar los derechos consagrados en su texto; la igualdad de hombres y mujeres en el goce y ejercicio de aquellos (artículo 3); las limitaciones posibles de tales derechos en situaciones excepcionales que pongan en peligro la existencia del Estado (artículo 4); la consagración del derecho a la vida (artículo 6); la prohibición de la tortura (artículo 7) y la afirmación de la libertad (artículo 9).

- La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), cuya Ley Aprobatoria fue publicada en la Gaceta Oficial N° 31.256, de fecha 14 de junio de 1977. En su texto se desarrolla, en el contexto hemisférico, la obligación de los Estados de respetar el derecho a la vida (artículo 4); a la integridad personal (artículo 5); a la libertad (artículo 7), así como se desarrollan una serie de garantías para asegurar el respeto de tales derechos en los procedimientos judiciales (artículo 8).

- La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, cuya Ley Aprobatoria fue publicada en la Gaceta Oficial N° 5.241 Extraordinario, de fecha 6 de julio de 1998, mediante la cual

los Estados suscriptores se comprometen a adoptar las medidas legislativas necesarias para tipificar esta conducta como infracción de carácter penal (artículo 3).

De igual manera, la República Bolivariana de Venezuela se adhirió el 21 de octubre de 2008 a la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada, la cual se encuentra en estos momentos en proceso de ratificación.

Seguidamente, procedemos a dar respuesta a las preguntas formuladas a través, del cuestionario emanado de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) en los términos que siguen:

- 1) En su legislación/código penal ¿se tipifica la desaparición forzada de personas como un delito autónomo? En caso de que la respuesta sea afirmativa, ¿cuál es la definición del delito adoptada por su legislación/código penal?

El artículo 45 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela impone a la autoridad pública, sea civil o militar, la prohibición categórica de ejecutar o permitir actos de Desaparición Forzada de Personas, bajo los siguientes términos:

“ARTÍCULO 45. Se prohíbe a la autoridad pública, sea civil o militar, aun en estado de emergencia, excepción o restricción de garantías; practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas. El funcionario o funcionaria que reciba orden o instrucción para practicarla, tiene la obligación de no obedecerla y denunciarla a las autoridades competentes. Los autores o autoras intelectuales y materiales; cómplices y encubridores o encubridoras del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo, serán sancionados o sancionadas de conformidad con la ley”.

Asimismo, el encabezamiento del artículo 180-A del Código Penal venezolano, cuya más reciente reforma fue publicada en Gaceta Oficial Nº 5.768 Extraordinaria del 13 de abril de 2005, establece los supuestos bajo los cuales se configura en nuestro país el delito de Desaparición Forzada de Personas como un tipo autónomo, así como la pena que se impondrá a los agentes que cometan dicho delito.

“ARTÍCULO 180A. La autoridad pública, sea civil o militar, o cualquier persona al servicio del Estado que ilegítimamente prive de su libertad a una persona, y se niegue a reconocer la detención o a dar información sobre el destino o la situación de la persona desaparecida, impidiendo el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales y legales, será castigado con pena de quince a veinticinco años de presidio. Con igual pena serán castigados los miembros o integrantes de grupos o asociaciones con fines terroristas, insurgentes o subversivos, que actuando como miembros o colaboradores de tales grupos o asociaciones, desaparezcan forzosamente a una persona, mediante plagio o secuestro. Quien actúe como cómplice o encubridor de este delito será sancionado con pena de doce a dieciocho años de presidio”.

- 2) De estar tipificada la desaparición forzada de personas como un delito autónomo en su legislación/código penal, ¿cuáles son las penas que se imponen a quien cometa, ordene o induzca a la comisión de una desaparición forzada, intente cometerla, sea cómplice o participe en la comisión del delito?

Según el encabezamiento del artículo 180-A del Código Penal transcrito *ut supra*, el delito de Desaparición Forzada de Personas tiene atribuida una pena de quince (15) a veinticinco (25) años de presidio a la autoridad pública, sea civil o militar, o a cualquier sujeto al servicio del Estado, que ilegítimamente prive de su libertad a cualquier persona. Esa misma pena será impuesta a quien haga parte o actúe como colaborador de un grupo terrorista, subversivo o insurgente y desaparezca forzosamente a persona alguna mediante plagio o secuestro. Por su parte, los cómplices o encubridores de este delito, serán sancionados con pena de doce (12) a dieciocho (18) años de presidio.

- 3) ¿Podría proporcionar información detallada acerca del tratamiento otorgado a la "responsabilidad del superior" por su legislación/código penal?

De acuerdo con el segundo aparte del artículo 180-A de la Ley Sustantiva Penal, la autoridad pública o cualquier persona al servicio del Estado que incurra en la detención ilegal de una persona y se niegue a informar sobre su paradero o reconocer su detención, transgrediendo sus derechos constitucionales y legales, es susceptible de ser sancionada por la comisión del delito de Desaparición Forzada de Personas; sin estar previstas causales de justificación tales como la responsabilidad del superior, o las situaciones de emergencia, excepción o restricción de garantías, tal y como se desprende del texto que de seguidas se transcribe:

"Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea esta civil, militar o de otra índole, ni estado de emergencia, de excepción o la restricción de garantías, podrá ser invocada para justificar la desaparición forzada".

Dicha norma sustantiva, constituye en buena medida el desarrollo del mandato constitucional contenido en el artículo 29 del Texto Fundamental, que dispone en su encabezamiento la obligación del Estado de investigar y sancionar los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades.

Adicionalmente, el artículo 25 de la Constitución de la República dispone que todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución y las leyes será nulo, y los funcionarios y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten, incurrirán en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.

En relación a la responsabilidad del superior conviene indicar, que nuestro Código Penal, en sus artículos 83 y 84, sanciona a los cooperadores inmediatos en un hecho punible, así como a quienes sean cómplices en el hecho, respectivamente, estableciendo que cuando varias personas concurren en su ejecución, los perpetradores y cooperadores, quedarán sujetos a la pena correspondiente al hecho cometido; incurriendo en la misma pena quien haya determinado a otro a cometer el hecho. Asimismo establece que se aplicará la pena reducida a la mitad, a quienes hayan participado en el hecho bien sea, excitando o reforzando la resolución de perpetrarlo; dando instrucciones o suministrando medios para realizarlo, o simplemente, facilitando su perpetración, o prestando asistencia o auxilio para que se realice, antes de su ejecución o durante ella.

- 4)) ¿Existe en la actualidad algún proyecto de ley/decreto relativo a la tipificación del delito de desaparición forzada de personas? De existir dicho proyecto de ley/decreto, ¿podría proporcionar información detallada acerca del mismo (si está disponible, por favor adjunte el borrador/texto del proyecto de ley/decreto)?

La Comisión de Política Interior de la Asamblea Nacional elaboró el Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal Venezolano, el cual aún se encuentra en discusión en el seno de la Comisión, para luego ser presentada a la plenaria. En dicho proyecto, se tipifican dos modalidades del delito de Desaparición Forzada: la Genérica y la Agravada.

En cuanto a la Genérica, se encuentra en el artículo 223 del proyecto y se refiere a cuando el delito es cometido por autoridades públicas, sean civiles o militares, o personas al servicio del Estado, o por particulares bajo la determinación o el consentimiento de aquellos, en perjuicio de cualquier persona. Igual que en el Código Penal Vigente se establecen las conductas que configuran este delito, así como la pena a imponer, la cual va de quince a veinticinco años de prisión.

Por otra parte, se establece que cuando un particular cometa este delito sin el consentimiento o la determinación de funcionarios del Estado, la pena le será rebajada en una tercera parte, igualmente

se preceptúa que el delito se considerará permanente, mientras no se establezca el destino o ubicación de la víctima.

De la misma forma, de manera expresa se señala, que no se podrán invocar órdenes superiores para justificar el delito, así como, se estipula que la pena podrá ser rebajada en sus dos terceras partes a quienes contribuyan a la reparación con vida de la víctima.

En cuanto a la modalidad Agravada, en el artículo 224 del proyecto se determina la misma en función del sujeto pasivo del delito, así como por el lugar y las circunstancias del hecho, aumentando la pena a imponer en una sexta parte, si concurren dos o más circunstancias de las señaladas en el artículo.

- 5) En su legislación/código penal, ¿están tipificados los "crímenes de lesa humanidad"? De estar cubiertos por su legislación interna ¿podría proporcionar información detallada al respecto (por ejemplo, definición adoptada, sanciones previstas, etc.)?

El aparte único del artículo 29 del Texto Constitucional de 1999, en consonancia con los diversos tratados en materia de derechos humanos, alude a la imprescriptibilidad de las acciones para sancionar estos delitos, los cuales serán juzgados por los tribunales ordinarios; quedando excluidos de beneficios procesales, incluyendo el indulto y la amnistía. Ahora bien, la República Bolivariana de Venezuela es signataria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuya Ley Aprobatoria fue publicada en la Gaceta Oficial N° 5.507, de fecha 13 de diciembre de 2000. Su artículo 7, numeral 1, menciona los actos considerados dentro de la categoría de "Lesas Humanidad", de la siguiente manera:

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

Seguidamente, el artículo en cuestión enumera un total de once conductas (del literal "a" al "k"), incluyendo, en su literal "i", a la Desaparición Forzada de Personas; siendo ésta definida en el cardinal siguiente, letra "i" del referido dispositivo jurídico, en los términos que a continuación se expresan:

"i) Por 'desaparición forzada de personas' se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado".

En la legislación penal actual, el Estado venezolano ya ha incluido en su legislación penal sustantiva, la tipificación del delito de desaparición forzada, en el artículo 180-A del Código Penal, antes transcrito. Ahora bien, en cuanto a la tipificación de los delitos considerados "*de lesa humanidad*", se encuentra en discusión en la Comisión Permanente de Política Interior, Justicia, Derechos Humanos y Garantías Constitucionales de la Asamblea Nacional el proyecto de Código Orgánico Penal, el cual en consonancia a los instrumentos internacionales suscritos ratificados por la República, los cuales generan el deber de adecuar la legislación interna en la materia, prevé en el Título Primero, del Libro Segundo, la tipificación legal de los delitos denominados Contra la Humanidad y Contra los Derechos Humanos, acogiendo en sus disposiciones legales (artículos 151 al 157), la tipificación de las conductas punibles previstas en el Estatuto de Roma, sancionando así entre otros, el delito de Genocidio, la instigación directa al delito de Genocidio y los delitos de Lesa Humanidad, tales como: Exterminio, Esclavitud, Desplazamiento Forzado de población, Tortura, Segregación racial o Apartheid (artículo 155 del proyecto).

- 6) Por favor, sírvase informar brevemente acerca de las circunstancias atenuantes y agravantes genéricas en su legislación/código penal.

El artículo 77 del Código Penal establece las agravantes genéricas en la comisión de cualquier hecho punible. A continuación, se transcriben los artículos del Código Penal que regulan las circunstancias agravantes:

“ARTÍCULO 77. Son circunstancias agravantes de todo hecho punible las siguientes:

1. Ejecutarlo con alevosía. Hay alevosía cuando el culpable obra a traición o sobre seguro.
2. Ejecutarlo mediante precio, recompensa o promesa.
3. Cometerlo por medio de inundación, incendio, veneno, explosión, varamiento de nave, avería causada de propósito, descarrilamiento de locomotora o por medio del uso de otro artificio que pueda ocasionar grandes estragos.
4. Aumentar deliberadamente el mal del hecho, causando otros males innecesarios para su ejecución.
5. Obrar con premeditación conocida.
6. Emplear astucia, fraude o disfraz.
7. Emplear medios o hacer concurrir circunstancias que añadan la ignominia a los efectos propios del delito.
8. Abusar de la superioridad del sexo, de la fuerza, de las armas, de la autoridad o emplear cualquier otro medio que debilite la defensa del ofendido.
9. Obrar con abuso de confianza.
10. Cometer el hecho punible aprovechándose del incendio, naufragio, inundación u otra calamidad semejante.
11. Ejecutarlo con armas o en unión de otras personas que aseguren o proporcionen la impunidad.
12. Ejecutarlo en despoblado o de noche. Esta circunstancia la estimaran los Tribunales atendiendo a las del delincuente y a los efectos del delito.
13. Ejecutarlo en desprecio o en ofensa de la autoridad pública o donde esta se halle ejerciendo sus funciones.
14. Ejecutarlo con ofensa o desprecio del respeto que por su dignidad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada, cuando éste no haya provocado el suceso.
15. Ejecutarlo con escalamiento. Hay escalamiento cuando se entra por vía que no es la destinada al efecto.
16. Ejecutarlo con rompimiento de pared, techo o pavimento o con fractura, entendiéndose por esta toda fuerza, rotura, descomposición, demolición, derribo o agujeramiento de paredes, terrenos o pavimentos, puertas, ventanas, cerraduras, candados u otros utensilios o instrumentos que sirvan para cerrar o impedir el paso o la entrada y de toda especie de cerraduras, sean las que fueren.
17. Ser agraviado cónyuge del ofensor, o su ascendiente o hermano legítimo, natural o adoptivo; o cónyuge de estos; o ascendientes, descendientes o hermano legítimo de su cónyuge; o su pupilo, discípulo, amigo íntimo o bienhechor.
18. Que el autor, con ocasión de ejecutar el hecho y para prepararse a perpetrarlo, se hubiere embriagado deliberadamente, conforme se establece en la numeral 1 del artículo 64.
19. Ser vago el culpable.
20. Ser de carácter pendenciero”.

En cuanto a las circunstancias atenuantes, el artículo 74 de la Ley Sustantiva estipula lo siguiente:

“ARTÍCULO 74. Se consideraran circunstancias atenuantes que, salvo disposiciones especiales de la ley, no dan lugar a rebaja especial de pena, sino a que se las tome en cuenta para aplicar, esta en menos del término medio, pero sin bajar del límite inferior de la que al respectivo hecho punible asigne la ley, las siguientes:

1. Ser el reo menor de veintidós años y mayor de dieciocho cuando cometió el delito.
2. No haber tenido el culpable la intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo.
3. Haber precedido injuria o amenaza de parte del ofendido, cuando no sea de tal gravedad que de lugar a la aplicación del artículo 67.
4. Cualquier otra circunstancia de igual entidad que a juicio del tribunal aminore la gravedad del hecho”.

- 7) En su legislación/código penal ¿se aplica un régimen de prescripción de la acción penal? De aplicarse un régimen de prescripción de la acción penal, ¿podría proporcionar información detallada al respecto (por ejemplo, plazos aplicables, momento a partir del cual comienza a aplicarse el régimen de prescripción, circunstancias que pueden interrumpir la prescripción, etc.)?

Los artículos 108 al 110 del Código Penal establecen lo siguiente respecto a la prescripción de la acción penal:

“ARTICULO 108. Salvo el caso en que la Ley disponga otra cosa, la acción penal prescribe así:

1. Por quince años, si el delito mereciere pena de prisión que exceda de diez años.
2. Por diez años, si el delito mereciere pena de prisión mayor de siete años sin exceder de diez.
3. Por siete años, si el delito mereciere pena de prisión de siete años o menos.
4. Por cinco años, si el delito mereciere pena de prisión de más de tres años.
5. Por tres años, si el delito mereciere pena de prisión de tres años o menos, arresto de más de seis meses, relegación a colonia penitenciaria, confinamiento o expulsión del territorio de la República.
6. Por un año, si el hecho punible acarrear arresto por tiempo de uno a seis meses o multa mayor de ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.), o suspensión del ejercicio de profesión, industria o arte.
7. Por tres meses, si el hecho punible sólo acarrear pena de multa inferior a ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.), o arresto de menos de un mes”.

Asimismo, el artículo 109 dispone que la prescripción iniciará, en el caso de los hechos punibles, a partir de la perpetración de estos; para la tentativa y la frustración, desde el día en que se realizó el último acto para la consecución del mismo y en el caso de las continuadas o permanentes, desde el último día en que el delito se llevó a cabo.

“ARTÍCULO 109. Comenzará la prescripción: para los hechos punibles consumados, desde el día de la perpetración; para las infracciones, intentadas o fracasadas, desde el día en que se realizó el último acto de la ejecución; y para las infracciones continuadas o permanentes, desde el día en que cesó la continuación o permanencia del hecho.

Si no pudiere promoverse o proseguirse la acción penal sino después de autorización especial o después de resuelta una cuestión prejudicial deferida a otro juicio, quedará en suspenso la prescripción y no volverá a correr hasta el día en que se dé la autorización o se define la cuestión prejudicial”.

Los supuestos en los que tiene lugar la interrupción de la prescripción de la acción penal, según señala el artículo 110 del citado Código Penal venezolano, consisten en:

“ARTÍCULO 110. Se interrumpirá el curso de la prescripción de la acción penal por el pronunciamiento de la sentencia, siendo condenatoria, o por la requisitoria que se libre contra el imputado, si éste se fugare.

Interrumpirán también la prescripción, la citación que como imputado practique el Ministerio Público, o la instauración de la querrela por parte de la víctima o de cualquier persona a los que la ley reconozca con tal carácter; y las diligencias y actuaciones procesales que le sigan; pero si el juicio, sin culpa del imputado, se prolongare por un tiempo igual al de la prescripción aplicable más la mitad del mismo, se declarará prescrita la acción penal.

Si establece la ley un término de prescripción menor de un año, quedará ella interrumpida por cualquier acto de procedimiento; pero si en el término de un año, contado desde el día en que comenzó a correr la prescripción no se dictare la sentencia condenatoria, se tendrá por prescrita la acción penal.

La prescripción interrumpida comenzará a correr nuevamente desde el día de la interrupción.

La interrupción de la prescripción surte efectos para todos los que han concurrido al hecho punible, aun cuando los actos que interrumpen la prescripción no se refieren sino a uno”.

No obstante, es importante destacar que el artículo 29 de nuestra Constitución Nacional, califica como imprescriptibles las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra. Por tanto, para la persecución del delito de Desaparición Forzada de Personas no resultan aplicables las disposiciones sobre la prescripción de la acción penal. Igualmente se prohíbe la posibilidad de otorgar beneficios, indultos o declarar la amnistía.

- 8) ¿Existe en su legislación/código penal la noción de “delito continuo” (o “delito permanente” o “delito continuado”)? De existir en su legislación interna dicha noción, ¿se aplica al delito de desaparición forzada de personas? ¿Existen ejemplos de sentencias adoptadas por tribunales internos en las que se haya aplicado esta noción al delito de desaparición forzada de personas?

En cuanto a los delitos continuados, el artículo 99 del Código Penal considera como un sólo hecho punible aquel cuya comisión se repite varias veces aún en diferentes fechas, mientras se hayan ejecutado de manera tal que la resolución sea la misma:

“ARTÍCULO 99. Se consideran como un solo hecho punible las varias violaciones de la misma disposición legal, aunque hayan sido cometidas en diferentes fechas, siempre que se hayan realizado con actos ejecutivos de la misma resolución; pero se aumentará la pena de una sexta parte a la mitad”.

En la Legislación penal venezolana, la acción del sujeto activo del delito de desaparición forzada de personas consiste en privar de la libertad a un ser humano, tratándose, por consiguiente, de un delito permanente, que se consuma ininterrumpidamente hasta el momento en que la víctima vuelve a aparecer. La doctrina nacional⁴ y extranjera⁵ comparte el criterio de que los delitos permanentes presuponen una actividad o inactividad indivisible que prorroga en el tiempo el hecho originario, es decir, que en ellos se verifica una consumación continua o ininterrumpida del ilícito, que cesa

⁴ “...delitos permanentes son aquellos en los cuales el hecho que los constituye no se perfecciona o consume en un solo momento, sino que se puede prolongar en el tiempo; en los que se crea un estado antijurídico dañoso o peligroso, cuya prolongación y cesación depende de la voluntad del sujeto” (Arteaga Sánchez, Alberto: “Derecho Penal Venezolano”. 10ª Edición. Mc Graw Hill, 2006; pp. 125-126).

⁵ “Delitos permanentes o continuos son los que permiten que el acto consumativo se prolongue en el tiempo... La expresión verbal con que la ley describe el delito, ha de permitir que la consumación sea continua e invariablemente típica, antijurídica y culpable, durante un tiempo que puede prolongarse. De suerte que en cualquier momento de ese tiempo el delito se está consumando” (Fontán Balestra, Carlos: “Tratado de Derecho Penal”. Tomo I. Parte General. Ediciones Glem, S.A., Buenos Aires, 1966; p. 460).

únicamente cuando el sujeto activo deja de satisfacer con su comportamiento el supuesto de hecho previsto en la norma⁶.

En el artículo 180-A del Código Adjetivo, el legislador penal calificó expresamente al delito de desaparición forzada como un delito continuado. Sin embargo, el Máximo Tribunal de la República se ha pronunciado al respecto en varias oportunidades, estableciendo que este tipo es de acción instantánea y de efectos permanentes. Entre las referidas decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, cabe citar las siguientes:

- Decisión N° 318, de 11 de julio de 2006, dictada por la Sala de Casación Penal, con ponencia de la Magistrada Blanca Rosa Mármol de León, en la cual se expresa que "el delito de desaparición forzada de personas, es un delito de acción instantáneo y de efectos permanentes, mientras no aparezca el sujeto pasivo del delito".

- Decisión N° 1747, de 10 de agosto de 2007, dictada por la Sala Constitucional, con ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, de cuya parte motiva se extrae lo siguiente:

"pese a que el citado artículo 181-A establece que el delito de desaparición forzada de personas es un delito continuado, el artículo 17 de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas prescribe que todo acto de desaparición forzada será considerado como delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y no se hayan esclarecido los hechos. Tal diferencia normativa obliga a esta Sala a precisar la naturaleza de dicho delito, es decir, si realmente es continuado o permanente, toda vez que tanto la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas dictada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, forman parte del bloque de la constitucionalidad de acuerdo con el artículo 23 de la Carta Magna".

- 9) En lo que concierne al delito de desaparición forzada de personas, ¿pueden los tribunales de su país ejercer "jurisdicción universal"? En caso de que la respuesta sea afirmativa, ¿podría proporcionar información detallada al respecto? ¿Cuáles son las condiciones para que un tribunal nacional pueda ejercer la jurisdicción universal?

La "jurisdicción universal", entendida como la capacidad de los Estados para extender su *ius puniendi* a todas aquellas personas que hayan incurrido en conductas consideradas de particular gravedad, cualquiera sea el lugar de comisión y la nacionalidad de aquéllas; no se encuentra expresamente prevista en la Ley penal sustantiva vigente respecto al delito de Desaparición Forzada de Personas. Sin embargo, es preciso acotar que el artículo 4 del Código sustantivo, referido a los supuestos excepcionales de aplicación extraterritorial de las normas penales nacionales, señala en su numeral 9 que:

"ARTÍCULO 4. Están sujetos a enjuiciamiento en Venezuela y se castigarán de conformidad con la ley penal venezolana:

(...)

9. Los venezolanos o extranjeros venidos a la República que, en alta mar, cometan actos de piratería u otros delitos de los que el Derecho Internacional califica como atroces y contra la humanidad; menos en el caso de que por ellos hubieran sido ya juzgados en otro país y cumplido condena".

⁶ "El delito de desaparición forzada de personas es, sin vuelta de hojas, un delito permanente, puesto que se consuma, sin solución de continuidad temporal, desde que sea desaparecida la persona hasta que se conozca su destino o ubicación. Todo ese lapso, que puede ser muy largo, es de consumación./ Nada tiene que ver con esta clasificación el delito continuado. Hay delito continuado cuando existen varias violaciones de la misma disposición legal, realizadas con actos ejecutivos de la misma resolución criminal" (Grisanti Aveledo, Hernando: "En Torno a la Desaparición Forzada de Personas". Vadell Hermano Editores, Valencia, 2007; pp. 7-8).

Está claro que la disposición transcrita se circunscribe exclusivamente a aquellos delitos considerados de extrema gravedad por el Orden Jurídico Internacional (entre los cuales puede incluirse la desaparición forzada de personas, como delito perteneciente a la categoría de los de Lesa Humanidad) y que hayan sido cometidos fuera de las aguas territoriales de nuestro país y de otros Estados, no teniendo ninguno de éstos, por lo tanto, la jurisdicción exclusiva para investigar y sancionar estos delitos. Las únicas condiciones para la atribución de jurisdicción por parte de los Tribunales Nacionales en estos casos, serían: a) que tales delitos estén previstos y sancionados en nuestra Legislación Penal interna, b) que los sujetos activos no hayan sido juzgados en otro país y/o hayan cumplido condena y c) que se encuentren en territorio venezolano.

La anterior disposición está también contenida en el Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal Venezolano, a ser analizado y discutido en el seno de la Asamblea Nacional, estableciéndose, en ahora en su artículo 22, lo siguiente:

ARTÍCULO. 22.- La Ley penal venezolana también se aplicará:/

(...)

5. A los venezolanos y extranjeros que cometan delitos de genocidio, de lesa humanidad, de guerra, terrorismo, piratería, trata de personas y los delitos de tráfico previstos en la ley contra drogas correspondiente...”.

Ahora bien, es necesario tomar en cuenta que los Derechos Humanos tienen su fundamento en la dignidad esencial de la persona; no representan una concesión por parte del Estado. Así, aquélla es también, junto con éste, sujeto de derechos y deberes internacionales, los cuales trascienden al Estado y se imponen a él. Estos derechos sobrepasan los límites nacionales, haciendo de los países miembros de la Comunidad Internacional cooperadores de la humanidad, consideración esta que la República se ha caracterizado por respetar y acoger en su ordenamiento toda norma que asegure el triunfo del derecho sobre la violencia.

En consecuencia, puede aseverarse que nuestro Ordenamiento Jurídico Penal y Procesal Penal, atribuyen competencia a los Tribunales Nacionales respecto de toda persona sospechosa o acusada de delitos graves comprendidos en el Derecho Internacional, cualquiera fuese el cargo oficial que desempeñara esa persona en el momento de la comisión del delito o en cualquier otro momento posterior.

10) ¿Su legislación/código penal incluye el principio de “juzgar o extraditar” (*aut dedere aut judicare*) a los presuntos autores de graves violaciones de los derechos humanos? De existir dicho principio ¿se aplica al delito de desaparición forzada de personas?

El artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dispone que el Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades.

De esta forma, el mismo texto constitucional en su artículo 45, prohíbe en forma expresa a toda autoridad, practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas.

Si bien en el artículo 69 *ejusdem*, se establece la prohibición de extraditar a los ciudadanos venezolanos, ello no implica que éstos no serán juzgados y que queden impunes por haber incurrido en la comisión de cualquier delito, pues la investigación y eventual enjuiciamiento de tales hechos deberá desarrollarse en nuestro país, siempre y cuando las conductas perseguibles estén tipificadas y sancionadas en el ordenamiento jurídico interno.

Sin embargo, el artículo 271 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señala asimismo, que en ningún caso podrá ser negada la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables entre otros, de la comisión de delitos contra los derechos humanos.

Tal disposición se encuentra contemplada en el encabezamiento del artículo 6 de la Ley Sustantiva, la cual deniega bajo toda circunstancia la extradición de ciudadanos venezolanos, pero establece en contrapartida, que deberán ser enjuiciados en el país, a solicitud de la parte agraviada o del Ministerio Público, siempre que el delito perpetrado esté tipificado en el Ordenamiento Jurídico interno:

“ARTÍCULO 6: La extradición de un venezolano no podrá concederse por ningún motivo; pero deberá ser enjuiciado en Venezuela, a solicitud de parte agraviada o del Ministerio Público, si el delito que se le imputa mereciere pena por la ley venezolana”.

Estos principios son igualmente aplicables en casos relacionados con la comisión de delitos de desaparición forzada de personas.

- 11) Cuál es el fuero competente para juzgar a los presuntos autores de desaparición forzada de personas? ¿Se aplican los principios procesales normales?

Los Tribunales Ordinarios son los competentes para conocer de estos hechos, en orden a lo estipulado en el artículo 29 de la Carta Magna; siendo aplicables, en consecuencia, las garantías que conforman el Debido Proceso en las actuaciones judiciales, consagradas en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como la afirmación de la libertad personal (según lo establece el artículo 44 *ejusdem*), así como las normas relativas a los límites de las penas y el trato digno que corresponde impartir a las personas sometidas a procedimiento penal (artículo 46). Por supuesto, el respeto a la vida es la base fundamental de todo este Sistema de Protección de los Derechos Humanos (artículo 43) en nuestro país.

La Legislación adjetiva penal de carácter ordinario, es igualmente aplicable al delito de desaparición forzada de personas, prescindiéndose de procedimiento especial para su investigación y juzgamiento.

- 12) ¿Existe en su país una ley de amnistía especial u otra medida análoga que tenga por efecto exonerar a los autores o presuntos autores de desaparición forzada de personas de cualquier procedimiento o sanción penal? De existir una ley de amnistía o medida análoga, ¿podría proporcionar información detallada al respecto (por ejemplo, fecha de sanción de la ley/medida análoga, delitos cubiertos, etc.)?

Como se señaló anteriormente, el artículo 29 de nuestra Constitución Nacional, califica como imprescriptibles las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra; prohibiéndose igualmente, la posibilidad de otorgar beneficios, indultos o declarar la amnistía en estos casos.

En consecuencia, no está contemplada ley alguna que exonere de procedimiento o sanción penal a los autores del delito de Desaparición Forzada de Personas, en razón a que el Estado Venezolano procura la defensa de los derechos humanos, cumpliendo con el principio de la diligencia debida, en el sentido de garantizar que sus leyes penales y que su sistema de justicia investigue y castigue efectivamente, las violaciones de derechos humanos.

- 13) En su legislación/código penal vigente, ¿se establece de manera expresa que “ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea ésta civil, militar o de otra índole, pueda ser invocada para justificar una desaparición forzada”? ¿Podría proporcionar información detallada acerca del tratamiento otorgado a la defensa de “obediencia debida” en su legislación/código penal y la jurisprudencia de los tribunales nacionales al respecto?

Dicha prohibición se establece de manera específica en el tercer párrafo del artículo 180-A del Código Penal, arriba mencionado, el cual a la letra prescribe lo siguiente:

"Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea ésta civil, militar o de otra índole, ni estado de emergencia, de excepción o de restricción de garantías, podrá ser invocada para justificar la desaparición forzada".

Asimismo, tal y como se ha mencionado en líneas anteriores, el artículo 45 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señala:

"ARTÍCULO 45.- Se prohíbe a la autoridad pública, sea civil o militar, aun en estado de emergencia, excepción o restricción de garantías, practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas. **El funcionario o funcionaria que reciba orden o instrucción para practicarla, tiene la obligación de no obedecerla y denunciarla a las autoridades competentes.** Los autores o autoras intelectuales y materiales, cómplices y encubridores o encubridoras del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo, serán sancionados o sancionadas de conformidad con la ley" (resaltado nuestro).

De lo anterior se colige, que se deja a un lado la principal objeción de por qué los ejecutores materiales de los hechos, tengan que ser considerados como instrumentos en las manos de los superiores. Esta circunstancia de considerar que quienes cumplen las órdenes que vienen desde arriba no son libres, sino dominados por los dirigentes de cualquier organización, no ha sido tomada en cuenta en la redacción de los artículos transcritos, por considerarse que la responsabilidad alcanza en principio a los propios autores materiales, así como a los cómplices del hecho.

Finalmente, en cuanto a la obediencia debida, decisiones dictadas por las Cortes de lo Contencioso Administrativo, han establecido, entre otras cosas, lo siguiente:

"...no cabe permitir en nuestro ordenamiento jurídico la existencia y cumplimiento de órdenes que resulten contrarias a los derechos y garantías fundamentales o, en general, a los fines constitucionalmente legítimos que persigue el sistema de Derecho. De esa manera, tanto quien manifiesta el cumplimiento de una orden ilícita, como quien la ejecuta, infringen el ordenamiento jurídico, en mayor o menor gravedad, y en proporción inmediata a la importancia del bien jurídico mellado como secuela de la ejecución del acto. /Una obediencia ciega y absoluta a las órdenes superiores conlleva al riesgo de transformar al subalterno en instrumento pasivo de actos arbitrarios, ilegales e incluso, irracionales; este peligro impone limitar la obediencia debida, la cual es necesaria, innegablemente, pero siempre sujeta los extremos que de forma obligatoria se imponen en virtud de exigencias devenidas por el imperio del derecho, la justicia y, en definitiva, el orden de la sociedad..." (Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo. Exp. N° Exp. N° AP42-R-2008-000807)

"...Todo lo antes expuesto ha tenido acogida por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en los siguientes términos: /"la obediencia es la ejecución de la voluntad de quien manda, dentro de la esfera de su competencia; es el sometimiento espontáneo al dictado ajeno, bien por sumisión jerárquica impuesta, bien por el cumplimiento del deber. /Tanto en la esfera castrense como en otras organizaciones y cuerpos policiales y de seguridad del Estado, la obediencia es la columna vertebral de la disciplina y constituye la expresión concreta de la autoridad del mando; es el máximo deber para todos los integrantes de estas instituciones en relación con los superiores en graduación o categoría dentro de los actos del servicio, es decir, dentro de los límites de la esfera estrictamente profesional. / No puede existir y no resulta aceptable, ni aún en los círculos más estrictos de las Fuerzas Armadas, la obediencia ciega, entendiendo por tal, el cumplimiento inflexible de una orden, sin observar su licitud ni razones. Tanto la subordinación como la obediencia han de ser dignas, austeras,

circunscritas a los límites de la ley. Se obedece a conciencia. Fuera de los límites de la ley no hay obediencia debida...". (Sentencia N° 438 del 11 de mayo de 2004. Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo).

Sin otro particular al cual hacer referencia, le saluda."

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 18/02/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección General de Apoyo Jurídico

3.- MATERIA: Penal Sustantiva

4.- TEMA: Delito de Trata de Personas

5.- EXTRACTO

Consideraciones del Ministerio Público sobre el Primer Borrador del “Plan de Acción Global de las Naciones Unidas para Combatir la Trata de Personas”, toda vez que este documento será consignado por nuestra Delegación Permanente ante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en la próxima reunión a celebrarse en la ciudad de Nueva York, en la sede del referido Organismo Internacional.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº VF-DGAJ-CAI-1-5-966-2010

6.2.- FECHA: 29/10/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

“Tengo el agrado de dirigirme a usted, en la oportunidad de dar respuesta a su comunicación Nº 000061, de fecha 6 de mayo de 2010, mediante la cual solicita las consideraciones del Ministerio Público sobre el Primer Borrador del “Plan de Acción Global de las Naciones Unidas para Combatir la Trata de Personas”, toda vez que este documento será consignado por nuestra Delegación Permanente ante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en la próxima reunión a celebrarse en la ciudad de Nueva York, en la sede del referido Organismo Internacional.

En primer lugar, en el preámbulo del borrador del Plan de Acción *in commento*, específicamente en el párrafo identificado con la referencia “PP13”, se sugiere evaluar la posibilidad de incluir entre los mecanismos e iniciativas regionales pertinentes en materia de Trata de Personas, a aquellos formulados en el marco de los esquemas de integración o cualquier otra forma de organización internacional de la cual la República sea Parte⁷.

En el numeral 1 del Plan de Acción, se sugiere sustituir el término “fuerte” por “contundente”, a fin de destacar el impacto que se busca generar con el instrumento proyectado en la lucha contra el flagelo de la Trata de Personas.

En otro orden de ideas, de la revisión del numeral 3 del documento en estudio, se advierte que hace énfasis en la promoción y la consecución de la ratificación universal e implementación efectiva de los siguientes instrumentos:

⁷ Mereciendo particular atención, entre ellos, el “Plan de Acción del MERCOSUR contra la Trata de Personas”, así como el “Plan de Acción Hemisférico contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, aprobado en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

- La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional;
- El Protocolo para Prevenir, Suprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente las Mujeres y Niños;
- Los Convenios 29 y 182 de la Organización Internacional del Trabajo;
- La Convención complementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos e Instituciones y Prácticas análogas a la Esclavitud de 1956;
- La Convención sobre los Derechos del Niño;
- El Protocolo Facultativo sobre la Venta de Niños, la Prostitución y la Pornografía Infantil;
- La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Al respecto, es preciso destacar que, si bien en el documento presentado se hace hincapié en la necesidad de afinar los mecanismos para la aplicación de los distintos Tratados internacionales relacionados con la prevención de la Trata de Personas, el enjuiciamiento de los responsables, la protección y asistencia a las víctimas, partiendo de la idea según la cual no se persigue la multiplicación de instrumentos jurídicos, lo cierto es que la elaboración de un Plan como el indicado requiere la evaluación conjunta de las fortalezas y debilidades vinculadas a la aplicación de los Convenios actualmente vigentes, máxime si algunos de los aspectos propuestos podrían hacer necesarias ciertas previsiones normativas.

Así, es preciso evaluar si el Plan de Acción debe contener la previsión de la elaboración de uno o más instrumentos internacionales que tiendan a unificar la indicada estructura, a fin de darle coherencia y uniformidad o si sería suficiente corregir las deficiencias que se aprecien en los Acuerdos actualmente vigentes.

En cuanto al numeral 5 del borrador, relativa a la creación de un mecanismo de revisión a fin de monitorear la implementación del Plan de Acción y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y de su Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, es preciso destacar que actualmente es evidente la necesidad que existe en la Comunidad Internacional de disponer de tal dispositivo para mejorar la labor de recopilación de datos y promover la investigación sobre delitos de esta naturaleza. Además, con la implementación de este mecanismo se lograría hacer efectivo el compromiso de los países miembros de las Naciones Unidas de armonizar las disposiciones de las respectivas legislaciones nacionales con los instrumentos internacionales señalados.

Concatenando la disposición anterior con la propuesta formulada en el numeral 15 del borrador, relativo a la recopilación de información estadística, relacionada con los tipos de trata, los perfiles de las víctimas (disgregándolas por sexo, edades, origen social, nivel educativo y cualquier otro valor considerado adecuado para caracterizarlas), el carácter y grado del tipo delictivo en cuestión, incluyendo sus causas, tendencias, así como las brechas y deficiencias de las políticas y programas nacionales contra ese fenómeno; se subraya la idoneidad de esta medida, por cuanto permitiría conocer más profundamente la naturaleza, implicaciones y posibles soluciones a dicho problema.

En el numeral 24 se sugiere cambiar la conjugación del término "reconoce" del presente al tiempo futuro: "reconozca", a fin de mejorar la redacción y facilitar la comprensión del texto.

Por otra parte, respecto al numeral 25 del borrador, en el cual se propone la revisión de los servicios nacionales existentes a la disposición de las víctimas de la Trata de Personas, surgen varias interrogantes, entre ellas: ¿cómo sería la revisión de estos servicios nacionales? ¿Cuáles mecanismos

serían los idóneos para efectuar dicha revisión, los órganos o funcionarios encargados de hacerla? ¿Con qué periodicidad se plantearía esa revisión? Al respecto, se considera pertinente proponer una nueva redacción, que tomara en cuenta tales aspectos:

“25. Fortaleciendo los servicios nacionales existentes que estén a la disposición de las víctimas de la Trata de Personas y todos aquellos que sean necesarios para apoyar el establecimiento de mecanismos de referencia nacional.”

Adicionalmente, en el texto del borrador de Plan de Acción analizado, puede apreciarse que una de las acciones planteadas para intensificar los esfuerzos y acciones en materia de prevención y combate a la Trata de Personas, es la de prevenir “la victimización secundaria en el contexto de las investigaciones, en el sistema judicial y en los programas de asistencia para las víctimas, incluyendo la adopción de medidas adecuadas para asegurar que las víctimas de la trata no sean penalizadas por haber participado en actividades ilícitas, como resultado directo de haber sido objeto de la trata o como resultado de la coerción”.

Sobre este particular, consideramos conveniente enfatizar que la medida de no penalización de las víctimas del delito de Trata de Personas, sólo ha de comprender los hechos punibles cometidos por éstas (como autor o partícipe), en virtud de la situación a la cual han sido sometidas, y no respecto a la comisión de delitos o faltas que no se encuentren vinculados con esas circunstancias. Ello, en el entendido de que el propósito es evitar una nueva victimización de los sujetos pasivos del mencionado tipo.

Asimismo, se aprecia que en el Plan de Acción examinado se plantea, como mecanismo para procesar los delitos de Trata de Personas, proteger la privacidad y la identidad de sus víctimas antes, durante y después del proceso penal, “(...) incluyendo, entre otros, mantener la confidencialidad de dicho proceso relacionado con la trata”.

Acerca de esto, debe señalarse que -en efecto- en el ordenamiento jurídico venezolano se protege a las víctimas y se garantiza la confidencialidad de sus datos de identificación y ubicación, a través de las distintas medidas que pueden adoptarse (durante el proceso o fuera de él), a tenor de lo establecido en la Ley de Protección de Víctimas, Testigos y demás Sujetos Procesales⁸; y lo previsto en el aparte único del artículo 326 del Código Orgánico Procesal Penal⁹. En ese sentido, estimamos que el Estado venezolano podría garantizar el cumplimiento de esa acción, tal y como lo ha venido haciendo en virtud de lo dispuesto por la legislación interna vigente.

No obstante, en lo que respecta al planteamiento de confidencialidad del proceso propuesto en los casos de delitos de *Trata de Personas*, debe advertirse que en Venezuela -conforme a lo establecido en el artículo 15 del Código Orgánico Procesal Penal-, el juicio debe realizarse en forma pública, y sólo excepcionalmente el Tribunal puede admitir que se efectúe a puerta cerrada, bien sea de modo total o parcial, en los casos descritos en el artículo 333 de esa misma Ley penal adjetiva y el artículo 106 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Habida cuenta de ello, consideramos que el Estado venezolano sólo podría comprometerse al ejercicio de esta acción dentro de los límites establecidos por la Ley.

Igualmente, en lo que concierne a la acción descrita en el numeral 31 del Plan *in commento*, relativas a la adopción de medidas para regularizar el estado migratorio de las víctimas del delito de Trata de Personas, permitir su residencia permanente o la obtención de la ciudadanía, consideramos que ello sólo sería procedente en el ordenamiento jurídico venezolano si se cumplen las exigencias establecidas en las distintas leyes y reglamentos aplicables en esa materia¹⁰.

⁸ Sancionada el 04 de octubre de 2006 y publicada en la Gaceta Oficial N° 38.536 de esa misma fecha.

⁹ Gaceta Oficial N° 5.930 Extraordinario del 04 de septiembre de 2009.

¹⁰ Actualmente, éstas son -por ejemplo- la Ley de Extranjería y Migración (Gaceta Oficial N° 37.944, del 24 de mayo de 2004); la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía (Gaceta Oficial N° 37.991, del 01 de julio de 2004) y el Reglamento para la Regularización y Naturalización de los Extranjeros y las Extranjeras que se encuentren en el Territorio Nacional (Gaceta Oficial N° 38.224, del 08 de julio de 2005).

Refiriéndonos más concretamente a lo descrito en el numeral 32 del Plan de Acción remitido, en el cual se propone asegurar que los países de origen se comprometan a aceptar el regreso de sus nacionales víctimas del delito de Trata de Personas y facilitarle a éstos el acceso al cuidado y servicios; así como también "asegurar que el regreso de una persona extranjera bajo sospecha de ser víctima de trata a su país, del cual esa persona es ciudadano o residente permanente, sea en forma voluntaria y dando la debida consideración a la seguridad de esa persona"; conviene aclarar que tal disposición podría contrariar lo dispuesto en la legislación nacional aplicable en la actualidad.

Ello podría suceder, por ejemplo, cuando la víctima extranjera no desee regresar al país del cual es ciudadana o residente, y tampoco cumpla con los requisitos para permanecer en nuestro país; supuesto en el cual tendría que aplicarse el procedimiento administrativo correspondiente establecido en la Ley de Extranjería y Migración, con independencia de la voluntad del sujeto.

En ese sentido, consideramos que, aunado al regreso de la víctima del delito de Trata de Personas a su país de origen -con su consentimiento-, o su permanencia en la nación extranjera -siempre y cuando se de cumplimiento a lo previsto en la legislación interna-, podría incorporarse en el texto del Plan de Acción, como alternativa, la posibilidad de que la víctima sea relocalizada en otro país, no vinculado con las personas y circunstancias que propiciaron su estado, para así garantizar más efectivamente su protección.

En cuanto a lo descrito en el numeral 37 del Plan que examinamos, consideramos que en lugar de plantear que las víctimas del delito de Trata de Personas obtengan la compensación de las ganancias confiscadas del crimen, podría proponerse la conformación de un fondo destinado a su protección, asistencia y rehabilitación.

Con relación a la adopción de medidas -propuestas en el numeral 38 del Plan de Acción- para asistir a las víctimas en el proceso por daños civiles contra sus traficantes, sería propicio analizar previamente qué mecanismos podrían adoptarse, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, para tales efectos¹¹.

En lo que atañe a lo descrito en el numeral 44 del Plan examinado, entendemos que la acción de "Asegurar la existencia de la legislación o el delito que criminalice la trata de personas, la cual especifica que el que la víctima haya dado su consentimiento es irrelevante en cualesquiera de los medios inadecuados utilizados y que están tipificados en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente las Mujeres y los Niños", se refiere a garantizar la penalización de ese delito, en los términos señalados; en ese sentido, sería propicio aclarar en el texto del Plan de Acción que -en caso de constatarse la falta de tipificación, o que no se haya dispuesto en el sentido indicado-, debe concurrir el compromiso de los Estados a sancionar la Trata de Personas, sin que sea relevante a los fines de su consumación, la inexistencia del consentimiento del sujeto pasivo.

A propósito de ello, conviene destacar que Venezuela no estaría incurso en esos supuestos, toda vez que el delito de Trata de Personas se encuentra tipificado en distintas legislaciones, tales como: el Código Penal¹², la Ley de Extranjería y Migración; Ley Orgánica para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes¹³; Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia¹⁴; Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada¹⁵, entre otros.

Respecto al numeral 45, en el cual se plantean -como medidas legislativas- "(...) establecer como crimen los siguientes delitos: a. Intentando cometer delito, según lo prescribe el Protocolo. B. Participando como cómplice en un delito, según lo prescribe el Protocolo. C. Organizando u ordenando a otras personas que cometan un delito, según lo prescribe el Protocolo"; debe aclararse que tales

¹¹ Al respecto, se sugiere consultar los artículos 4, 8 numeral 1 y 36 de la Ley Orgánica de Defensa Pública (Gaceta Oficial N° 39.021, del 22 de septiembre de 2008), en el cual se determinan los distintos ámbitos de intervención de la Defensa Pública conforme a la materia invocada.

¹² Gaceta Oficial N° 5.768 Extraordinario, del 13 de abril de 2005.

¹³ Gaceta Oficial N° 5.859, del 10 de diciembre de 2007.

¹⁴ Gaceta Oficial N° 38.668, del 23 de abril de 2007.

¹⁵ Gaceta Oficial N° 5.789 Extraordinario, del 26 de octubre de 2005.

circunstancias no son constitutivas de hechos punibles, sino que se trata de grados de ejecución del hecho punible, formas de autoría o participación criminal y modalidades de comisión, respectivamente.

En relación a la acción descrita en el numeral 48 del Plan examinado, cabe apuntar que en el ordenamiento jurídico venezolano se ha reconocido la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto a ciertos delitos¹⁶ y -precisamente- en relación con la materia que nos ocupa, ello se ha previsto expresamente en el artículo 54 de la Ley de Extranjería y Migración, ante la comisión de delitos como el de Explotación Laboral de Migrantes¹⁷, sancionado con una pena corporal entre cuatro a ocho años de prisión, imponible a "los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello", así como también en los artículos 26 y 27 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada, en concatenación con lo establecido en el artículo 16 numeral 11, *ejusdem*.

Por otra parte, se hace propicia la ocasión para considerar la adopción de algunas líneas de acción adicionales, para hacer frente al fenómeno de la Trata de Personas, entre ellas:

1) Promover un enfoque integral de la Trata de Personas, pues desde el punto de vista jurídico no basta que se la considere como un fenómeno de Delincuencia Organizada, sino que es necesario atacar algunas actividades delictivas y de otra naturaleza, como la corrupción en los organismos encargados de la expedición de los documentos necesarios para tránsito entre países, así como de aquellos funcionarios apostados en controles fronterizos; la vigilancia de las autoridades sanitarias y de defensa de los derechos laborales sobre las personas que ingresan a sus respectivos países, en cuanto a sus condiciones de vida y de trabajo, así como los empleos que ejercen.

2) Monitoreo permanente de las rutas de la Trata de Personas, constituyéndose una instancia a tal efecto, facilitando el acceso a la información disponible al respecto. De ser necesario, promover los cambios normativos pertinentes.

3) Establecimiento de una reglamentación modelo de los delitos relacionados con el Tráfico de Personas, para ser sometida a la consideración de los Estados Partes, a modo de recomendación, dejando a cada uno de aquellos la decisión acerca de su inclusión en leyes preexistentes o su previsión en leyes especiales. En este punto, es preciso valorar la experiencia de los países que ya hayan incorporado en su Derecho interno esa modalidad delictiva, así como los proyectos en discusión en sus distintos Cuerpos Legislativos.

4) Fomento de políticas sociales en los siguientes aspectos:

a) Combate a la pobreza, con énfasis en los sectores más vulnerables, como lo son las niñas, niños y adolescentes y los jóvenes, especialmente las mujeres. Como ejemplo se observa, que en Venezuela, a propósito de la probable inclusión en la Agenda Legislativa de la normativa para combatir el Tráfico de Personas, se estudia la propuesta de una Ley para la protección y promoción de la economía familiar, referida especialmente a los oficios productivos que son ejecutados por una familia en su propio hogar, para garantizar sus sustento.

b) Campañas de concientización, para familiarizar a la ciudadanía con las situaciones que pueden desembocar en Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes, a los fines de su detección temprana y puesta en conocimiento de las Autoridades Competentes. Entre estas situaciones se encuentran las ofertas engañosas de estudio o trabajo en el exterior, que a veces incluso se hacen a través de los medios de comunicación social.

c) Acciones de Prevención y Lucha contra el turismo sexual, las clínicas o establecimientos médicos ilegales -eventualmente vinculados al tráfico de órganos-, prostitución infantil, desaparición de menores de edad y jóvenes, pues podrían estar vinculados al Tráfico de Personas, en sus distintas modalidades.

¹⁶ Ello ha ocurrido, por ejemplo, en materia ambiental y delincuencia organizada, entre otras.

¹⁷ Artículo 53 de la citada Ley.

5) Promoción de la celebración de cambios normativos, que permitan definir las relaciones con Organizaciones No Gubernamentales y la Sociedad Civil organizada (cooperativas y otras estructuras colectivas, sociales y comunitarias), particularmente aquellas ligadas al combate de la Trata de Personas, promoviendo la celebración de Convenios con algunas de ellas, como por ejemplo la UNICEF.

Ahora bien, en cuanto a la recopilación de datos se considera necesario realizar un diagnóstico integral, tanto en lo estrictamente jurídico como en las medidas públicas asociadas al combate del Tráfico de Personas, razón por la cual se hace imperioso elaborar un cuestionario con un mínimo de requisitos que serviría como insumo para el Plan de Acción, y que incluiría datos sobre aspectos específicos, a saber:

1. Estado de la tipificación en la legislación interna del delito de Trata de Personas y conexos, con el envío de las respectivas leyes con miras al establecimiento de un reglamento modelo.

2. Experiencias y propuestas de cada Estado Parte en la Prevención y Lucha contra actividades delictivas conexas con el Delito de Trata de Personas, como por ejemplo, la Corrupción en los organismos encargados de la expedición de documentos necesarios para el tránsito entre países, así como de los funcionarios apostados en controles fronterizos; la vigilancia de las autoridades sanitarias y de defensa de los derechos laborales, sobre las personas que ingresan a sus respectivos países, en cuanto a las condiciones de las vivencias en las que habitan y los ejemplos que ejercen, así como el ambiente es de los establecimientos en los trabajen.

3. Experiencias y recomendaciones sobre Monitoreo e Intercambio de información sobre las rutas internacionales de la Trata de Personas.

4. Prácticas y propuestas para el combate global a la pobreza, con énfasis en los sectores más vulnerables, como lo son las niñas, niños y adolescentes y los jóvenes, especialmente las mujeres.

5. La realización de campañas de concientización, para familiarizar a la ciudadanía con las situaciones que pueden desembocar en trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, para favorecer su denuncia a las autoridades competentes.

6. Experiencias y proposiciones en cuanto a las acciones de prevención y lucha contra: turismo sexual, clínicas u establecimientos médicos ilegales, eventualmente vinculados al tráfico de órganos-, prostitución infantil, desaparición de menores de edad y jóvenes y otras realidades vinculadas a la Trata de Personas.

7. Propuestas de reformas o nuevos Instrumentos Internacionales en materia de Trata de Personas, como por ejemplo para definir las relaciones con las Organizaciones no oficiales en la lucha contra dicha actividad delictiva.

8. Estado de los procedimientos internos encaminados a la ratificación de los Instrumentos Internacionales.

Finalmente, consideramos que la ejecución de las distintas acciones propuestas en el Primer Borrador del *Plan de Acción Global de las Naciones Unidas para combatir la Trata de Personas*, sería viable en el ordenamiento jurídico penal venezolano¹⁸; pero -en cualquier caso- su eventual implementación debe sujetarse a las limitaciones establecidas en la Legislación nacional aplicable y atendiendo a las previsiones de los instrumentos internacionales suscritos y ratificados en la materia por la República.

Sin otro particular al cual hacer referencia, le saluda.”

¹⁸ Salvo, lo descrito en el numeral 37.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 24/02/2011

2.- DIRECCIÓN
REMITENTE:

Fiscalía Cuarta y Quinta del Ministerio Público ante las Salas de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

3.- MATERIA: Penal Sustantiva

4.- TEMA: Dolo Eventual

5.- EXTRACTO

“Considera el Ministerio Público que con el fallo N° 554, dictado por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 29 de octubre de 2009, se han vulnerado principios constitucionales contenidos en el artículo 49.6 de la Carta Magna, en concordancia con los artículos 2 y 257 *ejusdem*, y con el artículo 1 del Código Penal, motivos éstos por los que se solicita la revisión constitucional ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del referido fallo.../Las razones que motivan al Ministerio Público a ejercer la referida revisión constitucional, se circunscriben a que sea estudiado el fallo *in comento* ya que el mismo, por un lado vulnera el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y por otro, quebranta la Seguridad Jurídica y el Derecho a la Igualdad, ... debemos colegir que constituye una garantía atinente al debido proceso, que ningún sujeto sea castigado o sancionado penalmente, por hechos no previstos como delictivos, faltas o infracciones, sin que previamente se encuentren tipificados en el Ordenamiento Jurídico.../ no puede condenarse a un sujeto por un delito, una falta o una infracción, sin que previamente haya sido consagrada en una norma positiva de derecho y por demás vigente dentro del Ordenamiento Jurídico, para la consumación del hecho en estudio./ En efecto, en el caso que hoy nos ocupa, debemos afirmar la existencia de una norma que, en el derecho positivo venezolano (reconocida internacionalmente tanto por la jurisprudencia, como por la doctrina), contiene la figura del Dolo Eventual. Por lo que el Ministerio Público, no comulga con lo asentado por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en el fallo cuya revisión constitucional hoy se impetra, .../ Del anterior extracto de la decisión que hoy es objeto de solicitud de revisión constitucional, se desprende que la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia afirmó de manera categórica que el Dolo Eventual no se encuentra consagrado en la legislación patria y que el juzgador no podía crear tal tipo penal y mucho menos encuadrar la conducta del sujeto en esa acción intencional./ Sobre este particular, resulta importante acotar que tal y como se desarrolla en el cuerpo del presente escrito, el Dolo Eventual, es el resultado de una de las modalidades del Dolo, que ha venido siendo reconocido a través de los años en la doctrina y la jurisprudencia tanto Nacional como Internacional, al igual que otras modalidades del Dolo, como sería el Dolo de Consecuencias Necesarias, utilizado sobre todo en casos de Terrorismo; situación ésta que abona aún más las afirmaciones de la Institución hoy recurrente, en el sentido que no sólo existe el Dolo Directo”

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° F4-TSJ-0011-2010

6.2.- FECHA: 22/06/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“ Quienes suscriben, María Cristina Vispo López y Tutankamen Hernandez, venezolanos, mayores de edad, titulares de la cédula de identidad N° V- 10.383.801 y V-10.782.496, actuando con el carácter de

Fiscales Cuarta y Quinto ante las Salas de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, respectivamente, debidamente legitimados para actuar en el presente proceso, conforme a comisión conferida por la Dirección General de Apoyo Jurídico del Despacho de la ciudadana Fiscal General de la República, de acuerdo con las atribuciones dispuestas en el artículo 285 numerales 1, 2, 4 y 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en ejercicio de las facultades que nos confieren los artículos 16 numerales 1, 2, 6; 31 numeral 1 y 35 numerales 1 y 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, respectivamente, el cual ha sido reconocido por esa Honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia signada con el N° 2815 de fecha 14 de noviembre de 2002, ocurrimos ante esa distinguida Sala Constitucional del Máximo Tribunal de Justicia, con el objeto de interponer en atención al artículo 336 numeral 10 del texto fundamental, el presente Recurso Extraordinario de Revisión Constitucional, en contra de la decisión N° 554, dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 29 de octubre de 2009, mediante la cual fue declarada Sin Lugar la primera denuncia del Recurso Extraordinario de Casación, referente a la infracción del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por indebida aplicación; además fueron declaradas Con Lugar las denuncias segunda y tercera del referido Recurso Extraordinario y condenó al ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo a cumplir la pena de cinco (5) años de prisión, por la comisión del delito de Homicidio Culposo, de conformidad con los artículos 411 del Código Penal derogado, hoy 409, y 467 del Código Orgánico Procesal Penal.

A tal efecto, fundamentamos el presente Recurso Extraordinario de Revisión Constitucional, en base a las siguientes consideraciones:

CAPÍTULO I DE LA LEGITIMACIÓN

El constituyente al definir las competencias del Ministerio Público, le asignó una misión como protector y garante de la legalidad, vinculada con los procesos tanto judiciales como administrativos; por lo que en presencia de violaciones a derechos y garantías constitucionales en el marco de relaciones jurídicas, que se deriven de la actividad jurisdiccional o administrativa del Estado, la Institución que representamos, queda legitimada para asegurar la vigencia del juicio previo, el debido proceso y el respeto a los derechos y garantías que reconocen la Constitución, los Tratados, Convenios y Acuerdos Internacionales, suscritos y ratificados por la República. Dichas atribuciones se encuentran dispuestas en el artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece:

“Artículo 285. Son atribuciones del Ministerio Público.

1. Garantizar en los procesos judiciales el respeto a los derechos y garantías constitucionales, así como a los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.
2. Garantizar la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, el juicio previo y el debido proceso.

(Omissis)

4. Ejercer en nombre del Estado la acción penal en los casos que para intentarla o proseguirla no fuere necesario instancia de parte, salvo las excepciones establecidas en la ley.

(Omissis)

6. Las demás que le establezcan esta Constitución y las leyes.”

Por su parte, la Ley Orgánica del Ministerio Público, instaura en sus artículos 2 y 16 numerales 1, 2 y 6, lo siguiente:

“Artículo 2. El Ministerio Público es un órgano del Poder Ciudadano que tiene por objetivo actuar en representación del interés general y es responsable del respeto a los derechos y garantías constitucionales a fin de preservar el Estado democrático y social de derecho y justicia”.

“Artículo 16. Son competencias del Ministerio Público:

1. Velar por el efectivo cumplimiento de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...)
2. Garantizar el debido proceso, la celeridad y la buena marcha de la administración de justicia, el respeto de los derechos y garantías constitucionales (...) actuando de oficio o a instancia de parte.

(Omissis)

6. Ejercer en nombre del Estado, la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla no sea necesario instancia de parte, salvo las excepciones establecidas en el Código Orgánico Procesal Penal y demás leyes."

En este contexto, para el cumplimiento de este mandato constitucional y legal, la Ley Orgánica que rige la Institución, atribuye a los fiscales o las fiscales del Ministerio Público, deberes y atribuciones comunes concernientes a:

"Artículo 31: Son deberes y atribuciones comunes de los fiscales o las fiscales del Ministerio Público:

(Omissis)

5. Interponer, desistir o contestar los recursos contra las decisiones judiciales dictadas en cualquier estado y grado del proceso..."

Así mismo, otorga a los Fiscales o las Fiscales del Ministerio Público ante el Tribunal Supremo de Justicia deberes y atribuciones entre los que se aprecian:

"Artículo 35: Son deberes y atribuciones de los Fiscales designados o las Fiscales designadas ante el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena, Sala Constitucional y Sala de Casación:

1. Ejercer la atribución prevista en el numeral 6 del artículo 16 de esta Ley.

(Omissis)

4. Las demás que les sean atribuidas por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes."

De las normas antes transcritas, se infiere que el Ministerio Público, por mandato de Ley, tiene atribuida la función de guardián del cumplimiento y observancia del bloque de la legalidad; en especial, en el marco de las relaciones de los ciudadanos con la Administración de Justicia. Por ello, para cumplir con la misión de colaborar con preservación del Estado de Derecho, condición necesaria para el desenvolvimiento de las libertades públicas, el Ministerio Público, como promotor de la acción de la Justicia, puede impugnar los actos que dicten los Órganos del Estado y sus actuaciones materiales, para que se restablezca la legalidad, por ello el deber de ejercer todas aquellas acciones que permitan el restablecimiento de la vigencia de la Constitución, lo que le confiere legitimación para plantear el presente Recurso Extraordinario de Revisión Constitucional ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

CAPÍTULO II DE LA COMPETENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, detenta la potestad para revisar las actuaciones de las demás Salas del Máximo Tribunal de la República que contraríen las normas y principios contenidos en la Constitución, así como las decisiones que se contrapongan a las interpretaciones que, sobre los mismos, haya efectuado la Sala, en ejercicio de las atribuciones consagradas por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los artículos 335 y 336 numeral 10, compendiándose en cuanto a las solicitudes de revisión constitucional propuestas contra las sentencias de las demás Salas, la competencia para conocer en el numeral 4, conjuntamente con el primer aparte del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia vigente desde el 20 de mayo de 2004.

Dichas normas, señalan:

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

"Artículo 336. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: (...)

10. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva. ...".

"Artículo 5.- Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República.

(Omissis)

4. Revisar las sentencias dictadas por una de las Salas, cuando se denuncie fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República.

En este orden, compete a esa honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, conocer de la solicitud de revisión que se intenta contra la sentencia signada con el N° 554, dictada el 29 de octubre de 2009, por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en virtud que de la misma se verifica que obvió la interpretación de los artículos 21, 26 y 49, todos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; y por errónea interpretación del artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

CAPÍTULO III DE LA ADMISIBILIDAD DE LA SOLICITUD DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL

Al respecto, la Sala Constitucional, dado su carácter de máxima autoridad en dicha materia, en sentencia N° 93, del 6 de febrero de 2001 (caso: *Corpoturismo*), explanó cuales son las sentencias susceptibles de revisión extraordinaria y excepcional, siendo éstas:

Las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional, las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional, y las sentencias definitivamente firmes que hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional.

De igual forma, con ocasión de la entrada de vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala instauró en la sentencia N° 325, del 30 de marzo de 2005 (caso: *Alcido Pedro Ferreira y otros*), la posibilidad de revisión de las sentencias dictadas por las demás Salas integrantes del Tribunal Supremo de Justicia cuando se denuncien: violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República y cuando se hayan dictado sentencias con ocasión de: a) error inexcusable, b) dolo, c) cohecho o d) prevaricación.

Siendo posible además la revisión, según lo ha establecido la Sala Constitucional de ese Máximo Órgano de Justicia, de aquellas sentencias en las que las Salas del Tribunal Supremo de Justicia,

apliquen un criterio judicial distinto al que se venía utilizando respecto de otros casos análogos por ellas decididos, sin justificación alguna y sin señalar además porque se apartó de su doctrina pacífica; lo cual se traduce en desigualdad, violándose el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 21 de la Constitución, así como también los principios de confianza legítima y seguridad jurídica.

De este modo, la posibilidad de revisar sentencias a través de este especial recurso, cuando exista un cambio de criterio de la seguridad jurídica, la confianza legítima y el derecho a la igualdad, se desprende de la sentencia número 2490, de la Sala Constitucional de esa máxima Instancia Judicial, de fecha 21 de diciembre de 2007, expediente número 07-1263 con ponencia de la Magistrada Carmen Auxiliadora Zuleta de Merchán, (Caso: Didier Enrique Contreras Camargo).

Ahora bien, por haber incidido el pronunciamiento de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en la interpretación realizada de la Sala Constitucional de los artículos 21, 26 y 49 y error de interpretación del numeral 6 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se solicita muy respetuosamente a esa Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia por su imperio de ejecutar revisiones de sentencias definitivamente firmes, conozca, admita y decida a favor de la pretensión fiscal, el Recurso Extraordinario de Revisión Constitucional que se intenta contra la decisión N° 554, de fecha 29 de octubre de 2009, dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

En este sentido, a los fines de dar cumplimiento al contenido del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, anexamos a la presente copia certificada de la sentencia N° 554, de fecha 29 de octubre de 2009, dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, contentiva de veinticuatro (24) folios útiles, con el voto salvado de la Magistrada Miriam Morandy Mijares.

CAPÍTULO IV ANTECEDENTES

La causa que da origen a la presente actividad recursiva, tiene su génesis en los hechos ocurridos en fecha 13 de abril de 2004, en horas de la noche, cuando el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, conduciendo un vehículo de transporte público, fue advertido momentos antes por funcionarios adscritos a la Policía del estado Aragua, en la Zona Industrial San Vicente, a la altura de la estación de servicio "BP", motivado a que el mismo conducía a alta velocidad y no tenía las luces delanteras encendidas, por lo que se inquirió al mismo a que condujera a una velocidad menor y encendiera las luces, a lo que el conductor respondió que las mismas no le funcionaban.

Siendo el caso, que al proseguir su ruta, el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, se desplazaba conduciendo una unidad de transporte colectivo, tipo autobús marca Mercedes Benz, modelo CH-1318, color rojo, placas 056-719, sin luces delanteras y a alta velocidad, por la calle A de la Zona Industrial de San Vicente, de la ciudad de Maracay, estado Aragua, frente a la empresa Tuperware, cuando arrolló a una ciudadana de nombre DIANA MERCEDES RODRIGUEZ ROSALES; y posteriormente detuvo el vehículo a veintisiete (27) metros de distancia, en razón del clamor de los pasajeros siendo aprehendido por funcionarios adscritos a la Policía del estado Aragua.

El imputado quedó identificado como CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, de nacionalidad venezolana, titular de la cédula de identidad No. V- 6.091.619.

La víctima quedó identificada como DIANA MERCEDES RODRIGUEZ ROSALES, quien falleció a causa de Politraumatismo por accidente vial (arrollamiento).

En fecha 14 de abril de 2004, se llevó a cabo la audiencia de presentación del imputado, ante el Juzgado Sexto de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Aragua, oportunidad en la cual se impuso al referido ciudadano de medida cautelar sustitutiva de libertad, prevista en el numeral 3 del artículo 256 del Código Orgánico Procesal Penal, consistente en presentaciones periódicas cada quince (15) días.

Por estos hechos, en fecha 24 de febrero de 2005, la Fiscalía Sexta del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Aragua, presentó acusación contra Carlos Eduardo Hernández Carrillo, por la comisión del delito de HOMICIDIO INTENCIONAL A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL, previsto y sancionado en el artículo 407 del Código Penal vigente para el momento de los hechos.

En fecha 04 de agosto de 2005, se celebró la audiencia preliminar, ante el Juzgado Octavo de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Aragua, oportunidad en la cual fue admitida la acusación presentada por el Ministerio Público, así como los medios de prueba promovidos en ella, y se acordó mantener la medida cautelar sustitutiva de libertad impuesta.

En fecha 10 de marzo de 2006, el Juzgado Quinto de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del estado Aragua, acordó constituirse como unipersonal, el cual se inhibió, siendo conocida por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Aragua, la cual en fecha 18 de abril de 2006, declaró con lugar dicha incidencia, distribuyéndose, finalmente, la causa al Juzgado Segundo de Primera Instancia en Funciones de Juicio de ese Circuito Judicial Penal.

En fecha 04 de octubre de 2007, se dio inicio al debate oral y público, ante el Juzgado Segundo de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial del estado Aragua, culminando en fecha 22 de noviembre de 2007, oportunidad en la cual el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, fue condenado a cumplir la pena de DOCE (12) AÑOS DE PRESIDIO, por la comisión del delito de HOMICIDIO INTENCIONAL A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL, publicándose el texto integro de la sentencia, en fecha 19 de mayo de 2008.

Contra esta decisión, en fecha 07 de julio de 2008, la Defensa Privada del imputado, ejerció Recurso de Apelación. En fecha 17 de noviembre de 2008, la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Aragua, dictó auto por medio del que admitió el Recurso de Apelación incoado por la Defensa, y en fecha 25 de noviembre de 2008, se celebró la audiencia prevista en el artículo 456 del Código Orgánico Procesal Penal, oportunidad en la que el Órgano Colegiado de Alzada, se acogió al lapso previsto en el último aparte del referido artículo para dictar su fallo, el cual se produjo el día 05 de diciembre de 2008, en el que declaró sin lugar el recurso de apelación ejercido, y confirmó la sentencia impugnada. Dicha decisión fue recurrida a través de la interposición de Recurso Extraordinario de Casación, en fecha 28 de enero de 2009, por la Defensa Privada del imputado.

En fecha 12 de marzo de 2009, se dio cuenta en Sala de Casación Penal, designándose como Ponente al Magistrado Dr. HÉCTOR MANUEL CORONADO FLORES, quedando signado con el No. 2009-0097, siendo admitido en fecha 07 de agosto de 2009, mediante auto identificado con el N° 403.

En fecha 29 de octubre de 2009, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia identificada con el N° 554, correspondiente al expediente número 2009-0097, declaró Sin Lugar la primera denuncia; por otra parte, declaró Con Lugar la segunda y tercera denuncias y, en consecuencia, dictó fallo propio, de conformidad con la facultad otorgada en el artículo 467 del Código Orgánico Procesal Penal, a través del cual, condenó al ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo a cumplir la pena de cinco (5) años de prisión, por la comisión del delito de Homicidio Culposo, de conformidad con los artículos 411 del Código Penal derogado, hoy 409.

CAPÍTULO V

DE LOS HECHOS ACREDITADOS POR EL TRIBUNAL DE INSTANCIA Y AVALADOS POR LA CORTE DE APELACIONES

En el presente caso, quedó demostrado, que el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, quien es de oficio conductor de Unidades de Transporte Público, sabía y tenía pleno conocimiento de que no tenía luces en la parte delantera de la Unidad conducida por él, lo cual iba a dificultar su visibilidad, esto quedó demostrado en las declaraciones realizadas por los testigos y asimismo quedó demostrado y probado que iba a exceso de velocidad, por lo que se le hizo un llamado de atención, en

un Punto de Control mantenido en la zona, por el Cuerpo de Seguridad y Orden Público del Estado Aragua. El ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, por el conocimiento y experiencia que tiene en el oficio de conductor de Unidad de Transporte Colectivo, podía prever que podía causar un accidente y sin importar tal previsión, continuó ejecutando su acción, lo que produjo como resultado el fallecimiento de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRIGUEZ ROSALES. No obstante lo sucedido, una vez que se produce el arrollamiento, el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, continuó la marcha de la Unidad de Transporte que conducía, sin considerar la situación que acontecía, demostrando así una absoluta indiferencia o desprecio por la vida de la otra persona ("bien jurídico protegido"), detuvo la marcha, cuando el clamor público (pasajeros) se lo indicaba y le dicen de forma determinante que detenga el autobús, quedando a una distancia de 27 mts. del cadáver de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRIGUEZ ROSALES, cuya muerte fue instantánea, según lo expresado por el Dr. Jairo Quiroz, médico anatomopatólogo adscrito al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, quien se encargó de practicar la autopsia de ley.

En tal sentido, en el caso bajo análisis, a través de las declaraciones de los testigos, quedó evidentemente probado y demostrado que la muerte de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRIGUEZ ROSALES, se produjo por la conducta desplegada por el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, quien habiendo previsto las consecuencias de su acción, en virtud de su experiencia, continuó obrando de la misma manera hasta producir el resultado completamente previsible por él y que pudo ser evitado de algún modo, lo cual se demuestra su actitud ante el "bien jurídico protegido" como lo es la vida de otra persona.

CAPÍTULO VI DE LA SENTENCIA CUYA REVISIÓN SE SOLICITA

La sentencia contra la cual se ejerce el presente Recurso Extraordinario de Revisión Constitucional, fue dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 29 de octubre de 2009, identificada con el N° 554, correspondiente al expediente N° 2009-0097, nomenclatura de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual declaró Sin Lugar la primera denuncia del Recurso de Casación incoado por la Defensa Privada; declaró Con Lugar la segunda y tercera denuncia de la referida actividad casacional; y, en consecuencia, dictó sentencia propia, condenando al ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo a cumplir la pena de cinco (5) años de prisión, por la comisión del delito de Homicidio Culposo, de conformidad con los artículos 411 del Código Penal derogado, hoy 409, y 467 del Código Orgánico Procesal Penal, bajo las siguientes consideraciones:

"...Visto que la argumentación de la segunda y tercera denuncia expuestas en el presente recurso de casación tienen una estrecha relación, la Sala considera conveniente pasar a resolverlas bajo una misma fundamentación. Es así como observa que el punto central del cual se pretende sea resuelto por esta instancia, estriba si en el presente caso existe violación al Principio de Legalidad previsto en nuestra Constitución Nacional en su artículo 49, numeral 6, toda vez que el acusado de autos se le condenó a cumplir la pena de doce (12) años de presidio por la comisión del delito de homicidio intencional a título de dolo eventual, sin que el referido tipo penal estuviese descrito como delito en nuestro ordenamiento jurídico. Tal argumentación resulta ser cierta a todas luces, pues claramente nuestra Carta Magna recoge, como debido proceso, el Principio de Legalidad conforme al cual, ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes./De acuerdo a los términos expresados en la referida norma constitucional, los ciudadanos tienen el derecho a hacer todo lo que la ley no les prohíba. En otras palabras, solo la ley es capaz de crear delitos, y solo podrá considerarse delito, aquel hecho que la ley declare delito expresamente. Distinto el caso de los actos llevados a cabo por los entes públicos, los cuales deben sujetarse a lo que la Constitución y las leyes les permitan.../ El Código Penal, en su artículo 1 ratifica este principio así: "nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente". / Bajo este contexto normativo, podemos afirmar que el máximo principio que consagra la

legitimidad y legalidad dentro del Derecho Penal es el principio: "nulla crime, nulla poena sine lege", recogido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos penales de índole romanista y germánico, el cual apunta a una garantía de libertad y seguridad para los ciudadanos, sin dejar de lado el poder punitivo del Estado el cual es ejercido a través de sus legisladores y jueces./Tenemos entonces, que el Principio de Legalidad exige que el delito se encuentre expresamente contemplado en una ley formal, de manera clara y precisa, con el fin de garantizar la seguridad de los ciudadanos, quienes deben conocer, sin lugar a dudas, cual es la conducta prohibida e ilegítima, y cuáles serían las consecuencias jurídicas que se generarían a aquellos que trasgredan lo que la norma penal contempla. Esto significa que debe haber una ley preexistente y vigente, tal como lo ha señalado la doctrina internacional en el entendido de que las conductas punibles deben ser descritas inequívocamente y las sanciones a imponer deben estar también previamente determinadas./Visto así las cosas, resulta imperioso afirmar que, el Principio de legalidad en materia penal, consagrado en su doble vertiente de legalidad de los delitos y de las penas, constituye la máxima garantía frente a la aplicación de la ley penal; toda vez que, por una parte, constituye un límite ante cualquier arbitrariedad o imposición caprichosa por parte del Juez contra el presunto autor de unos hechos y, por la otra, las conductas descritas formalmente y recogidas en un texto legal, permiten a la ciudadanía conocer tanto la conducta delictual como las sanciones que acarrea, lo cual se traduce en garantía para los mismos ciudadanos./Cabe resaltar que el Principio de Legalidad cobra también importancia desde un punto de vista más amplio, llegando a la propia funcionalidad del Estado en su ejercicio del ius puniendi, pues garantiza la propia división de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. En este sentido, entra en juego el principio de reserva legal, lo cual indica que solo el legislador, no los jueces, pueden asumir la tarea de redactar y recoger en un instrumento legal las normas de carácter penal, la cual es labor consagrada, única y exclusivamente, a la Asamblea Nacional, mientras que el juzgador penal es el que subsume el caso concreto en la descripción del tipo penal, el que determina la pena correspondiente a cada supuesto, el que la individualiza, pero siempre dentro de los márgenes de tipicidad y penalidad./Bajo estos señalamientos queda claro que, en base al Principio de Legalidad, en Derecho Penal no es posible admitir la analogía, vale decir que, si el hecho no está contemplado en la ley, no podrá aplicarse a él, una norma que castigue un hecho similar. En este sentido, el autor Rodrigo Antonio Rivera Morales, en su obra "Aspectos Constitucionales del Proceso": Tribunal Supremo de Justicia: Libro Homenaje A José Andrés Fuenmayor. Tomos II, señala: ..."Si no hay norma legal aplicable al caso concreto, hay un vacío legal (non liquet), sin que el juez pueda llenarlo analógicamente...la situación fáctica debe estar descrita en ley preexistente. Es contrario a la Constitución y a la normativa internacional sobre derechos humanos los tipos penales inciertos, abiertos y en blanco, éstos deben ser exactos y rígidos..."./Visto el análisis anterior, tenemos que en el presente caso el ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carillo fue condenado por la comisión del delito de homicidio intencional a título de dolo eventual, el cual, como se señaló al inicio, no aparece contemplado en nuestro ordenamiento jurídico penal, aplicándole el juzgador, por analogía, la pena correspondiente al delito de homicidio intencional simple. Todo lo cual evidencia una violación al Principio de Legalidad, acogido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, de tal manera que no podía inventarse el juzgador un tipo penal y encuadrar en él la conducta desplegada por el mencionado ciudadano. Debe el hecho o conducta a sancionar estar descrito previamente en la ley penal; tal como se ha venido insistiendo./En este aspecto cabe llamar la atención de aquellos aplicadores de justicia, así como estudiosos y expertos en la materia penal, para que tengan en cuenta que, si en su opinión, existen situaciones no precisadas en la ley y, que por tanto, puedan generar cierta incertidumbre e imprecisiones en la aplicación de la misma, no realizar interpretaciones que puedan generar perjuicio en el imputado, tal como ocurre en el presente caso./Ahora bien, puntualizado el hecho de que en la presente causa, el ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carillo fue condenado por un delito no tipificado en la ley, teniendo razón pues la defensa

en el planteamiento de su denuncia, esta Sala de Casación Penal, de conformidad con la facultad otorgada en el artículo 467 del Código Orgánico Procesal Penal, pasa a dictar una decisión propia sobre el caso, toda vez que estima que no es necesario un nuevo debate sobre los hechos dados por probados por el Juzgador de Juicio y, en tal sentido observa, que los referidos hechos fueron expuestos de la manera siguiente: "...Una vez revisadas todas las pruebas evacuadas, se puede observar que de las declaraciones de los testigos funcionarios policiales MOISÉS MELÉNDEZ ACOSTA, FRANK ANTONIO FUENTES PIÑA, JUAN CARLOS LARA TOVAR, concatenada con las declaraciones de los testigos BETSIS AURET FERNÁNDEZ GARCÉS, BLANCA YARED TOVAR CUEVA y MIRIAM GISELA SEQUERA GONZÁLEZ, asimismo relacionadas estas declaraciones a su vez con la de los funcionarios del Cuerpo de Vigilancia y Tránsito Terrestre, FRANK REINALDO SALAZAR y ALEXIS MERENTES, quedó plenamente demostrado y probado que el día 13 de ABRIL de 2004, siendo aproximadamente las 7:00 p.m, el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARILLO, causó la muerte de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES, en la avenida "A" del Sector San Vicente, Estado Aragua, tal como se desprende de la declaración del médico forense JAIRO QUIROZ ROMERO, quien señala que la causa de la muerte...fue por politraumatismos por accidente vial, arrollamiento. En tal sentido debe considerarse también la declaración de la testigo AMANDA GARCÉS DE FERNÁNDEZ, que aún cuando se baja de la Unidad de Transporte Colectivo, antes de que suceda el accidente, señaló que dentro del autobús hubo una discusión entre un joven pasajero, también de la Unidad de Transporte Colectivo y el chofer de la unidad, en reclamo de por qué no encendía las luces, a lo que éste le respondió, que las había vendido para poder comer, esto coincide con la declaración del funcionario policial MOISÉS ACOSTA MELÉNDEZ, quien es el funcionario, que detiene la Unidad de Transporte en un punto de Control y le llama la atención al chofer, en relación a que no llevaba las luces encendidas y que iba a exceso de velocidad, a lo que el chofer de la Unidad de Transporte Colectivo le respondió, que iba apurado porque no tiene luces, de lo cual quedó probado y demostrado, que efectivamente no llevaba las luces encendidas, ya que estaban dañadas y tal situación era conocida por el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARILLO, chofer de la Unidad... . Asimismo se debe considerar, la declaración de cada testigo en el sentido de la distancia, que hubo desde el lugar donde quedó el cuerpo sin vida de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES y la Unidad de Transporte que la arrolló, ya que los testigos declararon que la Unidad...estaba estacionada frente en la esquina siguiente de donde sucedió el accidente, lo cual quedó corroborado con la declaración del funcionario de tránsito terrestre encargado de levantar el croquis, quien señaló, que esa distancia fue de 27 metros, asimismo ambos funcionarios adscritos al Cuerpo de Vigilancia de Tránsito Terrestre, señalaron que no había marca de frenos, ni antes ni después, de donde se encontraba el cuerpo sin vida de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES: Asimismo los testigos fueron contestes en señalar que el conductor de la Unidad..., una vez que se produce el arrollamiento no se detiene, lo hace ya que el clamor público, le indica que se detenga. En tal sentido se concluye que la persona que causó la muerte de la ciudadana...fue el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, quien era el conductor de la Unidad de Transporte, con las siguientes características...". (Sic). Analizados los hechos acreditados por el Juzgado Segundo de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, y las circunstancias de lugar, tiempo y modo descritas, y observando que son el resultado del actuar imprudente del procesado, la Sala considera que los mismos encuadran en los extremos del artículo 411 del derogado Código Penal vigente para el momento en el cual ocurrieron los hechos (hoy, 409), relativo al homicidio culposo, en consecuencia, se aparta de la calificación jurídica de homicidio intencional a título de dolo eventual, previsto en el artículo 407 del Código Penal (hoy, 405), dada a los hechos por la representación del Ministerio Público, atribuyéndole por tanto a los mismos la calificación jurídica antes dicha, al observar que el actuar del ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carillo, obedeció a un obrar con imprudencia, sin la cautela necesaria al conducir su vehículo (transporte

colectivo), es decir, a exceso de velocidad y sin el funcionamiento de las luces del autobús, pero nunca tuvo la intención de ocasionar la muerte de algún ciudadano, en este caso de la ciudadana Diana Mercedes Rodríguez Rosales. Tales circunstancias quedaron expresadas por el juzgador de juicio en los términos siguientes: "funcionario policial MOISÉS ACOSTA MELÉNDEZ, quien es el funcionario, que detiene la Unidad de Transporte en un punto de Control y le llama la atención al chofer, en relación a que no llevaba las luces encendidas y que iba a exceso de velocidad, a lo que el chofer de la Unidad de Transporte Colectivo le respondió, que iba apurado porque no tiene luces...".Correspondería ahora imponer la pena al procesado de autos y, en tal sentido se observa que, la pena correspondiente al delito de homicidio culposo es de seis (6) meses a cinco (5) años de prisión, regulado en el artículo 411 del Código Penal vigente para el momento en el cual ocurrieron los hechos, hoy 409 del Código Penal (cuya redacción quedó expresada en los mismos términos que el citado artículo 411)./Ahora bien, tomando en cuenta el modo y las circunstancias en las cuales fue cometido el hecho, vale decir, el exceso de velocidad con el cual conducía el ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo la unidad de transporte, la falta de funcionamiento de las luces, circunstancia que era conocida suficientemente por el conductor, siendo que el hecho ocurrió alrededor de las 7:00 pm, así como también consta, la advertencia de que fue objeto el acusado, tanto por algunas personas (pasajeros) de la unidad, como por el funcionario policial Moisés Acosta Meléndez, en cuanto a la velocidad con la cual se desplazaba y que no llevaba las luces del vehículo encendidas, a lo cual mostró una actitud poco cautelosa y de total indiferencia ante tal llamado de atención. Todo ello hace considerar que, a juicio de esta Sala, lo procedente y ajustado a derecho es imponer al ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo la pena de cinco (5) años de prisión, de conformidad con los artículos 411 del Código Penal derogado, hoy 409, y 467 del Código Orgánico Procesal Penal, atendiendo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar antes expresadas, y que fueron probadas fehacientemente durante el juicio oral y público. Así se declara./ DECISIÓN Por las razones antes expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, hace los siguientes pronunciamientos: 1.-declara sin lugar la primera denuncia; 2.-declara con lugar la segunda y tercera denuncia y, en consecuencia, 3.-condena al ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo a cumplir la pena de la pena de cinco (5) años de prisión, por la comisión del delito de homicidio culposo, de conformidad con los artículos 411 del Código Penal derogado, hoy 409, y 467 del Código Orgánico Procesal Penal..."

Emerge de la decisión que antecede que, luego de explicar los antecedentes, los hechos, así como los fundamentos expuestos por el recurrente en casación, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, procedió a resolver las tres denuncias incoadas por la defensa, emitiendo una misma fundamentación en cuanto a la segunda y tercera denuncia al considerar que las mismas guardan una estrecha relación, señalando que *"el punto central del cual se pretende sea resuelto, estriba si en el presente caso existe violación al Principio de Legalidad previsto en nuestra Constitución Nacional en su artículo 49, numeral 6, toda vez que el acusado de autos se le condenó a cumplir la pena de doce (12) años de presidio por la comisión del delito de homicidio intencional a título de dolo eventual, sin que el referido tipo penal estuviese descrito como delito en nuestro ordenamiento jurídico"*, para enfatizar:

1. Que, nuestra Carta Magna recoge, como debido proceso, el Principio de Legalidad conforme al cual, ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes, indicando además, que el Código Penal en su artículo 1, ratifica este principio así: "nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente", y que el máximo principio que consagra la legitimidad y legalidad dentro del Derecho Penal es el principio: *"nulla crimen, nulla poena sine lege"*. Significando que debe haber una ley preexistente y vigente, en el entendido de que las conductas punibles deben ser descritas inequívocamente y las sanciones a imponer deben estar también previamente predeterminadas.

2. Que entra en juego el principio de reserva legal, lo cual indica que sólo el legislador, no los jueces, pueden asumir la tarea de redactar y recoger en un instrumento legal las normas de carácter penal, y, que, en base al Principio de Legalidad, en Derecho Penal no es posible admitir la analogía, vale decir que, si el hecho no está contemplado en la ley, no podrá aplicarse a él, una norma que castigue un hecho similar.

Luego de efectuar análisis del Principio de Legalidad y Principio de Reserva Legal, proceder a señalar, "que en el presente caso el ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carillo fue condenado por la comisión del delito de homicidio intencional a título de dolo eventual, el cual, como se señaló al inicio, no aparece contemplado en nuestro ordenamiento jurídico penal, aplicándole el juzgador, por analogía, la pena correspondiente al delito de homicidio intencional simple. Todo lo cual evidencia una violación al Principio de Legalidad, acogido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, de tal manera que no podía inventarse el juzgador un tipo penal y encuadrar en él la conducta desplegada por el mencionado ciudadano. Debe el hecho o conducta a sancionar estar descrito previamente en la ley penal;"

Concluyendo la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, que el ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carillo fue condenado por un delito no tipificado en la ley, procediendo de conformidad con lo establecido en el artículo 467 del Código Orgánico Procesal Penal, a dictar una decisión propia sobre el caso, al evaluar que no es necesario un nuevo debate sobre los hechos dados por probados por el Juzgador de Juicio; para, luego de transcribir los hechos expuestos por el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del estado Aragua, señalar que "Analizados los hechos acreditados por el Juzgado Segundo de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, y las circunstancias de lugar, tiempo y modo descritas, y observando que son el resultado del actuar imprudente del procesado, la Sala considera que los mismos encuadran en los extremos del artículo 411 del derogado Código Penal vigente para el momento en el cual ocurrieron los hechos (hoy, 409), relativo al homicidio culposo, en consecuencia, se aparta de la calificación jurídica de homicidio intencional a título de dolo eventual, previsto en el artículo 407 del Código Penal (hoy, 405), dada a los hechos por la representación del Ministerio Público, atribuyéndole por tanto a los mismos la calificación jurídica antes dicha, al observar que el actuar del ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carillo, obedeció a un obrar con imprudencia, sin la cautela necesaria al conducir su vehículo (transporte colectivo), es decir, a exceso de velocidad y sin el funcionamiento de las luces del autobús, pero nunca tuvo la intención de ocasionar la muerte de algún ciudadano, en este caso de la ciudadana Diana Mercedes Rodríguez Rosales." Afirmando, que tales circunstancias quedaron expresadas por el juzgador de juicio: "funcionario policial MOISÉS ACOSTA MELÉNDEZ, quien es el funcionario, que detiene la Unidad de Transporte en un punto de Control y le llama la atención al chofer, en relación a que no llevaba las luces encendidas y que iba a exceso de velocidad, a lo que el chofer de la Unidad de Transporte Colectivo le respondió, que iba apurado porque no tiene luces..."

La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, impuso la pena al procesado de autos, correspondiente al delito de Homicidio Culposo regulado en el artículo 411 del Código Penal, vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos, hoy 409 del Código Penal, la cual es de seis (6) meses a cinco (5) años de prisión, enunciando que, tomando en cuenta el modo y las circunstancias en las cuales fue cometido el hecho, el exceso de velocidad con el cual conducía el ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo la unidad de transporte, la falta de funcionamiento de las luces, circunstancia que era conocida suficientemente por el conductor, el hecho ocurrió alrededor de las 7:00 pm, así como también consta, la advertencia de que fue objeto el acusado por algunos pasajeros de la unidad, como por el funcionario policial Moisés Acosta Meléndez, en cuanto a la velocidad con la cual se desplazaba y que no llevaba las luces del vehículo encendidas, a lo cual mostró una actitud poco cautelosa y de total indiferencia ante tal llamado de atención.

Todo ello hizo considerar, en criterio de la referida Alta Instancia Judicial, que le fuere impuesta al ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo la pena de cinco (5) años de prisión, de conformidad con los artículos 411 del Código Penal derogado, hoy 409, y 467 del Código Orgánico Procesal Penal, atendiendo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar antes expresadas, y que fueron probadas fehacientemente durante el juicio oral y público.

De un análisis pormenorizado, sistemático y concienzudo de la sentencia dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, podemos observar que la misma afirma lo siguiente:

“...en el presente caso el ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carillo fue condenado por la comisión del delito de homicidio intencional a título de dolo eventual, el cual, como se señaló al inicio, no aparece contemplado en nuestro ordenamiento jurídico penal, aplicándole el juzgador, por analogía, la pena correspondiente al delito de homicidio intencional simple. Todo lo cual evidencia una violación al Principio de Legalidad, acogido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, de tal manera que no podía inventarse el juzgador un tipo penal y encuadrar en él la conducta desplegada por el mencionado ciudadano. Debe el hecho o conducta a sancionar estar descrito previamente en la ley penal; tal como se ha venido insistiendo...”

De tal extracto se sustrae que la honorable Sala de Casación Penal del Máximo Tribunal de Justicia, realiza una aseveración respecto de la inexistencia del DOLO EVENTUAL en el ordenamiento jurídico venezolano, y además indica que el Juzgador aplicó analogía para establecer el delito de Homicidio Intencional a título de Dolo Eventual, lo cual vulneró – en criterio de esa Suprema Jurisdicción – el principio de legalidad, para finalizar señalando que al Operador de Justicia le estaba vedado crear un tipo penal y subsumir la conducta del sujeto activo del delito en dicha invención normativa; y producto de lo anterior, esa última instancia condenó al ciudadano CARLOS HERNÁNDEZ CARRILLO, empero, por el delito de Homicidio Culposo.

Partiendo de las anteriores motivaciones, estas Representaciones Fiscales conjuntas, se permiten, de manera muy respetuosa, disentir de los referidos argumentos de fondo planteados por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia y se pretende el análisis por parte de esa Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, toda vez que estimamos que se vulneran principios y garantías de índole fundamental.

CAPÍTULO VII DE LOS FUNDAMENTOS DE LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL PRIMERO

VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 49.6 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES CONCERNIENTES A LOS ARTÍCULOS 2 Y 257 DE LA CARTA FUNDAMENTAL EN CONCORDANCIA CON EL ARTÍCULO 1 DEL CÓDIGO PENAL

Considera el Ministerio Público que con el fallo N° 554, dictado por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 29 de octubre de 2009, se han vulnerado principios constitucionales contenidos en el artículo 49.6 de la Carta Magna, en concordancia con los artículos 2 y 257 *ejusdem*, y con el artículo 1 del Código Penal, motivos éstos por los que se solicita la revisión constitucional ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del referido fallo.

Las razones que motivan al Ministerio Público a ejercer la referida revisión constitucional, se circunscriben a que sea estudiado el fallo *in comento* ya que el mismo, por un lado vulnera el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y por otro, quebranta la Seguridad Jurídica y el Derecho a la Igualdad, lo que será desarrollado de seguidas.

En efecto, el principio de legalidad, se encuentra consagrado en el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual señala expresamente lo siguiente:

"Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

(Omissis)

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.”

Del anterior dispositivo constitucional, debemos colegir que constituye una garantía atinente al debido proceso, que ningún sujeto sea castigado o sancionado penalmente, por hechos no previstos como delictivos, faltas o infracciones, sin que previamente se encuentren tipificados en el Ordenamiento Jurídico.

La anterior garantía constitucional, parte del principio de *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, el cual tiene como significado lo siguiente:

*"Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege. (Loc. Lat.) Lit. "ningún delito ni pena sin previa ley". Si no existe la Ley no existe ni el delito ni la pena. Expresa un principio y la aspiración de que ningún hecho u omisión pueda calificarse de delictivo con retroactividad, ni que quepa imponerse otra pena que la prevista..."*¹⁹

Del anterior concepto, debemos entender que no puede condenarse a un sujeto por un delito, una falta o una infracción, sin que previamente haya sido consagrada en una norma positiva de derecho y por demás vigente dentro del Ordenamiento Jurídico, para la consumación del hecho en estudio.

En efecto, en el caso que hoy nos ocupa, debemos afirmar la existencia de una norma que, en el derecho positivo venezolano (reconocida internacionalmente tanto por la jurisprudencia, como por la doctrina), contiene la figura del Dolo Eventual. Por lo que el Ministerio Público, no comulga con lo asentado por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en el fallo cuya revisión constitucional hoy se impetra, en el sentido de que:

"...Visto el análisis anterior, tenemos que en el presente caso el ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carillo fue condenado por la comisión del delito de homicidio intencional a título de dolo eventual, el cual, como se señaló al inicio, no aparece contemplado en nuestro ordenamiento jurídico penal, aplicándole el juzgador, por analogía, la pena correspondiente al delito de homicidio intencional simple. Todo lo cual evidencia una violación al Principio de Legalidad, acogido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, de tal manera que no podía inventarse el juzgador un tipo penal y encuadrar en él la conducta desplegada por el mencionado ciudadano. Debe el hecho o conducta a sancionar estar descrito previamente en la ley penal; tal como se ha venido insistiendo..." (Resaltado y subrayado del Ministerio Público)

Del anterior extracto de la decisión que hoy es objeto de solicitud de revisión constitucional, se desprende que la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia afirmó de manera categórica que el Dolo Eventual no se encuentra consagrado en la legislación patria y que el juzgador no podía crear tal tipo penal y mucho menos encuadrar la conducta del sujeto en esa acción intencional.

Sobre este particular, resulta importante acotar que tal y como se desarrolla en el cuerpo del presente escrito, el Dolo Eventual, es el resultado de una de las modalidades del Dolo, que ha venido siendo reconocido a través de los años en la doctrina y la jurisprudencia tanto Nacional como Internacional, al igual que otras modalidades del Dolo, como sería el Dolo de Consecuencias Necesarias, utilizado sobre todo en casos de Terrorismo; situación ésta que abona aún más las afirmaciones de la Institución hoy recurrente, en el sentido que no sólo existe el Dolo Directo. Desconocer lo anterior significaría, a modo de ejemplo, que se sancionen actos terroristas a título de Culpa, lo cual no encuentra asidero desde el punto de vista de la Dogmática Penal contemporánea.

¹⁹ RIVERO, Urbano. Diccionario Jurídico de Derecho Romano Latín – Español.

Dichas afirmaciones encuentran sustento en los conceptos de Dolo Eventual, en el contexto Nacional como Internacional, así vemos delimitaciones conceptuales doctrinarias extraídas del Derecho Comparado, que han sido expuestas por diversos Tribunales Supremos de Justicia a nivel Internacional, y por ello vemos que el Tribunal Supremo del Reino de España²⁰, en resolución Nº 130/2010, Nº de Recurso 11363/2009, con ponencia del Magistrado D. JUAN SAAVEDRA RUIZ, expuso:

"...Como expone a continuación la Audiencia Provincial, esta Sala de Casación viene entendiendo que actúa con dolo -al menos, eventual- quien conoce el alto riesgo de producción del resultado que genera con su acción y, a pesar de ello, continúa con la ejecución. En definitiva, actúa dolosamente quien acepta la realización de una conducta claramente ilícita sin mostrar ningún interés por averiguar sus circunstancias y condiciones, poniendo con ello de relieve que no establece límites a su aportación (por todas, SSTS nº 388/2.007, de 25 de Abril, y nº 289/2.006, de 15 de Marzo) o, lo que es lo mismo, "quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer y, sin embargo, trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierta no puede alegar ignorancia alguna y, por el contrario, debe responder de las consecuencias de su ilícito actuar" (SSTS nº 465/2.005, nº 420/2.003 y nº 946/2.002, entre otras)..."

Por su parte el referido Tribunal Supremo de España, según sentencia de la Sala de lo Penal, en Resolución Nº 28/2010, Nº de recurso 374/2009, y ponencia del Magistrado D. JOSE RAMON SORIANO SORIANO, se afirmó que:

"...La doctrina de esta Sala a la hora de interpretar el término "sabiendo" utilizado por el art. 301 C.P. nos dice que si bien estrictamente equivaldría a tener conciencia o estar informado, debe entenderse en el sentido de tener un conocimiento práctico, derivado de la experiencia, que permita representarse algo como lo más probable en la situación dada. No sería suficiente la mera sospecha, aunque -insistimos- bastaría con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que el dinero procede de un delito de tráfico de drogas, con plena admisión del dolo eventual como forma o modalidad dentro del cual se pueden incardinar los supuestos de ignorancia deliberada (véanse SS.T.S. 1637/2000 de 10-1-1999; 2545/2001 de 4 de enero de 2000; 2410/2001 de 18-12-2001; 1070/2003 de 22-julio; 730/2006 de 21-6-2006; 154/2008 de 8 de abril , etc.). En cualquier caso la censura referida..."

De las decisiones previamente transcritas se desprende que se tiene entendido por ese Máximo Tribunal español que existe dolo eventual cuando la persona está conciente de la alta probabilidad de producir el resultado ilícito y, aún así, continúa con su ejecución. Se trata de la acción peligrosa llevada a cabo por una persona sin seguridad de que pueda controlarla; que si bien no persigue el resultado típico, revela la indiferencia con relación a las probables consecuencias. El sujeto actúa conformándose con el resultado o aceptándolo en caso de que llegara a producirse algún delito. Asimismo, que en esta forma de ejecución se puede verificar el "*animus necandi*".

Como adición a los anteriores criterios, también debemos acudir a jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica²¹, de la cual se deduce que se entiende que existe dolo eventual cuando el sujeto al momento de actuar se representa como probable o previsible el resultado dañoso y acepta esa consecuencia al ejecutar su acción.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina²², se actúa con dolo eventual, cuando el sujeto considera seriamente como posible la realización del tipo penal y aunque pueda no quererlo, lo acepta y tolera con indiferencia, por

²⁰ Fuente: www.poderjudicial.es

²¹ Fuente: <http://www.poder-judicial.gov.cr>

²² Fuente: <http://www.scba.gov.ar/portada>

considerar aleatoria su producción y que está fuera de su control, basado en un confiar temerario de que el resultado no se producirá, continuando con su ejecución sin desistir de dicha conducta exteriorizada y evitable, generando con una serie de maniobras voluntarias y conocidas un peligro concreto de que se produzca el resultado desvalorado por la ley, y una vez producido se conforma con la producción del resultado típico.

Como puede observarse en el Derecho Comparado se ha acogido la figura del Dolo Eventual en distintas sentencias luego del análisis de casos sometidos al conocimiento de los entes judiciales, dando pie a que incluso se consagren en sus legislaciones como es el caso del vecino país Colombiano en el que en novedosas reformas se agregó como parte del cuerpo normativo en su Código Penal²³. Que a diferencia de los demás países citados en este escrito, sólo a manera de referencia, no se encuentra contemplada como figura autónoma en su legislación.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia ²⁴, en Sala de Casación Penal, dictó sentencia N° 079, con ponencia del Magistrado Dr. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE, de fecha quince (15) de mayo de dos mil (2000), señaló que:

“...Además, al disparar hacia el vehículo, se generó riesgo para todos los ocupantes del bus y las personas que lo estaban abordando, de modo que la muerte o la lesión de cualquiera de ellos era un evento probable, que el procesado asumió con indiferencia. Esta contingencia, que el impugnante no discute, lleva a la convicción de que aquí no solamente se atentó contra Víctor Eduardo Galeano Santillana, queriéndole matar, sino que la conducta realizada fue idónea y potencialmente apta para afectar la vida y/o la integridad personal, no sólo de dicho conductor, que alcanzó a arrojarse al piso, sino también del menor, que fue quien recibió el tiro, o de cualquier otro ocupante o abordante del bus, como alcanzó a prever CARLOS ARTURO OBREGÓN SANTAMARÍA pero, desdeñoso de la vida humana, no le importó y disparó, lo que ciertamente hace ver que las lesiones personales agravadas causadas al niño fueron producidas con dolo eventual, y no culposamente, como se había creído y se precluyó en la calificación, ciertamente errónea, sólo que con ostensible lenidad a favor de OBREGÓN SANTAMARÍA, por lo cual en nada conviene a la defensa provocar su sustitución. Así, no puede el defensor ir en contra de su propia causa, dando lugar a que el resultado obtenido con su impugnación le sea más gravoso...”

Asimismo, en sentencia N° 77 de la referida Corte Suprema de Justicia de la Nación Neogranadina, en Sala de Casación Penal, profirió sentencia en fecha 16 de marzo de 2009, con ponencia del Magistrado Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA, indicó que:

“...El delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales es netamente doloso, dado que el legislador no tipificó su modalidad culposa. Según el artículo 22 de la ley 599 de 2000, el dolo se configura cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización (dolo directo). También la conducta es dolosa cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar (dolo eventual). Así entonces, el dolo en su parte intelectual o cognoscitiva exige entender, comprender, tener idea clara de la conducta típica, del significado de los elementos que la componen y de sus circunstancias de ejecución, del resultado de la conducta y de la cadena causal, y en su aspecto volitivo, de la demostración del querer libre de realización, expresado por el sujeto agente...”

²³ Artículo 22 del Código Penal de la República de Colombia. DOLO. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

²⁴ Fuente: www.cortesuprema.gov.co

De la precitada jurisprudencia de la Corte Suprema de Colombia se infiere que existe dolo eventual cuando el agente se representa la posibilidad de realizar un hecho ilícito y la acepta interiormente al continuar con su acción, lo que se infiere que fue aprobado el resultado de su conducta, es decir, el actor no solo prevé el riesgo de causar un resultado no querido inicialmente sino que lo asume con indiferencia, dejando al azar su producción o no, asumiendo la eventualidad, admitiéndola y comprometiéndose con ella, y sin que sea óbice para que siga adelante con su comportamiento, no exterioriza una actitud orientada a impedirlo y al producirse dicho resultado hay una aceptación del mismo como propio, como consecuencia de la acción.

Por ello, el Ministerio Público debe sostener que, en atención a los criterios jurisprudenciales comparados que han sido expuestos, la figura del dolo eventual se encuentra positiva y plenamente consagrada en los diversos ordenamientos jurídicos no de manera autónoma sino como en Venezuela; se dibuja del propio concepto propio del dolo, y además así reconocidos por las máximas autoridades jurisdiccionales a nivel mundial, con lo cual se plasma la aseveración que la figura del Dolo Eventual no es producto de una invención.

La figura del dolo eventual ha sido reconocida por la Doctrina Institucional del Ministerio Público, bajo el siguiente argumento:

“El dolo puede definirse como el conocimiento y la voluntad de realizar el hecho típico. Esta definición corresponde al concepto de dolo natural empleado por el finalismo. A su vez el dolo se puede clasificar en dolo de primer grado, en el cual el autor persigue plenamente la realización del delito; dolo de segundo grado o de consecuencia necesaria, en el que el autor no quiere que el delito se produzca, pero se percata de que para conseguir su fin, inevitablemente debe llevarse a cabo la comisión de dicho delito, aceptando tal circunstancia; y dolo eventual, en el cual el autor al realizar una conducta específica, se representa que ésta puede constituir un peligro para uno o varios bienes jurídicos, y aún así continúa desplegando su actuación, sin importarle si se produce o no el daño. En todos estos casos se tratará de un tipo doloso.

(Omissis)

Esta Dirección también debe señalar que el dolo, y específicamente el dolo eventual, son figuras que se encuentran constituidas por un complejo proceso psicológico, dotado de elementos psicológicos e intelectuales, lo cual hace que sea sumamente dificultoso su prueba en un proceso penal. Para hacerle frente a tal dificultad probatoria, deben emplearse elementos y circunstancias de carácter objetivo, las cuales estarán constituidas por el cúmulo de elementos de convicción recolectados en el transcurso de la investigación.²⁵

De la anterior transcripción, vemos que si bien resulta difícil la prueba en juicio de la presencia del dolo eventual, ello no constituye el desconocimiento de esta figura dentro del ordenamiento jurídico penal venezolano, como una de las modalidades del dolo, pues ello simplemente conllevará a que el Fiscal del Ministerio Público, emplee todos los medios legales pertinentes para la demostración de la materialidad del hecho que se enjuicia bajo el manto de la estampa del dolo eventual, en la que el autor durante la realización de una conducta se representa su actuación peligrosa para uno o más bienes jurídicos, y aún frente a ese peligro, el mismo continúa.

Al entrar a estudiar los argumentos planteados por la honorable Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, para estimar que se vulneraba el principio de legalidad, con el establecimiento del homicidio intencional a título de dolo eventual, debemos afirmar que ello resulta incorrecto, toda vez que el principio de legalidad sí se encuentra respetado con tal tipo penal, ya que el principio de legalidad exige que la conducta típicamente antijurídica y culpable deba estar previamente establecida en la ley, tal y como ocurre en el presente caso, pues el delito de Homicidio se encuentra consagrado

²⁵ Ministerio Público. Doctrina Institucional, contenida en el Informe Anual del Fiscal General de la República, año 2004.

en el Código Penal y la forma dolosa de materialización del delito (dolo eventual) también se encuentra regulada en dicho cuerpo sustantivo penal.

Este principio ha sido ampliamente debatido por la jurisprudencia y a tal efecto, debemos acudir a sentencia proferida por esa honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante Sentencia N° 1744, de fecha 09 de agosto de 2007, con ponencia del Magistrado Dr. Francisco Antonio Carrasquero López, en la que se analizó el contenido de la referida garantía constitucional y a tal efecto se indicó que:

“...Como punto de partida, debe afirmarse que el principio de legalidad funge como uno de los pilares fundamentales para el efectivo mantenimiento del Estado de Derecho. A mayor abundamiento, tal principio constituye la concreción de varios aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho Sancionador, y el cual se vincula con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, y con el derecho de éstos a la seguridad jurídica y a la interdicción de la arbitrariedad.

En este punto, ROXIN enseña lo siguiente:

“...un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del ‘Estado Leviatán’. (...) Frente a esto, el principio de legalidad, (...) sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva.”... (ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña y otros. Editorial Civitas. Madrid, 1997, p. 137).

La formulación básica de este principio se traduce en que todo el régimen de los delitos y las penas, debe estar regulado necesaria y únicamente en los actos que por excelencia son dictados por el órgano legislativo del Estado, a saber, en las leyes. Por lo tanto, su configuración formal básica se traduce en el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Esta primera exigencia del principio de legalidad, referida al rango de las normas tipificadoras –y que por ende constituye una garantía formal-, se cristaliza en la noción de reserva legal.

En tal sentido, la figura de la reserva legal viene dada por la consagración a nivel constitucional de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango legal (sentencia n° 2338/2001, del 21 de noviembre). Una de esas trascendentales materias es la sancionatoria, y concretamente, la materia penal, en cuyo ámbito este principio cobra una especial vigencia, al establecer que el órgano legislativo nacional sea el único legitimado para la creación de delitos; es decir, sólo la Asamblea Nacional tiene la competencia para escoger entre todos los comportamientos humanos, cuáles son los más lesivos a los bienes jurídicos más importantes y describirlos en una norma jurídico-penal, para así establecer cuál debe ser el correlativo castigo.

(Omissis)

Aun y cuando los orígenes del principio de legalidad los podemos encontrar en la obra de ROUSSEAU, cabe resaltar que fue BECCARIA uno de los primeros pensadores que desarrolló sustancialmente dicho principio con relación a los delitos y las penas, quien sobre el particular señaló de manera lapidaria que “...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda

la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad" (Cfr. BECCARIA, César. De los delitos y de las penas. Con el comentario de Voltaire. Traducción de Juan Antonio de las Casas. Alianza editorial. Madrid, 1998, p. 34).

Partiendo de lo anterior, se aprecia que de esta primera garantía se desprenden a su vez otras cuatro garantías estructurales. En tal sentido, se habla en primer lugar de una garantía criminal, la cual implica que el delito esté previamente establecido por la ley (*nullum crimen sine lege*); de una garantía penal, por la cual debe necesariamente ser la ley la que establezca la pena que corresponda al delito cometido (*nulla poena sine lege*); de una garantía jurisdiccional, en virtud de la cual la comprobación del hecho punible y la ulterior imposición de la pena deben canalizarse a través de un procedimiento legalmente regulado, y materializarse en un acto final constituido por la sentencia; y por último, de una garantía de ejecución, por la que la ejecución de la pena debe sujetarse a una ley que regule la materia.

En el ámbito de nuestro Derecho positivo, la garantía criminal y la garantía penal del principio de legalidad penal encuentran su refugio en el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 1 del Código Penal. Por otra parte, la garantía jurisdiccional está consagrada, fundamentalmente, en el artículo 49, en sus numerales 3 y 4, y en los artículos 253 y 257 de la Constitución, y desarrollado en el artículo 1 del Código Orgánico Procesal Penal; mientras que la garantía de ejecución se encuentra desarrollada por el Libro Quinto de la mencionada ley adjetiva penal, así como también en la normativa contenida en la Ley de Régimen Penitenciario.

Por su parte, a nivel supranacional el principio de legalidad también tiene una acentuada vigencia, pudiendo ubicarse su fuente en el artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también en los artículos 9, 22 y 23 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Una segunda garantía genérica del principio de legalidad, ahora de carácter material, impone que la ley que desarrolle las anteriores garantías deba ser: a) previa a la realización de los hechos que se pretenden castigar (*lex praevia*), con lo cual queda proscrita la posibilidad de aplicar de forma retroactiva la ley penal; b) escrita (*lex scripta*), de modo tal que no se pueda recurrir a la analogía como fuente del Derecho Penal; y c) que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, es decir, debe describir claramente las características del hecho punible (*lex stricta* o *lex certa*), cobrando vida en este último aspecto el principio de taxatividad o mandato de certeza, con lo cual se evitan descripciones típicas indeterminadas o vagas.

Con base en lo anterior, podemos resaltar como características fundamentales de dicha institución, en primer lugar, que constituye una exigencia de seguridad jurídica, en el sentido que se tome la existencia y conocimiento previo de los delitos y de las penas, como presupuesto para la imposición de un determinado castigo; y en segundo lugar, que constituye una garantía política, que se traduce en que el ciudadano no pueda ser sometido por el Estado a cumplir penas cuyo establecimiento no haya sido aceptado por el pueblo.

Sobre estas características del principio de legalidad, el Tribunal Constitucional español ha establecido lo siguiente:

"...El principio de legalidad penal es una garantía inherente al Estado de Derecho, que impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención penal, la estricta sujeción de Jueces y

Tribunales al dictado de las leyes que describen delitos e imponen penas y exige la existencia de preceptos jurídicos que permitan predecir con el suficiente grado de certeza qué conductas se hallan prohibidas y qué responsabilidad y, en su caso, qué sanción comporta su realización. El efectivo reconocimiento del principio de legalidad penal obliga en ocasiones a dilucidar si se ha traspasado la tantas veces tenue línea divisoria que separa la actividad judicial de reconocimiento del alcance y significado de la norma como paso previo a su aplicación, de la que, con ese mismo fin, rebasa sus límites y genera o modifica su propio sentido..." (STC 156/1996, de 14 de octubre).

Luego, el contenido del principio de legalidad se concreta en la creación del tipo penal –descripción precisa e inequívoca de la conducta en la norma-, cuyo contenido, dentro del edificio conceptual de la teoría del delito, cobra vida al configurarse la categoría de la tipicidad –correspondencia o adecuación de la conducta con la descripción del tipo-, materializándose de esta forma la garantía criminal y la garantía penal, ambas derivadas del principio de legalidad. En otras palabras, el legislador nacional es el único llamado a afirmar, desarrollar, completar, reforzar y concretar la garantía criminal y la garantía penal del principio de legalidad.

De lo anterior se colige entonces que la legalidad y la tipicidad se encuentran en una línea de parentesco descendente, en el sentido de que el principio de legalidad (*nullum crimen*) implica que la conducta punible esté necesariamente prevista en una ley formal, mientras que la tipicidad constituye la descripción inequívoca de tal conducta en el texto legal.

Sobre esta vinculación conceptual entre las dos categorías antes señaladas, FERNÁNDEZ CARLIER afirma que "... la tipicidad es un concepto específico del género que representa el principio de reserva o de legalidad. Uno a otro se relacionan estrechamente, se contienen y hasta se nutren pero no son identificables. La función de la tipicidad es posterior a la legalidad. Ésta necesariamente es anterior a la tipicidad..." (FERNÁNDEZ CARLIER, Eugenio. ESTRUCTURA DE LA TIPICIDAD PENAL. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Tercera edición. Bogotá, 1999, p. 81)..."

Conforme al precitado criterio jurisprudencial de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se entiende que el principio de legalidad cumple con una función fundamental para el efectivo mantenimiento del Estado de Derecho, donde se procura garantizar la protección del individuo ante el poder del Estado.

Con el principio de legalidad se imponen límites al empleo de la potestad punitiva del Estado y evitar, de esta manera, que el ciudadano se encuentre expuesto o a merced de una posible actuación arbitraria o excesiva del mismo.

En dicho principio, se concretan varios aspectos del Estado de Derecho relacionados con el ámbito del Derecho Sancionador, relacionado con el imperio de la ley como presupuesto para la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, y con el derecho de éstos a la seguridad jurídica y a la prevención de la arbitrariedad.

La fórmula del principio de legalidad consiste en la obligación por parte del Estado de regular los delitos y penas, exclusivamente, a través de los actos que, por excelencia, corresponde ser dictados por el órgano legislativo del Estado, a saber, las leyes.

De dicha garantía entonces surge, a su vez, otras cuatro garantías estructurales: la primera de ellas se trata de la garantía criminal, referida a que el delito haya sido previamente establecido por la ley (*nullum crimen sine lege*); la segunda de ellas, es la garantía penal, donde necesariamente debe estar establecido por ley la pena que corresponde al delito cometido (*nulla poena sine lege*); la garantía jurisdiccional, relacionada que la comprobación del hecho punible y de posterior imposición de la pena, haya surgido de la realización de un procedimiento legalmente regulado, materializándose en un acto

final constituido por la sentencia; y por último, una garantía de ejecución, por la que misma debe sujetarse a una ley que regule la materia.

Ahora bien, desde el punto de vista material, el principio de legalidad implica una segunda garantía genérica, el cual consiste en que la ley que regule la *supra* indicadas garantías deba ser: a) anterior a los hechos que se pretendan castigar (*lex praevia*); b) escrita (*lex scripta*), en la que no se admite el uso de la analogía como fuente del Derecho Penal; y c) y que deba describir claramente las características del hecho punible (*lex stricta o lex certa*).

El principio de legalidad, se materializa en la creación del tipo penal por parte del legislador nacional, cuyo contenido, dentro del marco conceptual de la teoría del delito, cobra vida al configurarse la categoría de la tipicidad, concretándose de esta manera la garantía criminal y la garantía penal.

De lo que se desprende entonces, que la legalidad y la tipicidad se encuentran emparentada en línea descendente, donde el principio de legalidad implica que necesariamente la conducta punible se encuentre establecida en una ley formal y la tipicidad se refiere a la descripción inequívoca de tal conducta en el texto legal.

Es así como debemos señalar, la figura del dolo eventual como una modalidad del actuar doloso del agente o sujeto activo del delito, se encuentra reconocida por la doctrina nacional e internacional, y por ello tenemos que referirnos al mencionado tema y su tratamiento doctrinario penal, a saber:

La doctrina internacional²⁶, nos enseña que la figura del dolo eventual se produce cuando:

“...quien realiza la conducta sabe que posible o eventualmente se produzca el resultado típico, y no deja de actuar pese a ello. Esta forma de dolo se denomina dolo eventual, pero resulta una categoría de difícil delimitación conceptual con la imprudencia consciente, que implica una pena menor, lo que ha obligado a la doctrina a elaborar varias construcciones del concepto para afirmar o excluir la existencia de dolo y que pueden sintetizarse en dos, según pongan el acento en la esfera del conocimiento del sujeto o en la esfera de su voluntad, conociéndose la primera por teoría de la probabilidad y la segunda como teoría de la voluntad...”

De la anterior transcripción, podemos extraer que la figura del dolo eventual se produce cuando un sujeto sin querer realizar una conducta típicamente antijurídica la realiza, a sabiendas de las consecuencias que de ello se pudieran generar, es decir, se representa el resultado como posible, aún y cuando no tenga la intención de ejecutarla.

En suma, de acuerdo a los criterios que han sido expuestos en el presente escrito, podemos afirmar de una manera precisa que el delito cometido bajo la modalidad del dolo eventual, sí puede ser aplicada en nuestro ordenamiento jurídico pues la misma, se encuentra consagrada en nuestra norma sustantiva penal, tal y como ha sido reafirmado por la doctrina y la jurisprudencia, que resultan contestes en considerarla como una modalidad del dolo, lo que lleva a concluir que sí se encuentran establecidas en la ley penal, cumpliéndose así como el principio de legalidad, consagrado en el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en conexión con el artículo 1 del Código Penal Venezolano.

En tal virtud y en atención a los argumentos que han sido planteados de manera previa, estas Representaciones Fiscales conjuntas, de manera muy respetuosa, solicitan de esa honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que en uso de las facultades constitucionales que asisten la actuación de esa Máxima Jurisdicción, revisen el fallo N° 554, de fecha 29 de octubre de 2009, dictado por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, y que se anule el mismo

²⁶ Gómez de la Torre Ignacio B., Arroyo Zapatero Luis y otros. “Curso de Derecho Penal. Parte General”. Primera edición. Ediciones Experiencia, S.L., Noviembre 2004. Barcelona – España

y como consecuencia de ello, se ordene que se dicte un nuevo fallo con prescindencia de los vicios que dan lugar a la presente actividad recursiva.

SEGUNDO

AL OBVIAR INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 26 Y 49 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, CONTENIDOS EN SENTENCIAS DICTADAS POR LA SALA CONSTITUCIONAL CON ANTERIORIDAD AL FALLO IMPUGNADO Y VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES CONCERNIENTES A LOS ARTÍCULOS 2 , 26, 49 Y 257 DE LA CARTA FUNDAMENTAL

I

La decisión signada con el N° 554, de fecha 29 de octubre de 2009, dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, la cual es objeto de la presente petición extraordinaria de Revisión Constitucional, al declarar con lugar las denuncias relacionadas con la falta de aplicación del artículo 49 numeral 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la errónea interpretación del artículo 407 del Código Penal, en protección al principio de legalidad, indicando que la legislación penal venezolana no contempla el tipo de dolo eventual en la comisión de los delitos y dicta una decisión propia, condenando al ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO por la comisión del delito de Homicidio Culposo, e, imponiéndole una pena de cinco (5) años de prisión, emitió una decisión inmotivada, que atenta contra el orden público, obviando la interpretación del artículo 26 y 49 de la Constitución contenida en reiteradas sentencias dictadas por la Sala Constitucional.

En este orden, anunciamos la flagrante violación de los preceptos constitucionales dispuestos en el artículo 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al dictar una decisión propia de conformidad con el artículo 467 del Código Orgánico Procesal Penal, cambiando además el criterio sostenido en jurisprudencia pacífica, sin explicar con razonamientos lógicos y coherentes los fundamentos que originó el pronunciamiento que hoy se eleva a su revisión y el cambio de criterio en cuanto a que el tipo de dolo eventual en la comisión de los delitos, no se encuentra previsto en nuestro ordenamiento jurídico.

Dicho fallo emerge, con ocasión, al conocimiento que tuvo la Sala, por la interposición del Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el Defensor Privado del ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, en contra del fallo proferido en fecha 05 de diciembre de 2008, por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Aragua, que declaró Sin Lugar el recurso de apelación ejercido, contra la sentencia dictada en fecha 19 de mayo de 2008, por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del estado Aragua, que condenó al ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, a cumplir la pena de DOCE (12) AÑOS DE PRESIDIO, por la comisión del delito de HOMICIDIO INTENCIONAL A TITULO DE DOLO EVENTUAL, previsto y sancionado en el artículo 407 del Código Penal vigente para el momento de los hechos, cometido en perjuicio de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRIGUEZ ROSALES, siendo planteadas en el referido Recurso de Casación tres (03) denuncias, la primera declarada sin lugar, y la segunda y tercera declaradas con lugar y resueltas por la Sala bajo una misma fundamentación, correspondiendo a la segunda la violación de la ley, por errónea interpretación del artículo 407 del Código Penal y la tercera la violación de la ley, por falta de aplicación del artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y artículo 1 del Código Penal; bajo los siguientes términos:

“...Visto que la argumentación de la segunda y tercera denuncia expuestas en el presente recurso de casación tienen una estrecha relación, la Sala considera conveniente pasar a resolverlas bajo una misma fundamentación. Es así como observa que el punto central del cual se pretende sea resuelto por esta instancia, estriba si en el presente caso existe violación al Principio de Legalidad previsto en nuestra Constitución Nacional en su artículo 49, numeral 6, toda vez que el acusado de autos se le condenó a cumplir la pena de doce (12) años de presidio por la comisión del delito de homicidio intencional a título de dolo eventual, sin que el referido tipo penal estuviese

descrito como delito en nuestro ordenamiento jurídico. Tal argumentación resulta ser cierta a todas luces, pues claramente nuestra Carta Magna recoge, como debido proceso, el Principio de Legalidad conforme al cual, ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes./De acuerdo a los términos expresados en la referida norma constitucional, los ciudadanos tienen el derecho a hacer todo lo que la ley no les prohíba. En otras palabras, solo la ley es capaz de crear delitos, y solo podrá considerarse delito, aquel hecho que la ley declare delito expresamente. Distinto el caso de los actos llevados a cabo por los entes públicos, los cuales deben sujetarse a lo que la Constitución y las leyes les permitan.../ El Código Penal, en su artículo 1 ratifica este principio así: "nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente". / Bajo este contexto normativo, podemos afirmar que el máximo principio que consagra la legitimidad y legalidad dentro del Derecho Penal es el principio: "nulla crime, nulla poena sine lege", recogido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos penales de índole romanista y germánico, el cual apunta a una garantía de libertad y seguridad para los ciudadanos, sin dejar de lado el poder punitivo del Estado el cual es ejercido a través de sus legisladores y jueces./Tenemos entonces, que el Principio de Legalidad exige que el delito se encuentre expresamente contemplado en una ley formal, de manera clara y precisa, con el fin de garantizar la seguridad de los ciudadanos, quienes deben conocer, sin lugar a dudas, cual es la conducta prohibida e ilegítima, y cuáles serían las consecuencias jurídicas que se generarían a aquellos que trasgredan lo que la norma penal contempla. Esto significa que debe haber una ley preexistente y vigente, tal como lo ha señalado la doctrina internacional en el entendido de que las conductas punibles deben ser descritas inequívocamente y las sanciones a imponer deben estar también previamente determinadas./Visto así las cosas, resulta imperioso afirmar que, el Principio de legalidad en materia penal, consagrado en su doble vertiente de legalidad de los delitos y de las penas, constituye la máxima garantía frente a la aplicación de la ley penal; toda vez que, por una parte, constituye un límite ante cualquier arbitrariedad o imposición caprichosa por parte del Juez contra el presunto autor de unos hechos y, por la otra, las conductas descritas formalmente y recogidas en un texto legal, permiten a la ciudadanía conocer tanto la conducta delictual como las sanciones que acarrea, lo cual se traduce en garantía para los mismos ciudadanos./Cabe resaltar que el Principio de Legalidad cobra también importancia desde un punto de vista más amplio, llegando a la propia funcionalidad del Estado en su ejercicio del ius puniendi, pues garantiza la propia división de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. En este sentido, entra en juego el principio de reserva legal, lo cual indica que solo el legislador, no los jueces, pueden asumir la tarea de redactar y recoger en un instrumento legal las normas de carácter penal, la cual es labor consagrada, única y exclusivamente, a la Asamblea Nacional, mientras que el juzgador penal es el que subsume el caso concreto en la descripción del tipo penal, el que determina la pena correspondiente a cada supuesto, el que la individualiza, pero siempre dentro de los márgenes de tipicidad y penalidad./Bajo estos señalamientos queda claro que, en base al Principio de Legalidad, en Derecho Penal no es posible admitir la analogía, vale decir que, si el hecho no está contemplado en la ley, no podrá aplicarse a él, una norma que castigue un hecho similar. En este sentido, el autor Rodrigo Antonio Rivera Morales, en su obra "Aspectos Constitucionales del Proceso": Tribunal Supremo de Justicia: Libro Homenaje A José Andrés Fuenmayor. Tomos II, señala: ..."Si no hay norma legal aplicable al caso concreto, hay un vacío legal (non liquet), sin que el juez pueda llenarlo analógicamente...la situación fáctica debe estar descrita en ley preexistente. Es contrario a la Constitución y a la normativa

internacional sobre derechos humanos los tipos penales inciertos, abiertos y en blanco, éstos deben ser exactos y rígidos..."/Visto el análisis anterior, tenemos que en el presente caso el ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carillo fue condenado por la comisión del delito de homicidio intencional a título de dolo eventual, el cual, como se señaló al inicio, no aparece contemplado en nuestro ordenamiento jurídico penal, aplicándole el juzgador, por analogía, la pena correspondiente al delito de homicidio intencional simple. Todo lo cual evidencia una violación al Principio de Legalidad, acogido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, de tal manera que no podía inventarse el juzgador un tipo penal y encuadrar en él la conducta desplegada por el mencionado ciudadano. Debe el hecho o conducta a sancionar estar descrito previamente en la ley penal; tal como se ha venido insistiendo./En este aspecto cabe llamar la atención de aquellos aplicadores de justicia, así como estudiosos y expertos en la materia penal, para que tengan en cuenta que, si en su opinión, existen situaciones no precisadas en la ley y, que por tanto, puedan generar cierta incertidumbre e imprecisiones en la aplicación de la misma, no realizar interpretaciones que puedan generar perjuicio en el imputado, tal como ocurre en el presente caso./Ahora bien, puntualizado el hecho de que en la presente causa, el ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carillo fue condenado por un delito no tipificado en la ley, teniendo razón pues la defensa en el planteamiento de su denuncia, esta Sala de Casación Penal, de conformidad con la facultad otorgada en el artículo 467 del Código Orgánico Procesal Penal, pasa a dictar una decisión propia sobre el caso, toda vez que estima que no es necesario un nuevo debate sobre los hechos dados por probados por el Juzgador de Juicio y, en tal sentido observa, que los referidos hechos fueron expuestos de la manera siguiente: "...Una vez revisadas todas las pruebas evacuadas, se puede observar que de las declaraciones de los testigos funcionarios policiales MOISÉS MELÉNDEZ ACOSTA, FRANK ANTONIO FUENTES PIÑA, JUAN CARLOS LARA TOVAR, concatenada con las declaraciones de las testigos BETSIS AURET FERNÁNDEZ GARCÉS, BLANCA YARED TOVAR CUEVA y MIRIAM GISELA SEQUERA GONZÁLEZ, asimismo relacionadas estas declaraciones a su vez con la de los funcionarios del Cuerpo de Vigilancia y Tránsito Terrestre, FRANK REINALDO SALAZAR y ALEXIS MERENTES, quedó plenamente demostrado y probado que el día 13 de ABRIL de 2004, siendo aproximadamente las 7:00 p.m, el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARILLO, causó la muerte de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES, en la avenida "A" del Sector San Vicente, Estado Aragua, tal como se desprende de la declaración del médico forense JAIRO QUIROZ ROMERO, quien señala que la causa de la muerte...fue por politraumatismos por accidente vial, arrollamiento. En tal sentido debe considerarse también la declaración de la testigo AMANDA GARCÉS DE FERNÁNDEZ, que aún cuando se baja de la Unidad de Transporte Colectivo, antes de que suceda el accidente, señaló que dentro del autobús hubo una discusión entre un joven pasajero, también de la Unidad de Transporte Colectivo y el chofer de la unidad, en reclamo de por qué no encendía las luces, a lo que éste le respondió, que las había vendido para poder comer, esto coincide con la declaración del funcionario policial MOISÉS ACOSTA MELÉNDEZ, quien es el funcionario, que detiene la Unidad de Transporte en un punto de Control y le llama la atención al chofer, en relación a que no llevaba las luces encendidas y que iba a exceso de velocidad, a lo que el chofer de la Unidad de Transporte Colectivo le respondió, que iba apurado porque no tiene luces, de lo cual quedó probado y demostrado, que efectivamente no llevaba las luces encendidas, ya que estaban dañadas y tal situación era conocida por el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARILLO, chofer de la Unidad... . Asimismo se debe considerar, la declaración de cada testigo en el sentido de la distancia, que hubo desde el lugar donde quedó el cuerpo sin vida de la ciudadana DIANA MERCEDES

RODRÍGUEZ ROSALES y la Unidad de Transporte que la arrolló, ya que los testigos declararon que la Unidad...estaba estacionada frente en la esquina siguiente de donde sucedió el accidente, lo cual quedó corroborado con la declaración del funcionario de tránsito terrestre encargado de levantar el croquis, quien señaló, que esa distancia fue de 27 metros, asimismo ambos funcionarios adscritos al Cuerpo de Vigilancia de Tránsito Terrestre, señalaron que no había marca de frenos, ni antes ni después, de donde se encontraba el cuerpo sin vida de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES: Asimismo los testigos fueron contestes en señalar que el conductor de la Unidad..., una vez que se produce el arrollamiento no se detiene, lo hace ya que el clamor público, le indica que se detenga. En tal sentido se concluye que la persona que causó la muerte de la ciudadana...fue el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, quien era el conductor de la Unidad de Transporte, con las siguientes características...". (Sic). Analizados los hechos acreditados por el Juzgado Segundo de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, y las circunstancias de lugar, tiempo y modo descritas, y observando que son el resultado del actuar imprudente del procesado, la Sala considera que los mismos encuadran en los extremos del artículo 411 del derogado Código Penal vigente para el momento en el cual ocurrieron los hechos (hoy, 409), relativo al homicidio culposo, en consecuencia, se aparta de la calificación jurídica de homicidio intencional a título de dolo eventual, previsto en el artículo 407 del Código Penal (hoy, 405), dada a los hechos por la representación del Ministerio Público, atribuyéndole por tanto a los mismos la calificación jurídica antes dicha, al observar que el actuar del ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo, obedeció a un obrar con imprudencia, sin la cautela necesaria al conducir su vehículo (transporte colectivo), es decir, a exceso de velocidad y sin el funcionamiento de las luces del autobús, pero nunca tuvo la intención de ocasionar la muerte de algún ciudadano, en este caso de la ciudadana Diana Mercedes Rodríguez Rosales. Tales circunstancias quedaron expresadas por el juzgador de juicio en los términos siguientes: "funcionario policial MOISÉS ACOSTA MELÉNDEZ, quien es el funcionario, que detiene la Unidad de Transporte en un punto de Control y le llama la atención al chofer, en relación a que no llevaba las luces encendidas y que iba a exceso de velocidad, a lo que el chofer de la Unidad de Transporte Colectivo le respondió, que iba apurado porque no tiene luces...".Correspondería ahora imponer la pena al procesado de autos y, en tal sentido se observa que, la pena correspondiente al delito de homicidio culposo es de seis (6) meses a cinco (5) años de prisión, regulado en el artículo 411 del Código Penal vigente para el momento en el cual ocurrieron los hechos, hoy 409 del Código Penal (cuya redacción quedó expresada en los mismos términos que el citado artículo 411)./Ahora bien, tomando en cuenta el modo y las circunstancias en las cuales fue cometido el hecho, vale decir, el exceso de velocidad con el cual conducía el ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo la unidad de transporte, la falta de funcionamiento de las luces, circunstancia que era conocida suficientemente por el conductor, siendo que el hecho ocurrió alrededor de las 7:00 pm, así como también consta, la advertencia de que fue objeto el acusado, tanto por algunas personas (pasajeros) de la unidad, como por el funcionario policial Moisés Acosta Meléndez, en cuanto a la velocidad con la cual se desplazaba y que no llevaba las luces del vehículo encendidas, a lo cual mostró una actitud poco cautelosa y de total indiferencia ante tal llamado de atención. Todo ello hace considerar que, a juicio de esta Sala, lo procedente y ajustado a derecho es imponer al ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo la pena de cinco (5) años de prisión, de conformidad con los artículos 411 del Código Penal derogado, hoy 409, y 467 del Código Orgánico Procesal Penal, atendiendo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar antes expresadas, y que fueron probadas fehacientemente durante el juicio oral y

público. Así se declara./ DECISIÓN Por las razones antes expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, hace los siguientes pronunciamientos: 1.-declara sin lugar la primera denuncia; 2.-declara con lugar la segunda y tercera denuncia y, en consecuencia, 3.-condena al ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo a cumplir la pena de la pena de cinco (5) años de prisión, por la comisión del delito de homicidio culposo, de conformidad con los artículos 411 del Código Penal derogado, hoy 409, y 467 del Código Orgánico Procesal Penal..."

Ahora bien, del fallo analizado, se advierte con suficiente claridad, que no existe ninguna relación entre tal afirmación genérica, y el asunto cuyo conocimiento asumió mediante el pronunciamiento, es decir, no se desprende del fallo, una motivación del por qué tomando la resolución, dejó intactos los hechos acreditados por el Juzgado de Juicio y le impuso la pena del delito culposo, apreciando el grado de culpabilidad del acusado como gravísimo, aplicando la máxima pena a imponer de cinco (5) años, sin revelar por qué lo condena por el delito de Homicidio Culposo, bajo los mismos hechos acreditados por el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del estado Aragua, cambiando la calificación jurídica de Homicidio Intencional a Título de Dolo Eventual, por el delito de Homicidio Culposo.

Este cambio de calificación (como expresamente indicó la sentencia) *"se aparta de la calificación jurídica de homicidio intencional a título de dolo eventual, previsto en el artículo 407 del Código Penal (hoy, 405), dada a los hechos por la representación del Ministerio Público, atribuyéndole por tanto a los mismos la calificación jurídica antes dicha"*, y lo hace bajo los hechos que estableció el Juzgado Segundo de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del estado Aragua y que determinó la culpabilidad del ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, en el delito de Homicidio Intencional a Título de Dolo Eventual, bajo los siguientes argumentos:

"... en el presente caso, quedó demostrado, que el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, quien es de oficio, conductor de Unidades de Transporte Público, sabía y tenía pleno conocimiento de que no tenía luces en la parte delantera de la Unidad conducida por él, lo cual iba a dificultar su visibilidad, esto quedó demostrado en las declaraciones realizadas por los testigos y asimismo quedo demostrado y probado que iba a exceso de velocidad, por lo que se le hizo un llamado de atención, en un Punto de Control mantenido en la zona, por el Cuerpo de Seguridad y Orden Público del Estado Aragua. El ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, por el conocimiento y experiencia que tiene en el oficio que ejercía definitivamente previo, que podía causar un accidente y sin importar tal previsión, continuó ejecutando su acción, lo que produjo como resultado el fallecimiento de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRIGUEZ ROSALES. No obstante de lo sucedido, una vez que se produce el arrollamiento, el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, continua la marcha de la Unidad de Transporte, que conducía, sin considerar la situación que acontecía, demostrando así una absoluta indiferencia o desprecio por la vida de la otra persona ("bien jurídico protegido"), detiene la marcha, cuando el clamor público (pasajeros) se lo indica y le dicen de forma determinante que detenga el autobús, quedando a una distancia de 27 metros del cadáver de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRIGUEZ ROSALES, cuya muerte fue instantánea, según lo expresado por el Dr. Jairo Quiroz, médico anatomopatólogo, quien se encargó de practicar la autopsia de ley. En tal sentido en el presente caso a través de las declaraciones de los testigos quedó evidentemente probado y demostrado que la muerte de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRIGUEZ ROSALES, se

produjo por la conducta desplegada por el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, quien habiendo previsto las consecuencias de su acción, en virtud de su experiencia, continuó obrando de la misma manera hasta producir el resultado completamente previsible por él y que pudo ser evitado de algún modo, de lo cual se demuestra su actitud ante el "bien jurídico protegido" como lo es la vida de otra persona". **Destacado nuestro.**

De acuerdo a lo que se evidencia de la anterior transcripción, considera el Ministerio Público que, al existir un cambio de calificación de Homicidio Intencional a Título de Dolo Eventual, a Homicidio Culposo, debió la Sala motivar su decisión, y explicar el por qué efectuó este cambio de calificación tomando en cuenta los mismos hechos que fueron acreditados por el Tribunal de Juicio respectivo, limitándose a indicar qué son el resultado del actuar imprudente del procesado, encuadrando los mismos en los extremos del artículo 411 del derogado Código Penal vigente para el momento de los hechos hoy 409, Homicidio Culposo.

Resulta impretermitible acotar, que ha sido pacífica y reiterada la jurisprudencia patria de ese honorable Tribunal Supremo de Justicia, que la motivación de las decisiones judiciales, constituye una garantía de índole constitucional, siendo ello no solo una exigencia legal, sino de rango constitucional, habiéndose pronunciado ese máximo Tribunal en el sentido de que deben motivarse las decisiones, en innumerables sentencias dictadas con anterioridad al fallo sobre el cual se requiere su revisión.

Pues nótese que subsume la conducta en el delito de Homicidio Culposo, apartándose del delito por el cual había sido condenado por el Tribunal de Juicio, manifestando que el obrar del acusado obedeció a imprudencia y sin cautela necesaria y ello en atención a las mismas circunstancias valoradas por el Juez de Juicio para adecuar la conducta en Homicidio Intencional a Título de Dolo Eventual, toda vez que además de transcribir los hechos acreditados por el Juzgador de Juicio procede a referir que el acusado conducía el vehículo a exceso de velocidad, de noche, sin funcionamiento de luces del transporte colectivo, para afirmar que nunca tuvo la intención de ocasionar la muerte de algún ciudadano en este caso a la víctima Diana Mercedes Rodríguez Rosales, pero no expresó las razones de hecho y de derecho que conllevaron a tal determinación, lo cual luce contradictorio además con su aseveración del obrar del acusado, cuando refiere como elemento argumentativo de su fallo, que tales circunstancias quedaron expresadas por el Juzgador de Juicio, procediendo a transcribir extractos de la sentencia de Primera Instancia, y, además expresar que la unidad de transporte no le funcionaban las luces, que era una circunstancia conocida suficientemente por el conductor, que era de noche, que fue advertido por varias personas e incluso por un funcionario policial, que iba a exceso de velocidad, para finalmente arrollar a una ciudadana, darse a la fuga y sólo se detuvo ante la queja de los pasajeros, a 27 mts. de distancia del lugar donde yacía la víctima como consecuencia del arrollamiento. Por lo que dejó a las partes en estado de indefensión al efectuar un cambio de calificación, bajo las mismas consideraciones adoptadas por el Juzgado de Juicio, sin expresar las razones de hecho y de derecho para que su dispositivo permitieran conocer los criterios jurídicos esenciales que fundamentaron su decisión.

Así mismo, debió establecer por qué el razonamiento efectuado por la Juzgadora de Juicio no se encontraba apegado a derecho, al considerar que la conducta del acusado de autos fue intencional, pues se representó el resultado antijurídico como posible y probable, mostrando indiferencia ante el daño que podía causar con su actuación, ya que tomó como base para dictar su decisión los hechos acreditados por el Tribunal de Juicio, así como el análisis realizado por éste, a la deposición de los testigos que acudieron al debate oral y público, ni desarrolló para el entendimiento de las partes, el cambio de calificación del por qué, la conducta del acusado no encuadraba en el delito de Homicidio Intencional a Título de Dolo Eventual, al emerger de los hechos fijados por el Tribunal de Juicio, circunstancias, que permiten aseverar la presencia de la figura del dolo eventual, el cual se verifica, según Jiménez de Asúa (citado por Arteaga, 1998), *"cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea pero cuya producción ratifica en última instancia"*.

Así pues, lo antes expuesto evidencia la falta de motivación de la decisión sometida a revisión, por cuanto, en definitiva, en la misma se formulan algunas consideraciones y, sobre todo, se arriba a una conclusión y a una decisión que carecen de razonamientos suficientes, basados en los hechos y el

derecho, que la justifiquen, circunstancia que atenta directamente contra la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

Por otra parte, también se advierte la falta de motivación de la sentencia, cuando confirma que, el Homicidio Intencional a Título de Dolo Eventual, está tipificado en el artículo 405 del Código Penal vigente, y que se aparta de la calificación jurídica de Homicidio Intencional a Título de Dolo Eventual, para subsumir la conducta en Homicidio Culposo; es decir, afirma que el tipo penal está descrito como delito en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual luce contradictorio a los argumentos expuestos al referir la vulneración del artículo 49.6 de la Carta Magna, relativa al Principio de Legalidad, por no estar contemplado en nuestra legislación el tipo de dolo eventual en la comisión de delitos como se detalla en la parte argumentativa dada en la primera parte de la sentencia.

En este orden, incurre nuevamente en obviar la interpretación dada al artículo 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al emitir una sentencia incongruente, ya que, por una parte, refiere la vulneración del Principio de legalidad por no estar tipificado en nuestra normativa el dolo eventual, para luego alegar que esta consagrado el delito de Homicidio Intencional a Título de Dolo Eventual en el artículo 405 del Código Penal, vulnerando principios rectores como el de congruencia y de la defensa, siendo una exigencia para todas las resoluciones judiciales las cuales deben estar apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentaron la decisión.

Adviértase entonces, que el caso que nos ocupa, obliga a enfatizar el contenido del numeral primero del citado artículo 49 del texto constitucional, relativo al derecho a la defensa, al emitir una sentencia carente de motivación, conllevando a ello en un estado de indefensión al Estado, y a los intereses de las partes, en conocer el por qué la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia en base a los hechos acreditados por el Tribunal de Juicio y bajo los mismos argumentos procede a dictar una sentencia propia, cambiando la calificación jurídica de Homicidio a Título de Dolo Eventual a Homicidio Culposo, argumentando que el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO fue condenado por un delito no tipificado en la ley, para proceder a indicar que bajo el contexto de los hechos acreditados por el Juzgado Segundo de Juicio del Circuito Judicial Penal del estado Aragua, y las circunstancias de lugar, tiempo y modo descritas, el resultado del actuar imprudente del procesado, se encuadra en el artículo 411 del derogado Código Penal vigente para el momento en el cual ocurrieron los hechos (hoy, 409), concerniente al delito de HOMICIDIO CULPOSO, sin explicar el por qué se aparta de la calificación jurídica de Homicidio Intencional a Título de Dolo Eventual, previsto en el artículo 407 del Código Penal (hoy, 405), ya que atribuye a los mismos una nueva calificación jurídica Homicidio Culposo, limitándose a expresar para ello, el actuar del ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, que obedeció a un obrar con imprudencia, sin la cautela necesaria al conducir su vehículo.

II

Por otra parte, se evidencia que la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, al resolver el Recurso de Casación interpuesto por el Defensor Privado del ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, en contra del fallo proferido en fecha 05 de diciembre de 2008, por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Aragua, que declaró sin lugar el recurso de apelación ejercido, contra la sentencia dictada en fecha 19 de mayo de 2008, por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del estado Aragua, que condenó al ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, a cumplir la pena de DOCE (12) AÑOS DE PRESIDIO, por la comisión del delito de HOMICIDIO INTENCIONAL A TITULO DE DOLO EVENTUAL, previsto y sancionado en el artículo 407 del Código Penal vigente para el momento de los hechos, cometido en perjuicio de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRIGUEZ ROSALES, aplicó un criterio judicial distinto al que venía aplicando respecto de otros casos análogos por ella decididos, sin justificación alguna y sin señalar ni motivar además por qué se apartó de su doctrina pacífica, lo que conlleva a infringir la preeminencia de la garantía al orden público constitucional y a la protección de los derechos y garantías constitucionales, vulnerando con ello los criterios reiterados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en cuanto el derecho que tienen las partes a obtener una sentencia fundada en Derecho que además de poner fin al proceso, proviene de un cambio en su doctrina pacífica y reiterada, que data desde el 21 de diciembre de 2000, mediante sentencia dictada

por la referida Sala de Casación Penal de ese honorable Máximo Tribunal de Justicia, signada con el Nº 1703 y ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Angulo Fontiveros, en la que refirió que:

“... En derecho Criminal se habla de dolo eventual cuando el agente se representa como posible o probable la consecuencia de su ejecutoria y, sin embargo, continúa procediendo del mismo modo: acepta su conducta, pese a los graves peligros que implica y por eso puede afirmarse que también acepta y hasta quiere el resultado.../cuando la temeridad es tan extrema que refleja un desprecio por los coasociados, las muertes acarreadas deben castigarse como homicidios intencionales a título de dolo eventual...”.

Del anterior extracto jurisprudencial se evidencia que la propia Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, ha circunscrito y analizado las condiciones objetivas, por medio de las cual habrá de considerar que nos encontramos frente a la modalidad intencional del dolo eventual, lo que implica que haya sido reconocida por esa propia Sala, su vigencia dentro del Ordenamiento Jurídico Venezolano; siendo que, con la decisión Nº 554 de fecha 29 de octubre de 2009, esa propia Alta Jurisdicción, se aparta de su propio criterio, de su doctrina pacífica y reiterada, sin justificar ni motivar las razones que la condujeron a tal determinación, para sostener que el delito de Homicidio Intencional a título de dolo eventual no aparece contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

En este contexto tenemos, que las exigencias que componen el derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, que las sentencias sean motivadas, y que sean congruentes, así como el derecho al debido proceso, no fueron acogidas en la sentencia cuya revisión constitucional, respetuosamente se impetra ante esa honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por cuanto en el caso que nos ocupa las partes no pudieron conocer la fundamentación acogida para apartarse de la calificación jurídica de Homicidio Intencional a Título de Dolo Eventual, y adecuar los hechos acreditados por el Tribunal de Juicio en Homicidio Culposo, bajo las mismas circunstancias asumidas por el Juzgador de Juicio; aunado a la ausencia de razonamientos de la vulneración del artículo 49.6 concerniente al Principio de legalidad, al afirmar que el tipo de dolo eventual en la comisión de delitos no está contemplado en nuestra legislación; la incongruencia del fallo al referir que el delito de Homicidio a Título de dolo Eventual, no está contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, y reconoce que el mismo se encuentra previsto y sancionado en el artículo 407 del Código Penal, hoy 405, y que se aparta de dicha calificación jurídica para atribuirle el delito de Homicidio Culposo previsto y sancionado en el artículo 411 del Código Penal derogado hoy 409 y, finalmente, la carencia de motivación, al apartarse de su doctrina pacífica y reiterada, sin justificar ni motivar las razones que la condujeron a tal determinación.

Por lo que la decisión objeto de Revisión, vulneró el debido proceso, atendiendo a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al declarar la vigencia del debido proceso, como instrumento fundamental en la realización de la justicia.

Dicho Principio se encuentra ampliamente desarrollado en el Código Orgánico Procesal Penal, que en el artículo 1 establece:

“JUICIO PREVIO Y DEBIDO PROCESO. Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, oral y público, realizado sin dilaciones indebidas, ante un Juez o Tribunal imparcial, conforme a las disposiciones de este Código y con salvaguarda de todos los derechos y garantías del debido proceso, consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República”

Del anterior transcrito normativo, podemos evidenciar que el propio legislador, ha consagrado la obligación que tiene el Estado de perseguir y sancionar los delitos y las faltas, siempre bajo la égida del respeto de los derechos y garantías tanto de las partes intervinientes en juicio, siendo que nadie podrá declararse como responsable de un delito, sin la materialización de un juicio ante un Juez competente.

Estos principios relativos al juicio previo y al debido proceso, han sido ampliamente desarrollados por esa honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia²⁷, la cual los ha definido bajo los siguientes términos:

“...Se denomina debido proceso aquel 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 de 1999, cuando expresa que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas”

De lo anteriormente transcrito, podemos colegir que el debido proceso, es la obligación de tramitar cada caso de los elevados a nuestros órganos de Administración de Justicia, en conformidad con el modo prescrito en la ley, protegiéndose de esta forma la legitimidad y por supuesto la legalidad del procedimiento seguido; surgiendo de esta manera, la garantía del debido proceso, como respuesta a la necesidad de obtener seguridad jurídica y regular en forma precisa el trámite de enjuiciamiento. Por ende, afirma el Ministerio Público que debe considerarse una garantía de Justicia, para las partes.

Es así como este principio superior del Derecho Penal, ha sido concebido por el Constituyente, para salvaguardar mediante el desarrollo en todas y cada una de sus actuaciones, en la revisión constitucional que se requiere en el caso de análisis, se evidencia que la Sala vulneró el debido proceso por cuanto emitió una decisión carente de una motivación, atentando el orden público, y contradiciendo la tutela judicial efectiva.

En este orden, la referida sentencia vulneró el artículo 26 Constitucional que consagra de manera expresa el derecho a la tutela judicial efectiva - también conocido como la garantía jurisdiccional - que encuentra su razón de ser en que la justicia es, y debe ser, tal como lo consagran los artículos 2 y 3 *ejusdem*, uno de los valores fundamentales presentes 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.

Por tanto, el Estado asume la Administración de Justicia, que viene a ser 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 sus órganos establecidos por el Estado, en cumplimiento de su objeto, sea expedito para los administrados.

En vista de lo anterior cabe reproducir lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución de la República de Venezuela, el cual consagra que:

“Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.”

De la transcripción constitucional antes citada, se desprende una doble exigencia de parte del ciudadano respecto del Estado, ya que toda persona además de tener derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, también puede requerir la obtención pronta y oportuna de la decisión que deba dictarse de conformidad con el caso concreto.

Como puede apreciarse, el fallo sometido a la presente petición de Revisión Constitucional, obvió el criterio de la Sala Constitucional del Máximo Tribunal de Justicia, sobre la disposición contenida en el artículo 26 Constitucional, en lo que se refiere a la necesidad de motivación de las decisiones judiciales,

²⁷ Sentencia N° 29 de fecha 15 de febrero de 2000, Exp. 00-0052 Caso (Enrique Mendoza Labrador). Ponente Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero

circunstancia que también la subsume en el supuesto de la revisión constitucional, referido al hecho de apartarse u obviar alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado.

Asimismo, es evidente que la referida sentencia proferida por la honorable Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, obvió interpretaciones de la Constitución, efectuadas por la Sala Constitucional, con anterioridad al fallo impugnado, concretamente, interpretaciones de la precitada disposición constitucional, al proferir una decisión sin la debida motivación, siendo este un principio de orden público.

La motivación de toda sentencia, en cuanto a la necesaria explicación de las resoluciones que contenga, que en criterio de la Sala Constitucional debe tenerse como materia de orden público, se corresponde con la preservación y respeto al derecho a la defensa.

En suma, la decisión sometida a revisión adolece del vicio de inmotivación y, sin razonamiento alguno, se apartó de la interpretación vinculante realizada por esta Sala Constitucional sobre el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva, lo cual se desprende de las sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, criterio reiterado, entre las que se destacan:

Sobre la necesaria motivación de la sentencia, esta Sala, en sentencia N° 1676 del 03 de agosto de 2007, con ponencia del Magistrado Dr. Francisco Antonio Carrasquero López, ha sostenido, entre otros, el siguiente criterio:

“El derecho de los justiciables a tener una decisión fundada en derecho, así como el derecho a conocer las razones de las decisiones judiciales, es decir, a una decisión motivada, constituyen derivaciones específicas del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En virtud de tales derechos, y sin perjuicio de la libertad del juez en la interpretación de las normas, el justiciable tiene la posibilidad de apreciar que la solución que se ha dado al caso concreto obedece a una exégesis racional del ordenamiento jurídico y no a la arbitrariedad. En efecto, la motivación de la sentencia constituye una consecuencia esencial de la función que desempeñan los jueces y de la vinculación de éstos a la ley, siendo también que este requisito constituye para el justiciable un mecanismo esencial para contrastar la razonabilidad de la decisión, a los fines de poder ejercer los recursos correspondientes, y en último término, para oponerse a las resoluciones judiciales arbitrarias”

En igual sentido, esa honorable Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, se ha pronunciado en innumerables fallos de manera vinculante, sobre la motivación de las sentencias, de la siguiente manera:

“...**Es criterio vinculante de esta Sala** que, aun cuando el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no lo indique expresamente, es de su esencia el **que todo acto de juzgamiento contenga una motivación, requerimiento éste que atañe al orden público**, puesto que, de lo contrario, no tendría aplicación el sistema de responsabilidad de los jueces que la propia norma preceptúa, **además de que se desconocería cómo se obtuvo la cosa juzgada, al tiempo que “principios rectores como el de congruencia y de la defensa se minimizarían**, por lo cual surgiría un caos social”. (Sentencia N° 150, del 24.03.00). (Resaltado de la Fiscal).

“**La obligación de motivación de los fallos es uno de esos requisitos y constituye una garantía contra el atropello y el abuso**, precisamente porque, a través de aquélla, es posible la distinción entre lo que es una imposición arbitraria de una decisión y lo que es una sentencia

imparcial...". (Sentencia N° 891 del 13 de mayo de 2004. Ponente: Magistrado Doctor Pedro Rafael Rondón Haaz). **(Resaltado de la Fiscal)**.

"...Se hace necesario referir que esta Sala Constitucional, en sentencia n.º 1893/2002 del 12 de agosto, (caso: Carlos Miguel Vaamonde Sojo), se pronunció en los siguientes términos:

"...Esta Sala ha señalado que en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se prevé un conjunto de garantías procesales que sintetizan lo que constituye el debido proceso en un Estado de Derecho y de Justicia. Dentro de esas garantías procesales se encuentra la referida a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 26 de la Constitución, la cual tiene un contenido complejo, que se manifiesta, entre otros, en el derecho a obtener una sentencia fundada en Derecho que ponga fin al proceso. Este contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, se compone de dos (2) exigencias: 1) que las sentencias sean motivadas, y 2) que sean congruentes. De manera que una sentencia inmotivada no puede considerarse fundada en derecho, siendo lesiva del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (vid. Sentencia del 16 de octubre de 2001, caso: Luisa Elena Belisario de Osorio). Igualmente, esta Sala ha señalado que el artículo 49 de la Carta Magna no dice expresamente, pero forma parte de su esencia, que todo fallo debe ser motivado, para que las partes conozcan los fundamentos en que fueron resueltas sus pretensiones, ya sea la petición de condena o absolución en el proceso penal, o bien la declaratoria con lugar o sin lugar de la demanda en los distintos procesos, en el que se incluye el procedimiento de amparo. Por tanto, sólo así puede calificarse el error judicial a que se refiere el numeral 8 del citado artículo 49, o puede tener lugar el acto de juzgamiento, el cual corresponde a los jueces, según el numeral 4 del mismo artículo, o puede determinarse si a la persona se le sanciona por actos u omisiones, como lo establece el numeral 6, por lo que todo acto de juzgamiento debe contener una motivación, que es la que caracteriza el juzgar. Además, es la falta de motivación de la sentencia, en criterio de esta Sala, un vicio que afecta el orden público, ya que todo el sistema de responsabilidad civil de los jueces no podría aplicarse y la cosa juzgada no se conocería como se obtuvo, y principios rectores como el de congruencia y de la defensa se minimizarían, por lo cual surgiría un caos social (vid. sentencia del 24 de marzo de 2000, (Caso: José Gustavo Di Mase Urbaneja y otro)... (Destacado añadido)./Al respecto, esta Sala Constitucional, en posteriores decisiones, ha establecido criterios precisos en relación a la motivación del acto jurisdiccional, tal y como se estableció en la decisión n° 889/2008 del 30 de mayo, que señaló lo siguiente respecto a la necesidad de motivación de la sentencia: "...la motivación del fallo debe estar constituida por las razones de hecho y de derecho que expresan los jueces como fundamento de su dispositivo; las primeras están formadas por el establecimiento de los hechos con ajustamiento a las pruebas que los demuestran y, las segundas, por la aplicación a éstos de los preceptos y los principios doctrinarios atinentes; por tanto, el vicio de inmotivación en el acto jurisdiccional consiste en la falta absoluta de afinamientos, que es distinto de que los mismos sean escasos o exigüos, lo cual no debe confundirse con la falta absoluta de motivación, que puede asumir varias modalidades: a) que la sentencia no presente materialmente ningún razonamiento; b) que las razones que haya dado el sentenciador no guarden relación alguna con la pretensión o la excepción, de modo que deben tenerse por inexistentes jurídicamente; c) que los motivos se destruyan los unos a los otros por contradicciones graves e irreconciliables y; d) que todos los motivos sean falsos". Asimismo, la Sala insistió en el criterio antes referido en la decisión N° 33 del 30 de enero de 2009, en la que señaló lo siguiente: "Para el juzgamiento del caso de autos,

la Sala observa:1.En el caso sub iudice, la representación judicial de la peticionaria requirió la revisión del acto decisorio que emitió , el 26 de octubre de 2006, el Juzgado Primero Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Sucre, debido a que, en su criterio, el acto jurisdiccional en cuestión carece de motivación porque omitió los hechos que expusieron los testigos que fueron promovidos por él en juicio para la demostración de sus excepciones o defensas y, a la vez, es indeterminado porque no señaló el objeto del litigio, pues ordenó la práctica de una experticia complementaria del fallo sin la determinación de todos los elementos necesarios para que los expertos desarrollaran su actividad.2. Esta Sala Constitucional ha señalado, respecto a la motivación del acto jurisdiccional, lo siguiente:

Aunque no lo dice expresamente el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es de la esencia de dicha norma, que todo fallo debe ser motivado, de manera que las partes conozcan los motivos de la absolución o de la condena, del por qué se declara con o sin lugar una demanda. Solo así, puede calificarse el error judicial a que se refiere el numeral 8 del citado artículo 49; sólo así, puede tener lugar el acto de juzgamiento, el cual corresponde a los jueces, según el numeral 4 del mismo artículo; sólo así, puede determinarse si a la persona se le sanciona por actos u omisiones, como lo establece el numeral 6 del mencionado artículo; y es más, todo acto de juzgamiento, a juicio de esta Sala, debe contener una motivación , que es la que caracteriza el juzgar. Es la falta de motivación de la sentencia, en criterio de esta Sala, un vicio que afecta el orden público, ya que todo el sistema de responsabilidad civil de los jueces no podría aplicarse y la cosa juzgada no se conocería como se obtuvo, y principios rectores como el de congruencia y de la defensa se minimizarían, por lo cual surgiría un caos social. Fallos judiciales sin juzgamientos (motivación) atentan contra el orden público, y siendo éste el vicio que se denuncia en la solicitud de amparo, considera la Sala, que debe examinar la sentencia para calificar si realmente hay falta de motivación. (s.S.C. n.º 150/2000, caso: José Gustavo Di Mase Urbaneja). En el mismo sentido, esta Sala concretó aspectos sobre la motivación de la sentencia en los términos que siguen:

(...) la exigencia de que toda decisión judicial deba ser motivada es un derecho que tienen las partes en el proceso, el cual no comporta la exigencia de un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentaron la decisión.

Esta exigencia de motivación deviene, en primer lugar, de la razonabilidad, es decir, la motivación no tiene que ser exhaustiva, pero sí tiene que ser razonable; y, en segundo término de la congruencia, que puede ser vulnerada tanto por el fallo en sí mismo, como por la fundamentación. De allí, que dicha exigencia se vulnera cuando se produce "un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, al conceder más, menos o cosa distinta de lo pedido" (sentencia del Tribunal Constitucional Español n.o 172/1994); así como cuando la motivación es incongruente por acción o por omisión. Con fundamento en la doctrina que antecede, y que hoy se ratifica, de los artículos 26 y 49 del Texto Fundamental se deriva que los actos de juzgamiento que expidan los jueces deben contener, necesariamente, una motivación que, además, sea razonable, de manera que las partes en juicio conozcan los motivos de la absolución o de la condena, del por qué se declara con o sin lugar su demanda, pues, de lo contrario, atentarían contra el orden público, lo cual haría nulo el acto decisorio que adoleciera del vicio de inmotivación y, asimismo, se apartarían de la doctrina que ha establecido la Sala sobre el

particular.” (Sentencia N° 1100 del 31-07-2009., con ponencia del Magistrado Dr. Francisco Antonio Carrasquero López):

Atendiendo los anteriores criterios jurisprudenciales sostenidos por el Máximo Tribunal de la República, tenemos que la motivación del fallo constituye un deber fundamental para los juzgadores, quienes deben brindar a las partes mediante un razonamiento lógico y preciso, los argumentos que sustentan su dictamen, incurriendo por consiguiente en inmotivación: 1) Cuando omita la explicación clara y concisa del basamento del dispositivo; 2) Cuando no se relacione con los argumentos expuestos por el impugnante; 3) Cuando contenga contradicciones graves e irreconciliables; 4) Cuando emita razonamientos vagos y generales sobre el criterio adoptado y ; 5) Cuando de ser promovidas, silencie las pruebas contenidas en el recurso de apelación.

Al tratarse, de una sentencia firme dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, que de manera evidente, obviando de esa forma la debida interpretación de la garantía prevista en el artículo 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, y al debido proceso, se apartó de una vinculante interpretación dada a la Constitución de la República, por la Sala Constitucional del mismo Tribunal Supremo de Justicia, sobre el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 26 de la misma Constitución y en cuanto ello impone dos exigencias: 1) que las sentencias sean motivadas, y 2) que sean congruentes, de manera que una sentencia inmotivada no puede considerarse fundada en derecho, siendo lesiva del precitado artículo.

En síntesis, una vez analizado el caso en comento, y tomando en consideración las anteriores citas jurisprudenciales, estas Representaciones Fiscales conjuntas del Ministerio Público, estiman que la sentencia, vulneró derechos constitucionales como son la tutela judicial efectiva, el debido proceso, dentro de un Estado Democrático Social de Derecho y de Justicia, que propugna un proceso imparcial, expedito, sin dilaciones indebidas ni formalismos no esenciales que supedita éste al valor fundamental de la justicia, en atención a lo establecido en los principios constitucionales dispuestos en los artículos 2, 26, 49 y 257 de la Carta Fundamental.

En conclusión, la decisión de la honorable Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, cuya revisión se solicita, obvió la interpretación de la Sala Constitucional del Máximo Tribunal de la República, de los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en sentencias que consagran la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el derecho a la defensa.

TERCERO

VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES CONCERNIENTES A LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Estiman estas Representaciones Fiscales conjuntas que en la decisión signada con el N° 554, dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 29 de octubre de 2009, se han vulnerado principios constitucionales atinentes a la seguridad jurídica y la igualdad ante la Ley.

En efecto, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión N° 1703 de fecha 21 de diciembre de 2000, con ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Angulo Fontiveros, estableció, entre otras cosas, la existencia de la modalidad del dolo eventual, bajo las siguientes premisas:

“...Hay dificultad probatoria para establecer que el imputado estaba seguro de la producción del resultado mortal. Si así fuere, no habría dolo eventual sino dolo directo o perfecto o de primera clase: y esto es así porque quien actúa con dolo eventual no está seguro de la producción del resultado. Por esto JESCHECK ha dicho que tampoco satisfacen las teorías jurisprudenciales que exigen del autor haber actuado "incluso de haber conocido con seguridad el resultado", pues "precisamente, la inseguridad es característica del dolo eventual"; y en éste "ni se persigue el resultado ni es segura su

producción". ("Tratado de Derecho Penal", Parte General, Bosch, 3a. edición, 1981, págs. 404 y siguientes).

En nuestro país los accidentes de tránsito causan muchos heridos y muertos. Y muchas veces la imprudencia de los conductores es tanta que así demuestran éstos desdén por la vida de otras personas: tal es el caso del exceso de velocidad, de la embriaguez y de quien se da a la fuga pese a haber atropellado a otro. Estas conductas trascienden la simple culpa, pues alguien que maneje a gran velocidad se representa la posibilidad de que se produzca un choque y de que mate a otros, así como quien golpea a un transeúnte y se da a la fuga, se representa la posibilidad de que muera de mengua. La omisión del deber de prestar socorro está íntimamente ligada a los delitos dolosos en el tránsito. Por esto tal actuación es de las más graves que pueda cometer un conductor.

En Derecho Criminal se habla de dolo eventual cuando el agente se representa como posible o probable la consecuencia de su ejecutoria y, sin embargo, continúa procediendo del mismo modo: acepta su conducta, pese a los graves peligros que implica y por eso puede afirmarse que también acepta y hasta quiere el resultado. Se habla de culpa, en cuanto a imprudencia se refiere, respecto a casos típicos como el de quien descuidadamente limpia un arma e hiere accidentalmente a otro; pero cuando la temeridad es tan extrema que refleja un desprecio por los coasociados, las muertes acarreadas deben castigarse como homicidios intencionales a título de dolo eventual. El criminalista alemán Günther Kayser, Profesor de la Universidad de Friburgo, expresa que cada vez se usan más el dolo eventual y el dolo de puesta en peligro. Y concluye en que un alto porcentaje de transgresiones del tránsito son cometidas dolosamente, es decir, intencionalmente. Y el criminalista Middendorff, también alemán y Profesor en Friburgo, asegura que conducir en estado de embriaguez, darse a la fuga en caso de accidentes graves y cometer reiteradas veces infracciones de tránsito, aun simples, califican al contraventor de criminal. Por consiguiente es dable que con frecuencia los delitos de tránsito reflejan la existencia del dolo eventual.

En casos de muertes en el tránsito, cobra gran importancia discernir acerca del nivel intermedio entre "el animus occidendi" o intención de matar, por una parte, y la simple conducta imprevisiva, sin intención de matar pero que fue causa de muerte, por otra parte. Quiero describir con esto la situación de alguien en quien no había dolo homicida directo y perfecto, es decir, intención clara de matar; y que su conducta, por otro lado, fue mucho más grave que los supuestos configuradores de la simple culpa. En otras palabras: la situación de una persona cuya conducta está (en rango de gravedad) un grado más bajo que el dolo directo y perfecto, y un grado más alto que la simple culpa e involuntariedad absoluta. Este estado intermedio entre el dolo y la culpa, esta mixtura de dolo y culpa, o esta culpa informada de dolo o por el dolo, en fin, este dolo eventual, es de sumo interés en los delitos de tránsito.

En Venezuela el automovilismo es ultra temerario en términos de conducción e incluso a veces la publicidad televisiva instiga a delinquir exhibiendo con reiteración imágenes de carros a gran velocidad, camionetas dando saltos, etc. Y, en suma, promoviendo y exaltando la velocidad, el desquiciamiento y hasta la criminalidad. Y, peor aún, las autoridades de tránsito hace décadas permiten que motociclistas y automovilistas, así como autobuseros y camioneros, hagan cuanto les venga en gana, amadrigados en la más escandalosa impunidad y aumentando la muy lamentable cifra de heridos y aun muertos por esa causa. La permisividad es factor maligno y tengo la ilusión que ahora sí esas autoridades y el Poder Judicial pondrán orden al respecto y harán cesar semejante impunidad, que ha enlutado a tantas familias en Venezuela.

En este caso, no debe verse al imputado (quien principió por alterar las normas de seguridad en el tránsito al girar en "U" en un sitio prohibido) como agente de un simple homicidio culposo, esto es, de aquél cometido sin intención y sí por imprudencia: debe vérselo como autor de un homicidio intencional, a título de dolo eventual.

En el caso de autos, el ciudadano acusado ROBERT ALEXANDER TERÁN LÓPEZ cuando indebidamente giró (vuelta en "U") el vehículo de carga que conducía impactó, enganchó y arrastró el cuerpo del ciudadano WILFREDO JOSÉ MONTILLA SUÁREZ y siguió a gran velocidad, aun cuando fue advertido por los vecinos del lugar de tal circunstancia.

(Omissis)

Ahora bien: el Código Penal de Venezuela no define el dolo o al menos no se refiere al dolo eventual. El artículo 61 "eiusdem" establece que nadie podrá ser castigado por un delito sin la intención de cometerlo. En esta decisión se respeta el principio de la culpabilidad, puesto que sí hubo intención homicida en el agente del delito que se juzga. Pero esa intención no fue directa y perfecta, sino que ocupa un nivel intermedio entre el dolo de primer grado y la culpa. Por lo tanto, sería injusto castigar con la pena correspondiente al homicidio intencional con dolo absoluto, al homicidio perpetrado con un dolo de menor entidad. La injusticia persistiría aun si se aplicaran las atenuantes de los ordinales 2º y 4º del artículo 74 del Código Penal, ya que la pena aplicable sería de doce años, es decir, la menor que corresponde al homicidio intencional con un dolo de primer grado. Esta laguna legislativa debe resolverse en beneficio del reo y en aras de la Justicia, cuyo valor absoluto es de rango constitucional y ha de privar sobre formalidades no esenciales: si la intención o voluntad consciente o dolo estuvo en un grado intermedio entre el dolo perfecto y la simple culpa, la pena debe estar entre la que corresponde al homicidio intencional (12 años) y al homicidio culposo (5 años en su límite máximo), por lo que se fija en OCHO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN..."

La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en su decisión que ha sido transcrita parcialmente, nos indica que existe un estado intermedio entre el dolo y la culpa, ya que si una persona puede representarse una consecuencia dañosa, al realizar una conducta que, de suyo, no constituye delito (por ejemplo dar vuelta en "u" en un sitio no permitido), no puede considerarse como culpable de una intención directa o dolo directo de cometer un delito, pero por otra parte, no puede tampoco considerarse como un delito culposo, ya que el agente sabía que cometía una infracción y pudo haber previsto que con ello se causaría un daño.

Dicha argumentación, fue también ratificada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia Nº 159 del 14 de mayo de 2004, con ponencia del Magistrado Dr. Julio Elías Mayaudón Graü, en la que se indicó que existía la posibilidad de aplicar la figura del dolo eventual y a tal efecto, expuso que:

"... ¿Qué tipo de delitos fue el cometido en el caso de autos?

Hay que destacar que los ciudadanos HENRY PRADA GÓMEZ y REYES RAFAEL CUMACHE no cometieron el delito con dolo directo, pues ello supondría que se representaron como cierto y como seguro un resultado típicamente antijurídico y quisieron realizar directamente ese resultado antijurídico, tal sería el caso que los mencionados ciudadanos hubiesen producido en forma directa la explosión para asegurarse de la muerte y lesiones de las víctimas, resultado que ya estaría previsto como seguro por parte de los acusados.

Los hechos probados configuran un delito doloso pero no a título de dolo directo, ni tampoco de dolo de consecuencia necesaria que pudiera acompañar al dolo directo; sino a título de dolo eventual que se da cuando el agente se representa el resultado, no como un dolo directo en forma segura y cierta, sino como posible y probable.

Para Bettiol, el dolo eventual es "la previsión de un evento como consecuencia meramente posible de la acción, lo cual implica necesariamente la voluntariedad del evento mismo, pero ello no excluye, que la actitud de la voluntad frente al resultado previsto, de indiferencia o de ratificación del mismo, sean equivalentes a la voluntad del resultado"; para Altavilla, se tiene dolo eventual "cuando la intención se dirige indiferentemente a varios resultados, de modo que es como una ratificación anticipada que cualquiera de ello se realice". La doctrina penal, tal como lo refieren los tratadistas del Derecho Penal, JIMÉNEZ DE ASÚA, REYES ECHANDIA, MUÑOZ CONDE, BACCIGALUPO; y entre nosotros MENDOZA TROCONIS, TULLIO CHIOSSONE, ARTEAGA SÁNCHEZ y GRISANTI AVELEDO, entre otros, son unánimes en cuanto a señalar los anteriores elementos que configuran el dolo eventual.

Igualmente esta Sala de Casación Penal ha acogido el criterio de dolo eventual, en su decisión de fecha 21 de diciembre de 2000, con ponencia del Magistrado ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS, quien analiza en dicha ponencia los elementos configurativos del dolo eventual; llegando, sin embargo, a establecer un cálculo de pena bajo un criterio técnico acogido en esa decisión.

(Omissis)

Los ciudadanos HENRY PRADA GÓMEZ y REYES RAFAEL CUMACHE, como se evidencia en la sentencia de reenvío se representaron como posible y probable, la explosión que produjo las víctimas en esta causa y más aún, no pensaron en poderlo evitar con su buena suerte o su pericia, sino que adoptaron una conducta indiferente ante este hecho probable, importándole únicamente la ejecución del contrato que le estaba encomendado a la empresa AVENGOA DE VENEZUELA C.A., la cual representaban como ingenieros supervisores de la obra, y aún no deseando este resultado antijurídico el cual previeron como probable, continuaron ejecutándola, no obstante las advertencias que fueron hechas y que constan en autos, tal como lo establecieron las distintas instancias que conocieron de este juicio.

Cabe advertir que estos hechos no deben subsumirse en el ordinal 1º del artículo 408 del Código Penal, como lo solicitó la representación del Ministerio Público, pues el delito de homicidio calificado por medio de incendio requiere el dolo directo al utilizar el incendio en forma directa para buscar el resultado previsto y querido para cometer dicho ilícito y tal circunstancia no está probada en autos.

En consecuencia, los ciudadanos imputados deben responder por la comisión del delito de homicidio intencional previsto en el artículo 407 del Código Penal a título de dolo eventual, pues esa es la calificación que corresponde a los hechos establecidos por la recurrida y así se declara..."

Podemos colegir de la anterior transcripción que la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, ratificó el criterio mediante el cual se estableció la posibilidad de aplicar la figura del dolo eventual en nuestro ordenamiento jurídico y para los procesos penales que se generasen con ocasión a la conducta desplegada por el agente activo, bajo los parámetros indicados.

En este sentido, vemos que la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, venía sosteniendo el criterio que permitía la aplicación de la figura del dolo eventual, a través del establecimiento de esta figura como una modalidad del dolo, pues tal y como ha sido referido, no podría condenarse a una persona a un delito doloso directo cuando no tenía la intención de cometer el delito pero sí podía representarse como probable un resultado dañoso, pero por otra parte, no podría subsumirse esta conducta en un tipo culposo, pues el agente no actuó bajo una actividad imperita, negligente o imprudente.

En la decisión Nº 554 del 29 de octubre de 2009, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, cambia el criterio, sin justificación alguna, lo que vulnera el principio de seguridad jurídica, según el cual los cambios en la actuación del Poder Público, no puede producirse en forma brusca,

intempestiva, sin preparar debidamente a los particulares sobre futuras transformaciones, pues ello, atentaría contra las expectativas de continuidad del régimen legal y de los criterios preexistentes.

Ello encuentra sustento, en sentencia N° 1310, de fecha 16 de octubre 2009, de por esa honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y con ponencia del Magistrado Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz. En dicha decisión, se analizó el principio de seguridad jurídica, señalado a tal efecto que:

"Al respecto, la Sala reitera que en todo Estado de Derecho, debe reconocerse y respetarse el principio a la seguridad jurídica, según el cual la normativa vigente debe ser aplicada con la mayor certeza y transparencia posible. Sobre este tema, la Sala, en sentencia n° 3180, del 15 de diciembre de 2004, caso: TECNOAGRÍCOLA LOS PINOS TECPICA, C.A., estableció:

Seguridad Jurídica se refiere a la cualidad del ordenamiento jurídico, que implica certeza de sus normas y consiguientemente la posibilidad de su aplicación. En ese sentido en Venezuela existe total seguridad jurídica desde el momento que la normativa vigente es la que se ha publicado, después de cumplir con los diversos pasos para su formación, en los órganos de publicidad oficiales, por lo que surge una ficción de conocimiento para todos los habitantes del país, y aún los del exterior, de cuál es el ordenamiento jurídico vigente, el cual no puede ser derogado sino por otra ley, que a su vez, tiene que cumplir con los requisitos de validez en su formación, y con los de publicidad.

Pero, a juicio de esta Sala, este no es sino un aspecto de la seguridad jurídica, ya que el principio lo que persigue es la existencia de confianza por parte de la población del país en el ordenamiento jurídico y en su aplicación, por lo que el principio abarca el que los derechos adquiridos por las personas no se vulneren arbitrariamente cuando se cambian o modifican las leyes; y porque la interpretación de la ley se hace en forma estable y reiterativa, creando en las personas confianza legítima de cuál es la interpretación de las normas jurídicas a la cual se acogerán.

Estos otros dos contenidos generales de la seguridad jurídica (a los cuales como contenido particular se añade el de la cosa juzgada), se encuentran garantizados constitucionalmente así: el primero, por la irretroactividad de la ley sustantiva, lo que incluye aspectos de las leyes procesales que generan derechos a las partes dentro del proceso (artículo 24 constitucional); y el segundo, en la garantía de que la justicia se administrará en forma imparcial, idónea, transparente y responsable (artículo 26 constitucional), lo que conduce a que la interpretación jurídica que hagan los Tribunales, en especial el Tribunal Supremo de Justicia, sea considerada idónea y responsable y no caprichosa, sujeta a los vaivenes de las diversas causas, lo que de ocurrir conduciría a un caos interpretativo, que afecta la transparencia y la imparcialidad.

Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la mayor responsabilidad en la interpretación normativa, ya que es la estabilización de la interpretación lo que genera en la población y en los litigantes, la confianza sobre cual sería el sentido que tiene la norma ante un determinado supuesto de hecho (a lo que se refiere la uniformidad de la jurisprudencia).

En otra decisión, igualmente con relación al principio a la seguridad jurídica, la Sala señaló:

...el principio de seguridad jurídica, supone que los cambios en el sentido de la actuación del Poder Público, no se produzcan en forma irracional, brusca, intempestiva, sin preparar debidamente a los particulares sobre futuras transformaciones, pues ello, atentaría contra las expectativas de continuidad del régimen legal y de los criterios preexistentes.

En el orden de las ideas anteriores, García Morillo (Derecho Constitucional Vol. I. Valencia: Cuarta Edición. pág. 65) afirma, que la seguridad jurídica consiste en la "...regularidad o conformidad a Derecho y la previsibilidad de la actuación de los poderes públicos y, muy especialmente, de la

interpretación y aplicación del Derecho por parte de las Administraciones públicas y los jueces y tribunales”.

En criterio del referido autor, dicho principio, propugna la exclusión del comportamiento imprevisible generador de inseguridad jurídica, pues “...sólo en un ordenamiento en la que la seguridad jurídica sea un principio predominante pueden los ciudadanos defender adecuadamente sus intereses y derechos.” (Sentencia n.º 464/08).

De lo precedente se observa que la aplicación de la ley debe hacerse de manera responsable y transparente y sin que el juzgador pueda extraer conclusiones imprevistas e inesperadas por las partes en el proceso...”

De la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Máximo Tribunal de Justicia, se colige que en todo Estado de Derecho debe reconocerse y respetarse el principio a la seguridad jurídica, en donde las normas vigentes deben ser aplicadas de la forma más certera y transparente posible, así como a la cualidad que se observe del ordenamiento jurídico relacionado al carácter certero de sus normas. Del mismo modo, se manifiesta a través del proceso de formación y posterior publicación de nuevas normas en los órganos de publicidad oficiales, los cuales crea la ficción de su conocimiento por todos los habitantes del país. La orden de que las leyes no se derogan sino por otras leyes.

Sin embargo lo antes dicho, sólo forma parte de un aspecto del principio a la seguridad jurídica, ya que, su objetivo es que se produzca confianza por parte de la población del país sobre su ordenamiento jurídico y su aplicación, lo que abarca el supuesto de que, ante el cambio o modificación de leyes, no se vean afectados los derechos adquiridos de las personas; asimismo, que las interpretaciones que se hagan a la ley sean realizadas de forma estable y reiterativa, creando en las personas confianza legítima sobre los criterios mantenidos sobre las interpretaciones de las normas jurídicas.

Estos últimos dos contenidos de la seguridad jurídica se encuentran contemplados en el Texto Constitucional, específicamente en los artículos 24 y 26. El primero de ellos, relacionados con la irretroactividad de la ley; y el segundo, relativo a la forma en que debe administrarse la justicia, a saber, en forma imparcial, idónea y transparente, lo que arroja que la interpretación jurídica realizada por los tribunales y en especial por el Tribunal Supremo de Justicia, por su alta jerarquía deban mantener un criterio unívoco, certero e idéntico ante situaciones similares (homogenización de la jurisprudencia).

En el Tribunal Supremo de Justicia, reposa un mayor grado de responsabilidad en cuanto a este punto de interpretación normativa, ya que el reconocimiento de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el ordenamiento jurídico en general, es con la finalidad de que sirva como instrumento para la garantía de una vida digna y plena de libertades. Este *status quo*, permite a los particulares conocer a qué atenerse y contar con organismos imparciales e idóneos, los cuales responden al principio de seguridad jurídica que se manifiesta en la estabilización de la interpretación sobre cuál es el sentido de la norma ante un particular supuesto de hecho.

Para la consecución de dicha seguridad jurídica, hay que fijarse como objetivo crear confianza en la población en su ordenamiento jurídico y en su aplicación, lo que comprendería que los derechos adquiridos no se vulneren arbitrariamente cuando se modifiquen o cambien las leyes y que la interpretación de las leyes conserven y se presenten estables y reiterativas, creándose, de este modo, en las personas confianza legítima de cuál es la interpretación de las normas jurídicas de la cual se acogerán.

Es por ello que se espera que en el imperio de la seguridad jurídica las interpretaciones se mantengan dentro de unas determinadas líneas; no con la idea de que no puedan ser revisadas y sincronizadas con las exigencias propias del desarrollo y cambio social sino que las mismas puedan realizar ciertas predicciones razonables sobre las decisiones, los cuales constituyen verdaderos antídotos que impedirían la producción de interpretaciones inesperadas.

También se considera una acción que atenta contra Constitución y los derechos, garantías y principios que la misma consagra, la aplicación inmediata de los cambios de criterios jurisprudenciales, lo que ocurre en el presente caso, pues la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, modificó

el criterio que había sido sostenido en el tiempo, en el sentido que permitía la aplicación de la figura del dolo eventual, ello en franco enfrentamiento con la jurisprudencia Nacional en sus distintos grados, su propia jurisprudencia, la doctrina penal nacional, internacional y con la doctrina del Ministerio Público.

Al producirse la sentencia cuya revisión hoy se impetra ante esa honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se produjo un descalabro en cuanto a la continuidad del criterio que estaba siendo sostenido por la Máxima Jurisdicción en materia Penal, lo que a todas luces conlleva a la vulneración del principio de seguridad jurídica e incolumidad de la jurisprudencia de la cual se encuentran revestidas todas las decisiones de los Máximos Tribunales de Justicia.

De igual modo, con la decisión de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, que hoy se analiza a través del presente Recurso Extraordinario de Revisión Constitucional, se trasgrede el principio de igualdad ante la Ley que proclama que todos los sujetos son iguales ante la ley y el tratamiento debe ser idéntico.

El principio de igualdad, ha sido ampliamente analizado y estudiado por la Máxima Intérprete de la Constitucionalidad, ya que mediante sentencia N° 1184, de fecha 22 de septiembre de 2009, con ponencia del Magistrado Dr. Francisco Antonio Carrasquero López, se señaló que:

“...Con relación al principio general de igualdad, Alexy ha señalado lo siguiente:

“...el principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales en todos los aspectos. Por otra parte, no puede permitir toda diferenciación y toda distinción si ha de tener algún contenido. Cabe preguntarse si y cómo puede encontrarse una vía media entre estos extremos. Una clave al respecto la ofrece la fórmula clásica: “Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual” que -en múltiples variaciones y complementaciones- constituye la columna vertebral de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el artículo 3 párrafo 1 LF.

(Omissis)

Se llega a la vinculación concreta del legislador sólo si la fórmula ‘Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual’ no es interpretada como exigencia dirigida a la forma lógica de las normas sino como exigencia a su contenido, es decir, no en el sentido de un mandato de igualdad formal sino material...” (Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Trad. Ernesto Garzón, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 386) (Resaltado del presente fallo).

Por su parte, esta Sala ha sostenido, respecto del aludido principio, entre otras consideraciones, las siguientes:

“...el referido artículo establece que todas las personas son iguales ante la ley, lo que explica que no se permitan discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

Esta Sala ha sostenido con anterioridad que el principio de igualdad implica un trato igual para quienes se encuentren en situación de igualdad -igualdad como equiparación-, y un trato desigual para quienes se encuentren en situación de desigualdad -igualdad como diferenciación- (vid. sentencia n° 898/2002, del 13 de mayo). En este último supuesto, para lograr justificar el divergente tratamiento que se pretenda aplicar, el establecimiento de las diferencias debe ser llevado a cabo con base en motivos objetivos, razonables y congruentes.

De lo anterior se desprende que no resulta correcto conferirle un tratamiento desigual a supuestos fácticos que ostenten un contenido semejante y que posean un marco jurídico equiparable, pero debe aclararse que igualdad no

constituye sinónimo de identidad, por lo que también sería violatorio del principio de igualdad darle un tratamiento igualitario a supuestos que sean distintos (vid. Gui Mori, Tomás. *Jurisprudencia Constitucional Íntegra 1981-2001*. Tomo I. Editorial Bosch. Barcelona, 2002, p. 332). Lo que podría resumirse en dos conclusiones: 'No asimilar a los distintos, y no establecer diferencias entre los iguales'.

De igual forma, esta Sala ha reconocido en varios fallos, que el respeto al principio o derecho subjetivo a la igualdad y a la no discriminación es una obligación de los entes incardinados en todas las ramas que conforman el Poder Público, de tratar de igual forma a quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho y que todos los ciudadanos gocen del derecho a ser tratados por la ley de forma igualitaria. (vid. sentencias 536/2000, del 8 de junio; 1.197/2000, del 17 de octubre; y 1.648/2005, del 13 de julio).

Tomando en consideración esta última afirmación, debe señalarse que dos de las modalidades más básicas de este principio son, en primer lugar, el principio de igualdad ante la ley strictu sensu, también denominado principio de igualdad en la ley o igualdad normativa, el cual constituye una interdicción a todas aquellas discriminaciones que tengan su origen directo en las normas jurídicas, de lo cual se colige que dicho postulado se encuentra dirigido a los autores de las normas, es decir, al órgano legislativo; y en segundo término, el principio de igualdad en la aplicación de la ley o igualdad judicial, el cual constituye la piedra de tranca a toda discriminación que se pretenda materializar en la aplicación de las normas jurídicas por parte de los tribunales de la República, siendo que este segundo principio se encuentra destinado a los órganos encargados de la aplicación de la Ley..." (Vid. sentencia N° 266 del 17 de febrero de 2006).

De las anteriores ideas jurisprudenciales, debemos entender que el derecho de igualdad es un principio inherente a la naturaleza del hombre, en tal virtud, debe reconocerse en el ordenamiento jurídico un conjunto de derechos fundamentales derivados de este valor que, en razón a su carácter supraconstitucional, forma parte del elenco de postulados superiores del Estado.

Este derecho forma parte de las políticas fundamentales del Estado de Derecho. El cual está reconocido en el texto de nuestra Carta Magna en su artículo 21 como un valor inserto en nuestro ordenamiento jurídico, que se traduce en principio general el cual se concreta en derecho subjetivo que influye en todos los derechos constitucionales y a su vez, funge de límite al Poder Público.

Estableciéndose como uno de los fines del Estado, al concebirse como el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios entre individuos en igualdad de circunstancias, lo que implica, que ante diferencias fácticas la ley no puede establecer preceptos idénticos ni uniformes para hechos disímiles.

El concepto de igualdad ha ido superando su carácter formal ante la ley adentrándose más a su concreción material, es decir, igualdad dentro de la ley o en la ley, lo que ha condicionado la ruptura parcial de los caracteres de universalidad, generalidad, abstracción y duración de la ley. Dicho fenómeno surge por la comprobación de diferencias entre las situaciones fácticas de los sujetos de derecho y las obligaciones que imponen a los Poderes Públicos de procurar que esa igualdad sea real y efectiva. Sumando lo expuesto, a la complejidad de la sociedad moderna y el carácter social del Estado venezolano, es lo que ha sustentado que actualmente un gran número de normas otorguen tratamientos diferentes a supuestos de hechos que se entienden distintos.

Dicho principio limita las posibles arbitrariedades que pueda cometer los poderes públicos, en consecuencia, es un principio negativo que limita el ámbito de actuación de los poderes públicos, ya que permite a los particulares rebelarse frente a las actuaciones de aquellos cuando sean arbitrarias.

Dicho principio de igualdad implica un trato igual a quienes se encuentren en situación de igualdad y un trato desigual para quienes se encuentren en estado de desigualdad.

Con dicho principio se busca evitar tratos discriminatorios, los cuales se producen sin causas objetivas y razonables. Lo que prohíbe la igualdad constitucional es que se produzcan diferenciaciones de manera no objetiva, no razonable ni proporcionada.

No se considera igualitario el conferir un tratamiento distinto a supuestos fácticos que ostenten un contenido similar y que posea un marco jurídico equiparable, tampoco cuando se le da un tratamiento igualitario a supuestos que sean distintos.

Lo expuesto es lo que sustenta la posibilidad que tiene el legislador de establecer diferencias de trato, siempre y cuando sean motivados de forma objetiva, razonable y congruentemente, en virtud de las situaciones reales de los individuos, con lo cual, la vigencia del principio de igualdad, no debe analizarse desde una visión estrictamente formalista. Es decir, que se permita en el ordenamiento jurídico un tratamiento diferente a situaciones que, por algún motivo, sean distintas, con el propósito de corregir las desigualdades que surgen de la aplicación de la norma genérica que parte de un único supuesto a realidades distintas, lo que, de no efectuarse, devendría en un trato desigual en contravención a dicho principio de igualdad y de proporcionalidad de las penas en materia penal.

En efecto, al analizar el contenido de la sentencia N° 554 del 29 de octubre de 2009, vemos que la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, trató de una manera desigual la situación que permitía la aplicación de la figura del dolo eventual, pues de los hechos que fueron acreditados y así ratificados por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, el conductor del vehículo (Carlos Eduardo Hernández Carrillo), se encontraba manejando una Unidad de Transporte Colectivo en horas de la noche, sin luces y a exceso de velocidad, produciéndose el arrollamiento y posterior deceso de la ciudadana Diana Mercedes Rodríguez Rosales, no evidenciándose de esa conducta un quehacer doloso de causar el arrollamiento y producir la muerte de la mencionada ciudadana, pero al analizar los elementos objetivos que quedaron acreditados en los hechos dados por probados por el Tribunal de Juicio respectivo, se puede evidenciar que el simple hecho de conducir un vehículo en horas de la noche, sin luces y con exceso de velocidad, fácilmente pueden producir en la mente del agente, la posibilidad de producir un hecho dañoso, lo que encuadra de manera perfecta dentro del tipo de Dolo Eventual tal y como ha sido explicado *ut supra*.

Por ello, es criterio de estas Representaciones Fiscales conjuntas que resulta necesario que esa honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, entre a conocer de la referida Solicitud Extraordinaria de Revisión Constitucional, ejercida en contra de la decisión N° 554 de fecha 29 de octubre de 2009, dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, la analice la declare Ha Lugar en la definitiva, y en consecuencia la anule, y que se ordene, de estimarlo prudente, que esa misma Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, dicte una nueva decisión con prescindencia de los vicios que dieron lugar a la presente petición de Revisión Constitucional.

CAPÍTULO VII PETITORIO

Por todas las razones anteriormente expuestas, estas Representaciones Fiscales conjuntas, solicitan, muy respetuosamente, de esa Honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que declare Ha Lugar la Solicitud Extraordinaria de Revisión Constitucional, ejercida en contra de la decisión N° 554 de fecha 29 de octubre de 2009, dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, y en consecuencia la anule, y que se ordene, de estimarlo prudente, que esa misma Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, dicte una nueva decisión con prescindencia de los vicios que dieron lugar a la presente petición de Revisión Constitucional.

En la ciudad de Caracas, a los veintidós (22) días del mes de junio de 2010.”

DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 18/02/201

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Penal Sustantiva

4.- TEMA: Desacato a la Autoridad. Artículo 270 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes

5.- EXTRACTO

Cuando nos encontramos ante la modalidad de “incumplir” descrita en el artículo 270 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, como verbo rector del tipo, o núcleo normativo sobre el cual reposa la conducta típica relevante, debemos sostener que este delito es de mera actividad y de efecto permanente, pues aquí, el sujeto activo con su contumacia en el incumplimiento de la orden judicial perpetúa la realización del tipo penal; es decir, mientras dicho sujeto continúe con su actitud rebelde ante el cumplimiento de la orden emanada de la autoridad, sigue consumando el tipo penal.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº DRD-20-62-2009

6.2.- FECHA: 30/12/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“(…)

es oportuno a los efectos de las conclusiones a las que se arribará infra, realizar el análisis del tipo penal de Desacato a la Autoridad, previsto en el artículo 270 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes²⁸. Tenemos que dicho artículo comienza con una precisa formalidad, pues nos refiere “Quien impida, entorpezca o incumpla...”, siendo éstos los verbos rectores del tipo, el núcleo normativo sobre el cual reposa la conducta típica relevante, plausible de sanción en razón de su desatención. El verbo rector impedir podría derivar en la realización de una conducta activa o pasiva - omisiva-, indistintamente, pues el impedimento únicamente supone la materialización de un obstáculo que imposibilite el desenvolvimiento de la acción que despliegan los órganos establecidos en la norma. En tanto, que el entorpecer requiere un comportamiento positivo (un hacer), que retarde, dificulte o se interponga con las funciones legítimas ejercidas por las autoridades (Judicial, Consejo de Protección o Ministerio Público); aquí, el sujeto activo actúa, y su proceder interfiere con el desarrollo de las competencias atribuidas legalmente por la propia Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. El incumplimiento, por su parte descansa necesariamente en una orden o mandato, pues dependiendo de la naturaleza de ésta, el sujeto activo emprenderá un comportamiento en concreto.

28 Art. 270 de la LOPNA. “Desacato a la Autoridad. Quien impida, entorpezca o incumpla la acción de la autoridad judicial, del Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes o del o la Fiscal del Ministerio Público, en ejercicio de las funciones previstas en esta Ley, será penado o penada con prisión de seis meses a dos años”.

Estos verbos rectores deben incidir necesariamente sobre la acción emprendida por la autoridad judicial, los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes o los Fiscales del Ministerio Público, en ejercicio de las atribuciones previstas en la Ley. Siendo que el legislador, al utilizar el término acción, hace referencia a la posibilidad o facultad que tienen los órganos mencionados de materializar alguna atribución, es decir, acción es equivalente a competencia, y más concretamente, a funciones previamente conferidas por la ley.

En atención a tales definiciones, y a los efectos de precisar el momento consumativo del delito de Desacato a la Autoridad, debemos hacer referencia a la clasificación de delitos formales o de mera actividad y a delitos materiales o de resultado material; en tal sentido, tenemos que los delitos de mera actividad son aquellos que se perfeccionan con la simple realización de la acción u omisión típica, con la sola ejecución de la conducta se patentiza el daño (o el peligro) que caracteriza el hecho punible. En tanto que los delitos materiales o de resultado material, requieren que la acción vaya seguida de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta.

Tal como lo señala Santiago Mir Puig, en su obra Derecho Penal, Parte General, 5ta. Edición Barcelona, 1998, pág. 202:

“...Tanto los delitos de mera actividad como los de resultado pueden dividirse en delitos instantáneos, permanentes y de estado, según que la actividad o el resultado determinen la aparición de un estado antijurídico de cierta duración (delitos permanentes y delitos de estado) o no (delitos instantáneos)...”.

A tal efecto, nos ilustra con ejemplos, indicando que el *homicidio* sería un delito instantáneo, pues se consuma en el instante en que se produce el resultado, sin que éste determine la creación de una situación antijurídica duradera. En tanto que el delito permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor, ejemplificándolo con las *detenciones ilegales*, en las que dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica. Y en el delito de estado, aunque crea también un estado antijurídico duradero, la consumación cesa desde la aparición de éste, porque el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento, ejemplificándolo con la *falsificación de documentos, bigamia*.

Nos apunta, que esta distinción importa cuando la ley asigna efectos al momento de consumación del delito, en especial, por lo que se refiere a la prescripción, sólo en el delito permanente empieza a correr el plazo al cesar el mantenimiento del estado antijurídico, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de estado, en los que corre el lapso a partir del momento en que se produce el estado antijurídico, sin que deba esperarse el cese del mismo.

En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia N° 1118 de fecha 25 de junio de 2001, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, refiere:

“...Comienza a correr estos lapsos de prescripción desde el día de la perpetración de los hechos punibles; en las infracciones intentadas o procesadas, desde el día en que se realizó el último acto de ejecución; y para las infracciones continuadas o permanentes desde el día en que cesó la continuación o permanencia del hecho...”.

Y con respecto, a la diferenciación entre el delito continuado y el delito permanente, la Sala de Casación Penal, en Sentencia N° 289 de fecha 11 de junio de 2007, señaló:

“...una importante diferencia entre el delito permanente y el delito continuado; en el primero, se verifica un solo hecho ilícito cuya acción permanece en el tiempo; mientras que en el segundo, debido a la ficción jurídica utilizada por el legislador del delito continuado, las múltiples acciones antijurídicas se tienen como un todo, a pesar de que cada vez que el sujeto activo inicia su acción infringe la norma logrando su consumación...”

En cuanto a la clasificación de estos delitos, en doctrina extranjera el autor Italiano Vincenzo Manzini²⁹, igualmente distingue entre los delitos instantáneos de los permanentes, señalando que:

“Delitos instantáneos. Son aquellos en los que, en el momento mismo en el cual se concretan todos los elementos constitutivos del delito (consumación), se produce un efecto positivo y directo, material o moral, que puede desaparecer inmediatamente o sobrevivir a la cesación de la actividad o inactividad criminosa, pero en modo de no hacer posible en ningún caso la prorrogación ininterrumpida de la actividad o de la inactividad misma, y la consiguiente constitución de un estado subjetivo o objetivo antijurídico duradero...Delitos permanentes. Son todos aquellos respecto a los cuales, a la eliminación de la actividad positiva o negativa que los constituye, no sobrevive ningún efecto positivo directo, mientras presuponen o admiten, por eso mismo, la existencia de un estado subjetivo y objetivo idénticamente contrario al derecho penal en todo momento suyo, iniciado por un hecho (acción u omisión) que por sí solo puede ser insuficiente o suficiente para concretar la noción de un delito, pero que en todo caso debe ser tal que consienta la prorrogación voluntaria ininterrumpida de aquel contraste jurídico, que está previsto por la ley en la hipótesis típica, y la posibilidad, por parte del sujeto, de hacerlo cesar por su voluntad en modo jurídicamente eficaz.”.(Negrillas nuestras) .

Asimismo, Sosa Chacín, citando al autor argentino Sebastián Soler, asienta previamente lo siguiente:

“Puede hablarse de delito permanente, sólo cuando la acción de delictiva misma permite, por sus características, que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del derecho en cada uno de sus momentos. Por ello se dice que existe delito permanente cuando <<todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación...>>

Así sucede en las incriminaciones contenidas en los artículos 130 (retuviere), 140 (mantuviere), **141 (privare de la libertad)**, 146 (retuviere u ocultare)... **En todos estos casos, los verbos nos van indicando que es el delito mismo y no una eventualidad de él lo que consiste en retener, mantener, no presentarse, navegar, etc. Todas ellas son acciones que, a la vez que constituyen el delito, pueden concebirse como prolongadas en el tiempo, de modo que cualquier fragmento de la actividad del sujeto, posterior al momento inicial, constituye también delito bajo el mismo nomen juris: retener, mantener, navegar, no presentarse”**³⁰⁻³¹. **(Negrillas nuestras)** .

Giuseppe Maggiore, por su parte, complementa argumentando:

“Se llama permanente (Dauerverbrechen) el delito cuyo proceso ejecutivo, y por lo tanto su estado antijurídico, perdura en el tiempo. **No es que se prolongue, como erróneamente se dice, más allá de la consumación, sino que continúa consumándose indefinidamente mientras dure el estado de ilicitud.** En poder del agente está el hacer continuar o cesar esa situación antijurídica; pero, mientras ésta perdure, el delito se reproduce a cada instante en su esquema constitutivo...”³². **(Negrillas nuestras)**.

Adicionalmente, para Manzini, el delito permanente colige una actividad o una inactividad indivisible que prorroga en el tiempo el hecho originario, el cual reproduce en cada momento suyo, los elementos necesarios para su existencia y represión³³; y finalmente, en palabras de Velásquez Velásquez, en el

29 Manzini, Vincenzo. “Tratado de Derecho Penal”. Tomo 2. Ediar Editores. Buenos Aires, 1948. Págs. 103 y 104.

30 Sosa Chacín, Jorge. “Derecho Penal”. Tomo Primero. Facultad de Ciencias Jurídica y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1978. Pág. 361.

31 Los tipos penales invocados en la cita corresponden a la nomenclatura utilizada en el Código Penal argentino, sin embargo, como se infiere de su simple revisión, las conductas típicas reprochadas, coinciden plenamente con las mismas acciones materiales refugiadas en el Código Penal venezolano.

32 Maggiore, Giuseppe. “Derecho Penal”. Volumen I. Editorial Temis. Bogotá, 1954. Pág. 295.

33 Manzini, Vincenzo. “Tratado de Derecho Penal”. Tomo 2. Ediar Editores. Buenos Aires. Pág. 110.

delito permanente "la acción realizadora del precepto penal no se cumple instantáneamente, sino que es mantenida por el agente durante largo tiempo"³⁴.

En atención a esta clasificación, tenemos claro que el Desacato a la Autoridad, es un delito de "mera actividad", pero para establecer si su efecto es "instantáneo" o "permanente", debemos analizar con mayor abundamiento los verbos rectores que prescribe la norma. Siendo así, respecto al primer y segundo verbo rector -impedir o entorpecer-, simplemente basta con que el sujeto activo, materialice dicha acción para que se entienda consumado el injusto, y en consecuencia le será objetivamente imputable, ya que aquí la conducta típica incide básicamente sobre la acción que despliegan alguno de los órganos indicados en la norma, es decir, la competencia o funciones conferidas por la Ley a la Autoridad Judicial, los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes o a los Fiscales del Ministerio Público; en este sentido, estaríamos en presencia de un delito de mera actividad de efecto instantáneo.

Ahora bien, al analizar el tercer verbo previsto en la norma *-incumplir-*, como ya se señaló, tenemos que incumplir es no llevar a efecto, dejar de cumplir, y en el caso que nos ocupa, sólo se puede incumplir una orden o mandato. En este sentido, al interpretar la intención del legislador en esta materia tan especial, cuando inserta este verbo en la norma, entendemos que lo hace en razón a su propia acepción, a saber: al incumplimiento por parte del sujeto activo de la acción desplegada por la Autoridad Judicial, los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes o de los Fiscales del Ministerio Público, traducida ésta acción, en una orden o mandato emanado de estas instancias, en el ejercicio de sus funciones o competencia.

Esta es la distinción medular, a los efectos de sostener que con respecto a este verbo rector, el delito de Desacato a la Autoridad, es un delito de mera actividad, de efecto permanente, pues aquí, el sujeto activo con su contumacia en el incumplimiento de la orden judicial perpetúa la realización del tipo penal; es decir, mientras dicho sujeto continúe con su actitud rebelde ante el cumplimiento de la orden emanada de la autoridad, sigue consumando el tipo penal.

Ello resulta perfectamente comprensible si se advierte que no tendría sentido sancionar como Desacato a la Autoridad, una conducta obstaculizadora o entorpecedora de la acción judicial, y dejar de lado su sanción, al no ser ésta obedecida, desatendida o desacatada.

(...)

Ahora bien, una vez realizado el análisis del tipo penal, tenemos que el Desacato a la Autoridad tiene asignada una pena de prisión de seis (6) meses a dos (2) años, siendo la pena aplicable de acuerdo al término medio previsto en el artículo 37 del Código Penal, de un (1) año y tres (3) meses, desprendiéndose de las actuaciones enviadas a esta Dirección, que tal como lo establece el artículo 110³⁵ del Código Penal, existió una causal de interrupción de la prescripción ordinaria de la acción penal, ya que en fecha 16.04.2008, los Fiscales del Ministerio Público a quienes se les reasignó la causa, libraron citación al ciudadano V S, a los fines de realizar el acto formal de imputación. No obstante, ya para esa fecha había operado la prescripción de la acción; pues tenemos que desde la fecha del inicio en la consumación del delito, es decir, 14.12.2004, hasta la fecha en que fue citado para imputarlo, 16.04.2008, habían transcurrido tres (3) años, cuatro (04) meses y dos (02) días, con lo cual se prolongó el proceso, tal y como lo señala el artículo 108 numeral 5 del Código Penal, por un período mayor a los tres (3) años, operando así la extinción de la acción penal, en el caso que la conducta desplegada por el sujeto activo, encuadrarse en los dos primeros verbos rectores de la norma. Sin embargo, al encontrarnos en el caso que se analiza, ante el tercer verbo rector prescrito en la norma, y en el entendido que estamos en presencia como se indicó, de un delito de mera actividad de efecto permanente, en criterio de esta Dirección, la acción penal no se encuentra prescrita, pues de las actuaciones remitidas a esta Dirección para su análisis, no se desprende que haya cesado el mantenimiento del estado antijurídico,

34 Velásquez Velásquez, Fernando. "Manual de Derecho Penal". Parte General. Editorial Temis. Bogotá, 2002. Pág. 142.

35 Art.110 del Código Penal: "Se interrumpirá el curso de la prescripción de la acción penal por el pronunciamiento de la sentencia, siendo condenatoria, o por la requisitoria que se libre contra el imputado, si éste se fugare. Interrumpirán también la prescripción, la citación que como imputado practique el Ministerio Público, o la instauración de la querrela por parte de la víctima o de cualquier persona a los que la ley reconoce con tal carácter; y las diligencias y actuaciones procesales que le sigan; pero si el juicio, sin culpa del imputado, se prolongare por un tiempo igual al de la prescripción aplicable más la mitad del mismo, se declarará prescrita la acción penal...".

para comenzar a computar el lapso de prescripción; es decir, para la fecha aún el padre del niño, ciudadano V J S J no había hecho la entrega del mismo a la progenitora, ciudadana I F.

De lo anteriormente expuesto, esta Dirección considera que la Solicitud de Sobreseimiento efectuada por las representantes Fiscales conforme a lo establecido en el artículo 318 numeral 3 primer supuesto del Código Orgánico Procesal Penal, en concordancia con el artículo 48 numeral 8 *ejusdem*, y el numeral 5 del artículo 108 del Código Penal, resulta improcedente, al no estar evidentemente prescrita la acción, por encontrarnos ante un delito de mera actividad de efecto permanente.

No obstante lo expuesto, es preciso acotar que el criterio esbozado en la presente opinión, en cuanto a la permanencia del delito de Desacato a la Autoridad, en su modalidad de "incumplir", es novedoso; y en consecuencia, era desconocido para las representantes del Ministerio Público que solicitaron el Sobreseimiento por prescripción estimando que se trataba de un delito instantáneo y que por tanto había operado la extinción de la acción penal. "

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 02/03/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Fiscalía Segunda del Ministerio Público ante las Salas de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

3.- MATERIA: Penal Sustantivo

4.- TEMA: Prescripción de la Acción Penal

5.- EXTRACTO

La Corte de Apelaciones declaró el sobreseimiento de la causa por prescripción de la acción penal, sin tomar en cuenta que la dilación procesal se debió, en gran medida, al acusado y su defensa, lo cual resulta improcedente de acuerdo a lo previsto en el artículo 110 del Código Penal, e igualmente, no dejó establecido el cuerpo del delito, incumpliendo con exigencias fundamentales del proceso, relativas a la debida motivación. En la presente causa, el acusado en su carácter de médico traumatólogo, procedió a efectuar un procedimiento quirúrgico a un bebé recién nacido, el cual presentaba una malformación congénita denominada pie equino varo bilateral, y debido a una mala praxis médica, le produjo trombosis venosa que originó gangrena al neonato, y la posterior necesidad de amputarle ambas extremidades inferiores.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº DGAJ-5-466-602-2010

6.2.- FECHA: 16/03/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“...el Tribunal de Alzada, e inclusive el de la Primera Instancia, no realizó ningún tipo de análisis a los fines de determinar fehacientemente si la actividad procesal desplegada por el imputado y su defensa, era propia o impropia desde el punto de vista jurídico, no habiendo efectuado cómputo alguno que tuviera en cuenta todos aquellos proceder o actuaciones que, bien sea por acción o por omisión, eran evidentemente artificiosos y, por consiguiente orientados al evidente objetivo de dilatar indebidamente el proceso para sustraerse de la responsabilidad derivada de los hechos punibles perpetrados, todo ello en franco menoscabo de la consecución de la Justicia como fin esencial del *ius puniendi* (...) tanto la comprobación del hecho punible como la determinación de la responsabilidad penal, resultan procedentes en la presente causa, tomando en cuenta la evidente lesión al bien jurídico tutelado con ocasión a la conducta punible desplegada (...) el Representante Fiscal, realizó las diligencias y trámites pertinentes para la calificación legal de los hechos; siguió el curso de la instrucción; y, dispuso de la práctica de acciones y diligencias indispensables para la comprobación del delito, la determinación del autor y demás circunstancias esenciales; velando por el respeto de las garantías procesales del acusado, por la protección de los derechos de la víctima, y de los intereses del Estado y de la Sociedad frente a quien delinque. El establecimiento del cuerpo del delito en estos supuestos, resulta totalmente ajustado a derecho por cuanto en caso contrario equivaldría a declararse la prescripción de un hecho no reconocido como punible, lo cual resulta a todas luces ilógico pues esta Institución Jurídica extingue la acción penal derivada de un hecho típico, antijurídico, culpable y, por ende, sancionable penalmente (...) y por otro lado, sería totalmente incoherente que resulte improcedente el establecimiento de la responsabilidad penal en el supuesto de haber quedado identificado el autor del referido hecho, toda vez que justamente la determinación de tales extremos son lo que posibilitan efectivamente en la praxis, el ejercicio de la acción civil que deriva del delito (...) conforme a lo establecido en el artículo 113 del Código Penal....”.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 18/02/201

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Penal Sustantiva

4.- TEMA: Prescripción del Delito de Hurto Calificado

5.- EXTRACTO

El hurto calificado contiene circunstancias agravantes inherentes al tipo que lo convierten en un delito autónomo especialmente penado por la ley. A los efectos del cálculo de la prescripción, se tomará como base el término medio de la pena prevista para dicho delito, y por tanto, la acción penal prescribirá al término de cinco (5) años, en función de lo dispuesto en el ordinal 4º del artículo 108 del Código Penal Venezolano.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº DRD-7-000

6.2.- FECHA: 06/01/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“(...)

Adicionalmente, se observa que las razones de hecho y de derecho expresadas en su escrito son escasas, pues aduce que operó la prescripción, sin señalar detalladamente las diligencias de investigación realizadas, cuestión que resulta fundamental, toda vez que debe quedar constancia motivada de la procedencia de la prescripción capaz de extinguir la acción penal.

Por otra parte, es importante resaltar que no basta con señalar en el escrito que ha operado la prescripción por el sólo transcurrir del tiempo desde la ocurrencia del hecho, hasta la fecha de la solicitud de sobreseimiento; debe indicarse además la fecha de comisión del hecho, ya que es a partir de allí que nace la acción penal; igualmente debe explicarse cómo se verificó la causal alegada por el transcurso del tiempo, sin que se haya producido la persecución del delito y sin que se haya verificado a lo largo del proceso penal ninguno de los actos interruptivos de la prescripción. Este cálculo debe concatenarse con el artículo 110 del Código Penal que establece estas circunstancias interruptivas, además con el artículo 108 *ejusdem* que determina los lapsos que rigen a los efectos de hacer el respectivo cómputo, y finalmente, con el artículo 109 del mismo Código, que hace referencia al comienzo de la prescripción.

Sobre este punto, sostiene la Doctrina del Ministerio Público lo siguiente:

“Incorrecto solicitar la prescripción de la acción penal, con tan solo indicar la fecha de comisión del delito y el día de su prescripción. Es necesario señalar la fecha de cada diligencia y actuación procesal practicada, a los fines de determinar el tipo de prescripción...”³⁶

36 Memorandum Nº DRD-15-65-2005 de fecha 22 de febrero de 2005, Informe Anual del Fiscal General de la República. Año 2005, Pág.18.

Por otra parte, observamos que los hechos narrados en el presente caso se subsumen en el tipo penal de **hurto calificado**, previsto y sancionado en el ordinal 4º del artículo 455 del Código Penal vigente para la fecha de comisión del hecho objeto del proceso, el cual tiene una sanción de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, cuyo término medio es de seis (6) años, debiendo encuadrarse dicha pena -a los fines del cálculo de la prescripción-, dentro de lo dispuesto en el ordinal 4º del artículo 108 del Código Penal, es decir, la acción penal prescribe en el término de cinco (5) años.

De manera tal, que si verificamos el tiempo transcurrido desde la consumación del hecho, 15 de agosto de 2004, a la fecha de la solicitud de Sobreseimiento, 12 de mayo de 2008, debemos concluir que efectivamente no se encontraba prescrita la acción penal.

Ahora bien, esa representación fiscal realiza su Solicitud de Sobreseimiento de la causa, fundamentándola en la decisión con ponencia del magistrado de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, Dr. Rafael Pérez Perdomo, de fecha 13-11-2001, reiterada igualmente por decisión con ponencia de la Magistrada Blanca Rosa Mármol de León, en la cual ésta sostiene lo siguiente:

“La prescripción ordinaria consagrada en el artículo 108 del Código Penal extingue la acción que nace de todo delito, el tribunal debe declararla por el simple transcurso del tiempo y ésta debe calcularse con base en el término medio de la pena del delito tipo, sin tomar en cuenta las circunstancias que la modifican, como atenuantes o agravantes.”³⁷

Sobre la base de esta postura de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, usted solicita el Sobreseimiento alegando que la acción penal se ha extinguido conforme al primer supuesto del numeral 3 del artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal, por cuanto el tipo penal que corresponde en este caso para el cómputo de la prescripción de la acción penal es el de Hurto Simple, previsto y sancionado en el artículo 453 de nuestra norma sustantiva penal vigente para la época, y no el de Hurto Calificado –aplicable conforme a los hechos objeto del proceso-; razonamiento del cual discrepa quien suscribe, en razón que el tipo penal de Hurto Calificado es autónomo e independiente de cualquier otro, trae implícitas sus circunstancias calificantes específicas y tiene una pena determinada, la cual es mayor a la del tipo simple.

Al respecto, debe precisarse que las circunstancias agravantes genéricas, son aquellas formuladas en la parte general del Código Penal, que cumplen su eficacia modificativa de la pena en todas las figuras delictivas que lo permitan, mientras que las circunstancias agravantes específicas y calificantes son aquellas señaladas para determinados delitos, que agravan la pena sólo al concurrir en esas concretas infracciones, es decir, aquellas circunstancias recogidas en la descripción típica.

En este caso estamos en presencia de circunstancias que agregadas a la figura del delito simple, integran como elementos constitutivos, las formas calificadas o privilegiadas tipificadas en una figura especial, con marco penal propio e independiente de la figura básica, como ocurre por ejemplo en los homicidios calificados. En estos casos en que la agravante o calificante configuran el tipo penal, la prescripción debe calcularse con base en el término medio de la pena establecida en ese tipo penal.

Sobre este particular es ilustrativa la decisión de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, producida con ponencia del magistrado Héctor Coronado Flores, en la cual refiere lo siguiente:

“...Para calcular el lapso de prescripción ordinaria de la acción penal, esta Sala en sentencia N° 396, del 31 de marzo de 2000, expresó:

“...La prescripción ordinaria consagrada en el artículo 108 del Código Penal extingue la acción que nace de todo delito, el tribunal debe declararla con el simple transcurso del tiempo y ésta debe calcularse con base al término medio de la pena del delito tipo, sin

³⁷ Sentencia N° 0813 de fecha 13 de noviembre de 2001, en Ponencia de la Magistrada Blanca Rosa Mármol de León. En el mismo sentido, decisiones Nros. 029, 156 y 239, de fechas 29-01-09, 15-04-09 y 21-05-09, respectivamente, de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

tomar en cuenta las circunstancias que la modifican, como atenuantes, agravantes o calificantes...”

.../...

En el presente caso, el Juzgado Segundo del Régimen Procesal Transitorio del Circuito Judicial Penal del Estado Guárico, condenó al acusado Jhonny Rafael Sáez, por los delitos de hurto calificado y lesiones intencionales graves, previstos y sancionados en los artículos 455 ordinal 4º y 417 del Código Penal, vigente para el momento de los hechos.

Con respecto al delito de hurto calificado el artículo 455, ordinal 4º (hoy 453) del Código Penal, establece:

La pena de prisión para el delito de hurto será de cuatro a ocho años en los casos siguientes:

“(...)

4º Si el culpable, bien para cometer el hecho, bien para trasladar la cosa sustraída, ha destruido, roto, demolido o trastornado los cercados hechos con materiales sólidos para la protección de las personas o de las propiedades, aunque el quebrantamiento o ruptura no se hubiere efectuado en el lugar del delito...”

De la lectura de la anterior disposición legal, se establece una pena de cuatro (4) años a ocho (8) años de prisión, cuyo término medio a tenor de lo dispuesto en el artículo 37 eiusdem, resulta ser de seis (6) años de prisión. Por su parte, el artículo 108, ordinal 4º ibídem, contempla un lapso de cinco (5) años para la prescripción ordinaria de la acción penal para dicho delito, el cual debe empezar a contarse desde el día en que se perpetró el hecho, conforme a lo establecido en el artículo 109 del citado Código Penal...”

Así las cosas, de igual manera en el presente caso, el delito correspondiente a los hechos investigados es hurto calificado, el cual contiene circunstancias agravantes inherentes al tipo, constituyéndolo en un delito autónomo especialmente penado por la ley; debiendo por tanto calcular la prescripción con base en el término medio de la pena prevista para dicho delito, y por tanto, encuadrar dicha pena dentro de lo dispuesto en el ordinal 4º del artículo 108 del Código Penal Venezolano, conforme al cual la acción penal prescribe en el término de cinco (5) años, que no habían transcurrido para el momento en que se realizó la solicitud de Sobreseimiento que se analiza.

Con base a las consideraciones antes expuestas, este Despacho considera que en el presente caso, el acto conclusivo dictado por usted no era procedente.”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 17-06-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Penal

4.- TEMA: Prescripción del delito de lesiones leves en materia de LOPNNA

5.- EXTRACTO

La prescripción para el delito de lesiones leves, según Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente, es de tres (3) años, y sólo se interrumpirá en los casos de evasión o de suspensión del proceso a prueba, no siendo aplicables a dichos casos las normas del Código Penal, por cuanto, si la intención del legislador era aplicar esas, no hubiere consagrado la previsión en la mencionada ley especial.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° MEMORÁNDUM N° DCJ-8-374-2010

6.2.- FECHA: 17-06-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“La prescripción para el delito de lesiones leves, según la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente, es de tres (3) años, y sólo se interrumpirá en los casos de evasión o de suspensión del proceso a prueba, no siendo aplicables a dichos casos las normas del Código Penal, por cuanto, si la intención del legislador era aplicar esas, no hubiere consagrado la previsión en la mencionada ley especial.

(...) requiere a esta Dirección de Consultoría Jurídica, la revisión de la opinión contenida en el memorándum N° DCJ-4-1455-2003, a través de la cual se expresó que en el caso de las lesiones leves cometidas por adolescentes, se aplicaba el término de prescripción contenido en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente (vigente para la época) con preferencia al Código Penal.

Así, en primer momento tenemos que el régimen general de prescripción se encuentra previsto en el Código Penal venezolano, y en el caso específico del delito de lesiones leves al que usted hace mención, se encuentran tipificadas en el artículo 416 del Código Penal, con una pena de arresto de tres a seis meses, por lo que el lapso de prescripción de la acción penal para perseguir tal delito es de un (1) año, según lo contemplado en el artículo 108, numeral 6 del mencionado instrumento.

Por otra parte, al ser la materia de niños, niñas y adolescentes, de carácter especial, deben revisarse las normas que al respecto de la prescripción pueda contener la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y así encontramos que el artículo 615 señala lo siguiente: (...)

Como puede observarse, según la norma transcrita las lesiones personales leves, prescribirán a los tres (3) años.

Ahora bien, del estudio aislado de las normas en cuestión un sector podría concluir que la regulación del Código Penal es más favorable y por ende estimar que debería aplicarse con preferencia a la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; sin embargo, el asunto de la prescripción,

así como el de la colisión de leyes y/o especialidad de normas, requiere realizar una serie de consideraciones adicionales a las que de seguidas se dedicará atención.

La figura de la prescripción de la acción, se traduce en la extinción de la potestad represiva que ostenta el Estado, la cual opera por el transcurso del tiempo y pone de relieve la pérdida del interés de éste en sancionar determinada conducta, es decir, que materialmente ocurrirá la derogatoria del ius puniendi por el paso del tiempo, y por tanto, funge entonces esta figura como un límite al poder que ostenta el Estado.

Por tanto, la prescripción constituye una de las formas de expresión de la política criminal de los Estados, ya que a través de ella se decide hasta qué momento se persigue un delito.

Ahora bien, en el caso en análisis se tiene que no sólo es suficiente considerar el tiempo de prescripción del delito de lesiones leves en ambos instrumentos, ya que si bien es cierto que en el Código Penal se establece un tiempo menor que en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en ésta la prescripción solo se interrumpirá únicamente en 2 casos (evasión y suspensión del proceso a prueba), mientras que en el caso de la prescripción del Código Penal, esta puede ser interrumpida, llevando a que el proceso pueda extenderse mucho más allá de tres (3) años.

Al efecto, el Código Penal en su artículo 110 contempla una serie de supuestos de interrupción de la prescripción, lo cual en la práctica forense se ha convertido en una forma de mantener abiertas las causas por largo tiempo sin que se emita un pronunciamiento sobre el fondo, cuando en muchos de esos casos ya el Estado ha perdido interés en la imposición de la sanción, conllevando tácitamente a una derogatoria de la prescripción.

Lo anterior, guarda estrecha relación con el derecho humano consagrado en instrumentos internacionales, del cual son titulares todas las personas sometidas a un proceso penal, de ser juzgados en un plazo razonable, suponiendo este derecho, mayor diligencia en las actividades llevadas a cabo por las instituciones que forman parte del sistema de justicia, por cuanto de lo contrario ello acarrearía responsabilidad tanto interna como internacional por parte del Estado.

La obligación del Estado en la regulación de un plazo razonable no llega hasta la inclusión del mismo en su ordenamiento jurídico, sino que va más allá, y se extiende hasta el respeto que sea dado en la práctica a dicho plazo, es decir, que el mismo sea aplicado efectivamente en los procesos, y no que por el contrario, se tomen otro tipo de medidas o subterfugios -por ejemplo, criterios jurisprudenciales- que tiendan a relajar el cumplimiento de la obligación adquirida.

En este sentido, debe acotarse que existen criterios doctrinarios que consideran que esta figura (la prescripción) ha sido utilizada ante la falta de regulación de los plazos de duración máxima de los procesos penales, y así por ejemplo, Daniel Pastor³⁸, en su obra titulada "El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho", indica que "(...) esto se debe a que la prescripción guarda estrecha similitud con el derecho fundamental en análisis -derecho al plazo razonable- no sólo por la consecuencia jurídica ya mencionada, sino también por el motivo que da lugar a esa consecuencia: el paso del tiempo, el cumplimiento de un plazo."

En efecto, al tenerse que la prescripción prevista en el Código Penal pueda ser objeto de constantes interrupciones, ello no garantizaría de modo alguno la conclusión de un proceso en un plazo razonable, por lo que se estaría vulnerando un derecho humano al imputado, manteniéndolo atrapado en un proceso que constantemente puede estar sometido al reinicio del lapso de prescripción.

Por otra parte, la Sala Constitucional en decisión N° 830 -no vinculante- de fecha 18 de junio de 2009, por usted mencionada, señala expresamente que: "(...) estima esta Sala ajustada a derecho la desaplicación del artículo 615 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, en cuanto se refiere a la prescripción de la acción penal para el caso específico de lesiones personales leves, ya que el Juez de la causa debe declarar el sobreseimiento de la causa como consecuencia de la

38 Pastor, Daniel. 2002. **El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho**. Buenos Aires: Ad Hoc. Honrad Adenauer.

extinción de la acción penal por prescripción de la misma, de conformidad con el lapso que dispone el artículo 108 del Código Penal, con fundamento en los artículos 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 90 y 537 de la vigente Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.”

Siendo así el planteamiento, cabría preguntarse acerca de la posibilidad de desaplicación de la norma del Código Penal que consagra la interrupción de la prescripción, y que en efecto haría realmente mucho más favorable la aplicación de la prescripción allí contemplada, ya que tal como se presenta la situación, podría concluirse que tanto el Código Penal como la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, contienen normas que son parcialmente favorables, al establecer una (Código Penal), un menor lapso para la prescripción, y la otra Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, limita los actos interruptivos de la prescripción sólo a dos posibilidades, taxativamente establecidas, como son la evasión y la suspensión del proceso a prueba.

Otro aspecto de relevancia que debe ser considerado a los fines de determinar cuál de las normas que prevén la prescripción debe ser aplicada, es el principio de la especialidad, según el cual cuando una misma materia es objeto de regulación por distintas disposiciones, deberá prevalecer la norma especial sobre la general, por lo cual, apoyados en éste criterio, se llegaría a la conclusión de que la norma a aplicar debería ser la contenida en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Este criterio es sostenido por la Dra. María Alejandra Mancebo, en su artículo titulado “La prescripción de la acción en el sistema penal juvenil y su tratamiento jurisprudencial”, publicado en la obra que recoge las II Jornadas sobre el Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en la Reforma de la LOPNNA (2009), en donde luego de realizar un amplio análisis acerca de la especialidad del sistema de protección, hace referencia a la norma de interpretación y aplicación contenida en la LOPNNA, y ante la pregunta de cuál debe ser la prescripción aplicable, concluye lo siguiente: “(...) por razón del Principio General de la Interpretación del Derecho Penal, procede la aplicación de la Ley Penal Especial con preferencia a la Ley Penal General, situación ya reconocida por Doctrina del Máximo Tribunal respecto al Concurso Aparente de Leyes. En caso contrario, ¿cuál sería el fundamento para aplicar la ley general sin omitir los principios de la doctrina de protección integral?”.

Ahora bien, expuesto lo anterior, surge otro tema que podría ser objeto de discusión, como es la posible colisión de normas entre las disposiciones del Código Penal que regulan la prescripción de la acción y las contenidas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, lo cual en base a lo analizado hasta los momentos no es factible, puesto que a pesar de que las normas contenidas en distintos instrumentos regulan el mismo tema (la prescripción), pareciera que el criterio jurídico más acertado es el que se inclina hacia el carácter de especialidad, e inclusive, acorde con el respeto al principio de legalidad.

Sin embargo, cabe advertir tal posibilidad a los fines de que si esa Dirección una vez profundizado el análisis del tema, estima conveniente la presentación de un recurso por colisión de normas, realice los trámites correspondientes para la interposición del mismo ante el Tribunal Supremo de Justicia. Retomando el tema en cuestión, esta Dirección de Consultoría Jurídica estima conveniente hacer referencia a la disposición contenida en el artículo 537 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la cual es del siguiente tenor: (...)

De la citada norma, se desprende que la aplicación del Código Penal, se hará en los casos en los que no exista una previsión expresa en el Título V del “Sistema Penal de Responsabilidad de Adolescentes”, y a tal efecto, hay que destacar que la previsión correspondiente a la prescripción, contenida en el artículo 615 de dicha ley especial, se encuentra dentro de las disposiciones de dicho Título.

Respecto de dicha norma, esta Consultoría Jurídica a través del oficio N° DCJ-2-1236-2008-51734 de fecha 9 de agosto de 2008 (publicado en el Informe Anual de la Fiscal General de la República del año 2008), emitió una opinión en los siguientes términos: “Del contenido de dicha norma se desprende así un tratamiento propio -en contraste con el tratamiento común del Código Penal- en relación con la figura de la prescripción de la acción penal. / En efecto, se establecieron términos de prescripción en

esta materia, de cinco años, tres años y seis meses, atendiendo a los criterios allí establecidos. En cuanto a la forma de contar dichos términos, el legislador dejó expresa mención que a ese respecto sí debía acudirse a los criterios contemplados en el Código Penal. Por otra parte, proscribió la aplicación de la prescripción extraordinaria o judicial. Y, por último, en lo que se refiere a los actos interruptivos - punto que nos ocupa- no remitió al Código Penal, por el contrario, reguló expresamente este aspecto, tal como se evidencia del contenido del parágrafo segundo, previendo exclusivamente como actos interruptivos, la evasión y la suspensión del proceso a prueba.”

Sobre la base de la cita anterior, se puede concluir que la prescripción para el delito de lesiones leves, según lo contemplado en la LOPNNA, es de tres (3) años, y sólo se interrumpirá en los casos de evasión o de suspensión del proceso a prueba, siendo ello cónsono con la corriente del Derecho Penal moderno -entre ellos Alberto Binder y Daniel Pastor-, la cual tiende a la eliminación de los actos que interrumpen la prescripción, al considerar a la prescripción como un límite al ius puniendi, por lo que mal podría quedar en manos del Estado la posibilidad de debilitar dicho control a su antojo, con el establecimiento de criterios interruptivos.

Como puede observarse, vista la posición sostenida en la citada opinión, y siendo cónsono con la misma, por estimar que es el criterio jurídico más ajustado a derecho, esta Dirección de Consultoría Jurídica, ratifica que en los casos de prescripción de las lesiones leves, deben aplicarse las normas contenidas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, por cuanto, si la intención del legislador era aplicar las del Código Penal, no hubiere consagrado la previsión en la mencionada ley especial.

Por otra parte, es oportuna la ocasión para recordar cuál es el ámbito en el que debe interpretarse el “interés superior del niño”, ya que al mismo no debe acudirse a los fines de justificar cualquier tipo de acción que pueda llevarse a cabo en esa jurisdicción, y en ese sentido se ratifica lo sostenido en la opinión de esta Consultoría Jurídica (DCJ-4-1455-2003), por usted traída a colación, en la cual se sostuvo que: (...).”

DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010"

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 18/02/201

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Penal Sustantiva

4.- TEMA: Responsabilidad Penal de Indígena

5.- EXTRACTO

Para atribuir responsabilidad penal a un individuo que forme parte de una etnia indígena, la cual posee sus propios patrones valorativos ancestrales, debemos conocer en profundidad sus costumbres y la capacidad de comprensión de las normas prohibitivas emanadas del Estado del cual forman parte. Para ello, la vía más acorde es la práctica del informe socio antropológico (artículo 140 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas) como medio eficaz para demostrar si una etnia o comunidad indígena tolera o permite determinada conducta y si ésta forma parte de su sistema de valores desde tiempos remotos, lo que lo haría una práctica ancestral que se ha venido repitiendo de generación en generación.

Para que pueda alegarse la existencia de un error de prohibición es necesario que la conducta del agente sea producto de la falta de conocimiento acerca de la significación normativa, es decir, el agente actúa desconociendo que su conducta está prohibida por el ordenamiento jurídico.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº DRD-21-085-2010

6.2.- FECHA: 08/04/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

Ahora bien, en relación al controvertido tema de la responsabilidad penal del indígena, podemos considerar que existen dos vertientes que pueden aportarnos soluciones al momento de atribuir o no tal responsabilidad a ese individuo que pertenece a un entorno cultural diferenciado y que muchas veces entra en conflicto con la normativa penal emanada del Estado donde habita.

En relación a las comunidades indígenas que habitan en nuestro país, se plantea el problema de coexistencia de órdenes normativos distintos, e inclusive la no adopción del ordenamiento jurídico del Estado por parte de dichos grupos³⁹. Esta problemática es aún más grave cuando las normas en conflicto tienen carácter penal. De este modo, entendemos que el tema planteado deba centrarse en los aspectos dogmáticos y doctrinarios hasta ahora abordados por distintos autores especialistas en el área del Derecho Penal Moderno.

En este sentido, dichas vertientes o tendencias están orientadas a solventar estos casos bajo el argumento de considerar al indígena irresponsable penalmente ante la imposibilidad de cumplimiento

39 Juan L, Modolell González. Temas Penales. Centro de Investigaciones Jurídicas. Universidad Andrés Bello. Caracas. p. 171.

de la norma jurídico-penal⁴⁰. Una primera posición considera al indígena inimputable, de forma semejante a un enfermo mental o a un menor de edad, en razón de una valoración de fenómenos psico-socio-culturales donde necesariamente debe tenerse en cuenta el grado de "Inter-culturalidad", así como la participación y asimilación del modelo de la cultura dominante (peritaje antropológico)⁴¹, puesto que el aspecto cultural constituye la condición del hombre como ser social.

Por otro lado, encontramos una segunda tendencia que vincula la irresponsabilidad del indígena al llamado error de prohibición. En este orden de ideas, amparados en la posición que trata de resolver el tema de la responsabilidad penal del indígena por la vía del error de prohibición, se puede sostener que éste constituirá un error directo de comprensión, cediendo espacio al conocimiento de la norma prohibitiva aunque no se le podría exigir su internalización como parte de su grupo de valores diferenciados y hasta muchas veces incompatibles con la llamada cultura dominante.

Sobre el particular Zaffaroni⁴² sostiene que el error de comprensión "culturalmente condicionado" en cuanto a los efectos será, por regla general, un error invencible de prohibición que eliminará la culpabilidad de la conducta, aunque el condicionamiento cultural no necesariamente dará lugar a un error de prohibición sino que inclusive pudiera acarrear un error de tipo, cuestión ésta que no entraremos a conocer en profundidad por tratarse de otro tema.

Sobre el error de prohibición la Doctrina Institucional ha sostenido: "Frente a un error de prohibición, procede la solicitud de sobreseimiento, por la concurrencia de una causa de inculpabilidad (artículo 318, numeral 2, tercer supuesto del Código Orgánico Procesal Penal)"⁴³.

En opinión de Gladis Yrureta⁴⁴, cuando queda demostrado en el caso concreto que el "indígena no integrado" estaba incurso en la imposibilidad de conocer que su acción era reprobada por el ordenamiento jurídico, es decir, sin conciencia de la antijuricidad de su conducta, ello indefectiblemente llevaría a la inculpabilidad, razonamiento éste que debe operar tanto en el caso en el cual el indígena no integrado ignorase que su conducta era contraria a las normas penales vigentes, como en el caso en que actuase bajo la creencia de que las circunstancias autorizaban su conducta.

Por otra parte, nos encontramos con la posición sostenida por JUAN LUIS MODOLELL⁴⁵ quien considera criticable la solución del problema de la responsabilidad penal del indígena a través del planteado error de prohibición, puesto que éste supone un injusto, lo cual según sus palabras, parte del supuesto de que el ordenamiento jurídico mediante el cual se determina la equivocación del sujeto constituye el esquema de valores correcto, mientras que la propia persona individualmente considerada, en este caso el indígena, se encuentra en una situación de equivocación.

En razón de lo expuesto anteriormente, el mencionado autor propone una distinción de los mencionados grupos con la finalidad de aportar una solución viable y justa⁴⁶ para los casos concretos de indígenas que cometan algún hecho considerado como delito por el ordenamiento jurídico que impera en el Estado dominante, a saber:

40 Modolell, Ob. cit. pp. 172-177.

41 Mireya Bolaños González. "La responsabilidad penal del indígena venezolano desde la axiología jurídico-penal". Revista CENIPEC Nº 21. 2002. Universidad de los Andes, Mérida-Venezuela. p 115.

42 Zaffaroni. Manual de Derecho Penal. PG. Buenos Aires-Argentina. 1985. pp. 550 y 551

43 Memorándum Nº: DRD-185-2004. Informe Anual del Fiscal General de la República, año 2004. Tomo I. pp. 850-854 de Fecha: 12-04-2004.

44 Yrureta, Gladis. El indígena ante la ley penal, publicación conjunta entre la Procuraduría Agraria Nacional y la Universidad Central de Venezuela, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Caracas 1981. pp. 130-131.

45 Ob. cit. Modolell González, Temas Penales. 2006. pp. 178-179.

46 Ob.cit. Modolell, pp. 179-186.

Caso del "indígena no integrado"⁴⁷, en este caso, si una persona en ejercicio de los usos y costumbres autóctonas y arraigadas ancestralmente en su comunidad, comete un hecho punible previsto en la legislación del Estado dominante, en primer término debemos considerar si tal hecho puede ser valorado como injusto.

Asimismo, sugiere en este caso concreto, posibles soluciones para fundamentar la irresponsabilidad en materia penal del indígena considerado como "no integrado", entre las cuales deben mencionarse las que siguen:

Sostener que se trata de un hecho cometido fuera del ámbito de la jurisdicción penal del Estado⁴⁸, en base a este planteamiento es necesario hacer referencia al principio general de territorialidad, según el cual la ley penal es aplicable a todos los hechos cometidos en el Estado que ha promulgado dicha ley, circunstancia ésta independiente a la naturaleza de los hechos y a la nacionalidad de sus autores o partícipes⁴⁹. Todo lo cual, deriva indefectiblemente en que la ley penal sólo podrá aplicarse dentro de ese territorio, y por tanto no tendrá validez fuera de éste⁵⁰.

Ahora bien, si partimos del principio de territorialidad por medio del cual el Estado ejerce su jurisdicción sobre la totalidad del territorio nacional, indudablemente el ordenamiento aplicable a estas comunidades deberá –en palabras del mencionado autor- limitarse a la protección de sus integrantes⁵¹, sin la inclusión de normas que intenten motivar⁵² la conducta de sus miembros a través de la amenaza punitiva.

Recurrir a la ausencia de pena por falta de necesidad de prevención general⁵³.

Que el Estado considere el hecho típico realizado por el indígena "no integrado" no como un injusto, sino conforme a Derecho. En base a este planteamiento, se plantea la cuestión sobre si es necesario que el Estado mediante una norma constitucional expresa o legal, le atribuya carácter vinculante a las normas y costumbres de las comunidades indígenas⁵⁴, o si por el contrario basta la simple existencia de la colisión de ordenamientos para que el juez solucione tal problema. En definitiva, el juez deberá según el caso concreto, resolver la colisión de ordenamientos planteada. Vista la presente propuesta, pareciera desde un punto de vista práctico una de las propuestas más viables en la resolución de casos de ilícitos penales cometidos por este grupo de indígenas "no integrados", puesto que esta clasificación supone

47 Cuando se hace referencia a este grupo de indígenas, hablamos de aquellos cuya vida cotidiana se desarrolla dentro de su comunidad autóctona, totalmente aislados o con contactos ocasionales con la sociedad dominante. Modolell, Ob. cit. p. 179.

48 Razonamiento éste que coincide con lo establecido en el artículo 132 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de fecha 08/12/2005, el cual establece: "La jurisdicción especial indígena consiste en la potestad que tienen los pueblos y comunidades indígenas, a través de sus autoridades legítimas, de tomar decisiones de acuerdo con su derecho propio y conforme con los procedimientos tradicionales, para solucionar de forma autónoma y definitiva las controversias que se susciten entre sus integrantes, dentro de su hábitat y tierras.

La jurisdicción especial indígena comprende la facultad de conocer, investigar, decidir y ejecutar las decisiones, en los asuntos sometidos a su competencia y la potestad de avalar acuerdos reparatorios como medida de solución de conflictos. Las autoridades indígenas resolverán los conflictos sobre la base de la vía conciliatoria, el diálogo, la medición, la compensación y la reparación del daño, con la finalidad de reestablecer la armonía y la paz social...Las decisiones constituyen cosa juzgada en el ámbito nacional; en consecuencia, las partes, el Estado y los terceros están obligados a respetarlas y acatarlas, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República y de conformidad con la presente Ley".

49 Ver: Alejandro J. Rodríguez Morales. Síntesis de Derecho Penal. Parte General. Caracas 2009. pp. 112 y 113.

50 El Principio de Territorialidad y sus excepciones se encuentran consagrados en los artículos 3 y 4 del Código Penal venezolano, respectivamente.

51 Modolell, p. 180.

52 La función motivadora del derecho penal, responde a la capacidad del individuo de internalizar o interiorizar la norma encaminada a la protección de bienes jurídicos por parte del Estado, a través de la promesa de una posible sanción, denominada pena.

53 Sobre el particular, este Despacho no ahondará en este punto por no aportar una efectiva solución al tema abordado en la presente opinión.

54 Tal como parece ser reconocido en nuestra Carta Magna en su artículo 119, según el cual: "El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres..." (Subrayado nuestro).

que el marco normativo que incide en la sociedad dominante, es en sí mismo ajeno para este colectivo, en el cual imperan principios y costumbres ancestrales propios, lo que finalmente conlleva a como bien lo hace saber Modollell⁵⁵, a no considerar el hecho como injusto siempre que el mismo se haya realizado en ejercicio de las normas propias de la comunidad.

2. Caso del "indígena integrado" al Estado, total o parcialmente⁵⁶. Respecto a la solución para este tipo de casos, en principio es posible exigir algún tipo de conducta acorde a las normas implantadas por el Estado dominante, al indígena integrado que tiene contacto con la sociedad ajena a su cultura. Ello implicaría un cierto grado de motivación de su conducta, y por tanto imprimirle desvalor cuando sea contraria a los intereses predominantes de la sociedad dentro de la cual se desenvuelve.

En todo caso, vistos los diversos planteamientos formulados en la presente opinión, este Despacho considera necesario asomar una toma de postura sobre la cual considera podría versar la solución acerca de la responsabilidad penal del indígena, para lo cual en principio, y para este caso en concreto, debemos señalar la importancia de la actuación del representante del Ministerio Público, a quien corresponderá ponderar de manera minuciosa la situación en particular, sin establecer a priori la exención de responsabilidad a todos los hechos que el indígena pueda cometer.

Sin desviarnos del punto, entendemos que al atribuir alguna responsabilidad de tipo penal a un individuo que forma parte de una etnia indígena la cual posee sus propios patrones valorativos ancestrales, por demás diferenciados y distintos entre sí, debemos conocer en profundidad sus costumbres y la capacidad de comprensión de las normas prohibitivas emanadas del Estado del cual forman parte; para ello, la vía más acorde es la práctica del informe socio antropológico⁵⁷ como medio eficaz para demostrar si una etnia o comunidad indígena tolera o permite determinada conducta y si ésta forma parte de su sistema de valores desde tiempos remotos, lo que lo haría una práctica ancestral que se ha venido repitiendo de generación en generación.

En el presente caso, esta Dirección considera –de acuerdo a los hechos y elementos descritos por la fiscal en la Solicitud de Sobreseimiento–, que la conducta desplegada por la ciudadana Maribel Febres, venezolana perteneciente a la etnia indígena E' ñapa, imputada por la muerte de su hija recién nacida **JF**, constituye una acción típica y antijurídica. Sin embargo, debemos realizar una breve reflexión sobre su grado de culpabilidad, con la finalidad de posicionarnos ante una correcta fundamentación de la Solicitud de Sobreseimiento analizada.

En este sentido, se estima que si bien es cierto que la conducta desplegada por la imputada encuadra perfectamente dentro de un tipo penal previsto en nuestro ordenamiento sustantivo, el Estado en este caso no puede exigir una conducta distinta a esta persona, por cuanto ella desconoce el esquema normativo que impera en la sociedad dominante, por pertenecer a una comunidad indígena con patrones y valores propios, que actúa ante la creencia de que su conducta estaba autorizada⁵⁸.

55 Juan Luis Modollell. Ob. cit. p. 182.

56 Hacemos referencia a las comunidades indígenas que además de mantener sus costumbres ancestrales, interactúan con la sociedad dominante. Modollell, p.182.

57 Al cual se hace referencia en el artículo 140 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, cuando señala: "En los procesos judiciales en que sean parte pueblos y comunidades indígenas o sus miembros, el órgano judicial respectivo deberá contar con un informe socio-antropológico y un informe de la autoridad indígena o la organización indígena representativa, que ilustre sobre la cultura y el derecho indígena. El informe socio-antropológico estará a cargo del ente ejecutor de la política indígena del país o profesional idóneo".

58 En este sentido, la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas en su artículo 141 establece lo siguiente: "En los procesos penales que involucren indígenas se respetarán las siguientes reglas: 1) No se perseguirán penalmente a indígenas por hechos tipificados como delitos, cuando en su cultura y derecho estos actos sean permitidos, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República. 2) Los jueces, al momento de dictar sentencia definitiva o cualquier medida preventiva, deberán considerar las condiciones socioeconómicas y culturales de los indígenas, y decidir conforme a los principios de justicia y equidad. En todo caso, éstos procurarán establecer penas distintas al encarcelamiento que permitan la reinserción del indígena a su medio sociocultural. 3) El Estado dispondrá en los establecimientos penales en los estados con población indígena, de espacios especiales de reclusión para los indígenas, así como del personal con conocimientos en materia indígena para su atención".

.../...

Ahora bien, tomando en cuenta que la imputada pertenece a una comunidad indígena cuyos usos y costumbres propios permiten o toleran esta clase de conductas, en principio debemos ponderar -como garantes de la legalidad-, si realmente los integrantes de dicha comunidad no se encuentran en contacto directo con la sociedad dominante, razón ésta que impediría al Estado exigir que interioricen sus normas; o si por el contrario, éstos mantienen un contacto total o parcial con la sociedad dominante. Todo lo cual en definitiva, puede ser aportado por el Informe Socio Antropológico y derivar de allí una solución justa.

.../...

No obstante ello, esta Dirección no puede afirmar con certeza su procedencia, habida cuenta de la falta de información -ya denunciada- respecto a la forma como ocurrieron los hechos objeto del proceso y de algunas diligencias de investigación, necesarias para establecer los extremos *supra* indicados.

En síntesis, se reitera que de haberse encontrado demostradas las circunstancias ya señaladas, la decisión de la representante del Ministerio Público debió ser la de solicitar el Sobreseimiento de la causa, sobre la base de lo dispuesto en el segundo numeral, en su tercer supuesto, del artículo 318 del Código Adjetivo Penal, debidamente fundamentado, por cuanto el escenario fáctico refugiado en el dispositivo aducido, sugiere una causa de inculpabilidad -error de prohibición-, todo lo cual indefectiblemente, en este caso concreto, nos lleva a inclinarnos por la tesis de Zaffaroni, en cuanto a que se trata de un error de prohibición "culturalmente condicionado", el cual por regla general, será un error invencible de prohibición que eliminará la culpabilidad de la conducta dañosa⁵⁹.

Adicionalmente, debe advertirse que cada caso debe ser abordado individualmente, realizando un análisis científico minucioso, a través de expertos, a los efectos de verificar el nivel de interculturalidad, y así determinar si el error era vencible o no, en función del grado de conocimiento de la prohibición, tal y como efectivamente fue practicado por el experto antropólogo Alexander Mansutti Rodríguez, como elemento de vital importancia a los fines de fundamentar la causa de exclusión de culpabilidad en el presente caso aducida.

Así, cuando una persona actúa bajo un error de prohibición invencible -culturalmente condicionado-, ello necesariamente será un supuesto de exclusión de la responsabilidad penal de ésta, en razón de que si para realizar la imputación personal del injusto lo esencial es que la norma alcance al individuo, es patente que en un supuesto como el tratado en la presente opinión, el mensaje normativo no ha llegado a quien actúa⁶⁰, pues desconoce la prohibición que contiene su conducta, es decir, no le es posible orientar su comportamiento conforme al marco normativo propio de la sociedad dominante.

En definitiva, en el caso que nos ocupa si centramos el fundamento de la Solicitud de Sobreseimiento amparados en la figura del "error de prohibición culturalmente condicionado", estaríamos eximiendo de responsabilidad penal a la agente del hecho punible, en razón de que su conducta tuvo lugar bajo la demostrada falta de conocimiento de tal prohibición, o creencia de que las circunstancias autorizaban su conducta, desplazando la conciencia de que con su conducta se ha quebrantado un deber, razón por la cual se elimina todo rastro de culpabilidad de la imputada de autos. "

59 Ob. cit. Zaffaroni. p. 550.

60 Más al respecto en: Síntesis de Derecho Penal. Parte General. Alejandro J. Rodríguez Morales. 2da Edición. 2009. p. 368.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 03/03/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Fiscalía Primera del Ministerio Público ante las Salas de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

3.- MATERIA: Responsabilidad Penal de Adolescente

4.- TEMA: Sanción Penal a Adolescentes

5.- EXTRACTO

En el Recurso de Casación interpuesto por la abogada INDIRA ARAY MONTAÑO, Defensora Pública Primera con competencia en materia de Responsabilidad Penal del Adolescente del Circuito Judicial Penal del estado Guárico, en el proceso penal seguido a la adolescente cuya identidad se omite de conformidad con el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, (Exp. 2010-247. Magistrado Ponente: Eladio Ramón Aponte Aponte. Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia), se plantea el caso de que la Corte de Apelaciones –Sección Adolescente- del Circuito Judicial Penal del estado Guárico, al conocer en apelación, manifestó su inconformidad con la sanción de tres (3) años impuesta a la adolescente de dieciséis (16) años, por haber admitido la comisión del delito de Homicidio Intencional, previsto y sancionado en el artículo 405 del Código Penal, motivos que condujeron a la recurrente a denunciar tanto la falta de aplicación como la errónea interpretación del artículo 583 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

En opinión del Ministerio Público la decisión impugnada yerra al interpretar y aplicar el sistema sancionatorio de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en armonía con la solución anticipada de la Admisión de los Hechos, toda vez que la discrecionalidad del juzgador al momento de imponer la sanción en aplicación del procedimiento por admisión de los hechos, lo llevó a traspasar los límites de rebaja contemplados en el artículo 583 de la referida Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, contrariando el Principio de Interés Superior del Niño, norma ésta que fue infringida por falta de aplicación, por no habersele rebajado a la adolescente el quantum de la sanción dentro de los límites que al efecto previó el Legislador, en virtud de la admisión de los hechos, resultando infringido el citado artículo, motivos por los cuales se solicitó a la Sala de Casación Penal del Máximo Tribunal de la República fuera declarado Con Lugar el Recurso de Casación propuesto.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° Escrito S/N

6.2.- FECHA: 09/11/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Quien suscribe, NESTOR LUIS CASTELLANO MOLERO, actuando en este acto en mi carácter de Fiscal Primero del Ministerio Público ante las Salas de Casación y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,⁶¹ de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con los numerales 2º, 3º y 4º del artículo 35 de

61 designado por la Fiscal General de la República según Resolución N° 181, de fecha 19 de febrero de 2010.

la Ley Orgánica del Ministerio Público, ocurro ante Ustedes en virtud de la comisión conferida por la Dirección General de Apoyo Jurídico del Despacho de la Fiscal General de la República, para ejercer la Representación del Ministerio Público en la causa número 2010-247, contentiva del RECURSO DE CASACIÓN interpuesto en fecha 10 de mayo de 2.010, por la Abg. INDIRA ARAY MONTAÑO, Defensora Pública PRIMERA con competencia en materia de Responsabilidad Penal del Adolescente del Circuito Judicial Penal del Estado Guárico, en contra de la decisión el dictada el día 29 de abril de 2010, por la Corte de Apelaciones del referido Circuito Judicial Penal, Sección Adolescentes, en la cual declaró SIN LUGAR el recurso de apelación interpuesto el día 7 de octubre 2009 por la aludida defensora, en contra del fallo que el 5 de octubre de 2009 dictó el Juzgado Segundo de Primera Instancia en funciones de Control (Sección Adolescentes) del Circuito Judicial Penal del Estado Guárico, por cuyo conducto declaró penalmente responsable a la adolescente (identidad omitida), y le impuso la sanción de tres (3) años, en virtud de haberse acogido a la fórmula de solución anticipada de la admisión de los atribuidos por el Ministerio Público en la acusación, por la comisión y participación en el delito de Homicidio Intencional, previsto y sancionado en el artículo 405 del Código Penal Venezolano, en perjuicio de la adolescente (identidad omitida).

En este sentido, se proceden a realizar las siguientes consideraciones:

ANTECEDENTES

De conformidad con el auto N° 413 dictado por esa Sala de Casación Penal el 7 de octubre de 2010, el Juzgado SEGUNDO de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Guárico, Sección Adolescentes, el día 5 de octubre de 2009, en sentencia dictada con fundamento en las normas relativas al Procedimiento por Admisión de los Hechos contemplado en el artículo 583 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, estableció los hechos siguientes:

"...El día 10 de Julio de 2009, el ciudadano León Nieves Jose Gregorio, compareció al cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas Sub-Delegación Altigracia de Orituco estado Guárico, a los fines de denunciar a la adolescente (Identidad omitida), quien utilizando un arma blanca tipo navaja, le causó dos heridas punzo cortantes en hemitorax lateral derecho y epigástrico a su hija de nombre (Identidad omitida), siendo trasladada al hospital de esa ciudad, siendo intervenida quirúrgicamente y por la gravedad del caso la misma es transferida al Hospital del Seguro Social de San José de Maracay estado Aragua donde es intervenida por Segunda vez quien posteriormente el día 13 de Julio de 2009 en horas de la tarde fallece la adolescente (Identidad omitida) a consecuencia de las heridas punzo cortantes ocasionada por la adolescente (Identidad omitida).."

Ante su ocurrencia, en fecha 20 de julio de 2009, la Fiscalía Décimo Tercera (13°) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, presentó escrito de acusación, en contra de la adolescente (identidad omitida), atribuyéndole la comisión del delito de homicidio intencional previsto y sancionado en el artículo 405 del Código Penal,⁶² cometido en perjuicio de la adolescente (identidad omitida), solicitándole las sanciones previstas en los literales "b" y "f" del artículo 620 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en concordancia con los artículos 624 y 628 *ejusdem*⁶³ pidiendo en consecuencia la privación de libertad por el lapso de tres (3) años y seis (6) meses, más un (1) año sometida a determinadas reglas de conducta (fs. 77 al 87).

62 **Artículo 405.** El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona será penado con presidio de doce a dieciocho años.

63 **Artículo 620. Tipos.** Comprobada la participación del adolescente en el hecho punible y declarada su responsabilidad, el tribunal lo sancionará aplicándole las siguientes medidas: a) Amonestación; b) Imposición de reglas de conducta; c) Servicios a la comunidad; d) Libertad asistida; e) Semi-libertad; f) Privación de libertad.

Artículo 624. Imposición de reglas de Conducta. Consiste en al determinación de obligaciones o prohibiciones impuestas por el juez para regular el modo de vida del adolescente, así como para promover y asegurar su formación. Las órdenes o prohibiciones tendrán una duración máxima de dos años y el cumplimiento deberá iniciarse a más tardar, un mes después de impuestas.

Artículo 628. Privación de Libertad. Consiste en la internación del adolescente en establecimiento público del cual sólo podrá salir por orden judicial. Parágrafo Primero: La privación de libertad es una medida sujeta a los principios de

Celebrada la audiencia preliminar el día 28 de septiembre de 2009, ante el Tribunal Segundo de Primera Instancia en funciones de Control -Sección Adolescentes- del Circuito Judicial Penal del estado Guárico, la defensora pidió en favor de su defendida el cambio de calificación jurídica por Homicidio Preterintencional; seguidamente el Juzgador admitió totalmente la acusación fiscal así como los medios de pruebas ofrecidos tanto por el Ministerio Público como por la defensa, declarando sin lugar el argumento esgrimido por la defensa relacionado con el cambio de calificación jurídica pedido. Finalmente, la adolescente investigada una vez impuesta de los hechos y los derechos que le asisten (precepto constitucional, a ser oído), así como de las fórmulas de solución anticipada y el procedimiento por admisión de los hechos (artículo 583, Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y de Adolescentes),⁶⁴ admitió los hechos.

En virtud de lo anterior, el tribunal en la celebración del acto, declaró penalmente responsable a la adolescente (identidad omitida) y le impuso la sanción de tres (3) años, por la perpetración del delito de homicidio intencional, previsto y sancionado en el artículo 405 del Código Penal, así como reglas de conducta por el lapso de siete (7) meses, todo ello en perjuicio de la adolescente (identidad omitida). Finalmente, declaró sin lugar la solicitud de revisión de medida privativa de libertad interpuesta por la defensa el 12 de agosto de 2009, al no haber variado las circunstancias que la originaron, de conformidad con lo previsto en el artículo 264 del Código Orgánico Procesal Penal, en concordancia con el artículo 537 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Posteriormente, el día 5 de octubre de 2009, se publicó en extenso la decisión respectiva (fs. 311 al 322), en donde entre otras cosas se dejó constancia de lo siguiente:

"...De acuerdo a lo establecido en el Artículo 583 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, el cual establece el Procedimiento especial de Admisión de los Hechos, como fórmula de solución anticipada, el cual es solicitado en el presente caso por el acusado adolescente, realizado en forma voluntaria, es decir, libre de apremio y coacción, frente lo cual estuvo de acuerdo su defensa, este Tribunal lo considera procedente y le impone la sanción de Privación de Libertad, por el lapso de Tres (03) Años, lo cual resultan de rebajar Seis (6) Meses al lapso solicitado por el Ministerio Público y la sanción de Reglas de Conducta por el lapso de Siete (7) Meses, los cuales resultan de rebajar a Cinco (5) Meses al lapso solicitado por el Ministerio Público, en virtud de que la señalada disposición Procesal otorga criterio discrecional para el Juez según las circunstancias para rebajar el tiempo que corresponde de Un Tercio a la Mitad de la sanción aplicable, la señalada normativa de carácter procesal, a los efectos de la decisión que toma este Despacho, debe ser armonizada con el artículo 23 del Código de procedimiento Civil, el cual se aplica en el presente caso por remisión expresa del artículo 537 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, en el sentido de que en casos como el de autos, dicha disposición Autoriza al Juez de obrar según su prudente arbitrio, resultado ser lo mas equitativo o racional, en obsequio de la Justicia y la Imparcialidad. En el presente asunto trata, como consta de autos, de un caso complejo por cuantos se trata de un Delito Grave como lo es el Homicidio Intencional, Por lo que en consecuencia debe existir una ponderación en la sanción a imponer en estos casos y es por ello que en uso del poder discrecional que se le otorga a los Jueces en el ya

excepcionalidad y de respeto a la condición peculiar de persona en desarrollo. En caso de adolescente que tengan catorce años o más, su duración no podrá ser menor de un año ni mayor de cinco años. En caso de adolescentes de menos de catorce años, su duración no podrá ser menor de seis meses ni mayor de dos años. En ningún caso podrá imponerse al adolescente un lapso de privación de libertad mayor al límite mínimo de pena establecido en la Ley penal para el hecho punible correspondiente. Parágrafo Segundo: La privación de libertad sólo podrá ser aplicada cuando el adolescente: a) Cometiere alguno de los siguientes delitos: homicidio, salvo el culposo; lesiones gravísimas, salvo las culposas; violación; robo agravado; secuestro; tráfico de drogas, en cualesquiera de sus modalidades; robo o hurto sobre vehículos automotores. b) Fuere reincidente y el hecho punible objeto de la nueva sanción prevea pena privativa de Libertad que, en su límite máximo, sea igual o mayor a cinco años. c) Incumpliere, injustificadamente, otras sanciones que le hayan sido impuestas. En este caso, la privación de libertad tendrá una duración máxima de seis meses. A los efectos de las hipótesis señaladas en las letras a) y b), no se tomará en cuenta las formas inacabadas o las participaciones accesorias, previstas en el Código Penal.

64 **Artículo 583.** Admisión de Hechos. En la audiencia preliminar, admitidos los hechos objeto de la acusación, el imputado podrá solicitar al Juez de Control la imposición inmediata de la sanción. En estos casos, si procede la privación de libertad, se podrá rebajar el tiempo que corresponda, de un tercio a la mitad.

referido artículo 583 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, es por ello que se impone la sanción que se describe en la parte dispositiva del presente fallo. Todo ello conforme a previsto en los artículos 405 del Código Penal en concordancia con los artículos 620 literales "b" y "f", 624 y 628 literal "a" y 583 todos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Tomando igualmente en consideración la Finalidad y Principios primordiales educativos y el cual se complementarán, con la participación de la familia y el apoyo de especialistas. Siendo los principios orientadores de dichas medidas, el respeto a los derechos humanos, la formación integral del adolescente y la búsqueda de su adecuada convivencia familiar y social, establecidos en el artículo 621 de la Ley Especial y las pautas para su aplicación, y en virtud del Interés Superior del Adolescente, conforme lo establece el artículo 8, Ibidem. Por lo que la adolescente BETANIA YERLIN SILVA BANDRES. Sanciones estas que cumplirá de manera sucesiva, es decir luego de cumplir la Privativa de Libertad dará cumplimiento a la Sanción de Reglas de Conducta en la Institución que determine el Tribunal de Ejecución permanecerá recluido en el Centro de Internamiento Servicio Autónomo de Protección y Atención al Niño, Niña y Adolescente (SAPANNA), con sede en Maracay, estado Aragua, a la orden del Tribunal de Ejecución Competente...".

Bajo éstas circunstancias, el día 7 de octubre de 2009, la defensa de la adolescente (identidad omitida), interpuso recurso de apelación, con fundamento en el artículo 448 del Código Orgánico Procesal Penal, en concordancia con el 608 y 613, ambos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, alegando entre otras cosas (fs. 178 al 184):

1) Que la sentencia dictada en Audiencia Preliminar con motivo de la Admisión de los Hechos, se encuentra inmotivada, quebrantando las previsiones del artículo 173 del Código Orgánico Procesal Penal, al ser una decisión de las que pone fin al juicio y por ello, el Juzgador debió fundamentar las razones que lo llevaron a declarar sin lugar la solicitud de cambio de calificación que por Homicidio Preterintencional interpuso esa defensa.

2) Que tampoco se expresan los fundamentos que llevaron a la sentenciadora a imponer la sanción privativa de libertad, con una escasa rebaja de seis (6) meses "...tiempo muy por debajo del que resultaría de la rebaja de un tercio de la sanción...", agregando que aunque la aplicación de la sanción sea facultativa, no es menos que también debe ser proporcional, máxime si quien admite el hecho objeto de la acusación lo hace en procura de obtener un beneficio que se traduce en la rebaja del quantum de la pena que normalmente se le aplicaría, lo cual no ocurrió en el presente caso, toda vez que dicha admisión "...no arrojó beneficio o ventaja alguna a favor de la adolescente...".

A este respecto, agregó que a criterio de la defensa, en lugar de rebajar los seis (6) meses a la sanción solicitada por el Ministerio Público, así como rebajar cinco (5) meses al año de libertad asistida, lo procedente era disminuir un tercio de la sanción normalmente imponible, en razón de lo cual la sanción definitiva resultaría en dos (2) años y cuatro (4) meses de privación de libertad, lo que a todas luces coadyuvaría en la formación integral del adolescente como producto de un proceso socio-educativo. No obstante lo anterior, en lugar de imponer una sanción proporcional, el Juzgador de Control enarbola la discrecionalidad, sacrificando el interés superior de la adolescente.

Por todo lo anterior, la identificada defensa solicitó la corrección de la pena y rebaja de la sanción correspondiente ó, se anule la decisión atacada y la respectiva audiencia preliminar, ordenándose la realización de una nueva.

Admitida la impugnación anterior por la Corte de Apelaciones Sección Adolescente del Circuito Judicial Penal del Estado Guárico, con sede en San Juan de los Morros, en fecha 21 de abril de 2010 tuvo lugar la audiencia oral de apelación, en la cual la referida defensa ratificó los fundamentos de su apelación y el Ministerio Público por su parte dio contestación a los mismos.

En dicho acto la Alzada se acogió al lapso para dictar la decisión, publicándola en extenso el día 29 de abril de 2010. (fs. 349 al 355).

DE LA DECISIÓN RECURRIDA

El 29 de abril de 2010, la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Guárico, Sección Adolescentes, declaró Sin Lugar, el recurso de apelación interpuesto el día 7 de octubre de 2009 por la Defensora Pública de la Adolescente (identidad omitida), en contra el fallo dictado en fecha 5 de octubre de 2009 por el Juzgado **Segundo** de Primera Instancia en funciones de Control, Sección Adolescentes, del Circuito Judicial Penal del Estado Guarico, confirmando así la sanción de **tres (3) años** de privación de libertad y además **siete (7) meses** de libertad asistida (reglas de conducta) a la adolescente (identidad omitida) con motivo la admisión de los hechos que le atribuye el Ministerio Público en la acusación, por considerarla autora y responsable en la comisión del delito de **homicidio intencional**, previsto y sancionado en el artículo 405 del Código Penal, en perjuicio de la adolescente (Identidad omitida)

En virtud de la anterior decisión, la defensora pública de la adolescente (Identidad omitida), el día 10 de mayo de 2010 interpuso recurso de casación, constante de dos (2) denuncias, las cuales fueron admitida por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, mediante auto N° 413 del 7 de octubre de 2010, con ponencia de la Magistrada Deyanira Nieves Bastidas.

DEL RECURSO DE CASACIÓN Y LOS ARGUMENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

Por cuanto el fondo del asunto denunciado, así como lo pretendido por la defensa en sus dos argumentos de casación versan sobre el mismo punto de derecho, es decir sobre la disminución de la sanción definitiva aplicada a la adolescente, conforme a las previsiones del artículo 583 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, el Ministerio Público las tratará conjuntamente por economía procesal.

Primera denuncia: Con fundamento en el artículo 460 del Código Orgánico Procesal Penal,⁶⁵ la defensa pública denunció la violación de ley por "...falta de aplicación del artículo 583 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, en que incurrió la Corte de Apelaciones del Estado Guárico, al no rebajar el tiempo de la sanción que corresponde, de un tercio a la mitad...".

A este respecto, agregó la defensa que: "...La Corte de Apelaciones, incurriendo en el mismo error que la instancia apelada, ratificó la sanción a imponer dictada, aplicando una rebaja muy por debajo del que resultaría de la rebaja de un tercio de la sanción...en vez de rebajar como mínimo un tercio, es decir, 1 año y 2 meses, rebajó sólo seis meses, cuando la sanción ha debido quedar en dos años y cuatro meses y no en 3 años de privación de libertad. La Corte para justificar la no rebaja del tercio consideró que la sentencia del Tribunal Primero de Control de la Sección Penal del Adolescente del Circuito Judicial Penal del Estado Guárico...aplicó la norma lo mas equitativa y racional, lo más conforme a la justicia y a la imparcialidad... la decisión no valora ni adminicula elementos para acoger como criterio netamente discrecional el sacrificio de los derechos de los adolescentes, quien admite el hecho objeto de la acusación, en procura de un beneficio que la hace acreedora de una rebaja... Esa facultad

65 "Artículo 460. Motivos. El recurso de casación podrá fundarse en violación de la ley, por falta de aplicación, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. Cuando el precepto legal que se invoque como violado constituya un defecto del procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su subsanación, salvo en los casos de infracciones de garantías constitucionales o de las producidas después de la clausura del debate.

no puede administrarse caprichosamente y arbitrariamente por no haber fundamentado, la entidad del delito no es determinante, dado que ya esto tiene implícita una sanción estipulada en la Ley especial, la gravedad del delito tiene una sanción proporcional....”.

Finalmente, esgrimió "...conforme lo previsto en el artículo 467 del Código Orgánico Procesal Penal, solicito... la rectificación que proceda con respecto a la cantidad de la sanción a imponer, y aplique la rebaja de un tercio, tomando como base la sanción solicitada por el Ministerio Público que fue de 3 años y 6 meses de privativa de libertad y un año de reglas de conducta, aplicando así, la norma 583 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y del Adolescente, rebajando 1 año y 2 meses y quedando la sanción en 2 años y 4 meses de privativa de libertad...”.

Segunda denuncia: Con fundamento en el artículo 460 del Código Orgánico Procesal Penal, la defensa pública denunció la violación de ley por "...errónea interpretación, del artículo 583 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y del Adolescente, (sic) en que incurrió la Corte de Apelaciones del estado Guárico, al no rebajar el tiempo de a sanción que corresponde, de un tercio a la mitad...”.

Así mismo, indicó que: "...La Corte de Apelaciones, incurriendo en el mismo error que la instancia apelada, ratificó la sanción a imponer dictada, aplicando una rebaja muy por debajo del que resultaría de la rebaja de un tercio de la sanción de apelaciones, al creer que podía rebajar la sanción por debajo del tercio de la sanción a imponer, cuando la ley lo obliga a rebajarla como mínimo un tercio, una vez, que considera, precedente la rebaja en ese sentido la decisión no valora ni adminicula elementos para acoger como criterio netamente discrecional el sacrificio de los derechos de los adolescentes, quien admite el hecho objeto de la acusación, en procura de un beneficio que la hace acreedora de una rebaja, que desde luego trae un beneficio para el estado al ahorrarse un proceso costoso en tiempo y dinero. Esa facultad no puede administrarse caprichosamente y arbitrariamente por no haber fundamentado, la entidad del delito no es determinante, dado que ya esto tiene implícita una sanción estipulada en la ley especial, la gravedad del delito tiene una sanción proporcional, más aun cuando se trata de una adolescente primaria, de 16 años de edad...”.

Finalmente, invocando la decisión 212 publicada por esa Sala de Casación Penal el 15/4/2008, pidió de conformidad con las previsiones del artículo 467 del Código Orgánico Procesal Penal "...la rectificación que proceda con respecto a la cantidad de la sanción a imponer y aplique la rebaja de un tercio, tomando como base la sanción solicitada por el Ministerio Público...aplicando así, la norma 583...rebajando 1 año y 2 meses y quedando la sanción en 2 años y 4 meses de privativa de libertad...”.

Ahora bien, al analizar los fundamentos esgrimidos por la defensa pública en casación, el Ministerio Público observa que lo único que diferencia las dos denuncias opuestas en casación, es que en la primera se argumenta la falta de aplicación y en la segunda la errónea interpretación del artículo 583 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, verificándose idéntica fundamentación en las dos, al pretender con ambas finalmente, que se aplique en favor de la adolescente de dieciséis (16) años de edad (identidad omitida) la rebaja de un tercio a que se refiere el referido artículo 583 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en virtud de la admisión de los hechos realizada por ella.

Ante ello, y como punto previo a la contestación de dichos argumentos casacionales, es menester indicar la falta de técnica recursiva denotada por la defensa de la adolescente (identidad omitida) y que la lleva a denunciar la falta y a la vez errónea aplicación de la misma norma, vale decir, del artículo 583 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Toca indicar, que la falta de aplicación de una norma comporta su inobservancia íntegra por parte del Juzgador llamado a aplicarla, la silencia, la omite por completo, dejando a un lado sus postulados, en tanto que, la errónea aplicación supone una observancia por parte del Juzgador y subsiguiente aplicación empero, con matices, intenciones y regulaciones distintas y disímiles a las que de su propio texto dimana.

Es decir, resulta contrario y anacrónico en derecho, que conjuntamente se denuncia la falta y errónea aplicación de una misma norma, pues como vimos, ambos vicios suponen circunstancias de derecho

que *per se* hacen excluyente uno de otro. En este sentido, es preciso invocar lo sentado por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia proferida bajo el N° 034 de fecha 29 de Enero de 2002, en donde con relación a la inobservancia de un precepto legal y su errónea aplicación, especificaron lo siguiente:

“...la inobservancia de un precepto legal significa la no aplicación o la falta de aplicación de dicho artículo, y la errónea aplicación implica la equivocada aplicación del mismo...”

Aclarado el error recursivo en el que incurre la defensa de la adolescente (Identidad omitida), procede le Ministerio Público a adentrarse en lo medular de lo denunciado, por lo que es preciso la realización de las siguientes consideraciones:

La admisión de los hechos como fórmula de solución anticipada, trae como consecuencia de su aplicación dos circunstancias: Una procesal, que se traduce en la imposición inmediata de la pena o sanción al imputado o imputada que de forma plena, directa y libre de cualquier coacción decida acogerse a sus postulados, y una instrumental, que significa el fin del proceso seguido en su contra de manera anticipada.

Visto bajo esa convicción, las consecuencias también se traducen en provechos; uno para el Imputado o Imputada que, acogiéndose a ésta figura previo cumplimiento de las formalidades establecidas de forma rigurosa por el Legislador, obtiene la imposición de una pena o sanción disminuida en su quantum, y el otro para el Estado, que genera un ahorro de fondos administrativos al saciar su voluntad punitiva de manera anticipada y sin el movimiento del aparato judicial necesario para la celebración de un juicio oral y público.

Sin embargo, de manera unilateral supone una renuncia de derechos por parte del Imputado o Imputada. Dicha renuncia se configura en la reticencia a la celebración de un Juicio Oral con todo y el acompañamiento de sus mieles, las cuales en aplicación sana, podrían desembocar en una sentencia absolutoria; es decir, por voluntad propia, y sin que media ningún vicio en el consentimiento, el imputado o imputada renuncia a su juzgamiento pleno, certero y elaborado, con fundamento entre otras normas, en el artículo 49 Constitucional.

Esta circunstancia es la que justifica la rebaja en el quantum de la pena, lo justifica la renuncia, el abandono anticipado al principio de presunción de inocencia, que en casos como el que nos ocupa, hace la propia adolescente (identidad omitida). El Estado no renuncia a nada, pues aunque disminuida, sacia su voluntad punitiva.

Dicho lo anterior, es menester entonces citar al calco, el contenido del artículo 583 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la cual regula en sus entrañas, la fórmula de solución anticipada de la Admisión de los hechos en esta jurisdicción especial. Así tenemos que:

“...Artículo 583. Admisión de hechos.
En la audiencia preliminar, admitidos los hechos objeto de la acusación, el imputado o imputada podrá solicitar al Juez o Jueza de Control la imposición inmediata de la sanción. En estos casos, si procede la privación de libertad, se podrá rebajar el tiempo que corresponda de un tercio a la mitad...”

De la norma que invocamos, evidenciamos las siguientes circunstancias que deben prevalecer para que en buen derecho, se aplique este procedimiento: En primer lugar debe operativizarse en la audiencia preliminar y aunque no lo establezca taxativamente, la acusación debe haber sido admitida. De seguidas, debe el imputado o imputada manifestar a viva voz y libre de cualquier vicio en su consentimiento, su voluntad expresa de someterse a este procedimiento; luego de ello, el Juez de Control debe analizar si es procedente la privación de libertad para finalmente, imponer la sanción correspondiente, disminuida entre un tercio y su mitad.

En torno a lo anterior, el Ministerio Público considera necesario analizar brevemente, las normas que regulan la aplicación de las sanciones en el Régimen Especial de Protección del Niño y del Adolescente, pues de ello devendrá el entendimiento del discernimiento jurisdiccional al momento de fijar la sanción al adolescente que se somete al procedimiento por Admisión de los Hechos.

En materia pues, observamos que con relación a la legalidad del procedimiento, la aplicación de la sanción y la obligatoriedad de seguir el procedimiento consagrado en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, refiere el artículo 530 del aludido texto:

Artículo 530. Legalidad del Procedimiento. Para determinar la responsabilidad de un adolescente en un hecho punible y la aplicación de la sanción que corresponda, se debe seguir el procedimiento previsto en esta Ley. (Resaltado nuestro)

Seguidamente, el artículo 533 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, dispone a los fines de la aplicación y ejecución de las sanciones, la división de los sujetos de derechos en grupos etarios, es decir, los secciona en dos grupos para lo cual atiende a la edad biológica alcanzada al momento de cometer el hecho que se le reputa. Así tenemos en un primer grupo a los adolescentes comprendidos entre 12 a 13 años de edad, y en un segundo, a los que cuenten con una edad comprendida entre los 14 y los 18 años (que sería el caso que nos ocupa). A su letra el artículo en cuestión reza:

Artículo 533. Grupos Etarios. A los efectos de la aplicación y ejecución de las sanciones se distingue los adolescentes en dos grupos: los que tengan de doce hasta menos de catorce años y los que tengan catorce y menos de dieciocho años de edad.

Se prevé igualmente en el artículo 537 del texto en cuestión, que las normas que regulan el sistema penal de Responsabilidad del Adolescente, deben interpretarse siempre en favor del adolescente y en armonía con los postulados contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, así como todos aquellos tratados y convenios internacionales que siendo Ley interna, se amolden a las especificaciones previstas en la Ley Especial que nos ocupa.

Funge además, como norma de remisión de segundo grado, autorizando la aplicación de otros textos normativos cuando existan lagunas que deban llenarse.

Así el artículo 537 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes dispone lo siguiente:

Artículo 537. Interpretación y Aplicación. Las disposiciones de este Título deben interpretarse y aplicarse en armonía con sus principios rectores, los principios generales de la Constitución del Derecho Penal y Procesal Penal, y de los tratados internacionales, consagrados a favor de la persona y especialmente de: los adolescentes. En todo lo que no se encuentre expresamente regulado en este Título, deben aplicarse supletoriamente la legislación penal, sustantiva y procesal y, en su defecto el Código de Procedimiento Civil.

Para finalizar ésta idea, añadimos que la interpretación de la normativa que amerite análisis, lo será siempre bajo las directrices y convicciones contempladas en el Principio del Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes, previsto en el artículo 8 de la Ley en cuestión, y que refiere que este sistema de interpretación debe aplicarse de manera privativa, cuando la toma de la decisión correspondiente concierna a niños, niñas y adolescentes, ello, con el objeto de asegurar su desarrollo integral, y aseguramiento del disfrute pleno y efectivo de las prerrogativas especificadas a su favor.

Seguidamente, encontramos el artículo 603 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, relativo a la condena y acusación, en el cual y al igual que en el Código Orgánico Procesal Penal, se regula la congruencia que debe existir entre la acusación y la condena imponible;

no obstante, lo más resaltante para el caso que nos ocupa, sería lo previsto en su último aparte, cuya letra le otorga al sentenciador la potestad de fijar la sanción impuesta y el plazo para cumplirla, con el requisito de que sea claro y preciso en ello, es decir que, regula el poder discrecional del Juez al aplicar la sanción correspondiente, para lo cual lo único valedero son sus argumentaciones.

El artículo en mención dispone lo siguiente:

Artículo 603. Condena y Acusación. La sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias descritas en el auto de enjuiciamiento o, en su caso, en la ampliación de la acusación. En la sentencia condenatoria el tribunal podrá dar el hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación o de la del auto de enjuiciamiento, o aplicar sanciones más graves. Sin embargo, el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, comprendida su aplicación, o en el auto de enjuiciamiento, si previamente no fue advertido sobre la modificación posible de la calificación jurídica. En todo caso, fijará con claridad y precisión la sanción impuesta y el plazo en el que deberá ser cumplida. (Subrayado nuestro)

Seguimos en el análisis de este artículo para referir que constituye la puerta del discernimiento para la aplicación de las sanciones. Se abandona, por la especialidad de la materia, la regla de dosimetría penal prevista en el artículo 37 del Código Penal Venezolano, para entender, como buen derecho de avanzada, que la sanción aplicable resultará para cada caso una distinción que se genera tanto de las circunstancias fijadas en el juicio oral celebrado como, de la actuación y desenvolvimiento del adolescente, lo que en honduras, le permitirá al jurisdicente plantearse el escenario propicio que logre, la reinserción del adolescente en la sociedad mediante el proceso socioeducativo al que será sometido.

Asimismo, encontramos que en el artículo 620 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes se consagran los tipos de sanciones aplicables a los adolescentes previa comprobación de su participación y responsabilidad en los hechos que se le atribuyen, debiendo destacarse el literal "f" que prevé la privación de libertad. En este sentido dicha norma dispone lo siguiente:

Artículo 620. Tipos. Comprobada la participación del adolescente en el hecho punible y declarada su responsabilidad, el tribunal lo sancionará aplicándole las siguientes medidas: a) Amonestación; b) Imposición de reglas de conducta; c) Servicios a la comunidad; d) Libertad asistida; e) Semi-libertad; f) Privación de libertad;" (subrayado nuestro)

De seguidas y respetando el orden establecido por el Legislador, nos encontramos con el artículo 621, cuyo contenido nos revela que las medidas contenidas en la norma anterior (incluyendo la privación de libertad) tienen una finalidad educativa para la formación integral del adolescente sancionado, respetando siempre sus derechos humanos y complementándose con la participación de la familia y personas especialistas en la materia. El artículo que se comenta, responden al siguiente tenor:

Artículo 621. Finalidad y Principios. Las medidas señaladas en el artículo anterior tienen una finalidad primordialmente educativa y se complementará, según el caso, con la participación de la familia y el apoyo de especialistas. Los principios orientadores de dichas medidas son el respeto a los derechos humanos, la formación integral del adolescente y la búsqueda de su adecuada convivencia familiar y social.

Es decir, el sometimiento a la vigilancia del Estado mediante la implementación de éstas sanciones, se aparte del sentido retributivo de la pena, para significarle al adolescente la necesidad de educarse en familia, de ser un hombre de bien, de entender los cánones de actuación social que lo lleven a convivir con su entorno y todo lo que en definitiva, lo rodea.

Por su parte, el artículo 622 del mismo texto especial (de vital importancia para nuestro estudio), establece taxativamente las exigencias necesarias a seguir por el Juzgador para determinar el tipo de sanción aplicable al adolescente, debiendo entonces considerar la comprobación del delito y la

responsabilidad del adolescente, así como la existencia de un daño causado, la naturaleza y gravedad de los hechos, el grado de esa responsabilidad, la proporcionalidad e idoneidad de la medida, la edad y capacidad del adolescente para cumplir con dicha medida y sus esfuerzos para reparar los daños, y finalmente, los resultados de los informes clínicos y psico-sociales que le fueron practicados al Adolescente.

Se observa además que el Parágrafo Primero otorga al Juzgador el poder modificador de las medidas dictadas al tener la potestad para suspenderlas, revocarlas o sustituirlas (lo cual revela también la discrecionalidad del juzgador para esos fines). Esta norma se encuentra plasmada de la siguiente manera:

Artículo 622. Pautas para la Determinación y Aplicación. Para determinar la medida aplicable se debe tener en cuenta: a) La comprobación del acto delictivo y la existencia del daño causado; b) La comprobación de que el adolescente ha participado en el hecho delictivo; c) La naturaleza y gravedad de los hechos; d) El grado de responsabilidad del adolescente; e) La proporcionalidad e idoneidad de la medida; f) La edad del adolescente y su capacidad para cumplir la medida; g) Los esfuerzos del adolescentes por reparar los daños; h) Los resultados de los informes clínico y psico-social. Parágrafo Primero: El tribunal podrá aplicar las medidas en forma simultánea, sucesiva y alternativa, sin exceder el plazo fijado en la sentencia para su cumplimiento. Asimismo, las medidas podrán suspenderse, revocarse o sustituirse durante la ejecución. Parágrafo Segundo: Al computar la medida privativa de libertad, el juez debe considerar el periodo de prisión preventiva al que fue sometido el adolescente.

Por último, del contenido del artículo 628 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, debemos resaltar que en torno a la medida de privación de libertad aplicada, en caso de que el adolescente sea mayor de catorce años (como en nuestro caso) no puede ser menor de un (1) año ni mayor de cinco (5) y jamás mayor del límite mínimo de la pena del delito tipo, siendo procedente tal privación únicamente si se trata un hecho punible como el homicidio (caso que nos ocupa), lesiones gravísimas, violación, robo agravado, secuestro, tráfico de drogas y robo ó hurto de vehículo automotor.

Ahora bien, dicho todo lo anterior, observamos que en el caso que nos ocupa la Corte de Apelaciones -Sección Adolescente- del Circuito Judicial Penal del Estado Guárico, al conocer del fundamento de la apelación de la defensa pública, conforme al cual manifestó su inconformidad con la sanción **de tres (3) años** impuesta a la adolescente de dieciséis (16) años (identidad omitida) por haber admitido la comisión del delito de homicidio intencional, previsto y sancionado en el artículo 405 del Código Penal, en la persona de otra adolescente, señaló fundadamente en su fallo que:

“...Finalmente, en referencia a la no dosificación de la pena en forma correcta, muy a pesar de que la recurrente no denunció infracción de ley en forma singular, taxativa y específica, éste despacho estima que no hubo desconocimiento por error, indebida aplicación de la norma contenida en el artículo 583 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, por la razones siguientes. El artículo 583 ya mencionado, dispone que en la audiencia preliminar, admitido los hechos objeto de la acusación, el imputado o imputada podrá solicitar al juez o jueza de control la imposición inmediata de la sanción. En estos casos, si procede la privación de libertad, se podrá rebajar el tiempo que corresponda de un tercio a la mitad. La situación planteada en el recurso es que la sentencia delatada no rebajó ni el tercio ni la mitad de la pena correspondiente, por lo que a criterio del impugnante la pena impuesta a su defendida no es la correcta. En el artículo 537 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescente establece que las disposiciones del título V referidas al sistema penal de responsabilidad del adolescente, deben interpretarse y aplicarse en armonía con sus principios rectores, los principios generales de la Constitución de la República, de los derechos procesales y penales y los tratados internacionales consagrados a favor de los adolescentes. Lo que no se encuentre expresamente regulado en el referido artículo 23 del Código de Procedimiento civil, referido a la discrecionalidad judicial, que como se sabe expresa que el tribunal, cuando la ley dice el Juez o tribunal puede o podrá”, lo está facultando para

obrar según su prudente arbitrio consultado lo más equitativo o racional, en obsequio de la Justicia y la Imparcialidad. El artículo 583 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas, y Adolescentes en el procedimiento por admisión de los hechos, faculta al Juez, más no lo obliga, como si lo hace el artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, que regula el procedimiento por admisión de los hechos en el juicio ordinario, si procede la detención privativa de la libertad, según sea el delito, a rebajar el tiempo que corresponda, de un tercio a la mitad. En consecuencia en estos casos la disposición de la ley especial (583 Lopnna) faculta al juez para fallar consultando lo más equitativa o racional, lo más conforme a la justicia y a la imparcialidad, lo que hace al decir del Dr. Arminio Borjas en su obra Comentarios al código de Procedimiento Civil. Pág. 55, hace a los jueces dignos representantes en su difícil labor. Entiende esta Corte como instrumento foral de alzada que la intención del codificador patrio fue la de darle esa facultad discrecional al juzgador en la materia especial, por cuanto en materia de delitos perpetrados y ejecutados por adolescentes, incluyendo los delitos graves y complejos como el de autos, la sanción no sobrepasa los cinco (05) años de privación de libertad. Y en la interpretación de las leyes, los jueces deben realizarla utilizando la lógica, para alcanzar a dilucidar la serie de hipótesis plasmada por el legislador en el contenido de la disposición legal que pueda resultar dudosa y oscura al momento de ser aplicada. La jurisprudencia patria, en materia penal, ha sostenido que los principios procesales son las líneas que marcan los límites de las instituciones procesales. Por lo tanto, prevalecen ante las demás disposiciones legales y uno de los principios procesales en el caso de autos y que fue aplicado por la Juzgadora recurrida, es el principio de la jurisdicción, contenido en el artículo 2 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual guarda estrecha relación con el principio de autonomía regulado en el artículo 4 eiusdem. Finalmente es bueno agregar que conforme lo ha decidido la casación penal venezolana, el homicidio, constituye un acto antijurídico que ocasiona la destrucción de la vida a través de un daño mortal al ser humano (fallo N° 318, del 15.06.2007). Y además, el delito de homicidio intencional constituye uno de los hechos delictivos de mayor gravedad, no sólo en atención a las circunstancias de que se ha privado de la vida a un ser humano, sino porque afecta a la sociedad entera, siendo por ello un delito pluriofensivo (5 años de Casación Penal. Máximas y Extractos. Dr. Freddy José Díaz Chacón. Pág. 143). Es por ello que debe declararse sin lugar el recurso de apelación y confirmarse la providencia recurrida (ver sentencia N° 447, del 02.11.2006, Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia). Así se decide y sentencia...”.

De la anterior fundamentación, vemos como yerra la recurrida al interpretar y aplicar los postulados contemplados en el sistema sancionatorio de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en armonía con la fórmula de solución anticipada de la Admisión de los hechos.

Se asevera tal circunstancia, pues del texto de la recurrida y tratando de justificar la postura asumida por el A quo, considero que la discrecionalidad del Juzgador al momento de imponer una sanción en aplicación del procedimiento por la admisión de los hechos, lo lleva a traspasar o irrespetar los límites de rebaja contemplados en el artículo 583 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

No obstante, tal afirmación trastoca las bases fundamentales de éste procedimiento sancionatorio, pues si bien debe existir la discrecionalidad que le concede la Ley Especial que los lleve finalmente a imponer con justa medida la sanción, esa justeza en su aplicación se debe de modo imperativo circunscribir, a los límites previstos en el artículo que se reputa infringido, esto es, rebajar el quantum de la sanción de un tercio a su mitad.

No hacerlo, desvirtúa la esencia del procedimiento por Admisión de los Hechos, puesto que, se le resta al Adolescente la posibilidad del provecho al que nos referíamos al comienzo de ésta opinión; se desnaturaliza su esencia, pues el beneficio que se debió obtener (la rebaja de la pena) se vio menguada por la “discrecionalidad” del Juzgador.

Aquí la discrecionalidad existe, pero limitada a la voluntad del legislador, que a su vez resguarda y premia la voluntad del adolescente que, sin ser sometido a las bondades de un juicio oral, con todo lo que ello implica, permite que sea sancionado de manera anticipada.

Pero es que además, este tipo de interpretaciones van en contra del Principio del Interés Superior del Niño. Cuando no se respeta la voluntad legislativa prevista en el texto especial que nos ocupa, pero además no se justifica de modo pleno tal apartamiento (como por ejemplo lo sería ejerciendo el control constitucional del artículo 583 para desaplicarlo), se trastocan las bases fundamentales que alimentan la tan garantista Ley de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y se agravia de manera grosera los intereses y derechos de la adolescente (Identidad omitida)

Ya en este estadio nos encontramos con sentencias proferidas por esa Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, de cuyo contenido evidenciamos el verdadero sentido interpretativo que debe dársele al contenido del Artículo 583 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescente. Así a modo de ejemplo citamos las siguientes:

1) En la decisión N° 355 dictada por unanimidad el 10 de julio de 2008 por esa Sala de Casación Penal, con ponencia del Magistrado de Héctor Coronado, se dictó decisión propia, imponiendo una sanción de tres años y cuatro meses a un joven adulto que admitió haber perpetrado el delito de Homicidio Calificado. Para ello, esa Sala tomó en cuenta la gravedad del hecho y el arrepentimiento del adolescente. Tal postura quedó plasmada de la siguiente manera:

“...En conclusión y con fundamento en lo anteriormente expuesto, esta Sala declara sin lugar el recurso de casación propuesto por la defensa. No obstante, a los efectos de garantizar el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva y en aras de la celeridad procesal, esta Sala de Casación Penal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 467 del Código Orgánico Procesal Penal, procede a imponer la sanción que corresponde al joven adulto (Identidad omitida), por la comisión del delito de Homicidio Calificado, previsto en el artículo 406 del Código Penal, manteniendo la privación de libertad impuesta por el Tribunal Segundo de Control, por el lapso de tres (3) años y cuatro (4) meses. La Sala encuentra apropiada la sanción privativa de libertad que le impuesta al nombrado joven adulto, en razón que el Juzgado Segundo de Control, en el procedimiento abreviado por admisión de los hechos, dio por probada la responsabilidad del mismo en la muerte de la joven Yoletsy Andreina Zorrilla Farias, a quien le efectuó un disparo en el brazo izquierdo cuando ésta se encontraba de espalda, produciéndole perforación del segundo intercostal izquierdo, pulmón izquierdo, lóbulo superior de pulmón derecho y primer espacio intercostal derecho. El hecho por el cual se responsabilizó al joven adulto (Identidad omitida), es uno de los más graves que prevé la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (homicidio calificado), sancionándolo con privación de libertad (artículo 628, literal “a” de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente). Dicha sanción se justifica en el presente caso, por cuanto la conducta del nombrado joven adulto, es altamente peligrosa para la colectividad, pues a la edad de 17 años, la cual le permitía comprender perfectamente lo que hacía, fue capaz de disparar contra una joven que era su novia cuando ésta se encontraba de espalda, porque, contrario a lo que el quería, decidió irse a la playa con su hermano y sus amigos. El arrepentimiento mostrado por el joven adulto, con el cual no se repara un daño irreversible como lo fue el causado al bien jurídico de la vida, y la admisión de los hechos imputados, justifica la rebaja en la sanción impuesta por el juzgador, pues a los cinco años de privación de libertad impuestos por la comisión del delito se le bajó un tercio, de conformidad con el artículo 583 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, quedando en definitiva la sanción impuesta en la privación de libertad por un lapso de tres (3) años y cuatro (4) meses. La internación del joven adulto en un establecimiento público por el lapso de tiempo señalado, dada la gravedad de los hechos por los cuales fue declarada su responsabilidad, se hace necesario en forma inmediata y permanente con expertos que regulen su modo de vida y aseguren, con el monitoreo constante, la formación de valores y de principios de convivencia en el mismo, fortaleciendo el respeto hacia sus conciudadanos, el

valor de la vida como bien supremo, la importancia del trabajo y del estudio, para así erradicar cualquier afinidad que el mismo pudiera tener con la violencia e incorporarlo activamente y de manera progresiva a la sociedad. En razón de las consideraciones expuestas, esta Sala de Casación Penal impone al joven adulto (Identidad Omitida), la sanción privativa de libertad por un lapso de tres (3) años y cuatro (4) meses, por la comisión del delito de homicidio calificado, previsto en el artículo 406, ordinal 1º, del Código Penal. Así se decide...”.

2) Así mismo, nos encontramos con la decisión N° 212 dictada por esa Sala de Casación Penal el 15 de abril de 2008, con ponencia del magistrado Eladio Ramón Aponte Aponte (la cual fue invocada por la defensa en su recurso de casación), conforme a la cual en un caso donde como el que nos ocupa, se denunció el quebrantamiento del artículo 583 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en virtud del cálculo de la sanción en un delito grave como lo es la materia de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, se consideró infringida esa norma y atendiendo al principio de proporcionalidad de la pena, rebajó la mitad de la sanción, en razón del proceso educativo y socializador que pretende la jurisdicción especializada del niño y del adolescente, a pesar de que el operador de justicia había considerado imponerle la máxima de cinco (5) años. Tal criterio se estableció de la siguiente manera:

“...En cuanto, a la denuncia presentada por la recurrente relacionada con la inobservancia por parte de la Corte de Apelaciones, del artículo 583 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, que establece: “ ... En la audiencia preliminar, admitidos los hechos objeto de la acusación, el imputado o imputada podrá solicitar al Juez o Jueza de Control la imposición inmediata de la sanción. En estos casos, si procede la privación de libertad, se podrá rebajar el tiempo que corresponda, de un tercio a la mitad...”, se observa que la Corte de Apelaciones al momento de dictar su decisión, no tomó en consideración la rebaja del tiempo de la sanción que le corresponde al adolescente sancionado por haber admitido los hechos en la audiencia preliminar, beneficio previsto en el artículo cuya inobservancia se denuncia. En este sentido, establece la Sala Constitucional, en su Sentencia N° 1799 del 20 de octubre de 2006, lo siguiente: “ ... El procedimiento por admisión de los hechos no es un derecho del cual pueda disponer libremente el imputado, sino más bien un beneficio que le otorga el legislador -en una determinada oportunidad procesal- a aquel que admite su culpabilidad...” (...) Visto lo anterior, se evidencia que al no aplicar la rebaja del tiempo, establecida en el procedimiento por admisión de los hechos, cuando la sanción es la privativa de libertad, como era el derecho del ciudadano (se omite el nombre por disposición legal) ciertamente la Corte de Apelaciones incurrió en el vicio denunciado, en relación a la inobservancia del artículo 583 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Así se decide (...) En este sentido, el artículo 526 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, define lo que es el sistema de responsabilidad del adolescente, entendiéndose que el mismo es el “... conjunto de órganos y entidades que se encargan del establecimiento de la responsabilidad del adolescente por los hechos punibles en los cuales incurran, así como de la aplicación y control de las sanciones correspondientes ...”. Así mismos, los artículos 531 y 533 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, refieren que las normas del sistema de responsabilidad penal del adolescente (procedimiento y sanción), serán aplicadas a todas las personas con edad comprendida entre doce y menos de dieciocho años al momento de cometer el hecho punible, lo que evidencia que la especialidad en esta materia, la va a determinar la edad del infractor. Por lo tanto, se evidencia que en el caso concreto que nos ocupa, encontramos que la posible sanción a ser aplicada al adolescente por el delito imputado de Distribución de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, no podrá ser mayor a 5 años de privación de libertad, cuando a un adulto por el mismo tipo penal le correspondería, con la ley vigente para el momento de ocurrencia de los hechos, una pena cuyo límite máximo era de 20 años de prisión. Por otra parte, la Sala considera necesario señalar que el artículo 537 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente prevé,

la remisión supletoria a otros cuerpos normativos, en aquel supuesto que no se encuentre expresamente previsto en las normas que regulan el sistema de responsabilidad penal del adolescente contenido en esta ley (...) Corrección de la Sanción...De conformidad con lo establecido en el artículo 622 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, se procede a aplicar la medida correspondiente al ciudadano (se omite el nombre por disposición legal). Por cuanto el ciudadano (se omite el nombre por disposición legal) en la audiencia preliminar de la presente causa, admitió los hechos imputados por la representación fiscal, relacionados con la comisión del delito de Distribución de Sustancias Estupeficientes y Psicotrópicas, tipificado en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Sustancias Estupeficientes y Psicotrópicas, ha quedado comprobada la ocurrencia del hecho delictivo y la responsabilidad del referido ciudadano, por lo que la sanción a ser aplicada, de conformidad con lo establecido en el artículo 628, segundo párrafo, es de privación de la libertad, la cual, de acuerdo a lo cursante en las actas procesales, se encuentra en la capacidad de cumplir. Ahora bien, el ciudadano (se omite el nombre por disposición legal) para el momento de ocurrencia del hecho imputado, tenía 16 años de edad, es por lo que de conformidad con lo establecido en el Párrafo Segundo del artículo 628 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, le corresponde una sanción de uno (1) a cinco (5) años de privación de libertad. En este contexto, la Corte de Apelaciones sancionó al ciudadano (se omite el nombre por disposición legal) con la privación de libertad por un lapso de cinco (5) años, dada la gravedad del delito imputado, sobre el cual, la Sala ha establecido el criterio que son " ... delitos relacionados con el tráfico y venta de sustancias estupeficientes y psicotrópicas son pluriofensivos, ya que atentan gravemente contra la integridad física, mental y económica de un número indeterminado de personas a nivel nacional e internacional, y de igual forma generan violencia social en los países donde se despliega dicha acción delictual..." (Sentencia N° 322 del 13 de julio de 2006). Ahora bien, el artículo 583 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, establece para el caso de la admisión de los hechos, una rebaja del tiempo de la sanción de un tercio a la mitad. En base al principio de proporcionalidad de la pena, se debe procurar que la misma sea la justa de acuerdo al hecho delictivo y a todas las circunstancias existentes, tanto agravantes como atenuantes, por lo que la Sala considera aplicable la rebaja del tiempo de la sanción impuesta al ciudadano (se omite el nombre por disposición legal) en la mitad, en virtud de no cursar en las actas de la causa, que el referido ciudadano haya tenido una conducta previa, transgresora del ordenamiento jurídico vigente, por lo que debe considerarse esta circunstancia como favorable al infractor primario. Aunado a esto, dada la edad del transgresor, el mismo podrá en un menor tiempo, asimilar todo el proceso educativo y socializador que pretende la jurisdicción especializada del niño y del adolescente, lo que significa que con el transcurso del tiempo, se logrará una mayor comprensión del hecho antijurídico, estando cada vez más cerca de la mayoría de edad, momento en el cual la ley otorga una responsabilidad penal plena.

3) Por último tenemos la sentencia N° 261 dictada por esa Sala de Casación Penal el 6 de mayo de 2008, con ponencia del Magistrado Héctor Coronado Flores, en la cual además de considerar improcedente la aplicación supletoria del Código Orgánico Procesal Penal en lo relativo al procedimiento de admisión de los hechos por estar debidamente regulado en la Ley Especial (tal y como lo señaló quien suscribe *supra*), indicó que la potestad discrecional del juzgador en esta materia es limitada, dictando decisión propia y corrigiendo la pena en un delito de Homicidio Calificado, rebajando un tercio por la admisión de los hechos, a la sanción definitiva.

"...El artículo anteriormente transcrito es muy claro y específico al señalar que sólo se aplicarán otros instrumentos legales distintos a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en aquellos casos que no se encontraran expresamente regulados por ella, es decir, cuando existen lagunas jurídicas. Por otra parte el artículo 583 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente instituye

que una vez admitidos los hechos objeto del proceso, si procede la privación de la libertad, el juez podrá rebajar el tiempo que corresponda de un tercio a la mitad. El artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal establece que en caso que el imputado admita los hechos objeto del proceso, el juez deberá rebajar la sanción aplicable al delito desde un tercio a la mitad de la sanción que haya debido imponérselo, atendidas todas las circunstancias, sin embargo si se tratase de delitos en los cuales haya habido violencia contra las personas, cuya pena exceda de ocho años en su límite máximo, el juez solo podrá rebajar la pena aplicable hasta un tercio. De las normas anteriormente transcritas, se evidencia que la Institución de la Admisión de los Hechos, se encuentra contemplada en las normas que regulan el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, dejando claramente establecido que desde el momento que opere la figura del procedimiento por admisión de los hechos el joven se encuentra en todo el derecho que se le aplique la rebaja de la sanción siempre y cuando se encuentre dentro de los límites establecidos en dicha norma, en el presente caso, la Corte Superior no ha debido aplicar el primer aparte del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, ya que el artículo 583 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente es claro y específico en cuanto a la figura de la Admisión de los Hechos, aunado a esto, recordemos que lo primordial de esta ley especial es el interés superior del niño y del adolescente y la misma establece líneas de acción de carácter obligatorio para todas las instancias de la sociedad y pone límites en la discrecionalidad de sus actuaciones. De tal manera que en el presente caso, la Corte Superior del Circuito Judicial del Estado Zulia Sección Adolescentes debió aplicar la rebaja de la sanción contemplada en la norma prevista en el artículo 583 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, que comprende entre un tercio a la mitad de la sanción, y no como la aplicó erróneamente la Corte Superior, al tomar en cuenta el primer aparte del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal; que señala que podrá rebajar el tiempo que corresponde de un tercio a la mitad. De lo anteriormente transcrito se evidencia que la recurrida incurrió en la infracción denunciada, razón por la cual la Sala considera procedente declarar con lugar el recurso de casación propuesto por la defensa. En virtud de la declaratoria anterior, esta Sala procede a efectuar la rectificación de la sanción que corresponde al adolescente (Identidad Omitida), de la manera siguiente: El delito cometido por el referido adolescente (Homicidio Calificado) acarrea la sanción señalada en el parágrafo primero del artículo 628 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente "La privación de libertad es una medida sujeta a los principios de excepcionalidad y de respeto a la condición peculiar de persona en desarrollo. En caso de adolescentes que tengan catorce años o más, su duración no podrá ser menor de un año ni mayor de cinco años. En caso de los adolescentes de menos de catorce años. En ningún caso podrá ser menor de seis meses ni mayor de los dos años. En ningún caso podrá imponerse al adolescente un lapso de privación de libertad mayor al límite mínimo de pena establecido en la ley penal para el hecho punible correspondiente". Del análisis de la norma en comento se colige que en aquellos casos de adolescentes infractores que tengan catorce años o más, la duración de la medida privativa de libertad no podrá ser menor de un año ni mayor a cinco. Ahora bien, la sanción aplicada por el Juez de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia Sección Adolescente fue de 3 años, atendiendo a lo solicitado por el Fiscal del Ministerio Público, asimismo el referido adolescente admitió los hechos, motivo por el cual esta Sala aplica la respectiva rebaja de un tercio, conforme lo establece el artículo 583 ibídem, siendo un tercio de 3 años, un (01) año, lapso éste que se le rebajará a la sanción de 3 años impuesta por el Tribunal de Control; quedando así la sanción a imponer en dos (02) años. En consecuencia, la sanción definitiva que ha de aplicársele al adolescente (Identidad Omitida) es de dos (02) años de privación de libertad, conforme a lo establecido en los artículos 628 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y 583 ibídem. Así se decide (...) 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, dicta los siguientes pronunciamientos: 1) Declara con lugar el recurso de casación interpuesto por la defensa del adolescente (Identidad Omitida) , 2) Anula el

fallo dictado por la Corte Superior del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia Sección Adolescente, con relación a la sanción interpuesta por el delito de Homicidio Calificado cometido por el Adolescente (Identidad Omitida); Rectifica la sanción, en 2 años por la comisión del delito de Homicidio Calificado previsto en el artículo 406 ordinal 1º del Código Penal...". **(Subrayado nuestro)**

De conformidad con lo criterios expuestos por esa Sala de Casación Penal, explanados con anterioridad, la razón le asiste a la defensa al considerar infringido el artículo 583 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, por no rebajarse el quantum de la sanción dentro de los límites que al efecto previó el Legislador, de forma que lo procedente en el presente caso, es que ese Máximo Tribunal, atendiendo a su criterio pacífico, declare Con Lugar el recurso de casación y dicte decisión propia corrigiendo la pena, disminuyéndola dentro de los límites especificados.

Por todos los razonamientos expuestos, este Representante Fiscal solicita que se declare Con Lugar el Recurso de Casación interpuesto en fecha 10 de Mayo de 2.010, por la abg. Indira Aray Montaña, Defensora Pública Primera con competencia en materia de Responsabilidad Penal del Adolescente del Circuito Judicial Penal del estado Guárico, en contra de la decisión el dictada el día 29 de abril de 2010, por la Corte de Apelaciones del referido Circuito Judicial Penal, Sección Adolescentes, en la cual declaró Sin Lugar el recurso de apelación impetrado el día 7 de octubre 2009 por la aludida defensora, en contra del fallo que el 5 de octubre de 2009 dictó el Juzgado Segundo de Primera Instancia en funciones de Control (Sección Adolescentes) del Circuito Judicial Penal del estado Guárico, por cuyo conducto declaró penalmente responsable a la adolescente (identidad omitida), y le impuso la sanción de tres (3) años, en virtud de haberse acogido a la fórmula de solución anticipada de la admisión de los hechos atribuidos por el Ministerio Público en la acusación, por la comisión y participación en el delito de homicidio intencional, previsto y sancionado en el artículo 405 del Código Penal Venezolano, en perjuicio de la adolescente (identidad omitida).

En caracas, a los nueve (9) días del mes de noviembre de dos mil diez (2010)."

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 18/02/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Penal Sustantiva

4.- TEMA: Simulación de Hecho Punible.

5.- EXTRACTO

En el delito de simulación de hecho punible, la acción típica consiste en interponer una denuncia (bien sea en forma verbal o escrita), sobre hechos que a pesar de ser expuestos como ciertos y con carácter punible (delitos o faltas), resultan hipotéticos o irreales. Esa denuncia sobre los hechos supuestos o imaginarios ha de presentarse ante el Ministerio Público o cualquier otro órgano que, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, tenga competencia para recibirla.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº DRD-20-097-2010

6.2.- FECHA: 29/04/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“(…)

Según el artículo 239 del Código Penal, invocado por la representación del Ministerio Público:

“Artículo 239. Cualquiera que denuncie a la autoridad judicial o a algún funcionario de instrucción un hecho punible supuesto o imaginario, será castigado con prisión de uno a quince meses. Al que simule los indicios de un hecho punible, de modo que de lugar a un principio de instrucción, se le impondrá la misma pena.

El que ante la autoridad judicial declare falsamente que ha cometido o ayudado a cometer algún hecho punible, de modo que de lugar a un principio de instrucción, a menos que su declaración sea con el objeto de salvar a algún pariente cercano, un amigo íntimo o su bienhechor, incurrirá igualmente en la propia pena.”

De lo anteriormente transcrito, puede colegirse que la representación fiscal consideró como calificación jurídica aplicable, el primer supuesto descrito en el artículo 239 del Código Penal, que -de acuerdo con el autor José Rafael Mendoza Troconis- constituye una especie de *Simulación de hecho punible*, objetiva y directa⁶⁶.

La acción típica, en dicho caso, consiste en interponer una denuncia (bien sea en forma verbal o escrita), sobre hechos que -a pesar de ser expuestos como ciertos y con carácter punible (delitos o faltas)- resultan hipotéticos o irreales.

66 MENDOZA T., José Rafael: *Curso de Derecho Penal Venezolano*. Tomo I. Empresa El Cojo, C.A. 4ª edición. Caracas, Venezuela. 1973. Pág. 185.

Esa denuncia puede ser presentada por cualquier persona, dado que el legislador no exige un agente calificado para ello; y -según lo señalado por la citada disposición- ésta debe interponerse ante el Juez o funcionario de instrucción.

Sobre este punto, debemos aclarar que -a partir de la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal- los Jueces ya no actúan como órganos receptores de denuncias, ni ejercen facultades para instruir la investigación penal; en consecuencia, ese supuesto normativo (que alude a la autoridad judicial) actualmente ha quedado en desuso, y -en nuestro criterio- se debe interpretar que la denuncia sobre los hechos supuestos o imaginarios ha de presentarse ante el Ministerio Público o cualquier otro órgano que, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, tenga competencia para recibirla.

Como presupuesto para la concreción de este tipo penal, es necesario que la simulación del hecho punible sea idónea para proceder al inicio de una investigación penal. Sobre ello, el autor Francisco Muñoz Conde -en el derecho penal comparado- ha sostenido que se requiere "(...) apariencia de verdad en la denuncia que pueda mover al órgano competente a iniciar las diligencias correspondientes"⁶⁷.

Adicionalmente, conviene advertir que el delito de Simulación de Hecho Punible constituye un tipo penal doloso, y de mera actividad, que no ha sido regulado para proteger derechos o intereses particulares, sino más bien para garantizar el normal desenvolvimiento de la Administración de Justicia⁶⁸.

Todas estas consideraciones de carácter dogmático nos llevan a señalar que -en este caso- no es posible afirmar la materialización del delito de Simulación de Hecho Punible, por cuanto del acto conclusivo no se desprende la concurrencia de todos los elementos típicos necesarios para ello.

En efecto, aún y cuando algunas fuentes de pruebas surgidas de la investigación evidencian que, el 13 de junio de 2008, la ciudadana D E V G interpuso ante el Ministerio Público una denuncia por la presunta comisión del delito de violencia psicológica, no se coligen del escrito acusatorio elementos de convicción que permitan asegurar la falsedad de los hechos denunciados.

De acuerdo con la motivación expuesta en el Capítulo III (parte *in fine*) del escrito fiscal, a la representación del Ministerio Público pareciera bastarle -como fundamento de esa falsedad o simulación- la decisión judicial mediante la cual se dictó el Sobreseimiento de la causa iniciada en virtud de esa denuncia.

Sin embargo, este Despacho observa que el Sobreseimiento se decretó con fundamento en lo establecido en el artículo 318 numeral 4 del Código Orgánico Procesal Penal⁶⁹, y ello supone que la investigación iniciada en dicha causa se agotó, sin haberse podido recabar elementos de convicción suficientes que permitieran alcanzar una certeza sobre lo sucedido y solicitar el enjuiciamiento del imputado. No existiendo por tanto certeza acerca de la no existencia o falsedad del hecho, no podría asegurarse que el hecho objeto del proceso -iniciado por la denuncia que hizo la ciudadana D V- resultó falso o simulado.

La causal de Sobreseimiento prevista en el artículo 318 numeral 4 del Código Orgánico Procesal Penal es conocida como supuesto de insuficiencia probatoria, ya que tiene elementos objetivos, referidos a los nuevos datos del hecho por incorporar a la investigación, y elementos subjetivos, vinculados a la participación del imputado; y supone que luego de culminada la fase de investigación, se determine que todo lo que había de ser investigado se indagó, es decir, en general, todas las diligencias

⁶⁷ MUÑOZ C., Francisco: Derecho Penal. Parte Especial. 16ª edición. Tirant lo Blanch libros. Valencia, España. 2007. Pág. 913.

⁶⁸ Sobre este particular, ver: CHIOSSONE, Tulio: Manual de Derecho Penal Venezolano. Colección Cursos de Derecho. Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela. 1972. Pág. 549.

⁶⁹ "Artículo 318. Sobreseimiento. El sobreseimiento procede cuando: (...) 4. A pesar de la falta de certeza, no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación, y no haya bases para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado".

pertinentes, eficaces y posibles, fueron realizadas, resultando que de ninguna de estas averiguaciones surgieron suficientes elementos de convicción que hagan posible formular una acusación con bases sólidas en contra de la persona señalada como autor o partícipe del hecho punible, todo lo cual, si coincide con la imposibilidad de incorporar a la investigación nuevos elementos que hagan posible determinar la participación cierta del imputado en el delito o incluso la realización del hecho, conllevaría necesariamente a la aplicación de este supuesto de sobreseimiento.

Así las cosas, es necesario señalar que una de las diferencias fundamentales de este supuesto, con el resto de las causales de Sobreseimiento, es que en todas las anteriores existe certeza y seguridad en cuanto a la comprobación de los supuestos de hecho y de derecho establecidos por la norma, mientras que este numeral implica —de entrada— una falta de certeza de la autoría o participación del imputado o incluso de la existencia del hecho, acompañada de la no posibilidad razonable, de incorporar nuevos datos a la investigación, generando como consecuencia el que no existan bases para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado. ”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 03/03/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Fiscalía Primera del Ministerio Público ante las Salas de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

3.- MATERIA: Penal Sustantiva

4.- TEMA: Violación en grado de tentativa

5.- EXTRACTO

“El Ministerio Público, respecto a la primera denuncia consideró que la conducta desplegada por el acusado, fue una verdadera violación no consumada, en virtud del acercamiento de éste al sitio donde se encontraba la víctima y forzarla deliberadamente a realizar una actividad sexual sin su consentimiento, tratando de invadir sexualmente su cuerpo por la fuerza, cuya conducta se subsume en los delitos de violación en grado de tentativa y lesiones personales leves, previstos y sancionados en los artículos 374, relacionado con los artículos 80 y 82, y, 416, todos del Código Penal, porque fueron violentos los actos ejecutados por el acusado (brincar la cerca de la casa de la víctima, taponarle la boca, subirle la falda, despojarla de su ropa interior y desprenderse de su ropa para intentar penetrarla) en perjuicio de la víctima, al forzarla y constreñirla a realizar acto carnal que no logró consumar dada la oportuna intervención de la hermana de la víctima quien se presentó al sitio y observó al acusado encima de la víctima sin ropa, momentos que aprovechó para huir del sitio donde quedó la víctima impregnada de tierra y lesionada en la pierna derecha. Seguidamente en cuanto a la segunda denuncia estimó el Ministerio Público que la Corte de Apelaciones dictó un pronunciamiento claro, cónsono, circunstanciado y diáfano, respetando los hechos acreditados por el *A-quo* y las probanzas en las que se afincó para dar sus conclusiones y dictar la sentencia condenatoria y que es falso que el impugnante haya alegado en apelación lo referido por el médico experto quien manifestó en juicio que la víctima solo presentaba excoriación en la pierna, que no había tenido sexo vaginal ni anal, por lo que mal podía la Corte de Apelaciones pronunciarse en torno a ello, si el apelante no lo denunció en el recurso de apelación, aunado a que el fondo de esta impugnación lo que persigue es destruir la calificación jurídica otorgada. Motivos por los cuales se solicitó a la Sala de Casación Penal del Máximo Tribunal de la República fuera declarado Sin Lugar el Recurso de Casación propuesto.”

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° Escrito S/N.

6.2.- FECHA: 14/10/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Quien suscribe, Nestor Luis Castellano Molero, actuando en este acto en mi carácter de Fiscal Primero del Ministerio Público ante las Salas de Casación y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,⁷⁰ de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con los numerales 2º, 3º y 4º del artículo 35 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, ocurro ante Ustedes con el objeto de intervenir en la audiencia oral a la

⁷⁰ designado por la Fiscal General de la República según Resolución N° 181, de fecha 19 de febrero de 2010.

que se contrae el artículo 466 del Código Orgánico Procesal Penal, correspondiente a la causa N° 2010-208, contentiva del Recurso de Casación interpuesto en fecha 8 de junio de 2010 por los defensores del acusado Anderson José Dos Santos Barrera, Abgs. Jesús Vergara Peña y Richard Portillo Torres, en contra de la decisión dictada el 30 de abril de 2010, por la Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial del Estado Zulia, la cual declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto el 12 de febrero de 2010 por el abogado Clemente Enrique Boscán, contra el fallo que el 29 de enero de 2010, dictó el Tribunal Octavo de Primera Instancia en Funciones de Juicio del referido Circuito Judicial Penal, por cuyo conducto condenó al acusado Anderson José Dos Santos Barrera, a cumplir la pena de cinco (05) años, un (01) mes y quince (15) días de prisión por los delitos de violación en grado de tentativa y lesiones intencionales leves, previstos y sancionados en el artículo 374, en relación con los artículos 80 y 82, así como el artículo 416 del Código Penal, perpetrado en perjuicio de la ciudadana (...).

En este sentido, pasa el Ministerio Público a realizar las siguientes consideraciones:

ANTECEDENTES

El Fiscal Trigésimo Tercero (33°) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, en fecha 04 de agosto de 2008, presentó escrito de acusación (fs. 1 al 11, pieza 1), en contra del ciudadano Anderson José Dos Santos Barrera, por la presunta comisión de los delitos de abuso sexual de adolescente y lesiones intencionales leves, tipificados y penados en los artículos 260 la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y 416 del Código Penal, perpetrados en perjuicio de la ciudadana (...).

Celebrada la audiencia preliminar el 10 de octubre 2008, ante el Tribunal Quinto (5°) de Primera Instancia en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Zulia, se admitió totalmente la acusación Fiscal presentada por el delito de abuso sexual y lesiones intencionales leves, tipificados y penados en los artículos 260 la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y 416 del Código Penal, así como la totalidad de las pruebas ofrecidas por la defensa y el Ministerio Público. Finalmente, se decretó en contra del acusado Anderson José Dos Santos Barrera, la medida cautelar sustitutiva de libertad solicitada conforme a lo dispuesto en el artículo 256 del Código Orgánico Procesal Penal y se ordenó la apertura del juicio oral y público (fs. 30 al 33, pieza 1). Ese mismo día, dicho Tribunal publicó el fallo respectivo.

Luego de numerosos diferimientos, finalmente en fecha 28 de octubre de 2009, se constituyó de forma mixta el Tribunal Octavo (8°) en funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del estado Zulia, iniciándose el debate oral y público, el cual culminó en la audiencia correspondiente al día 07 de enero de 2010 (fs. 111 al 208, pieza 1).

En devenir del Juicio, específicamente en la audiencia del día 02 de diciembre de 2009, el Juzgador advirtió a las partes en torno a un cambio de calificación jurídica conforme a las previsiones del artículo 350 del Código Orgánico Procesal Penal, puesto que a su criterio los hechos debatidos podrían configurar el delito de violación en grado de tentativa, previsto y sancionado en el artículo 374, en relación con los artículos 80 y 82, todos del Código Penal, en lugar del delito de abuso sexual de adolescente que atribuyó el Ministerio Público en su escrito de acusación, sin que la defensa presentara en lo que restaba del Juicio nuevas pruebas respecto a ello,

Posteriormente, en la audiencia del día 07 de enero de 2010, el Juzgador y el escabinado dictaron por unanimidad el pronunciamiento respectivo, en el cual se condenó al acusado Anderson José Dos Santos Barrera, a cumplir la pena de cinco (05) años, un (01) mes y quince (15) días de prisión por considerarlo autor y penalmente responsable de la comisión de los delitos de violación en grado de tentativa y lesiones intencionales leves, previstos y sancionados el primero, en el artículo 374, en relación con los artículos 80 y 82, y el segundo en el artículo 416, todos los anteriores del Código Penal Venezolano, perpetrados en perjuicio de la ciudadana (...). Luego el 29 de enero, se publicó en extenso

el texto del fallo (fs. 215 al 240, pieza 1) de cuyo contexto se evidencia que el Tribunal Mixto, dio por establecido los siguientes hechos:

"...la víctima (...), era una adolescente de 17 años de edad, para el día 05 de febrero de 2008, un día de carnaval, cuando esta se encontraba en su vivienda la cual compartía con su padre (...) y sus hermanas (...), en el (...), en horas de la noche encontrándose en el frente de su casa con dos amigos conversando, discutió con su hermana porque era tarde y esta quería que se acostara, que ingresara a la vivienda empezó a pegar gritos para obligar a su hermana a dormir, producto de los gritos,...unos vecinos acudieron a su casa entre los que se encontraba el acusado Anderson Jose Dos Santos Barrera... todas las personas se retiraron, y el acusado ...le manifestó a la víctima (...) ... que el regresaría para que hablaran, quien accedió a que el acusado...regresara para tratar de convencerlo de que no le dijera nada a su padre, circunstancia esta que la víctima ... se lo comunica a su hermana...al regresar el acusado... la víctima (...) le comunica a su hermana que ella saldría sólo un momento para tratar de convencer al acusado...quien le había solicitado conversar luego del incidente; Al salir de la vivienda se encuentra con la sorpresa de que el acusado...se encontraba ya dentro de la casa, es decir que ya se había saltado la cerca, quien le manifiesta a la víctima...de por qué siempre estaba hasta tan tarde con sus amigos, a lo que luego le sigue solicitándole que le diera un beso, ella de inmediato se niega...a lo cual el acusado... se enfurece y le manifiesta que si no es por las buenas es por las malas, a lo cual procede a taponarle la boca a tirarla al piso, levantarle la falda y bajarle la pantaleta, y a bajarse su mono sacar su pene y tratar de penetrarla, mientras que la víctima ... le pedía con clemencia que cesara su acción ya que ella en ese momento tenía el período...en ese instante la hermana de la víctima ...al ver que su hermana... tardaba, sale de su casa y encuentra al acusado ... tratando de acceder sexualmente a la fuerza y mediante violencia lograra su cometido... el acusado ... se levanta, sube el mono y sale corriendo, dejando a la víctima (...) tirada en el suelo, llena de tierra y bañada en llanto por la agresión sufrida..." (síc)

Mediante escrito de fecha 12 de febrero de 2010, el abogado privado Clemente Enrique Boscán (nuevo defensor del acusado), interpuso recurso de apelación, con fundamento en los numerales 2º y 4º del artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal, formulando dos (2) denuncias del siguiente tenor (fs. 250 al 262, pieza 1):

1. Arguyó la inmotivación del fallo a-quo y como consecuencia la violación de los numerales 3º y 4º del artículo 364, porque el Tribunal de Juicio "...pronunció un fallo totalmente inmotivado" al "realizar una enumeración taxativa y a copiar los interrogatorios de los medios de prueba incorporados...sin efectuar la debida comparación, análisis y concatenación". Seguidamente, enumera las testimoniales que a su criterio sólo fueron transcritas y no analizadas, agregando que el Juzgador "realiza unas consideraciones...que atentan...contra la inteligencia humana". Finalmente, indicó que el Tribunal de la intermediación para desestimar las declaraciones promovidas por la defensa, utilizó un basamento valorativo no previsto en el actual Código Orgánico Procesal Penal, al encontrarse contenido en el ya derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, contrariando así el sistema de la sana critica consagrado en el artículo 22 *ejusdem*.
2. Alegó la violación de ley por errónea aplicación del artículo 374, en concordancia con el 80 y 82, todos del Código Penal Venezolano, por cuanto a su criterio el órgano jurisdiccional calificó erróneamente el delito, al alegar que, para que "se configure la tentativa en un delito, es necesario que el presunto autor...haya realizado actos de ejecución...y no haya podido consumarlo por causas independientes a su voluntad..." no obstante conforme a los hechos imputados a su defendido "no se realizaron actos para la ejecución del delito de violación, debido a la presencia de innumerables personas" y en todo caso lo que cometió fue un acto lujurioso con el fin de manosear a la víctima.
3. Finalmente, solicitó en caso de proceder su primera denuncia se anule fallo recurrido y se

ordene la celebración de un nuevo juicio. Y en caso de ser procedente la segunda, solicitó la modificación de la calificación jurídica y la corrección del *quantum* de la pena.

Conforme al auto dictado el 8 de abril de 2010, la Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Zulia, admitió el recurso de apelación (f. 244 pieza 1), celebrándose la audiencia respectiva el 27 de abril de 2010, en la cual la referida defensa ratificó los fundamentos de su apelación (fs. 299 a 302, pieza 1).

DE LA DECISIÓN RECURRIDA

El 30 de abril de 2010, la Sala N° 1 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, declaró sin lugar, el recurso de apelación interpuesto el 12 de febrero de 2010 por el abogado Clemente Enrique Boscán, confirmando el fallo que el 29 de enero de 2010, dictó el Tribunal Octavo (8°) de Primera Instancia en Funciones de Juicio del referido Circuito Judicial Penal constuido en forma mixta, en el cual condenó al acusado Anderson José Dos Santos Barrera, a cumplir la pena de cinco (05) años, un (01) mes y quince (15) días de prisión, por considerarlo autor y penalmente responsable en la comisión de los delitos de violación en grado de tentativa y lesiones intencionales leves, previstos y sancionados el primero en el artículo 374, en relación con los artículos 80 y 82, y el segundo en el artículo 416, todos del Código Penal Venezolano, perpetrado en perjuicio de la ciudadana 8 (...). (fs. 310 al 328, pieza 1).

En virtud de la anterior decisión, los Defensores Privados del acusado de marras, Abgs. Jesús Vergara Peña y Richard Portillo Torres (recién incorporados a la defensa) el día 08 de junio de 2010 interpusieron Recurso de Casación, constante de dos (2) denuncias (fs. 353 al 384, pieza 1), las cuales fueron admitidas en su totalidad, conforme al auto N° 353 dictado por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, el 6 de agosto de 2010, con ponencia del magistrado Héctor Manuel Coronado Flores (fs. 404 al 411, pieza 1).

DEL RECURSO DE CASACIÓN Y LOS ARGUMENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

Vista la admisión del recurso de casación interpuesto por los mencionados defensores privados, el Ministerio Público se referirá al mismo, contestando cada una de las denuncias admitidas, previa confrontación de la recurrida con lo denunciado, así tenemos:

Primera denuncia: Con fundamento en el artículo 460 del Código Orgánico Procesal Penal,⁷¹ se denunció la "...Violación de la Ley por Indebida aplicación de[...]. artículo 374 en concordancia con lo previsto en los artículos 80 y 82 y en el 416 todos del Código Penal, referidos a los delitos de violación en grado de tentativa y lesiones intencionales leves..."

Como fundamento de lo anterior, refieren que la víctima (...) nunca manifestó a lo largo del debate que el acusado de autos "tuviese intenciones de violarla". A continuación, transcribe parcialmente la declaración rendida por la ella durante el juicio oral celebrado, para luego afirmar que el acusado de autos solo quiso besarla a la fuerza, por lo que "...asimilar esta conducta a un tipo penal de tanta gravedad y con unas condiciones objetivas de punibilidad tan taxativas y específica violenta el principio de adecuación típica..." (síc).

⁷¹ "Artículo 460. Motivos. El recurso de casación podrá fundarse en violación de la ley, por falta de aplicación, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. Cuando el precepto legal que se invoque como violado constituya un defecto del procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su subsanación, salvo en los casos de infracciones de garantías constitucionales o de las producidas después de la clausura del debate.

Luego de ello, transcribieron un conglomerado de definiciones doctrinarias esbozadas acerca del delito de violación, para concluir que para su configuración "...es necesario, que exista un acceso carnal del sujeto activo hacia el pasivo, de manera violenta, por medio de la fuerza física o mediante la intimidación o el uso conjunto de las dos formas coactivas ...que haya introducción del pene de manera total o parcial en el cuerpo del sujeto pasivo...solicitar un beso...estaríamos en presencia inequívoca del delito de actos lascivos...la conducta desplegada presuntamente por nuestro defendido, para el supuesto que fuera punible, encuadra ...en la figura tipo contenida en el artículo 376 del Código Penal...los actos lascivos son aquellos hechos dirigidos a despertar lujuria, pero sin llegar al acceso carnal...".

Finalmente, solicitaron a la Sala de Casación Penal del Máximo Tribunal de la República, dictara una decisión propia de conformidad con lo establecido en el artículo 467 del Código Orgánico Procesal Penal, aplicándose el artículo 376 del Código Penal y en consecuencia la pena correspondiente al delito de actos lascivos, tomando en consideración además para el cálculo, la buena conducta predelictual de su defendido, tal y como lo disponen las previsiones del ordinal 4º del artículo 74 *ejusdem*.

Ahora bien, el Ministerio Público observa de lo denunciado por la defensa recurrente, que se le atribuye a la Sala N° 1 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, una infracción en la cual estrictamente, sólo pueden incurrir los Tribunales de Juicio (a pesar de que en su recurso de casación la defensa advirtió lo contrario), ello al momento de darle el justo valor motivacional a cada elemento probatorio evacuado, olvidando, que la casación es un recurso limitado, que permite el control del fallo de Alzada e indirectamente el de primera instancia, cuando aquél violente normas u omita alegatos, cuya fundamentación estrictamente descansa en los hechos establecidos por el Tribunal de Instancia,⁷² conforme a lo debatido en Juicio.

Es decir, derivando en un yerro procesal su denuncia, pretende que la Casación se convierta en una tercera instancia, pero que además se inmiscuya en la facultades del Juez de la Inmediación, al dejar al sano y respetado criterio de los magistrados de la Honorable Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, la valoración del testimonio de la víctima que rindiese en el devenir del Juicio celebrado, circunstancia ésta que, dadas las características del sistema acusatorio, no es materia de discusión en la etapa casacional del proceso penal.

No obstante lo anterior, al observarse que en la segunda denuncia del recurso de apelación impetrado, se alegó de igual forma (al igual que en esta primera de casación) la indebida aplicación de la norma del Código Penal que consagra el delito de violación (artículo 374), indicando que no pudo existir la tentativa de ese delito, ya que conforme a los hechos sólo existieron actos lujuriosos dirigidos a manosear a la víctima, es por lo que a continuación se analizará la respuesta y fundamentación obtenida de la Alzada recurrida, en torno a dicho alegato. En este sentido, el tribunal colegiado luego de transcribir los hechos fijados durante el debate oral por el Tribunal de Juicio, motivó su decisión, señalando en torno a ello que:

"Resulta evidente, que en el presente caso la conducta desarrollada por el acusado de autos se encaminó de manera conciente y voluntaria a ejecutar el delito de violación, previsto en el artículo 374 del Código Penal, pues de manera clara se evidenciaron actos inequívocos en la conducta del acusado Anderson José Dos Santos Barrera, como lo fueron el haber brincado la cerca de la casa de la víctima agarrarla a la fuerza, para luego de taponarle la boca procediendo a subir su falda, bajarle su ropa interior, y despojarse de

⁷² "...A la casación le corresponde el examen del Derecho, esto es, si el derecho material o procesal ha sido subsumido correctamente a la situación fáctica acreditada por el tribunal de mérito. La casación es un recurso limitado. Permite únicamente el control "in iure". Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y sólo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al Derecho material o formal (Claus Roxin. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto, Buenos Aires-Argentina, 2000, p 466)...". Sentencia N° 156 de Sala de Casación Penal, Expediente N° C06-0481 de fecha 16/04/2007

un mono que cargaba e intentar penetrarla. Acción ésta que no pudo concretar debido a la intervención en el sitio del suceso de la hermana de la víctima lo que produjo que el acusado saliera corriendo del lugar antes de completar todos los actos que eran necesarios para la comisión del delito de violación, tal como lo era el acceso carnal con la víctima. Siendo ello así, consideran estas juzgadoras que en el presente caso la calificación jurídica dada a los hechos por el juez de instancia se adecua perfectamente a los hechos y la conducta del acusado, que quedó acreditada en la decisión recurrida, pues en ella concurren todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal calificado en su forma de comisión imperfecta”.

A continuación, el Tribunal Colegiado realizó consideraciones en cuanto a la gravedad del delito de Violación y la obligación que tiene el Estado por mandato constitucional de impartir justicia frente a ese tipo de hechos punibles, declarando sin lugar tal argumento apelativo.

Como se observa de todo lo anterior, la recurrida con base a las comprobaciones fijadas por el Juez de la Inmediación, consideró que efectivamente existieron "*actos inequívocos*" (brincar la cerca de la casa de víctima, taponarle la boca, subirle la falda, despojarla a la fuerza de su ropa interior y finalmente desprenderse de su ropa para intentar penetrarla) que fueron ejecutados violentamente y mediante amenazas por el acusado Anderson José Dos Santos Barrera, sobre la víctima (...), con el objeto de constreñirla a realizar un acto carnal, que no se concretó por la "*...intervención en el sitio del suceso de la hermana de la víctima...que produjo que el acusado saliera corriendo del lugar antes de completar los actos...*" necesarios para su consumación, todo lo cual sin lugar a dudas constituyen en derecho, la materialización de los delitos de violación en grado de tentativa y lesiones intencionales leves, previstos y sancionados en el artículo 374, en relación con los artículos 80 y 82 y el artículo 416 del Código Penal.

Abundamos en este sentido, para traer a colación, el criterio jurisprudencial sostenido en la sentencia N° 411 de fecha 18 de julio de 2007, por la Sala de Casación Penal del Máximo Tribunal de la República, en donde bajo ponencia del Dr. Eladio Ramón Aponte Aponte, se especificó lo siguiente:

"...El hecho punible de la violación supone privar a la víctima de su dignidad humana y el sentido de sí mismo, al ser considerado y degradado como un mero objeto físico sexual. La dignidad humana encarna el respeto a la integridad de la persona y las conductas punibles reguladas en el Capítulo Primero del Título Octavo del Código Penal, relativas a la violación, seducción, prostitución o corrupción de menores y ultrajes al pudor, buscan preservar que los integrantes de una sociedad no se transfiguren en un elemento de sometimiento y desigualdad en el ámbito sexual, en razón que la actividad sexual es un derecho humano indiscutible de la personalidad y, en derivación, inalienable..."

A fines de reforzar más aun lo antes expuesto, relativo a que tales hechos efectivamente configuran el delito de Violación, resulta oportuno destacar el contenido de la sentencia N° 409 proferida por la aludida Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, aprobada por unanimidad el 07 de agosto de 2009, conforme a la cual al definir el delito de violación lo ha entendido como "...la actividad sexual forzada con una persona que no ha dado su consentimiento (deben existir fines lascivos). Violar es invadir sexualmente el cuerpo de otra persona por la fuerza. Es un ultraje deliberado contra la integridad física y emocional de un ser humano, un asalto violento, aterrador y degradante que daña gravemente el equilibrio corporal y psicológico de la víctima. Ocurre cuando se obliga a una persona a participar de un acto sexual en contra de su voluntad".... Lo anterior, nos permite afirmar, que la conducta desplegada por el aquí condenado, fue una verdadera violación no consumada, en virtud del acercamiento al sitio en donde se cometía de la hermana de la víctima, a quién se le forzaba deliberadamente a realizar una actividad sexual sin su consentimiento, tratando de invadir sexualmente su cuerpo por la fuerza.

Así mismo, en ésta última sentencia que se invoca, se denunciaba al igual que en este caso, la falta de aplicación de un tipo penal previsto en el Código Penal Venezolano. A este tenor y al momento de darle resolución al punto impugnado, la Sala de Casación Penal, citando a su vez la decisión N° 109 del 24 de marzo de 2009, le exige al impugnante que denuncia falta de aplicación de una norma, el señalamiento certero de los hechos establecidos por el *a-quo*, a fin de poder constatar si las conductas

desplegadas por el agente del delito, efectivamente se subsumen ó no en el supuesto de hecho de la norma que se denuncia como aplicada erróneamente, no obstante, como vemos en nuestro caso, los hechos debatidos y fijados por el Tribunal de Inmediación, configuran el delito de Violación por el cual fue condenado Anderson José Dos Santos Barrera, más no el de actos lascivos pretendido por la defensa. Así, se refleja la decisión que invocamos lo siguiente:

"...Sostiene la Sala Penal, lo siguiente: "... La indebida aplicación de la norma penal ocurre cuando el sentenciador en conocimiento del alcance y contenido del dispositivo lo aplica incorrectamente al caso, lo que deriva en una evidente contradicción entre la conducta tipificada y las circunstancias de hecho y Derecho expuestas en la sentencia. ... cuando se denuncia la indebida aplicación de una norma jurídica, debe el recurrente señalar cuáles fueron los hechos establecidos por el Juzgador de Juicio, a fin de poder constatar la veracidad o no de la infracción, lo que deduce que esta instancia como tribunal de casación sólo conocerá de los fundamentos de derecho aplicados por la alzada en relación a los hechos ya establecidos por el tribunal de inmediación...". (vid. Sentencia nº 109 del 24 de marzo de 2009). Por ende, en el presente caso la Corte de Apelaciones no incurrió en el vicio de indebida aplicación del artículo 374 del Código Penal y como consecuencia de ello, la falta de aplicación del artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, ya que los hechos que fueron acreditados por el Tribunal de Juicio durante el curso del debate se subsumen en el delito de violación agravada, previsto en el ordinal 1º del artículo 374 del Código Penal y no en el delito de abuso sexual a niño previsto en el artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, al quedar demostrado que la víctima para el momento de ocurrido el hecho contaba con 9 años de edad lo que la hace vulnerable con respecto a su agresor, además que la penetración incompleta durante la actividad sexual no consentida no subsume el hecho en otro tipo penal y mucho menos la atenúa....".

Conforme a lo anterior, efectivamente, tal y como lo dejó asentado esa Alzada, - se insiste- durante el debate oral y público quedó demostrado y así lo dio por establecido el Tribunal de Juicio, que las conductas desplegadas por el mencionado acusado se subsumen en los supuestos legales contemplados en los artículos 374 en relación con los artículos 80 y 82 (determinándose la tentativa para este tipo penal) y 416, todos del Código Penal Venezolano, a saber, los delitos de violación en grado de tentativa y lesiones personales leves, ello en virtud de los actos violentos ejecutados (brincar la cerca de la casa de víctima, taparle la boca, subirle la falda, despojarla a la fuerza de su ropa interior y finalmente desprenderse de su ropa para intentar penetrarla) en perjuicio de la víctima, forzándola y constriñéndola a realizar el acto carnal que no logró consumar por la oportuna intervención de la ciudadana(...), quien llegó y observó al acusado encima de la víctima sin ropa, huyendo del sitio al verse sorprendido, quedando la víctima impregnada de tierra y además lesionada en la pierna derecha.

Dichos hechos quedaron establecidos de la siguiente manera:

"...la víctima (...), era una adolescente de 17 años de edad, para el día 05 de febrero de 2008, un día de carnaval, cuando esta se encontraba en su vivienda la cual compartía con su padre (...) y sus hermanas (...), en el (...), en horas de la noche encontrándose en el frente de su casa con dos amigos conversando, discutió con su hermana porque era tarde y esta quería que se acostara, que ingresara a la vivienda empezó a pegar gritos para obligar a su hermana a dormir, producto de los gritos,...unos vecinos acudieron a su casa entre los que se encontraba el acusado Anderson Jose Dos Santos Barrera... todas las personas se retiraron, y el acusado ...le manifestó a la víctima (...) que el regresaría para que hablaran, quien accedió a que el acusado...regresara para tratar de convencerlo de que no le dijera nada a su padre, circunstancia esta que la víctima ... se lo comunica a su hermana...al regresar el acusado... la víctima (...) le comunica a su hermana...que ella saldría sólo un momento para tratar de convencer al acusado...quien le había solicitado conversar luego del incidente; Al salir de la vivienda se encuentra con la sorpresa de que el acusado...se encontraba ya dentro de la casa, es decir que ya se había saltado la cerca, quien le manifiesta a la víctima...de por qué siempre estaba hasta tan tarde con sus amigos, a lo que luego le sigue solicitándole que le diera un beso, ella de inmediato se

niega...a lo cual el acusado... se enfurece y le manifiesta que si no es por las buenas es por las malas, a lo cual procede a taponarle la boca a tirarla al piso, levantarle la falda y bajarle la pantaleta, y a bajarse su mono sacar su pene y tratar de penetrarla, mientras que la víctima ... le pedía con clemencia que cesara su acción ya que ella en ese momento tenía el período...en ese instante la hermana de la víctima ...al ver que su hermana... tardaba, sale de su casa y encuentra al acusado ... tratando de acceder sexualmente a la fuerza y mediante violencia lograra su cometido... el acusado ... se levanta, sube el mono y sale corriendo, dejando ala víctima (...) tirada en el suelo, llena de tierra y bañada en llanto por la agresión sufrida..." (sic) (fs. 215 al 240, pieza1).

A pesar de ello, es decir, de haber quedado demostrado durante la intermediación y así lo confirmara la Alzada con base a esas comprobaciones, que las conductas ejecutadas por Anderson José Dos Santos Barrera estuvieron dirigidas a contrefñir a la víctima mediante violencia a tener un acto carnal no consentido, no obstante pretende la defensa recurrente, que esta Sala de Casación Penal, quebrante la intermediación del Juez de Juicio y analice la declaración de la propia víctima (...), porque a su criterio ella no manifestó en el debate que el acusado de autos "...tuviese intenciones de violarla...", lo que significa que sólo quiso besarla, cuando como vimos de todo lo analizado y transcrito, quedó ondamente evidenciado lo contrario (la intención de consumar el acto carnal), independientemente de que la víctima expresamente no haya manifestado la intencionalidad de su agresor.

No obstante lo anterior, es preciso indicar que del contexto de la declaración rendida por la víctima, se infieren no solo las circunstancias de modo, tiempo y lugar bajo las cuales se desarrollaron los hechos, sino además que, muy por el contrario a lo maliciosamente expresado por la defensa del acusado de marras, ésta al responder al particular de si efectivamente fue violada o no por el acusado Anderson José Dos Santos Barrera, manifestó de manera categorica e irrefutable que no, pero que "...lo había intentado..."

Esta respuesta la silencia sin mayor desparpajo la defensa, con el objeto de darle un sentido distinto a la declaración de la víctima.

No conforme con su actuar, la defensa recurrente pretende que la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia conozca y analice la deposición de la víctima, para resolver nuevamente, el alegato ya resuelto por la Corte de Apelaciones en la segunda denuncia de apelación, utilizando el recurso extraordinario de casación, como una tercera instancia, tergiversando la labor intelectual que como Tribunal de derecho ostenta dicha instancia.

A mayor abundamiento, el Ministerio Público considera indispensable para el fortalecimiento de la presente opinión, citar jurisprudencia en torno a la indebida utilización del recurso de extraordinario de casación como tercera instancia y para plantear nuevamente los mismos fundamentos de la apelación, así como, que las Cortes de Apelaciones son Tribunales de Derecho y no para revisar los hechos, cuya competencia es inherente a los Jueces de Juicio. Esta circunstancias parecen haber quedado sumidas en el mayor de los olvidos por parte de los defensores privados del acusado, quienes en definitiva lo que pretenden es que se revise nuevamente la sentencia de juicio, por el simple hecho de estar en desacuerdo con ella, cuando como vimos el Tribunal Colegiado cumplió satisfactoriamente su labor, resolviéndole fundadamente los alegatos invocados en apelación. En este sentido el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Penal ha precisado que:

"El recurso de casación es para revisar la sentencia de última instancia, es decir, para verificar la existencia de errores de derecho cometidos por la Corte de Apelaciones al resolver el recurso de apelación, y no para plantear los mismos alegatos del recurso de apelación." Sala de Casación Penal, Sentencia Nro. A-052 del 11/11/2004

"..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 Sala Ocho de 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..Por último, considera la Sala de Casación Penal, que la sentencia recurrida, cumplió con la doctrina relacionada a la motivación de las sentencias,

en la cual se ha establecido de manera reiterada y pacífica que: "... las Cortes de Apelaciones incurrirán en inmotivación de sus sentencias, fundamentalmente por dos (2) razones: la primera, cuando omitan cualquiera de las circunstancias denunciadas por el apelante; y la segunda, cuando no expresen de forma clara y precisa los fundamentos de hecho y de derecho por los cuales se adopta el fallo, tales violaciones constituyen infracciones a los artículos 26 y 49 (numeral 1) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 173, 364 (Numeral 4), y 441 del Código Orgánico Procesal Penal...". (Sentencia N° 164, del 27 de abril de 2006)....". Sala de Casación Penal. Sent. 62 del 12 de marzo de 2009.

"la Corte de Apelaciones no conoce los hechos de manera directa e inmediata sino indirecta y mediata, ni tampoco valora pruebas ya establecidas en el juicio de instancia, ya que es un tribunal que conoce de derecho y de los posibles vicios cometidos en el proceso que precede a la sentencia recurrida, salvo claro está, que deba expedir una decisión propia, con arreglo a lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal, tal cual lo proclama expresamente el artículo 457 ejusdem. Sentencia N° 098 de Sala de Casación Penal, Expediente N° C07-0576 de fecha 20/02/2008

Por último en cuanto a esta primera denuncia, no puede dejar de obviar el Ministerio Público que el impugnante en Casación, contraviene los hechos dados por probados por el A quo, y paralelamente denuncia la falta de aplicación de una norma, en este caso, la prevista en el artículo 376 del Código Penal Venezolano, lo cual de suyo, atenta contra las directrices elementales que deben tomarse en cuenta al ejercer este Recurso Extraordinario, pues si lo alegado es la errónea aplicación de una norma, se deben respetar en un todo los hechos precisados por el Juez de la Primera Instancia, y a partir de allí entrar a determinar mediante el ejercicio de subsunción, las razones por las cuales el sentenciador incurrió en el error a encuadrarlo en un tipo penal y no en otro.

Es decir, los hechos no pueden cuestionarse en Casación si lo alegado es la falta o errónea aplicación de una norma, pues a partir de su enunciación certera, la Sala de Casación Penal determinará si incurrió o no el sentenciador en el vicio invocado; de resultar contrario, se violentaría el Principio de Inmediación contemplado en el artículo 16 del Código Orgánico Procesal Penal, habida cuenta que, el debate fue presenciado por el Juzgador de la Primera Instancia, y fue ante sus ojos que se evacuaron todos y cada uno de los elementos probatorios ofertados por las partes, por lo que, es el único llamado a darle mérito y acreditarlos en toda su extensión.

A la alzada y ya en Casación, corresponde revisar la labor intelectual llevada a cabo por el Sentenciador de Primera Instancia, y en ese sentido determinar si fue correcta o no la certeza a la que arribó, y si su discernimiento jurídico fue apropiado y adecuado con lo alegado y probado en autos. Empero y queremos hacer hincapie en ello, no se pueden denunciar conjuntamente la falta o errónea aplicación de una norma y la incongruencia en los hechos, pues si para poder subsumir una conducta en un tipo penal debe tomarse como patrón los hechos acreditados, mal podrían controvertirse y a la par solicitar que se revise la calificación jurídica dada, al resultar obvio que, al incurrir el sentenciador en un error al fijar los hechos, el derecho que nace de éstos, es errado de igual forma.

A este tenor, se trae a colación el criterio jurisprudencial sostenido por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia en la Sentencia N° 123 de fecha 31 de marzo de 2009, de cuya letra se desprende lo siguiente:

"...Cuando se alega error de derecho, por indebida aplicación o falta de aplicación de una norma sustantiva, es necesario que se señalen con toda precisión los hechos dados por probados por el Juzgador de Juicio, a los efectos de que la Sala pueda constatar si esos hechos se corresponden o no con los elementos del tipo penal que se dice infringido y pueda entrar a considerar si la calificación jurídica dada fue la correcta. Asimismo...en este tipo de denuncias, los recurrentes deben respetar los hechos dados por probados, pues, si se cuestiona el establecimiento de los hechos mal podría alegarse error de derecho en la calificación del delito..."

Por todos y cada uno de los razonamientos explanados, resulta indudable que los quebrantamientos denunciados por la recurrente en esta primera denuncia son inexistentes, dado que quedaron demostrados efectivamente los delitos de violación en grado de tentativa y lesiones intencionales leves y por ende no fueron indebidamente aplicadas las normas que los contienen, es decir, el artículo 374, en relación con los artículos 80 y 82 y el artículo 416 del Código Penal. En consecuencia, el Ministerio Público pide se declare Sin Lugar esta primera denuncia del recurso de casación.

Segunda denuncia: Con fundamento en el artículo 460 del Código Orgánico Procesal Penal, denunció la infracción del numeral 4º del artículo 364, al igual que en su primera denuncia de apelación, porque la decisión carece de "...motivación suficiente, pues la Corte de Apelaciones...no se molestó en fundamentar su desestimación de la solicitud del apelante...obviando por completo lo referido por el Médico Experto Julio Cesar Rivas...quien en juicio manifestó...que la presunta víctima solo presentaba una excoriación en la pierna, y que la misma no había tenido sexo, ni vía vaginal ni vía anal..." todo lo cual a su criterio, da cuenta de la inculpabilidad de su defendido y confirma lo dicho por la víctima en cuanto a que el imputado "solo le pedía un beso".

Igualmente, arguyó que la Sala Nº 1 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Zulia no se pronunció suficientemente en torno a lo también alegado en relación al quebrantamiento del "sistema de valoración de la prueba...al no valorar el testimonio de los testigos ...de la defensa... sin detenerse a analizar el exceso en que se incurrió al desestimar dichos testimonios por el solo hecho de haberles parecido "poco confiables", en virtud de que estos manifestaron en sus dichos que el padre de la adolescente presunta víctima, era muy permisivo con sus hijas...con lo cual se evidencia claramente la ausencia de una motivación cónsona...El vicio denunciado tiene influencia decisiva positivo del fallo, pues la falta de motivación por no comparar los diversos elementos de convicción, y el por qué acoge una prueba y desestima otra, coloca a nuestro defendido en estado de indefinición, y por consiguiente el fallo debe ser anulado.."

Ahora bien, la respuesta otorgada por la recurrida Corte de Apelaciones con motivación propia a la primera denuncia de apelación opuesta por esa defensa privada, fue la siguiente:

" En cuanto al primer motivo de apelación referido a la inmotivación de la sentencia, toda vez que a juicio del recurrente, la misma no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 364.3.4 del Código Orgánico Procesal Penal, referidos a la determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el Tribunal estimó acreditados, y la exposición concisa de los fundamentos de hecho y de derecho, por cuanto a su parecer, la recurrida se limita únicamente a realizar una enunciación taxativa de los elementos de prueba testimonial sin realizar valoraciones, ni expresar las razones de hecho, ni de derecho que permitieran conocer al acusado las razones en la cuales se fundamentó la sentencia de condena; se observa que, efectivamente, conforme lo dispone el artículo 364.3.4 del Código Orgánico Procesal Penal, la elaboración de la sentencia impone a los juzgadores el cumplimiento de una serie de obligaciones, entre las cuales se encuentra la de determinar de manera precisa, concisa y circunstanciada los hechos que da por acreditados, y la exposición puntual y exacta de los fundamentos de hecho y de derecho en los que se soporta la sentencia.

Ahora bien, en el caso bajo examen, efectuado como ha sido el análisis minucioso de la decisión recurrida, estima esta Sala, que contrariamente a lo expuesto por el apelante, la decisión impugnada sí cumple con las menciones contenidas en los numerales 3 y 4 del artículo 364 de la Ley Adjetiva Penal; asimismo del estudio de ella se observa igualmente que la A quo, precisó cuáles fueron los hechos y circunstancias que el tribunal estimó acreditados, señalando de manera descriptiva las connotaciones más relevantes respecto de lo expresado por funcionarios y testigos durante el desarrollo de las audiencias del juicio oral y público; igualmente aparece acreditada, la determinación de las razones de hecho y de derecho que sirvieron de fundamento fáctico y jurídico para soportar la dispositiva de condena contenida en la sentencia recurrida.

En tal sentido, la decisión recurrida expresó: (...)

De las transcripciones anteriores observan estas Juzgadoras, que en el caso bajo examen, contrariamente a lo señalado por la recurrente, la decisión impugnada, efectivamente si realizó un análisis concatenado de lo más notable del dicho de cada una de las personas que comparecieron a la audiencia, enunciando los hechos objeto del juicio, determinando los hechos que dio por acreditados, para posteriormente proceder, como en efecto lo hizo, a realizar, el correspondiente análisis y comparación de todos y cada uno de los elementos probatorios recibidos en el juicio oral y público, estableciendo las razones de hecho y de derecho en que fundamentó su sentencia de condena.

Tales circunstancias permiten constatar a este Tribunal Colegiado, por una parte, que la decisión recurrida cumple con todos los requisitos previstos en el artículo 364 del Código Orgánico Procesal Penal, entre ellos los establecidos en los numerales 3º y 4º de la citada norma adjetiva; y de la otra, constatar que la misma no adolece del vicio de inmotivación alegado por el recurrente, pues de su estudio y análisis se evidencia que efectivamente, la decisión impugnada, a través de un análisis concatenado de todos los elementos concurrentes en el proceso, estableció los fundamentos de hecho y de derecho que soportaron la parte dispositiva de la decisión in comento, al quedar probado con los diferentes medios de prueba que fueron recepcionados durante el juicio oral y público, tanto la corporeidad del delito de Violación en grado de Tentativa, como de Lesiones Intencionales Leves, que le fue imputado al acusado por el Ministerio Público; como la participación del acusado en el hecho delictivo que fue objeto de dilucidación durante el juicio.

Asimismo, en relación al argumento de impugnación referido a que el Juez de Instancia, en relación a las declaraciones rendidas por los ciudadanos Arnoldo Gutiérrez Piñeiro, Yeskibeth Gutiérrez Pérez, Trexy Yeniré Gutiérrez Pérez, Cinthia Yanosqui Gutiérrez Pérez, Ana María Álvarez Ferrebus, Jacqueline del Valle Romero Chacín, Teotiste Margarita Chacín Basabe, María Concepción Pirela de Araque, Migdalia Josefina Jiménez Álvarez, Beatriz Josefina Chacín Urdaneta, Anibal Manuel Dos Santos Barrera y Edwin William Castellano Chacón; procediera a desestimar el valor probatorio de dichos testimonios, con fundamento en situaciones no contempladas en el Código Orgánico Procesal Penal, como lo era el grado de amistad de los mismos con el acusado, lo cual contravenía lo dispuesto en el artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal, pues se aplicaba una tarifa legal prevista en el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal; esta Sala estima oportuno precisar lo siguiente:

Efectivamente, como lo indica el recurrente con la puesta en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, las tarifas legales reguladas en el sistema penal inquisitivo anterior, para la valoración de los medios de prueba desaparecieron, pues hoy en día nuestro sistema penal vigente de corte acusatorio, en materia de pruebas prevé dos grandes principios como lo son:

El Principio de Libertad de Prueba; conforme al cual, salvo previsión expresa en contrario de la ley, se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso, por cualquier medio de prueba, incorporado conforme a las disposiciones de este Código y que no esté expresamente prohibido por la ley (ex-artículo 197 del Código Orgánico Procesal Penal); y

El principio de libre apreciación de la prueba, o sistema de la libre convicción razonada; conforme al cual el Juez no está vinculado a tarifas legales para la apreciación de las pruebas; sino que debe apreciar las mismas según las reglas del criterio racional, es decir, observando las reglas de la sana crítica, las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencias (ex-artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal)

Ahora bien, el último de los citados principios, es decir, el de la libre apreciación de la prueba o sistema de la libre convicción razonada, ciertamente faculta al Juez, para proceder a examinar el contenido de las declaraciones de familiares y/o amigos de alguna de las partes involucradas en el conflicto penal, pues resulta contrario a las reglas del criterio racional, que sin análisis alguno de los referidos medios de prueba testimonial, el Juzgador o la juzgadora, proceda *a priori* a desechar las declaraciones que rindan ciertas personas durante el juicio, por el simple hecho de tener con alguna de las partes (víctima o acusado) vínculos o relaciones afectivas que nazcan de la familiaridad o amistad con éstas; pues como se indicó *ut supra*, en nuestra legislación penal –a diferencia de lo que ocurría con el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal-, no existe disposición alguna que impida examinar o valorar la declaración de los testigos familiares o amigos de la víctima.

Sin embargo, debe advertirse que el error *in judicando* que como se ha dicho, nace de la desestimación *a priori*, de la declaración que rindan familiares y amigos de la víctima o el acusado; no necesariamente comporta la obligación del Juez o Jueza, de acreditarle un valor probatorio a favor del interés procesal de la parte promovente, pues éste dependerá de otros factores y percepciones que hayan sido captados o percibidos por el Juzgador o Juzgadora durante la declaración, tales como a título de ejemplo pudiera ser, la objetividad o subjetividad del contenido del testimonio, el carácter presencial o referencial del testigo declarante, su concordancia o no con otros testigos y medios de prueba, el grado de convencimiento o no de la declaración, la gesticulación del declarante, entre otros.

Factores éstos que al ser administrados con el vínculo de familiaridad o amistad que existe entre el declarante y alguna de las partes, siguiendo para ello las reglas del criterio racional, es decir, la aplicación de las reglas de la lógica, la sana crítica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencias conforme lo determina el artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal, permitirá determinar la valoración positiva o no de la prueba.

En el caso bajo examen, estiman estas juzgadoras, que la denuncia contentiva del presente argumento de impugnación debe ser desestimada, pues a diferencia de lo sostenido por el recurrente, el Juez de Instancia no desestimó *a priori* la declaración de los ciudadanos (...); por su simple relación de familiaridad con el acusado; sino que por el contrario entró al análisis y valoración de dichos medios de prueba testimonial, no mereciéndole valor probatorio a favor del acusado debido a que los mismos no tenían conocimiento de los hechos constitutivos del delito, es decir, que no se encontraban presentes al momento en que el imputado intentaba violar a la víctima.

En tal sentido, el Juez de Instancia, en la desestimación de la testimonial rendida por los ciudadanos *ut supra* señalados, indicó en la recurrida lo siguiente: Finalmente, debe señalar esta Sala, que la valoración a la declaración de los testigos, constituye un acto jurisdiccional y soberano de parte del juzgador, que al no haber contrariado –como en efecto así lo ha constatado esta Sala- los criterios que para la valoración de las pruebas prevé el artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal, mal puede esta Alzada anular el mérito probatorio que adecuadamente le ha dado la instancia a los referidos medios de prueba.

De manera tal, que la discrepancia que surja entre la parte y el juzgador, con ocasión de la posición particular que en el presente proceso ocupa el recurrente, por sí sola no da lugar al vicio de inmotivación denunciado, por cuanto los jueces son soberanos en la apreciación que otorguen a las pruebas puestas a su conocimiento; y mientras que tal valoración, no constituya un error *in judicando*, por falta de aplicación de las reglas previstas en el artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal, que conculque derechos fundamentales, mal puede la Alzada invadir criterios propios de la autonomía e independencia del juzgador.

A este respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión N° 1834 de fecha 09/08/2002, ratificada en decisión N° 584 de fecha 22/04/2005, ha señalado lo siguiente: ..".

Ahora bien, de la transcripción anterior se desprende que el Tribunal Colegiado con el objeto de dar contestación a la primera denuncia de apelación formulada por el defensor privado, efectuó la siguiente labor intelectual:

En primer lugar, explicó la gestión que debe cumplir el Juzgador de Juicio al momento de establecer los hechos, efectuándolo en forma precisa, concisa y circunstanciada. Para ello transcribió sendas sentencias proferidas por esa Sala de Casación Penal (273 del 20/7/2003 y 93 del 20/3/2007). En este punto, se pasea la recurrida, por las consideraciones y menciones que debe cumplir un pronunciamiento proferido en Primera Instancia, para que sea en derecho estimado como valedero y apegado a los cánones legales. Es decir, para que la sentencia aunque condenatoria, garantice el derecho a la defensa y el debido proceso.

Luego de ello y sometiendo la regla anterior al fallo de la Primera Instancia, esa Alzada estimó con motivación propia que "contrariamente a lo expuesto por el apelante...si cumple con las menciones...del artículo 364...de ella se observa...que la *A quo*, precisó cuales fueron los hechos y circunstancias que el tribunal estimó acreditados, señalando de manera descriptiva las connotaciones más relevantes respecto de lo expresado por funcionarios y testigos durante...las audiencias del juicio...". Inmediatamente, tal y como se desprende de lo parcialmente transcrito ut supra, se pasea al calco por la fundamentación dada por la Primera Instancia al proferir el fallo condenatorio, concluyendo en respuesta al apelante, que si se "realizó un análisis concatenado de lo mas notable del dicho de cada una las personas que comparecieron a la audiencia...para posteriormente...realizar el...análisis y comparación de todos...estableciendo las razones de hecho y de derecho en que fundamentó su...condena".

De todo lo anterior se colige sin mayor abundamiento, que con relación al primer punto del motivo presentado, la Alzada dictó un pronunciamiento claro, cónsono, circunstanciado y diáfano, lo cual a nuestro juicio, desdice por un lado lo afirmado por el recurrente en cuanto a la inmotivación en la que incurre, y por el otro, denota su marcada disconformidad con relación a los términos argüidos por la Segunda Instancia para desvalorar la denuncia interpuesta.

Adicionalmente, se pronunció en relación al cuestionamiento relativo a la indebida desestimación de las pruebas de la defensa en virtud del grado de amistad con el acusado, lo cual supuestamente no está previsto en el Código Orgánico Procesal Penal. A tal efecto, la recurrida con motivación propia, explicó los principios probatorios que rigen nuestro actual sistema acusatorio, precisando que con base a ello y bajo el amparo del artículo 22 del precitado texto normativo, el Juzgador apreciará los dichos de los familiares y amigos del acusado basándose en " otros factores y percepciones ...captados...por el Juzgador...durante la declaración" (grado de convencimiento, gesticulaciones, etc) acreditándole luego un valor probatorio lo cual no necesariamente tiene que ser en favor del proponente.

Es decir, enervó la Alzada en el pronunciamiento cuestionado, que era falso que la *A quo* hubiese desestimado las testimoniales ofrecidas por la defensa del acusado Anderson Jose Dos Santos Barrera, por el solo y determinante hecho de ser familiares del precitado, muy por el contrario, explicando con elegancia jurídica el error in judicando en el que se incurre al desestimar a priori las declaraciones rendidas por familiares y amigos de la víctima o el acusado expresó que, los parámetros a seguir para valorarlos con certitud jurídica serían "...la objetividad o subjetividad del contenido del testimonio, el carácter presencial o referencial del testigo declarante, su concordancia o no con otros testigos y medios de prueba, el grado de convencimiento o no de la declaración, la gesticulación del declarante, entre otros..." .

Dicho ello, tenemos que tales circunstancias operaron en la presente causa, puesto que el sentenciador luego de comparar las probanzas, desechó las declaraciones rendidas por, en virtud de que fue notable la anivadversión en contra de la víctima, hermanas y padre, adminiculado al hecho de que ellos

no se encontraron presentes al momento de los hechos, entendiendo como estos, los controvertidos en cuanto a la participación o no del acusado de marras en la agresión sexual sufrida por la víctima.

Así fue observado por la Alzada revisora y expresado mediante una coherente y perfecta motivación propia, que englobo y respetó los hechos acreditados por el A quo, las probanzas en las que se afincó para sus conclusiones y en consecuencia, la condenatoria proferida en su contra, determinando ulteriormente que en este punto de ataque no le asistía la razón a la defensa.

Por último y antes de declarar sin lugar esa primera denuncia de apelación, recordó nuevamente, que para el caso que nos ocupa, el sólo desacuerdo de la defensa con la decisión y la apreciación probatoria, no da lugar a la inmotivación del fallo, más aún si el sentenciador de inmediatez como soberano en esa labor intelectual, cumplió con las reglas de la sana crítica previstas en el artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal.

Por otra parte, el Ministerio Público considera indispensable destacar en cuanto al alegato de la defensa argüido en Casación, según lo cual también es inmotivado el fallo, en virtud de que la Alzada omitió dar respuesta a su alegato de apelación concerniente a la supuesta falta de apreciación de lo dicho por el Médico Experto Julio Cesar Rivas, en relación a que la víctima solo presentaba una excoriación en la pierna, y que la misma no había tenido sexo, ni vía vaginal ni vía anal, que es falso que tal circunstancia se haya planteado en el recurso de apelación, por lo que, mal podría la Corte de Apelaciones pronunciarse en torno a ello, si la defensa no lo alegó en su recurso oportunamente, todo lo cual devino de la debida atención que las Magistradas del tribunal Colegiado le prestaron al contenido del artículo 441 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual en su contenido, delimita la competencia revisora de la Segunda Instancia, circunscrita a lo alegado por el recurrente.

Invocamos además, que fue deshonesto el recurrente cuando al citar las motivaciones esgrimidas por la recurrida al contestar el recurso de apelación planteado, silencia por completo su motivación, para atacarla por la inmotivación que sólo ellos, con un malicioso ardid, produjeron; es decir, cita a destajo la verdad que se desprende del acertado pronunciamiento proferido por la Sala N° 1 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia.

En efecto, del texto del escrito de apelación cursante del folio 250 al 261 del expediente, no se evidencia mención alguna en donde se cuestione la falta de análisis preciso del testimonio rendido por el médico experto Julio Cesar Rivas en cuanto a que aparentemente la víctima no había sostenido para la fecha de ocurrencia de los hechos su primera relación sexual y que sólo presentó una excoriación en la pierna, como falsamente arguyen los defensores. En consecuencia, sin lugar a dudas no le estaba dado conocer y decidir a la recurrida, sobre ese punto no impugnado oportunamente, habida cuenta que solo se encontraba facultada para resolver, como lo indicáramos en pasajes anteriores, los argumentos propuestos, linderándose su competencia al medio impugnativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 441 del Código Orgánico Procesal Penal.

Quien suscribe se percata además, que el fondo de esta impugnación no realizada en apelación, persigue destruir la calificación jurídica dada a los hechos por el Juzgador de la Inmediatez al advertir el cambio de la calificación jurídica originaria, no obstante deviene por sí sola en un adefeccionamiento jurídico, pues en un denotado desconocimiento de la norma y de los hechos controvertidos, silencia -nuevamente- que la condena de su representado lo es por el delito de Violación en grado de tentativa, lo que supone que, dada la naturaleza inacabada de estos delitos, lo perseguido y querido por el sujeto activo no llegó a concretarse, es decir, no llegó a penetrar a la víctima, por lo cual, resulta impropio en derecho y absurdo en lo jurídico, expresar que no existió el delito comprobado basándose para ello, en el reconocimiento médico legal practicado a la víctima.

Es decir y para clarificar el entuerto creado por la defensa del acusado, al ser tentativa la violación, el delito no se consumó, y por consiguiente no hubo penetración, lo cual de modo alguno determina la inexistencia del delito por el cual fue condenado, de hecho, esta Representación Fiscal, revisado el conglomerado que se adosa a la investigación, se percata que, fue la presencia abrupta en el sitio del suceso de la hermana de la hoy víctima, la que impidió que el acusado de marras consumara su voraz ataque, al verificar que, la víctima se encontraba sometida bajo su fuerza, tirada al suelo, despojadas

de sus ropas y el atacante, la sostenía, con su pantalón tipo mono deportivo a las rodillas y su pene expuesto.

Todo ello, a las claras determinar el ánimo delictual desplegado por el acusado de marras, tendiente a un acceso carnal no consentido y plegado de violencia absoluta.

Ahora bien, de lo expuesto en los párrafos anteriores, se desprende como la Alzada recurrida, en primer término dió contestación a todos los planteamientos esgrimidos por el apelante en su primera denuncia de apelación (cuestionamiento en la desestimación de las testimoniales promovidas por la defensa y supuesta enumeración de las pruebas sin análisis de las mismas); y en segundo término, no podía pronunciarse en cuanto a la supuesta falta de apreciación del dicho del médico Julio César Rivas, porque eso no fue llevado a conocimiento de Alzada en virtud del recurso de apelación, amén, de que el Tribunal Colegiado no podía extenderse a la apreciación y valoración de las pruebas, lo cual le está vedado directamente, teniendo que atenerse -como lo hizo- a los hechos establecidos por el Tribunal de Juicio, a menos que hubiere tenido que dictar una decisión propia, cuestión que no es el caso que nos ocupa.

De suerte que, debemos entender que la labor de la Alzada era hacer lo que hizo (valga la redundancia), es decir, verificar la fundamentación dada por el Tribunal de Juicio, en la apreciación de las pruebas debatidas, conforme a la sana crítica, conjuntamente con el dicho de la víctima y referirse específicamente a la acertada desestimación realizada de los testigos promovidos por la defensa, que nada aportaron en torno a los hechos sucedidos, sino que depusieron sobre la vida familiar del acusado y su desenvolvimiento familiar. Así lo realizó el Tribunal Colegiado, como se desprende los fragmentos *supra* transcritos.

Resulta oportuno señalar lo establecido y ratificado por esa Sala de Casación Penal, en torno a lo que debe entenderse por una correcta motivación por parte de los Tribunales Colegiados que conozcan recursos de apelación, así tenemos:

"...la finalidad de la motivación puede reducirse a tres aspectos fundamentales: 1) garantizar la posibilidad de control de la sentencia por los tribunales superiores; 2) convencer a las partes sobre la justificación y legitimidad de la decisión judicial y, 3) verificar que la decisión no es producto de un actuar arbitrario del juez, sino de la válida aplicación del derecho.". Sentencia N° 046 de Sala de Casación Penal, Expediente N° C07-0338 de fecha 31/01/2008

Recientemente y en sintonía con lo anterior esa misma Sala de Casación Penal indicó que la motivación de las Alzadas se entienden como la "exposición que el juzgador debe ofrecer a las partes como solución a la controversia, eso sí, una solución racional, clara y entendible que no deje lugar a dudas en la mente de los justiciables del por qué se arribó a la solución del caso planteado", en esa jurisprudencia dicha Sala invocó una sentencia proferida por la Sala Constitucional, conforme a la cual, se definen los requisitos de la motivación de una decisión para dar cumplimiento a la tutela judicial efectiva, así tenemos:

"...En relación a la inmotivación de la sentencia, la Sala ha señalado que, la motivación debe entenderse como la exposición que el juzgador debe ofrecer a las partes como solución a la controversia, eso sí, una solución racional, clara y entendible que no deje lugar a dudas en la mente de los justiciables del por qué se arribó a la solución del caso planteado. En este sentido, en cuanto a el fallo dictado por la Corte de Apelaciones, esta Sala de Casación Penal, ha expresado en sentencia N° 164 de fecha 27 de abril de 2006, lo siguiente: "...las Cortes de Apelaciones incurrirán en inmotivación de sus sentencias, fundamentalmente por dos (2) razones: la primera, cuando omitan cualquiera de las circunstancias denunciadas por el apelante; y la segunda, cuando no expresen de forma clara y precisa los fundamentos de hecho y de derecho por los cuales se adopta el fallo, tales violaciones constituyen infracciones a los artículos 26 y 49 (numeral 1) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 173, 364 (numeral 4), 441 del Código Orgánico Procesal Penal. En este sentido, la tutela judicial efectiva no sólo comprende el acceso a los órganos jurisdiccionales, sino que demanda la solución oportuna y razonada de las decisiones judiciales, de allí se desprende la obligación fundamental

del juez de mantener el proceso y las decisiones dentro del marco de los valores del derecho a la defensa, al debido proceso, a la búsqueda de la verdad y a la preservación de los principios y garantías consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...". Asimismo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia N° 1893 de fecha 12 de agosto de 2002, (caso: Carlos Miguel Vaamonde Sojo), se pronunció en los siguientes términos: "...Esta Sala ha señalado que en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se prevé un conjunto de garantías procesales que sintetizan lo que constituye el debido proceso en un Estado de Derecho y de Justicia. Dentro de esas garantías procesales se encuentra la referida a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 26 de la Constitución, la cual tiene un contenido complejo, que se manifiesta, entre otros, en el derecho a obtener una sentencia fundada en Derecho que ponga fin al proceso. Este contenido, del derecho a la tutela judicial efectiva, se compone de dos (2) exigencias: 1) que las sentencias sean motivadas, y 2) que sean congruentes. De manera que una sentencia inmotivada no puede considerarse fundada en derecho, siendo lesiva del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (vid. Sentencia del 16 de octubre de 2001, caso: Luisa Elena Belisario de Osorio). Igualmente, esta Sala ha señalado que el artículo 49 de la Carta Magna no dice expresamente, pero forma parte de su esencia, que todo fallo debe ser motivado, para que las partes conozcan los fundamentos en que fueron resueltas sus pretensiones, ya sea la petición de condena o absolución en el proceso penal, o bien la declaratoria con lugar o sin lugar de la demanda en los distintos procesos..."

De todo lo reflejado se puede inferir, que la Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Estado Zulia, al momento de conocer la impugnación realizada por la defensa de ciudadano Anderson José Dos Santos Barrera, cumplió con los requisitos exigidos por ese Máximo Tribunal para considerar una decisión adecuadamente motivada, esto es: 1) garantizó la posibilidad de controlar la sentencia del *a-quo* por parte del tribunal superior; 2) convenció a las partes sobre la justificación y legitimidad de la decisión judicial y, 3) verificó que la decisión no es producto de un actuar arbitrario del juez, sino de la válida aplicación del derecho.

Por último, observa quién esboza lo ínfimo e irreal de la pena que le fue impuesta al acusado Anderson José Dos Santos Barrera, tomando en consideración la gravedad del hecho cometido, y el repudio social que de suyo comporta la conducta desplegada y que atenta entre otros contra la sanía de una vida sexual libre de presiones y abruptas invasiones; no obstante a sabiendas del Principio General de la no reforma en perjuicio, no puede solicitarse una reformulación de la pena, sin embargo resulta propio que se le haga un llamado de atención a los Jueces de la Primera Instancia a los fines de que, valoren al momento de invocar la dosimetría penal y obtener el castigo a imponer, la proporcionalidad del hecho cometido y su afectación en el bien jurídico lesionado, para luego entrar a considerar en caso de ser procedente, la aplicación de cualquiera de las circunstancias atenuantes previstas en el artículo 74 del Código Penal Venezolano. Todo en aras de evitar que la lenidad se convierta dentro del Proceso Penal en la otra cara de la Impunidad.

De suerte que, al haber realizado la Alzada tales consideraciones (explicarle con base a las comprobaciones de juicio porque estuvo acertado el análisis de los testimonios evacuados en el debate, que los hechos fijados por el *A-quo* constituyen los delitos de Violación en grado tentativa y lesiones personales leves es manifiestamente evidente que trató, analizó y le dio solución, a los motivos de apelación que le fueron presentados, argumentando, e insistimos en ello, mediante motivación propia, las razones, de hecho, de derecho y procesales por las cuales consideraba que efectivamente, la Juez *a-quo* había expresado las razones de su convencimiento. En consecuencia, al no haberse quebrantado el numeral 4° del artículo 364 del Código Orgánico Procesal Penal y evidenciarse una sentencia motivada y ajustada a derecho, el Ministerio Público pide se declare Sin Lugar esta segunda denuncia de casación.

Finalmente, planteado en esos términos la casación en su primera y segunda denuncia, la misma deviene sin lugar, no existiendo consecuentemente, la denunciada infracción del numeral 4° del artículo 364 relativo a la motivación del fallo; así como tampoco la indebida aplicación del artículo 374 del Código Penal, ya que quedó perfectamente demostrada la comisión de ese hecho punible. En virtud

de todo lo expuesto y al no evidenciarse los quebrantamientos invocados, es por lo que solicito se declare Sin Lugar la totalidad del recurso de casación.

Es justicia en caracas a los catorce (14) días del mes de octubre de 2010.”

2. PENAL ADJETIVO

"DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010"

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 18/02/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Penal Adjetiva

4.- TEMA: Acusación

5.- EXTRACTO

A los efectos de la interposición de la acusación, para determinar qué se entiende por "fundamento serio" (artículo 326 del COPP), debe analizarse cuál es el examen que el Juez de Control va a efectuar con relación a la acusación, a fin de establecer si hay alta probabilidad de una sentencia condenatoria. Para ello, el Fiscal debe contar con suficientes elementos de convicción que demuestren la comisión del hecho y la responsabilidad del sujeto; en este sentido, debe estar acreditado el hecho delictivo y fundados elementos de convicción que señalen al sujeto como autor o partícipe de los hechos, pero adicionalmente debe realizar el ofrecimiento de los medios de prueba que resulten necesarios a los efectos de generar la convicción suficiente en el Juez de Juicio, a los fines de desvirtuar la presunción de inocencia que arropa al imputado.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº DRD-7000483

6.2.- FECHA: 06/01/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

Decretado el inicio de la investigación, el fiscal del Ministerio Público debe ordenar sin dilación alguna la práctica de las diligencias conducentes al esclarecimiento de los hechos y lograr la identificación del o los autores y partícipes, cuyos resultados serán la base sobre la cual el representante fiscal sostendrá su acusación. A ello se refiere el numeral 3 del artículo 326 del Código Orgánico Procesal Penal, cuando establece que toda acusación debe contener "los fundamentos de la imputación, con expresión de los elementos de convicción que la motivan", los cuales representan las razones por las cuales el fiscal del Ministerio Público considera que el imputado fue autor o partícipe del delito investigado; debiendo posteriormente subsumir los hechos ilícitos en el derecho, lo que implica narrar cómo la conducta ilícita asumida por el imputado, encuadra en cada uno de los elementos del tipo penal.

Así las cosas, debe reiterarse que los elementos de convicción están conformados por las evidencias obtenidas en la fase preparatoria del proceso ordinario o en el momento de la aprehensión en los casos de flagrancia, que permiten subsumir los hechos en el supuesto de la norma penal sustantiva, y por ende solicitar el enjuiciamiento del imputado, razón por la cual el legislador exige una debida fundamentación basada en los elementos de convicción. Una

imputación fundada no es solamente atribuir la comisión de un hecho punible a determinada persona, sino que implica explicar, razonar, en fin, dar cuenta de los soportes de la misma.

Al respecto, la Doctrina del Ministerio Público ha señalado lo siguiente: "...Los elementos de convicción a que se refiere el ordinal 3 del artículo 326 del Código Procesal Penal, lo integran el resultado de las diligencias practicadas en la fase preparatoria, conducentes a la determinación de los hechos punibles y a la identificación de los autores y partícipes, sirviendo de basamento para solicitar el enjuiciamiento de una persona."⁷³.

En este orden de ideas, se observó que esa representación fiscal en los escritos acusatorios examinados, sólo hace alusión -como elementos de convicción-, a las denuncias formuladas por las víctimas, obviando en consecuencia, la práctica de diligencias como por ejemplo: Reconocimientos Médicos Legales, entrevistas de testigos, solicitud de detalles y registros de llamadas telefónicas, etc., las cuales habrían permitido obtener suficientes elementos de convicción que servirían de fundamento al ejercicio de esos actos conclusivos.

Sobre el particular, debe referirse que la denuncia constituye un valiosísimo mecanismo para poner en conocimiento del órgano encargado de la persecución penal, acerca de la comisión de un hecho punible; surgiendo por tanto para el Ministerio Público -una vez recibida la denuncia-, la obligación -conforme a los postulados del principio de legalidad, y salvo las excepciones legales-, de investigar el hecho denunciado.

A partir de ese momento, comienza un período netamente preparatorio, que consiste en un conjunto de actos -fundamentalmente de investigación-, orientados a determinar si existen razones para someter a una persona a un juicio, y que tiene por objeto recabar los elementos necesarios y demostrativos del hecho y de su autor. Tales elementos servirán al representante del Ministerio Público para sostener una eventual acusación.

Al respecto, es preciso reiterar que en cuanto a los requisitos del escrito de acusación, el encabezado del artículo 326 del Código Orgánico Procesal Penal, indica que cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporcione fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado, presentará la acusación ante el tribunal de control.

Así pues, para determinar qué se entiende por "fundamento serio" debe analizarse cuál es el examen que el Juez de Control va a efectuar con relación a la acusación, a fin de establecer si hay alta probabilidad de una sentencia condenatoria. Para ello, el fiscal debe contar con suficientes elementos de convicción que demuestren la comisión del hecho y la responsabilidad del sujeto; en este sentido, debe estar acreditado el hecho delictivo y fundados elementos de convicción que señalen al sujeto como autor o partícipe de los hechos, pero adicionalmente debe realizar el ofrecimiento de los medios de prueba que resulten necesarios a los efectos de generar la convicción suficiente en el Juez de Juicio, a los fines de desvirtuar la presunción de inocencia que arropa al imputado.

Debe reiterarse en relación con este aspecto, que en nuestro proceso penal rige la presunción de inocencia como regla⁷⁴, la culpabilidad de una persona sólo es admisible una vez que haya sido

⁷³ Ver Memorandum N°: DRD-13-14943 de fecha 6-4-2001, Informe Anual del Fiscal General de la República, Año 2001, Pág. 954.

⁷⁴ Ver artículo 49 ordinal 2° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal.

probada, de allí deriva la importancia de la indicación de los medios de prueba en el escrito de acusación, al cual se refiere el artículo 326 numeral 5 del Código Orgánico Procesal Penal.

Respecto a este punto, y examinando los escritos in comento, se aprecia que esa representación fiscal únicamente ofreció como medio de prueba, las denuncias formuladas por las víctimas en cada caso, obviando señalar el acervo de medios probatorios que -en caso de haber conducido debidamente una investigación-, habrían podido comprometer la responsabilidad del imputado y acreditar la comisión del hecho punible.

Sobre el fundamento serio de la acusación, el autor Alberto M. Binder, ha sostenido⁷⁵:

“...si se trata de una acusación, tendra que ser una acusación fundada: esto no significa que ya debe hallarse probado el hecho...La acusación es un pedido de apertura a juicio, por un hecho determinado y contra una persona determinada, y contiene una promesa, que deberá tener fundamento, de que el hecho será probado en el juicio. Supongamos que un fiscal acusa, pero no ofrece ninguna prueba o presenta prueba notoriamente insuficiente, inútil o impertinente. Esa acusación carecerá de fundamento y tendrá un vicio sustancial, que no se refiere a ninguno de los requisitos de forma, sino a las condiciones de fondo necesarias para que esa acusación sea admisible...” (Subrayado nuestro)

Sobre este particular, esa representación fiscal solicita en los referidos escritos además del enjuiciamiento de los imputados, la admisión de las acusaciones y de los medios de pruebas, como si se tratara de un cúmulo de medios probatorios, ofreciendo realmente un solo medio de prueba el cual es -el testimonio de la víctima -denunciante-.

En consecuencia, visto que las acusaciones promovidas por usted no se encontraban debidamente fundamentadas, y por cuanto era necesario ahondar en una investigación que permitiera el esclarecimiento de los hechos, además del hallazgo de mayores elementos de convicción que hicieran posible el sostener su pretensión, es por lo que en criterio de esta Dirección, lo referidos actos conclusivos son improcedentes, en razón que no existen suficientes elementos de convicción que comprometan la responsabilidad del imputado, así como tampoco se ofrecieron suficientes medios de prueba que permitan al Juez de Control en la Audiencia Preliminar realizar el pronóstico de una sentencia condenatoria.

⁷⁵Binder Alberto M., Introducción al Derecho Procesal Penal, 2º edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, pág. 247.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 18/02/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Penal Adjetiva

4.- TEMA: Acto de Imputación

5.- EXTRACTO

En el acto de notificación de imputación o de instructiva de cargos, la representación del Ministerio Público debe informar claramente los preceptos jurídicos -de carácter constitucional y legal- en los cuales se consagran los derechos y garantías que le asisten al imputado. Entre éstos, se incluyen los previstos en los artículos 49, numeral 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; 125 numerales 1, 3, 5 y 9 del Código Orgánico Procesal Penal, así como también los artículos 126, 127, 130, 131 y 305, *ejusdem*. Adicionalmente, debe precisarse al imputado cuáles son los hechos atribuidos (con indicación de todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de su comisión); la calificación jurídica determinada en la cual se subsumen los hechos indicados, con expresión de las disposiciones legales que resulten aplicables; y los elementos o datos arrojados hasta entonces por la investigación en su contra y que sirvan de fundamento a la imputación.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DRD-20-164-2010

6.2.- FECHA: 14/06/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

La imputación ha sido entendida como el acto a través del cual el Ministerio Público informa a quienes han adquirido el carácter de imputado, sobre la presunta comisión del hecho punible que se les atribuye, bien sea en carácter de autor o partícipe⁷⁶.

Dicha información debe ser aportada por el Ministerio Público en términos claros y precisos, con el propósito de que este sujeto conozca todos los aspectos particulares que conforman la imputación realizada en su contra y pueda así elaborar los argumentos de descargo que considere convenientes, con estricto apego a la garantía constitucional del derecho a la defensa, consagrada en el artículo 49 numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual:

“Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa (...).”

⁷⁶ Según el Diccionario de la Real Academia: La acción de “*imputar*” proviene de latín *imputare*; y -en el sentido que nos ocupa- este término significa: “*Atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable*”. (Disponibile en: www.rae.es)

Como lo señalan los autores Luis Guillermo Govea y María Bernardoni⁷⁷, el Derecho a la Defensa constituye:

"(...) un contenido esencial del debido proceso, y está conformado por la potestad de las personas de salvaguardar efectivamente sus derechos o intereses legítimos en el marco de procedimientos administrativos o de procesos judiciales mediante, por ejemplo, el ejercicio de acciones, la oposición de excepciones, la presentación de medios probatorios favorables y la certeza de una actividad decisoria imparcial" ⁷⁸.

Ahora bien, de acuerdo con lo descrito en el citado artículo: "(...) Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga", y conforme lo señala el autor Ángel Zerpa Aponte:

"(...) En la aparente simpleza de la frase anterior, se encierra no pocos paradigmas interpretativos, en relación con el sistema procesal penal de corte acusatorio que se deriva de la aplicación del Código Orgánico Procesal Penal en un momento en el que formalmente no ha acaecido un acto de imputación –entendido éste como la materialización en el procesado de una persecución penal- se es excluido de la obligación de notificación de la investigación, toda vez que la escueta redacción de la frase le otorga su contundencia: el resultado de la investigación debe inevitablemente participarse, toda vez que, en segundo lugar, dicho resultado no es ornamental, poco importante, insignificante: la notificación del resultado de investigación deviene porque dicha investigación es consecuencia de un cargo, es decir, de un hallazgo que reflejó la existencia de una causa penal por haber muestra de la ofensa contra un bien jurídico, y porque dicha ofensa se sospecha como atribuible al investigado"⁷⁹

En ese sentido, el acto de Notificación de Imputación o de Instructiva de Cargos, tiene por objeto garantizar que el imputado -en ejercicio de sus derechos- pueda "intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúe (...)"⁸⁰. Esto se fundamenta concretamente en lo previsto por los artículos 49, numerales 1 y 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁸¹; 7, inciso 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁸² y 125 numeral 1 del Código Orgánico Procesal Penal.

Conviene advertir que la imputación ha sido considerada como un "presupuesto necesario e indispensable" para que el imputado pueda ejercitar sus derechos⁸³; de manera que ésta constituye una garantía para quien ha alcanzado tal condición en el proceso.

Para la celebración de dicho acto, deben cumplirse los extremos previstos por nuestro legislador, específicamente en los artículos 130 y 131 del Código Orgánico Procesal Penal, en los cuales se dispone lo siguiente:

⁷⁷ GOVEA; BERNARDONI: *Las Respuestas del Supremo T.S.J. sobre la Constitución venezolana de 1999. 250 preguntas y sus respuestas*. Colección: Manuales Micromega. Editorial La Semana Jurídica, c.a. Caracas-Venezuela. 2002. Pág. 136.

⁷⁸ Sobre este particular, además ver: las Sentencias N° 99 y 900, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 15 de marzo de 2000 (Exp. N° 00-0158) y 14 de mayo de 2002 (Exp. N° 02-1006), respectivamente.

⁷⁹ ZERPA A, Ángel: *Revisión de Algunos de los Derechos Consagrados en la Garantía al "Debido Proceso" en su Relación con el Proceso Penal Venezolano*. En: *X Jornadas de Derecho Procesal Penal. Debido Proceso y Medidas de Coerción Personal*. UCAB. Caracas. 2007. Pág. 121.

⁸⁰ MAIER, Julio B.J.: *Ob. Cit.* Tomo I. Fundamentos. Pág. 547.

⁸¹ "Artículo 14. (...) Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección (...)"

⁸² "Derecho a la Libertad Personal (...) 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella".

⁸³ JAUCHEN, Eduardo M.: *Ob. Cit.*, Pág. 360.

“Artículo 130. Oportunidades. El imputado declarará durante la investigación ante el funcionario del Ministerio Público encargado de ella, cuando comparezca espontáneamente y así lo pida, o cuando sea citado por el Ministerio Público.

Si el imputado ha sido aprehendido, se notificará inmediatamente al Juez de control para que declare ante él, a más tardar en el plazo de doce horas a contar desde su aprehensión; este plazo se prorrogará por otro tanto, cuando el imputado lo solicite para nombrar defensor.

Durante la etapa intermedia, el imputado declarará si lo solicita y la declaración será recibida en la audiencia preliminar por el Juez./En el juicio oral, declarará en la oportunidad y formas previstas por este Código./El imputado tendrá derecho de abstenerse de declarar como también a declarar cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente y no aparezca sólo como una medida dilatoria en el proceso./En todo caso, la declaración del imputado será nula si no la hace en presencia de su defensor.

Artículo 131. Advertencia preliminar. Antes de comenzar la declaración se le impondrá al imputado del precepto constitucional que lo exige de declarar en causa propia y, aun en caso de consentir a prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento y se le comunicará detalladamente cuál es el hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, incluyendo aquellas que son de importancia para la calificación jurídica, las disposiciones legales que resulten aplicables y los datos que la investigación arroja en su contra./Se le instruirá también de que la declaración es un medio para su defensa y, por consiguiente, tiene derecho a explicar todo cuanto sirva para desvirtuar las sospechas que sobre él recaigan, y a solicitar la práctica de diligencias que considere necesarias.”

De acuerdo con estas normas, la imputación ha de efectuarse antes de que la persona rinda declaración, siendo menester además que el individuo (sobre el cual recae el señalamiento) se encuentre asistido por su defensa técnica, tanto al momento de ser informado sobre el contenido de la imputación, como en la oportunidad de rendir declaración⁸⁴.

Acerca de este punto, es menester acotar, que si la defensa del imputado es de carácter privado, el defensor deberá estar juramentado previamente ante el órgano jurisdiccional⁸⁵, por tratarse ello de un presupuesto para el ejercicio de su cargo⁸⁶.

Por otra parte, en el acto de Notificación de Imputación o de Instructiva de Cargos, la Representación del Ministerio Público debe informar claramente los preceptos jurídicos -de carácter constitucional y legal- en los cuales se consagran los derechos y garantías que le asisten al imputado. Entre éstos, se incluyen los previstos en los artículos 49, numeral 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; 125 numerales 1, 3, 5 y 9 del Código Orgánico Procesal Penal, así como también los artículos 126, 127, 130, 131 y 305, ejusdem.

Adicionalmente, debe precisarse al imputado cuáles son los hechos atribuidos (con indicación de todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de su comisión); la calificación jurídica determinada en la cual se subsumen los hechos indicados, con expresión de las disposiciones legales que resulten aplicables; y los elementos o datos arrojados hasta entonces por la investigación en su contra y que sirvan de fundamento a la imputación.

Desde luego que, tanto los supuestos fácticos, como los elementos de convicción y la calificación jurídica contenidos en la imputación, pueden variar posteriormente, de acuerdo con los hallazgos

⁸⁴ De acuerdo con lo establecido en el último aparte del artículo 130 del Código Orgánico Procesal Penal: “(...) *En todo caso, la declaración del imputado será nula si no la hace en presencia de su defensor*”.

⁸⁵ Acerca de este punto, ver decisiones emanadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 30 de abril de 2003 (Expediente 02-1951) y 11 de marzo de 2003 (Expediente 02-1349) entre otras.

⁸⁶ A tales efectos, bastará la presentación ante el órgano jurisdiccional de la citación que se le ha extendido al sujeto con carácter de imputado.

obtenidos de las diligencias de investigación.

Cuando ello ocurre, y esa modificación supone para el sujeto, una situación jurídica sustancialmente divergente o bien de efectos más perjudiciales que los advertidos con anterioridad, los Representantes del Ministerio Público se encuentran en el deber de notificar al imputado en qué ha consistido la variación, con el objeto de garantizar que éste ejerza plenamente su derecho a la defensa.

Aunado a ello, es necesario que la Representación del Ministerio Público permita el acceso a las actuaciones practicadas, tanto al imputado como a su defensor; les conceda posteriormente oportunidad para que expongan lo pertinente, si es su voluntad hacerlo⁸⁷ y le informe sobre la posibilidad de solicitar la práctica de diligencias, a tenor de lo establecido en el artículo 305 del Código Orgánico Procesal Penal.

⁸⁷ Debe acotarse que -de conformidad con lo establecido en el artículo 49 numeral 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela- el imputado tiene derecho a no declarar en su contra; en ese sentido, éste podría abstenerse de emitir algún pronunciamiento en el acto de imputación. También podría suceder que, el imputado solicite a la representación del Ministerio Público un tiempo prudencial para analizar las actuaciones, preparar sus defensas y luego rendir declaración.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”**1.- FECHA DE ELABORACIÓN:** 23-03-2011**2.- DIRECCIÓN REMITENTE:** Dirección de Protección Integral a la Familia**3.- MATERIA:** Penal Ordinario Víctimas Niños, Niñas y Adolescentes.**4.- TEMA:** Allanamiento de Morada**5.- EXTRACTO**

“Me dirijo a usted en la oportunidad de acusar recibo de su comunicación (...), de fecha 10 de Diciembre de 2009, relacionada con la comisión (...) donde figura como víctima el niño (omitida identidad), mediante la cual informa estar elaborando escrito de solicitud de autorización judicial de allanamiento e inspección en la residencia del presunto imputado a los fines de lograr su captura; información esta que viene reportando desde el mes de septiembre de 2009...”

6.- CONTENIDO**6.1.- COMUNICACIÓN Nº** **DPIF-12-OF-194-2010****6.2.- FECHA:** 14-01-2010**6.3.- TRANSCRIPCIÓN**

“Me dirijo a usted en la oportunidad de acusar recibo de su comunicación (...), de fecha 10 de Diciembre de 2009, relacionada con la comisión (...) donde figura como víctima el niño (omitida identidad), mediante la cual informa estar elaborando escrito de solicitud de autorización judicial de allanamiento e inspección en la residencia del presunto imputado a los fines de lograr su captura; información esta que viene reportando desde el mes de septiembre de 2009.

Ahora bien, la institución de allanamiento de morada, como acto de investigación orientado al descubrimiento de los hechos delictivos o a establecer la participación de personas que hayan intervenido en su ejecución, si bien debe venir acompañada de una actividad investigativa de cierta significación, previa a la orden de registro, tendiente a demostrar los elementos de verosimilitud en que se fundamenta, no es menos cierto que la misma se considera de carácter urgente, por tanto, en aras que no se pierdan los elementos de convicción que se buscan obtener con el referido medio de prueba en procura de evitar la evasión del sujeto activo del delito, la misma deberá ser tramitada de manera expedita, sobre todo tomando en consideración el excesivo tiempo transcurrido, desde que se consideró la posibilidad de solicitarla sin que hasta la fecha se haya materializado. En tal sentido, se le insta a verificar los motivos por los cuales se ha producido el retardo y tomar las medidas pertinentes a los fines de evitar la pérdida indebida de elementos de prueba necesarios para cumplir con la finalidad del proceso, la cual no es otra que el establecimiento de la verdad por las vías jurídicas conforme a las previsiones del artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal y en atención a la facultad que el numeral 3 del artículo 108 ejusdem, se le otorga al Ministerio Público en el Proceso Penal.”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 23-04-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Procesal Penal

4.- TEMA: Aplicación de medidas en casos de Violencia Contra la Mujer

5.- EXTRACTO

“Cuando un adolescente se encuentra incurso en uno de los delitos previstos en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida libre de Violencia, se estima que en aplicación del artículo 537 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes -relativo a la interpretación y aplicación de dicha ley-, ante la existencia de un vacío en la legislación especial de niños, niñas y adolescentes respecto a las medidas de protección a favor de la víctima, procederá la remisión a las contenidas en la ley especial que brinda protección a las mujeres.”

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° MEMORÁNDUM N° DCJ-8-373-2010

6.2.- FECHA: 23-04-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“(...) opinión de esta Consultoría Jurídica, en relación con la aplicación de las medidas de protección y de seguridad contenidas en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, cuando el imputado sea un adolescente.

(...) existen dos vertientes respecto al mismo punto, una a favor de la aplicación de las medidas de protección y seguridad para garantizar la integridad de la víctima, previstas en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, y la otra, en el sentido de dar preferencia a los procedimientos y normas contenidos en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y así esta Dirección de Consultoría Jurídica realiza las siguientes consideraciones:

El artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es la norma rectora en materia de protección a niños, niñas y adolescentes, “(…)”

En el mismo sentido, el artículo 40, numeral 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño “(…)”

Estas normas de rango constitucional, hacen prevalecer la protección de los niños y adolescentes a través de leyes y procedimientos a cargo de órganos especializados, y esa protección incluye a los adolescentes infractores, cuando se presume su participación en un hecho punible, ello con preeminencia a cualquier otro procedimiento especial que pueda coexistir.

Por su parte, las normas que prevén lo relativo a los tribunales de violencia contra la mujer, tienen rango legal y su organización está sujeta a los lineamientos que dicte el Tribunal Supremo de Justicia, tal como se desprende de las normas que a continuación se citan:

Artículo 115 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia: “(…)”
En este mismo orden de ideas, el artículo 118 *ejusdem*, señala que:“(…)”

Como puede observarse, las disposiciones (constitucionales) que regulan la materia de niños, niñas y adolescentes ostentan un rango superior que el de las normas (legales) que rigen lo relativo a la violencia de género, sin que ello implique de manera alguna el desconocimiento de la grave problemática de la violencia de género y de todas sus implicaciones sociales.

Tomando como punto de partida lo anteriormente expuesto, y haciendo referencia, específicamente, a las medidas de protección y seguridad previstas en el artículo 87 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, se observa que si bien las mismas persiguen lograr la efectiva protección de la mujer víctima de violencia, la inquietud versa sobre la posibilidad o no de su aplicación al adolescente que se presume incurso en alguno de los hechos punibles previstos en la mencionada ley, habida cuenta que las normas contenidas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y en los instrumentos a los que ésta remite, obedecen a un mandato constitucional expreso y por ende, su aplicación debe prevalecer.

Al respecto, esta Dirección de Consultoría Jurídica estima indispensable hacer referencia a la disposición contenida en el artículo 537 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la cual es del siguiente tenor: "(...)"

De la citada norma, se desprende que la aplicación de la legislación penal, sustantiva y procesal, se hará en los casos en los que no exista una previsión expresa en el Título V del "Sistema Penal de Responsabilidad de Adolescentes", y a tal efecto, hay que destacar que en el Capítulo IV de la "Justicia Penal del Adolescente", en la Sección Tercera, se consagran las normas relativas a la víctima y querellante, y entre las misma, no se consagran medidas de protección a favor de la víctima, y por tanto, se puede decir que existe un vacío, por lo cual podrían aplicarse supletoriamente las normas contenidas en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, todo ello en acatamiento a las disposiciones de la propia LOPNNA, y a la remisión que ésta realiza en los casos de falta de regulación, siempre y cuando la aplicación específica de alguna de sus normas no contradiga los principios rectores de ésta.

Lo anterior, encuentra una mayor justificación en el hecho de que si bien se debe protección al adolescente infractor, no pueden perderse de vista aquellos supuestos en los que la víctima de tales hechos es una mujer y mucho más cuando se trate de una niña o adolescente, a quienes también debe procurárseles su protección integral.

Por ello, aun en aquellos casos en los que un adolescente es señalado como infractor de la ley penal debe tenerse presente que el fin principal del proceso penal será posibilitar la aplicación de la sanción prevista en la legislación (como mecanismo para evitar la impunidad), y no de modo alguno sustraerlo del proceso por el sólo hecho de su condición de vulnerabilidad, ya que para evitar cualquier tipo de arbitrariedades, se conciben los límites al ius puniendi que ostenta el Estado en la consecución de la justicia.

Es por tal motivo, que si se quiere, el protagonista del proceso penal es el imputado -en este caso el adolescente infractor-, por lo que las garantías procesales se conciben en torno a él, y así, señala Juan Luis Modolell⁸⁸ que "el papel de la víctima en el proceso penal no puede ir en detrimento de la propia naturaleza del proceso penal, es decir, del castigo jurídico del delincuente y de la limitación de la potestad de castigar del Estado. Solo dentro de este marco puede ubicarse su actuación. Obviamente, el legislador es libre de darle mayor o menor protagonismo a dicha participación en el proceso penal, incluso para lograr un acuerdo con el delincuente, (...)".

No obstante ello, también resulta claro que el legislador, haciendo uso de su potestad, ha dado protagonismo a la mujer víctima de los delitos de violencia de género, recogidos en la correspondiente ley especial; pero de igual manera, tanto el legislador como el constituyente, dieron prevalencia a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a través de la legislación especial en la

88

□ Modolell González, Juan Luis. 2008. *La justa medida del principio de "protección de las víctimas"; dos aplicaciones en el proceso penal venezolano*. En: XI Jornadas de Derecho Procesal Penal. Caracas: Edit. Texto, Publicaciones UCAB. p. 206.

materia, respaldada con todo el engranaje del sistema de justicia; ello, sin embargo, no obsta a que en acatamiento de las disposiciones establecidas en la LOPNNA, y en armonía con el resto del ordenamiento jurídico, se brinde una protección eficaz y efectiva a las víctimas de hechos cometidos por los adolescentes infractores de la ley penal.

En base a lo expuesto y en criterio de este Órgano Asesor, en el supuesto de los adolescentes infractores, le son aplicables las normas y procedimientos establecidos en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y en el caso específico objeto de análisis en la presente opinión, la legislación a la que ésta hace remisión en lo que no se encuentre expresamente regulado dentro de las normas relativas al sistema penal de responsabilidad del adolescente, por lo cual, se concluye que en el caso de las mujeres víctimas de violencia, podrá considerarse la aplicación de las medidas de protección contenidas en dicha ley especial (que resulten viables en el caso concreto), por cuanto la LOPNNA no cuenta con una norma similar de protección a las víctimas.”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 23-03-2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Protección Integral de la Familia

3.- MATERIA: Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente.

4.- TEMA: Aprehesión de adolescentes en flagrancia

5.- EXTRACTO

“Con respecto al particular a que se contrae, esta Dirección considera, que tales detenciones, en principio conculcan el principio de culpabilidad, mediante el cual el legislador requiere por parte del sujeto activo una causación voluntaria del hecho que lesiona el bien jurídico tutelado por la norma. El principio de culpabilidad, cuya primordial consecuencia es la responsabilidad subjetiva, o sea la exigencia de que el agente conozca a cabalidad lo que hace y el sentido de lo que hace para que pueda materializarlo mediante una conducta, es sin duda lo que permite la determinación del injusto de una conducta típica, en virtud que el fundamento de la punición es, en todo caso, la realización voluntaria del hecho punible. En tal sentido la culpabilidad será el límite dentro del cual se podrá imputar la realización de una conducta humana, efectuada de manera consciente y que pueda calificarse como delito”

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DPIF-12-OF-1064-2010

6.2.- FECHA: 02-03-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Me dirijo a usted en la oportunidad de acusar recibo de su comunicación No. FS-M-0587-2010, mediante la cual solicita a esta Dirección, criterio jurídico en relación a las detenciones de adolescentes, que por convivir con sus padres, han resultados aprehendidos en flagrancia, imputándoseles el delito de Invasión, previsto en el artículo 471-A del Código Penal.

Con respecto al particular a que se contrae, esta Dirección considera, que tales detenciones, en principio conculcan el principio de culpabilidad, mediante el cual el legislador requiere por parte del sujeto activo una acusación voluntaria del hecho que lesiona el bien jurídico tutelado por la norma. El principio de culpabilidad, cuya primordial consecuencia es la responsabilidad subjetiva, o sea la exigencia de que el agente conozca a cabalidad lo que hace y el sentido de lo que hace para que pueda materializarlo mediante una conducta, es sin duda lo que permite la determinación del injusto de una conducta típica, en virtud que el fundamento de la punición es, en todo caso, la realización voluntaria del hecho punible. En tal sentido la culpabilidad será el límite dentro del cual se podrá imputar la realización de una conducta humana, efectuada de manera consciente y que pueda calificarse como delito.

Asimismo, tenemos que tener en cuenta que la responsabilidad penal es personalísima, y para el caso que haya convergencia de personas en la ejecución de un delito, para poder atribuirle la calidad de partícipe, se deben atender a que en esa realización conjunta, quiénes colaboran lo hagan, como

hemos referido de manera consciente y voluntaria (elementos volitivos) y esa contribución debe estimarse como un eslabón importante del acontecer delictivo.

El artículo 471-A, del Código Penal, bajo el *nomen iure* de invasión de terrenos inmuebles o bienhechurías contempla en su encabezamiento lo siguiente:

Art. 471-A. Quien con el propósito de obtener para si o para un tercero provecho ilícito, invada terreno, inmueble o bienhechuría, ajenas, incurrirá en prisión de cinco 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 una sexta parte

Del análisis del texto de la norma, si bien es cierto que el sujeto activo del mismo no es cualificado, lo que significa que puede ser cometido por cualquier persona, no es menos cierto que el verbo rector, "invadir", vale decir, irrumpir de manera intempestiva y no autorizada en un inmueble, terreno o bienhechuría que no le pertenece, debe estar acompañado del elemento intencionalidad, que a criterio de esta Dirección, solo debe ser atribuible a las personas adultas que deciden penetrar de manera ilegal un lugar ajeno, pues de conformidad con el artículo 248 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, el adolescente incurso en la comisión de un hecho punible responde en la medida de su culpabilidad, y esto concatenado con la garantía constitucional prevista en el numeral 2 del artículo 49 de nuestra Carta Magna, referida a la presunción de inocencia, nadie podrá ser sancionado sin culpa, es decir, sin que producto del acervo probatorio destruya la presunción de inocencia que lo acompaña a lo largo del devenir de un proceso penal.

Asimismo, es menester analizar, que los niños, niñas y adolescentes, hasta su mayoría de edad, y de acuerdo a las previsiones establecidas en el artículo 358 de la referida Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se encuentran bajo la responsabilidad de crianza de sus padres, siendo a ellos a quiénes les corresponde, entre otros deberes de los allí descritos, el mantener y asistir materialmente a sus hijos, lo cual debe ser interpretado, como la obligación de suministrarles, además de alimentación salud, ecuación, etc., un sitio donde vivir. Si bien, en el caso que nos ocupa, la vivienda donde pernoctan, fue obtenida de manera ilícita, pues viola la norma señalada ut supra del artículo 471-A del Código Penal, no es menos cierto que resulta desproporcionado atribuir la comisión de delito a los adolescentes que allí se encuentran, por el solo hecho de cohabitar con sus padres, pues lo correcto es que sean sancionados éstos, quienes con su proceder de alguna manera los involucraron en esa situación irrita. Como señalamos con anterioridad, para que pueda considerarse que hay participación criminal, es necesario establecer una relación de causalidad entre la complicidad y el delito cometido, la existencia de una cooperación activa para la materialización del hecho punible o la preexistencia de una circunstancia fortalecedora que pueda ser considerada como un facilitamiento necesario en el concreción del injusto.

En conclusión, esta Dirección considera que las detenciones in comento son violatorias del debido proceso, debiendo el Ministerio Público como institución garante de la legalidad, verificar las circunstancias de cada caso en particular y ejercer las acciones a que haya lugar para el reestablecimiento de la situación jurídica infringida, no solo por los cuerpos policiales que practicaron las aprehensiones, sino por los representantes de la vindicta pública que solicitaron medidas cautelares, restrictivas de libertad en contra de los adolescentes afectados.

De igual forma, se hace necesario que dichos procedimientos se hagan con el acompañamiento, tanto del Consejo Municipal de Derechos del Municipio respectivo, a los fines de salvaguardar los derechos colectivos y difusos de los niños, niñas y adolescentes, así como del Consejo de Protección de Niños, Niñas y adolescentes de la entidad, para el caso de violación individual de derechos de los involucrados.

Sin otro particular a que hacer referencia."

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 18/02/201

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Penal Adjetiva

4.- TEMA: Cambio de la calificación jurídica.

5.- EXTRACTO

Los representantes del Ministerio Público pueden plantear -una vez presentada la acusación y antes de la Audiencia Preliminar- un cambio de calificación jurídica, pero ello sólo podría justificarse ante el hallazgo de elementos de convicción nuevos o desconocidos para el momento en que fue presentada la acusación.

Una vez admitida la acusación por el órgano jurisdiccional, el Ministerio Público no podrá retirar la misma. Sólo en caso que la acusación no hubiere sido admitida, y existiesen situaciones (excepcionales), desconocidas para el momento en que se presentó la acusación, el Ministerio Público podría realizar una modificación al acto conclusivo inicialmente presentado.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº DRD-6-377-2010

6.2.- FECHA: 30/12/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

CAPÍTULO II

Del cambio del acto conclusivo y de calificación jurídica

Como lo señaláramos precedentemente, la Audiencia Preliminar tuvo lugar el día 01 de diciembre del año 2009, por ante el Juzgado Primero de Juicio del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del estado ---, donde se observa que la Representante Fiscal Abg. ----, en primer lugar realiza un cambio de acto conclusivo -acusación- en cuanto a los delitos de agavillamiento y ocultamiento de arma de fuego, que le fueran imputados en su oportunidad⁸⁹ por los fiscales del Ministerio Público actuantes para la fecha, solicitando el sobreseimiento de la causa, conforme a lo previsto en el numeral 2 del artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal; alegando que los acusados MQ y JLB, no habían sido formalmente imputados por el Ministerio Público en su debida oportunidad (02-09-2001); y en segundo lugar, en cuanto al delito de Transporte de Sustancias Estupefacientes, efectúa un cambio de calificación jurídica, replanteando la acusación, al considerar que los elementos de convicción sólo le permitían acreditar el tipo penal de Posesión de Sustancias Estupefacientes, para luego solicitar el sobreseimiento de la causa con respecto a dicho delito, conforme a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal, -prescripción de la acción penal-.

⁸⁹ 04 de octubre de 2001.

De lo anteriormente expuesto, se desprende que durante la celebración de la audiencia oral y pública, la representante del Ministerio Público impulsó un acto conclusivo completamente distinto a la acusación presentada oportunamente por otros representantes del Ministerio Público, por lo que corresponde a este Despacho aclarar, si ello era procedente en el caso particular. Igualmente es preciso determinar la viabilidad de las subsiguientes solicitudes de sobreseimiento.

A) DEL CAMBIO DE ACTO CONCLUSIVO

En cuanto a la posibilidad de modificar el acto conclusivo, esta Dirección en opinión signada bajo el N° DRD-28-62794 de fecha 15-09-04⁹⁰, se pronunció expresando en dicha oportunidad lo siguiente:

(...) Existe la llamada "doctrina de los propios actos"⁹¹, 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"⁹², pues "nadie puede válidamente ir contra sus propios actos"⁹³.../...

(...) para acusar se requiere de suficientes elementos de criminalidad objetiva; 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 circunstancias⁹⁴ 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. Ejemplo: Si un Fiscal acusa pero luego surgen nuevos testigos – desconocidos para el momento en que se presentó la acusación-, que permitan concluir razonadamente que el imputado no tiene relación con el delito, o bien teniendo relación se hace evidente una causal de justificación, u otro motivo que impida al Ministerio Público ejercer la acción, sería absurdo pretender continuar con la acusación y aumentar el perjuicio para el imputado, y más aún si el Ministerio Público debe actuar de buena fe y la persona se encuentra cumpliendo una medida de coerción personal. Claro está, el margen de discrecionalidad es mínimo, y son, como se verá más adelante, circunstancias absolutamente excepcionales las que justificarán el cambio de acto conclusivo. Debe tomarse esta posibilidad como una extrema excepción.../...

El principio de irrevocabilidad, irretractabilidad o indisponibilidad penal, consiste en que el Ministerio Público, una vez ejercida la acción penal ante el órgano jurisdiccional, no puede desistirla, pues tiene la obligación de continuarla hasta que haya decisión jurisdiccional que ponga fin al proceso. Dicho principio es de interés público y se refiere a la irrevocabilidad de

⁹⁰ Publicada en el Informe del Fiscal General de la Republica Año 2004, paginas 918-919.

⁹¹ Ver Alberto Binder en: "*El incumplimiento de las formas procesales*". Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000. Páginas 131 y siguientes, quien cita a López Mesa en: "*La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia*". Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997, e "*Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales*". Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998; y a Héctor Mairal en: "*La Doctrina de los Propios Actos y la Administración Pública*". Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994.

⁹² Binder, Alberto. "*El incumplimiento...*" Ob. Cit. Página 138.

⁹³ Y en cuanto el Ministerio Público, ni siquiera puede un Fiscal ir en contra de un acto anterior de otro Fiscal, pues con fundamento al principio de "Unidad del Ministerio Público", sus actuaciones son una unidad, y por tanto, tiene aplicación la comentada doctrina de los propios actos.

⁹⁴ Circunstancias que no deben ser producto de la investigación del caso, pues se entiende que la fase preliminar ya concluyó. Las circunstancias deben ser eventuales o posteriores; adquiridas o conocidas por motivos distintos a una actividad investigativa por parte del Ministerio Público, ya que es claro que una vez presentada la acusación no hay más nada que indagar. Distinto es el caso de nuevas circunstancias traídas al proceso por el imputado o su defensa, incluso por la propia víctima o terceros luego de concluida la investigación, pero de ser el Fiscal quien las encuentra, pues no se podrá más que concluir que la fase de investigación no fue diligentemente dirigida, a menos que la circunstancia haya sido evidentemente difícil de esclarecer.

la acción. Como enseña Jesús Martínez Garnelo, el principio es pura lógica fundamental de fácil comprensión y de sólido fundamento jurídico, pues "el Ministerio Público no puede desistir de la acción penal porque no le pertenece como si se tratara de un derecho patrimonial de carácter privado"⁹⁵.

Por su parte, Magaly Vásquez González⁹⁶ refiere que el Ministerio Público no actúa en nombre propio sino en representación de intereses públicos, y por ello no puede disponer de la acción penal. La referida autora complementa diciendo que si el ius puniendi pertenece al Estado, una vez admitida la acusación y explanada en el juicio oral y público, no podría el Ministerio Público disponer de ella en orden a plantear su retiro, pues ello sólo supone que una vez propuesta, ésta pertenece al proceso y, en consecuencia, el juez deberá resolver con sujeción a la ley y al derecho; con lo cual concluye admitiendo que la imposibilidad de que el Fiscal desista de la acción penal pública una vez abierto el juicio oral, es una consecuencia del principio de legalidad, denominado por ROXIN principio de irretractabilidad, pues explica Vásquez que si ya se ha dispuesto la apertura del juicio ante el juez penal, su sustracción por parte de la fiscalía haría que la acusación careciera de valor.

El profesor alemán Claus Roxin manifiesta que la acción pública de la fiscalía no puede ser desistida cuando el tribunal que decide ha abierto el procedimiento principal. Agrega el jurista que si el procedimiento penal pende ya ante un tribunal y éste ha dispuesto su apertura, la fiscalía ya no puede sustraerlo del tribunal⁹⁷.../...

(...) esta Dirección quiere resaltar que jamás podrá el Ministerio Público retirar su acusación una vez admitida ante el órgano jurisdiccional, y al respecto ya se abundó en el subcapítulo denominado "irrevocabilidad". Se hace esta acotación, pues en el presente caso no se trata de que en su condición de fiscal del Ministerio Público haya retirado o revocado su acusación, o se haya retractado, se trata de que, se percató de la falta de fundamento de la imputación realizada y actuó en consecuencia. Estamos en presencia del surgimiento posterior de una circunstancia que, si bien debió conocerse con anterioridad y reflejarse en el escrito, no deja de ser menos cierto que los hechos ameritaban el cambio inmediato de decisión por parte del Ministerio Público y la cesación de una medida cautelar lo más pronto posible, pues el Ministerio Público no tiene como norte sostener a toda costa la acusación⁹⁸, ya que si las circunstancias demuestran lo contrario, estará en el deber de solicitar el sobreseimiento o la absolución, de ser el caso⁹⁹, pues tiene como deber constitucional¹⁰⁰ el garantizar la buena marcha de la administración de justicia y el respeto a las garantías constitucionales, como la dignidad y el debido proceso (...)

Con base en lo referido supra, tenemos que en principio, una vez admitida la acusación por el órgano jurisdiccional, el Ministerio Público no podrá retirar la misma. Sólo en caso que la acusación no hubiere sido admitida, y existiesen situaciones (excepcionales), desconocidas para el momento en que se presentó la acusación, es que el Ministerio Público podría realizar una modificación al acto conclusivo inicialmente presentado.¹⁰¹ ¹⁰²:

⁹⁵ Garnelo, Jesús Martínez. "La investigación ministerial previa". Editorial Porrúa. México, 2002. Página 301.

⁹⁶ Vásquez González, Magaly. "El Ministerio Público y la disponibilidad de la acción penal". Cuartas Jornadas de Derecho Procesal Penal. UCAB. Caracas, 2001. Página 97.

⁹⁷ Roxin, Claus. "Derecho Procesal Penal". Editores del Puerto. Buenos Aires, 2000. Página 97.

⁹⁸ "Artículo 34. Son deberes y atribuciones de los fiscales del Ministerio Público: (...) 12. Mantener la acusación durante el juicio oral, mediante la demostración de los hechos aducidos en el escrito y su relación con el acusado". Este artículo se refiere al deber de mantener la acusación sólo de los hechos demostrados y relacionados con el imputado. Si los hechos cambian y se torna evidente otra circunstancia, entonces el Ministerio Público actuará conforme a la ley y en pro de la justicia. Además tal norma hace referencia al sostenimiento de la acusación en el juicio.

⁹⁹ Y así lo dice el artículo 108 del Código orgánico Procesal Penal, en su ordinal 7º.

¹⁰⁰ Artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ordinales 1º y 2º.

¹⁰¹ Muerte del imputado.

¹⁰² Así lo ha sostenido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia del 15-10-02, de Rondón Haaz, causa 02.2181.

En este sentido, cabe señalar que en el caso de no haber sido admitida la acusación presentada por el Ministerio Público, sólo es posible su cambio si se ha presentado un hecho nuevo, que haya surgido luego de haberse emitido el acto conclusivo –acusación-, es decir que sólo ante la presencia de nuevas circunstancias eventuales y posteriores a la presentación de la acusación, es posible la modificación de ésta por otro acto conclusivo distinto.

Es de observar que en el caso bajo estudio, la representante fiscal, durante la audiencia oral, solicitó el sobreseimiento de la causa seguida a los ciudadanos MQ y JLB, impulsando un acto distinto al que ya había sido promovido¹⁰³, sustentando tal modificación, en el hecho de que los acusados de autos no habían sido debidamente imputados de los delitos de Agavillamiento y Ocultamiento de Arma de Fuego. Esa circunstancia no pudo ser verificada por este Despacho, pues del contenido de los recaudos remitidos a los efectos de emitir la presente opinión, sólo se desprende que la representante del Ministerio Público, de manera inmotivada sugirió la solicitud de sobreseimiento.

Sin embargo, de haber sido cierto lo planteado en cuanto a la ausencia de imputación por esos delitos, lo procedente habría sido que el órgano jurisdiccional decretase la nulidad de la acusación, reponiendo el proceso al momento de realizar una nueva imputación, luego de lo cual la representante del Ministerio Público podría, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 del Código Orgánico Procesal Penal, presentar una nueva acusación; no siendo procedente la solicitud de sobreseimiento, pues de haberse decretado, se habría generado el efecto de cosa juzgada formal y material y por tanto habría sido imposible proponer una nueva acusación.

En cuanto a la solicitud de sobreseimiento por prescripción de la acción penal -luego del cambio de calificación jurídica por considerar que no contaba con elementos suficientes para dar por acreditada la comisión del delito de Transporte de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, y que por el contrario, los autos daban cuenta de la comisión del delito de Posesión-, en criterio de quien suscribe, tal solicitud resulta improcedente, toda vez que como lo señaláramos con anterioridad, sólo ante el surgimiento de un hecho nuevo, o de circunstancias eventuales y conocidas con posterioridad a la presentación de la acusación, es posible el cambio de acto conclusivo, siendo que en el presente caso, la circunstancia alegada por la representante fiscal (de que la cantidad de droga encontrada en la guantera del vehículo en el que se transportaban los imputados daba cuenta del tipo penal de Posesión de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas) ya era conocida para el momento en que fue presentada la acusación; pero además, el análisis de todos los elementos de convicción¹⁰⁴ existentes en el caso, en criterio de quien suscribe, dan por acreditado el tipo penal¹⁰⁵ imputado inicialmente por el Ministerio Público en la acusación –Transporte-.

B) DEL CAMBIO DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA

Como se observa de lo señalado supra, la Representante Fiscal además de realizar un cambio de acto conclusivo, también efectuó un cambio en la calificación jurídica de uno de los tipos penales presentados previamente en la acusación.

Acerca de la posibilidad de realizar un cambio, reforma o modificación de la Acusación Fiscal, tenemos que 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

103 Acusación.

104 Acta Policial levantada con motivo del procedimiento donde resultaran detenidos los imputados y en la que dejan constancia de los objetos incautados dentro del vehículo toyota starlet involucrado en los hechos, tales como escopeta recortada, una (1) concha percutida, tres(3) cartuchos de conchas sin percutir, siete (7) envoltorios plásticos con presunta droga, un carnet del Seguro Social de Colombia a nombre de LERR, boletos de avión y un pasaporte de la Republica de Colombia; declaración del ciudadano CJGD, declaración del ciudadano FJM, testigos presenciales del procedimiento en el cual resultaran detenidos los imputados de autos.

105 Transporte de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

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 acusación¹⁰⁶, ni para dar una nueva calificación jurídica¹⁰⁷ a los hechos.

De manera que, con fundamento en el artículo 352 del texto adjetivo penal, 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 ésta sea considerada una ampliación de la acusación.

Por otra parte, 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 ampliarla o adicionar nuevos hechos o circunstancias que no se hayan señalado inicialmente y que modifiquen la calificación jurídica; siendo esto así, 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. En este sentido, a los fines de garantizar el derecho a la defensa, el Código Orgánico Procesal Penal prevé la suspensión del juicio y un nuevo acto de imputación sobre los nuevos hechos surgidos.

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 sostenido la que la ampliación de la acusación puede ocurrir durante la fase intermedia, es decir, antes de que la acusación sea admitida por el Juez de Control, siempre y cuando ésta esté 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 siguiente¹⁰⁸:

(...) 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

106 Artículo 351 del Código Orgánico Procesal Penal.

107 Artículo 350 del Código Orgánico Procesal Penal.

108 Sentencia N° 746 de fecha 08-04 de 2002; expediente N° 01-1502 y Sentencia N° 1395 de fecha 22-07-2004; expediente N° 04-0218.

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, este Despacho considera que los representantes del Ministerio Público pueden plantear un cambio de calificación jurídica, pero ello sólo podría justificarse ante el hallazgo de elementos de convicción nuevos o desconocidos para el momento en que fue presentada la acusación.

Ahora bien, el caso objeto de análisis no se sustentó en ninguna de las circunstancias indicadas. No puede aducir la representante fiscal que trató de ampliar la acusación, como en efecto lo hizo en el escrito que dirigió al Fiscal Superior, pues para el momento de la audiencia oral no habían surgido nuevos elementos de convicción. Y mucho menos, hubiese podido alegar corrección de simples errores materiales, ya que la representante fiscal hizo cambios de fondo que modificaron la imputación y causaron indefensión en los imputados. De modo tal que la representante fiscal realizó actuaciones totalmente arbitrarias que no tuvieron ningún basamento legal.

La Fiscal --- argumenta igualmente que no contaba con elementos de convicción suficientes para seguir con la acusación. Este Despacho considera, analizando los recaudos remitidos, que sí existían elementos suficientes para acusar a los ciudadanos MQ y JLB por el delito de Tráfico de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, tal como lo hicieron inicialmente los otros fiscales en el escrito de Acusación. El intento de fuga, el disparo a la unidad policial y el carnet del Seguro Social de Colombia a nombre de LERR, podían perfectamente vincular a los imputados MQ y JLB con el co-imputado LERR, quien conducía el vehículo Conquistador, en el cual fue hallado el cargamento de droga, contentivo de doscientos cincuenta kilos con quinientos sesenta gramos de clorhidrato de cocaína.

Valga reiterar, que del contenido de los recaudos objeto de la presente opinión, se observa que la representante fiscal al efectuar y fundamentar su cambio de calificación jurídica, omitió referir las circunstancias en las que fueron aprehendidos los imputados MQ y JLB, quienes se trasladaban en el vehículo Toyota Starlet, el cual fue uno de los dos vehículos¹⁰⁹ que fue denunciado como sospechoso y que se dio a la fuga en la oportunidad que fueran reportados en procedimiento de persecución; el cual minutos más tarde fue visualizado en la alcabala instalada en el sector Paradero, donde sus ocupantes al observar la presencia de la comisión policial efectuaron un disparo que impactó la patrulla donde se desplazaban los funcionarios, quienes repeliendo la acción de los perseguidos lograron detener el vehículo Toyota Starlet, en el cual se encontraban abordo los imputados JLB, quien resultó herido, MQ y EEL, aunado el hecho de que en la guantera del vehículo en cuestión fue localizada una cartera que

109 Un (1) vehículo Toyota Starlet y un (1) vehículo conquistador.

en su interior contenía un carnet del Seguro Social de Colombia, a nombre del ciudadano Luís Enrique Ríos Rondón, quien fuera detenido minutos antes cuando tripulaba el vehículo Conquistador, donde fue localizado el cargamento de droga, circunstancias éstas que evidentemente relacionan tanto a los dos vehículos, como a sus ocupantes, con los 250 Kg. de cocaína.

Por último, el tipo penal¹¹⁰ previsto en el artículo 34 de la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que los fiscales del Ministerio Público acertadamente atribuyeran a los hechos, en la oportunidad que presentaron su acusación (02-09-2001) está considerado como imprescriptible, mientras que el delito de Posesión Ilícita de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en el cual encuadró los hechos la representante fiscal Abg. ----, al efectuar el cambio de calificación jurídica del acto conclusivo, previsto en el artículo 36 de la mencionada ley que rige la materia y que establece una pena de prisión de 4 a 6 años, no se encuentra dentro de esta categoría de delitos imprescriptibles. Ello permitió la solicitud de Sobreseimiento de la causa, por prescripción de la acción penal, hecho éste que demuestra la aviesa intención de la representante fiscal, al efectuar erradamente un cambio en la calificación jurídica, sin que hubieren surgido nuevos elementos de convicción que permitieran tanto el cambio de calificación jurídica, y en consecuencia el posterior cambio de acto conclusivo.

110 Tráfico de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 23-03-2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Protección Integral de la Familia

3.- MATERIA: Penal Ordinario. Víctimas Niños, Niñas y Adolescentes

4.- TEMA: Cumplimiento de los Lapsos Procesales

5.- EXTRACTO

“Ahora bien, de la revisión exhaustiva de sus últimos reportes, se evidencia con preocupación que desde la referida fecha hasta la actualidad, esa Representación Fiscal, se encuentra a la espera pasiva de la publicación de la sentencia, cuando después de transcurridos cinco meses, es más que evidente la contravención que se produjo de las disposiciones que se prevén en el artículo 365 del Código Orgánico Procesal Penal, que taxativamente le otorgan al Juez de Juicio, finalizada la deliberación, un lapso no mayor de diez (10) días para que materialice dicha publicación”

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DPIF-12-OF-0286-2010

6.2.- FECHA: 20-01-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

Me dirijo a usted en la oportunidad de acusar recibo de su comunicación (...), relacionada con la comisión (...), donde figura como víctima la adolescente (identidad omitida) y como acusado (identidad omitida), quien por la comisión del delito de homicidio calificado el 21/09/2009 fue condenado a cumplir con la pena de veintiséis (26) años de prisión.

Ahora bien, de la revisión exhaustiva de sus últimos reportes, se evidencia con preocupación que desde la referida fecha hasta la actualidad, esa Representación Fiscal, se encuentra a la espera **pasiva** de la publicación de la sentencia, cuando después de transcurridos cinco meses, es más que evidente la contravención que se produjo de las disposiciones que se prevén en el artículo 365 del Código Orgánico Procesal Penal, que taxativamente le otorgan al Juez de Juicio, finalizada la deliberación, un lapso no mayor de diez (10) días para que materialice dicha publicación.

En tal sentido, me permito señalarle, que la obtención del fallo, vale decir su elaboración por parte del Juez de Juicio, una vez finalizado el debate, no es solo una obligación que le impone la ley, sino el derecho que ostentan los litigantes de conocer la acreditación dada por el A quo a las pruebas ofrecidas por ellos en el desarrollo del mismo, y además la posibilidad y garantía que tienen de recurrir del mismo, lo cual sin duda, al no producirse como ocurre en el caso de marras, es violatorio del debido proceso y en virtud que el Ministerio Público, si bien con la resulta señalada logró una sentencia condenatoria, no puede de manera alguna obviar, que una de sus primordiales funciones es la protección de derechos humanos, como por ejemplo, el ya referido debido proceso, razón por la que debe exigir con prontitud la publicación de la decisión correspondiente, en razón que el artículo 31 de la Ley Orgánica del Ministerio Público establece en su numeral 2, que entre los deberes y atribuciones de los Fiscales se encuentra el garantizar, en cuanto le compete, la recta aplicación de la ley, la celeridad y buena marcha de la administración de justicia y, en el numeral 6 se les confiere la

obligación de velar por el exacto cumplimiento de los lapsos, plazos y términos legales y, en caso de inobservancia por parte de los jueces, hacer la correspondiente denuncia ante los organismos competentes.”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 26-08-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Procesal Penal

4.- TEMA: Derecho de la Defensa

5.- EXTRACTO

El abogado defensor, previamente designado y juramentado por el órgano jurisdiccional, tiene el derecho de acceder a las actas y a obtener copia de las mismas, aun en aquellos casos en que existan elementos suficientes que hagan presumir la falta de voluntad del imputado de someterse a un proceso penal.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° OFICIO N° DCJ-15-0678-2010-037710

6.2.- FECHA: 26-08-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Me dirijo a usted, en la oportunidad de referirme a su comunicación N° 08-FS-001500-10-32674 de fecha 09 de junio del presente año, por medio de la cual eleva consulta relacionada con la expedición de copias en las causas signadas con los Nros. (...), las cuales fueran solicitadas por la abogada (...), en su carácter de defensora del ciudadano (...) por la presunta comisión de los delitos de Falsa Atestación ante Funcionario Público, Corrupción de Funcionario Público y Forjamiento de Documento, quien se encuentra evadido, y que son conocidas por la Fiscalía (...) del Ministerio Público de esa Circunscripción Judicial.

Asimismo, entre los recaudos por usted remitidos consta la comunicación N° (...) suscrita por la Fiscal que conoce de la causa en cuestión y por medio de la cual informa, además de la solicitud de copias realizada, que la causa en cuestión se encuentra en fase de Juicio Oral y Público

El fundamento de la presente consulta, es que este órgano asesor se pronuncie sobre la procedencia o no de las copias requeridas, teniendo en cuenta que por una parte se encuentran los derechos constitucionales, principios y garantías que asisten al imputado, y por la otra, que el mismo se encuentra evadido.

Ahora bien, antes de emitir opinión en relación con el asunto sometido a consulta, se estima pertinente citar el contenido de la Circular N° DFGR-DGSSJ-DCJ-1-99-20 de fecha 29 de septiembre de 2009, relativa al procedimiento para solicitar instrucciones y elevar consultas, la cual establece:

(...)

Por lo tanto, los representantes del Ministerio Público no deben supeditar sus actuaciones a las opiniones que emita este órgano asesor en un asunto concreto en el cual hayan requerido su opinión, aunado al hecho que el dictamen que se emite es de carácter general, en el que se expresa un

pronunciamiento fundamentado en criterios doctrinarios y jurisprudenciales, que puede ser o no aplicado a un caso concreto, dependiendo de sus particulares características.

Dicho esto, se procede entonces a opinar sobre la procedencia de la expedición de copias simples o certificadas de las actas que conformen una averiguación penal, en aquellos casos en los cuales se ha verificado que el imputado no se encuentra a derecho.

Así las cosas, una vez se señala a una persona como autor o partícipe de un hecho punible, por un acto de procedimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal, ésta adquiere el carácter de imputado, y le nacen en consecuencia todos los derechos establecidos en el artículo 125 del Código Orgánico Procesal Penal.

Entre estos derechos, se destaca a los fines que ahora nos ocupan; el de ser asistido, desde los actos iniciales de la investigación, por un defensor que designe él o sus parientes y, en su defecto, por un defensor público.

A su vez, este profesional del derecho encargado de la defensa del imputado tiene una serie de derechos, siendo uno de ellos el de tener acceso a las actas que conforman la investigación, lo cual se encuentra recogido en el artículo 304 del Código Orgánico Procesal Penal de la siguiente manera:

(...)

Este derecho que tienen tanto el imputado como su defensor de acceder a las actas que conforman una investigación penal, ha sido entendido tanto por el Tribunal Supremo de Justicia como por esta Institución en un sentido amplio, permitiéndoles obtener copias de las actas que conforman la investigación, con el propósito de que disponga de más tiempo para poder preparar los alegatos necesarios para ejercer el derecho a la defensa, tal como ha sido plasmado 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.

Adicionalmente a ello, entre los derechos del imputado se encuentra la prohibición de ser juzgado en ausencia, según lo dispone el numeral 12 del artículo 126 del Código Orgánico Procesal Penal.

El juicio en ausencia está proscrito en nuestro ordenamiento jurídico, siendo el espíritu de ésta garantía procesal salvaguardar el derecho a la defensa y al debido proceso; al evitar que se juzgue a un ciudadano a sus espaldas, sin ser notificado de los cargos que se le imputan y obviamente impidiendo hacer el descargo correspondiente y probar lo conducente en su defensa.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia congruente con la prohibición legal del juicio en ausencia se ha pronunciado agregando —que existen una serie de actos que necesariamente requieren la presencia del imputado, no siendo delegable en mandatarios tal facultad, cuyo origen es precisamente garantizar el derecho a ser oído y a la defensa del imputado—(sent. N° 938.- 28-04-2003). Y cita como ejemplo de estos actos, la apelación del auto de aprehensión.

Por argumento en contrario, se desprende entonces que existen ciertas actuaciones que no requieren la presencia del imputado, siendo una de ellas la obtención de copias de la investigación penal.

La expedición de copias a las partes no constituye un acto de procedimiento, o una solicitud que pueda representar una afectación de los derechos del imputado, más bien constituye una reafirmación del reconocimiento de los derechos y garantías de las partes dentro del proceso penal, por cuanto, como se dijo antes, una de sus finalidades es permitir al abogado defensor disponer del tiempo necesario para preparar su defensa.

Por otra parte, existe otra cuestión fundamental que debe tomar en cuenta la Fiscalía Superior al momento de pronunciarse sobre la procedencia o no de la expedición de copias de actas que conformen una investigación penal, ello es la fase procesal en que se encuentre dicha causa, y el órgano al cual le corresponda su guarda.

Por ejemplo, en la fase de investigación la causa reposa físicamente en la representación del Ministerio Público encargada de su conocimiento, por lo tanto todas las personas que pretendan enterarse del contenido de las actas, deberán presentarse ante la sede de esa fiscalía del Ministerio Público, y realizar sus peticiones ante ese despacho o en su defecto ante la Fiscalía Superior del Ministerio Público de esa Circunscripción Judicial, quien las canalizará o procederá a darles el trámite correspondiente.

En caso de encontrarse la causa en fase de juicio oral y público o en fase de ejecución, le corresponderá al órgano jurisdiccional en el cual repose la causa pronunciarse sobre las solicitudes que realicen las partes.

Sin otro particular al cual hacer referencia.”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 10-09-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Procesal Penal

4.- TEMA: Derecho de la Defensa

5.- EXTRACTO

El abogado defensor tiene el derecho de acceder a las actas que conforman la investigación penal una vez que haya sido designado y juramentado por el órgano jurisdiccional, no siendo necesario esperar a la celebración del acto formal de imputación, por cuanto ello constituiría una violación al derecho a la defensa.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° OFICIO N° DCJ-15-0971-2010-040394

6.2.- FECHA: 10-09-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Me dirijo a usted, en la oportunidad de referirme a su comunicación N° AMC-F57°-147-2010, de fecha 12 de agosto de 2010, por medio de la cual informa sobre su criterio con ocasión a la solicitud planteada por el abogado (...), en su carácter de defensor del ciudadano (...), imputado en la averiguación N° (...), por la presunta comisión de uno de los delitos Contra Las Personas.

En tal sentido, a los fines de ilustrar a esta Dirección sobre el caso en cuestión, manifiesta que el citado profesional del derecho se presentó ante esa representación del Ministerio Público con el fin de consignar copia del Acta de Nombramiento y Aceptación del Cargo de Defensor, y de igual manera solicitó el expediente en el cual su defendido se encuentra vinculado, a lo cual se le indicó que el mismo le sería entregado para su revisión al momento en el cual se fuera a celebrar el Acto de Imputación, de conformidad con lo establecido en el artículo 304 del Código Orgánico Procesal Penal.

Ante tal situación el referido abogado defensor consignó un escrito (cuya copia anexó a su solicitud de opinión), mediante el cual requiere que se le informe sobre el acto normativo de efectos generales emanado del Despacho del Fiscal General de la República que instruye en tal sentido, e igualmente manifestó su deseo de rendir declaración ante un tribunal y no ante la sede del Ministerio Público.

Dicho ello, le corresponde entonces a este órgano asesor emitir opinión en torno al presente caso, en el sentido de determinar el momento en el cual la averiguación penal puede ser revisada por el abogado defensor de la persona investigada.

Como punto previo, se considera pertinente referir que no existe circular alguna, o instrucción de carácter general por medio de la cual la actual Fiscal General de la República o alguno de sus antecesores, haya impartido instrucciones relacionadas con el momento a partir del cual las actuaciones puedan ser revisadas por el abogado defensor.

Ahora bien, a los fines de emitir una opinión en relación al presente caso, corresponde determinar el momento a partir del cual se considera imputada a una persona, para lo cual es útil revisar el contenido del artículo 124 del Código Orgánico Procesal Penal que pauta:

(...)

Adicionalmente, se debe tener presente que este acto de procedimiento puede suponer un señalamiento expreso por parte del Ministerio Público (Acto de Imputación) o bien cualquier otro acto que implique una persecución directa hacia la persona (allanamiento, interceptación de comunicaciones, etc).

En relación con la definición de imputado, Manzini, citado por Emilio Calvo Baca, en su "Terminología Jurídica Venezolana" expresa que:

"...imputado es el sujeto de la relación procesal contra quien se procede penalmente. Asume la calidad de imputado quien, aun sin una orden de la autoridad judicial, es puesto en estado de arresto a disposición de ésta, o bien aquel a quien, en un acto cualquiera del procedimiento es atribuido el delito." (408, 2010).

Entonces, a partir del momento en que exista un acto de procedimiento contra una persona, se le reconocen a ésta todos los derechos establecidos a su favor en el artículo 125 del Código Orgánico Procesal Penal, siendo pertinente destacar a los fines que ahora nos ocupan, el consagrado en el numeral 3, que pauta:

(...)

De todo esto se colige que desde el momento en que las autoridades encargadas de la persecución penal, realicen un acto de procedimiento contra una persona, señalándola como autor o partícipe de un hecho punible, ésta tiene derecho a ser asistida por un abogado defensor, lo cual garantiza el cumplimiento del derecho a la defensa.

Se puede decir que el derecho a la defensa surge desde el momento en que el procedimiento se dirige contra una determinada persona, imputándole la comisión de un determinado hecho delictivo.

En este orden ideas, la defensa técnica, realizada por un profesional del derecho, en términos generales persigue un doble objetivo; garantizar que las partes puedan actuar en el proceso de la forma más conveniente para sus derechos e intereses jurídicos, y defenderse debidamente contra la parte contraria; y, asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición de las partes o limitaciones en la defensa que puedan conducir a algunas de ellas a un resultado de indefensión.

En la fase de investigación la finalidad del derecho a la defensa, y en concreto de la asistencia del abogado defensor es garantizar la contradicción con el propósito de desvirtuar la imputación fiscal, proponer diligencias que sirvan para demostrar la inocencia del imputado, y conferir valor probatorio a los actos en que la ley establezca como obligatoria la presencia del defensor.

No obstante, la simple existencia de un defensor no es suficiente para asegurar el derecho a la defensa, pues solo proporciona una posibilidad formal de igualdad no siempre expresada como tal en la realidad.

En el caso que ahora nos ocupa, a los fines de precisar a partir de que momento se le debe permitir el acceso a las actas al abogado defensor, se estima necesario transcribir algunas normas que sobre la declaración del imputado contiene el Código Orgánico Procesal Penal.

(...)

Se puede decir entonces, que el momento en que la persona es formalmente imputada de la comisión de un hecho punible, es la primera oportunidad que tendrá para exponer todos las razones de hecho y

de derecho que considere útiles para demostrar su inocencia, así como para desvirtuar aquellas que cursen en su contra.

El autor Moreno Catena, citado por Jesús María Izaguirre Guerricagoitia en su obra "La investigación Preliminar del Ministerio Fiscal. La Intervención de las Partes en la Misma.", sostiene:

"...la finalidad de la imputación es la de impedir la situación de la persona que se sabe sometida a proceso pero ignora de qué se le acusa, pudiendo encontrarse en dicha situación de un modo indefinido. Todas estas son características del proceso penal inquisitivo, lo que no puede ser asumido como propio del proceso penal de un Estado de Derecho." (267, 2001).

Con base en ello, y a los fines de garantizar los postulados constitucionales es que al momento de librar la citación a la persona que ha de ser imputada se le informa que deberá estar asistida de un abogado defensor, previamente designado y juramentado por el órgano jurisdiccional.

Es entonces, luego que el profesional del derecho haya cumplido el requisito de su juramentación ante un tribunal en funciones de control, que es reconocido como abogado defensor, y puede en consecuencia ejercer todas las atribuciones que le reconoce la Constitución y las leyes, lo cual incluye obviamente tener acceso a las actas para poder cumplir con su función de defender a la persona que será imputada.

Igualmente, por ser en este acto de imputación la primera oportunidad en que tanto la persona a ser imputada, como su defensor, se enteran de los elementos de hecho y de derecho que cursan en su contra, de no permitirle acceso previamente a las actas que conforman la investigación, no dispondrán del tiempo suficiente para elaborar una estrategia de defensa, y mucho menos para promover los elementos necesarios para desvirtuar los hechos que le son imputados.

Ello es violatorio del derecho a la defensa, ya que si bien es cierto que la persona se encuentra asistida por un profesional del derecho en el momento de realizarse la imputación, éste no ha contado con el tiempo y los medios suficientes para poder ejercer efectivamente sus funciones, ya que conocerá de ellos en la audiencia misma, tornando esta defensa en un simple formalismo que busca revestir de garantías la actuación del representante del Ministerio Público.

De modo que no se debería esperar hasta el acto de imputación para permitir el acceso a las actas al abogado defensor, ya que ello limita el ejercicio de su legítimo derecho a la defensa, sino que por el contrario, desde el momento en que el abogado es juramentado como defensor está plenamente facultado para ejercer las atribuciones que le son reconocidas por la ley.

En este sentido, en el Informe Anual del año 2005, se observa una opinión emanada de la Dirección de Revisión y Doctrina, cuya máxima reza:

"Para que el Fiscal del Ministerio Público pueda dar acceso a las actas del proceso a un abogado, debe verificarse su nombramiento como defensor, así como la aceptación del cargo y su juramentación ante el órgano jurisdiccional." (263-264).

Quedando entonces establecido que se debe garantizar el acceso a las actas al abogado defensor que se encuentre designado por el imputado y juramentado por el órgano jurisdiccional, aun cuando no se haya celebrado el acto de imputación, se procede entonces a revisar el segundo alegato expuesto por el abogado (...), en su carácter de defensor del ciudadano (...), en el sentido de rendir declaración ante un tribunal, de conformidad con lo previsto en el numeral 6 del artículo 125 del Código Orgánico Procesal Penal.

En este sentido, es pertinente destacar que la primera declaración que rinde una persona, en la cual se le atribuye la condición de imputado, puede deberse a dos supuestos, siendo el primero de ellos una citación efectuada por el titular de la acción penal, en la cual se le informa que debe estar acompañada de un abogado defensor previamente designado y juramentado; y el segundo, que exista un acto de procedimiento en su contra, de aquellos que le confieren la condición de imputado, y acuda voluntariamente a ejercer sus derechos como tal.

Es importante tener presente, que en este acto debe darse formal cumplimiento a todas las previsiones contenidas en el artículo 131 del Código Orgánico Procesal Penal, transcrito precedentemente.

En esta oportunidad, el imputado bien puede no exponer nada en relación con el hecho motivo de la investigación y acogerse al precepto constitucional, que lo exime de declarar en su contra, o exponer todo lo que considere necesario para desvirtuar las sospechas que sobre él o ella recaigan.

Es con posterioridad a dicho acto, que el imputado puede, siempre en compañía de su abogado defensor, rendir declaración ante el órgano jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en el ya mencionado numeral 6 del Código Orgánico Procesal Penal.

Sin otro particular al cual hacer referencia.”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 01-09-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Procesal Penal

4.- TEMA: Designación de Abogado Defensor

5.- EXTRACTO

Cuando el órgano jurisdiccional procede a juramentar al abogado defensor de una persona a la cual el Ministerio Público no le ha reconocido ni atribuido la condición de imputado, se genera una violación al debido proceso, al invadirse competencias propias de esta institución.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° OFICIO N° DCJ-8-975-039201

6.2.- FECHA: 01-09-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“(…) consulta en relación con la situación que se ha presentado con la designación de abogado defensor por parte de personas que aun no han sido señaladas por esa representación fiscal como imputados, y que tan sólo fueron llamadas a rendir declaración sobre hechos específicos que investiga ese despacho.

El Código Orgánico Procesal Penal, en su artículo 139 prevé lo siguiente: (…)

De esta norma se desprende claramente la forma de nombrar al defensor y la aceptación del nombramiento por parte de éste, y en todo momento se deja de manifiesto que quien lo hace debe ostentar la condición de imputado.

La designación del abogado defensor es una expresión del derecho a la defensa y por ende del debido proceso, y es por tal motivo, que el Tribunal Supremo de Justicia, ha indicado (en concordancia con lo establecido en el Código Orgánico Procesal Penal) que el nombramiento no se encuentra revestido de formalidades mas allá de aquellas consideradas como esenciales y que sirven para garantizar la legalidad de la labor que desempeñará un profesional del derecho al asumir tan importante labor como lo es la de la defensa.

El Tribunal Supremo Español, ha sostenido que contra nadie puede formalizarse acusación, sin haber cumplido el requisito esencial de la imputación, ya que de ser así no se habría podido ejercer el derecho a la defensa, por ejemplo a través de la solicitud de diligencias. (Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de España, de fecha 9 de febrero de 1995).

Así, el mismo tribunal ha sostenido que “es preciso distinguir entre diligencias tendentes a la averiguación y esclarecimiento de los hechos, de aquellas actuaciones en que se impute a una persona la comisión de un hecho delictivo. Las primeras no suponen imputación (…), ilógico sería, que en esa labor de prospección mediase la eventual intervención de la persona sobre la que recaen las sospechas de autoría. (…) Sólo cuando el instructor halla mínimamente fundada la aducida participación en los hechos, es cuando decide recibir la declaración al mismo, configurándose su

condición de imputado, dando cumplimiento a las garantías procesales *'ad hoc'*" (Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo Español de fecha 25 de junio de 1993).

Este criterio, de igual forma ha sido sostenido en nuestras fronteras, por el Tribunal Supremo de Justicia, a través de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, y ratificada por decisiones de la Sala Constitucional de ese Máximo Tribunal, pudiendo señalarse entre una de las más recientes sentencias, la de fecha 20 de marzo de 2009, en el expediente N° 08-1478, en donde se indicó -entre otras cosas- lo siguiente: "Debido a que el objeto del proceso penal se configura no sólo con la existencia de un hecho punible, sino también con la atribución de su comisión a una persona concreta, el acto de imputación tiene las siguientes funciones: a) determinar el elemento subjetivo del proceso; b) determinar el presupuesto de la acusación, por lo cual, no podrá ejercerse acusación contra una persona si ésta no ha sido previamente imputada; y c) ocasiona el surgimiento del derecho a la defensa en cabeza del encartado, es decir, la práctica de la imputación posibilita un ejercicio eficaz del derecho a la defensa." (negritas nuestras).

En base a lo anterior, debe tenerse presente que son dos situaciones distintas las que se plantean, a saber, una vez dictada la orden de inicio de la investigación, puede darse la asistencia por parte del abogado de confianza, el cual puede acompañar a la persona que sea llamada por el Ministerio Público (única autoridad legitimada para ello) en calidad de testigo, sin que ello obste a que tal condición pueda variar en el curso del desarrollo de la investigación; y la otra, se presenta una vez que la persona es señalada por el Ministerio Público como presunto autor o participe en la comisión de un hecho punible, para lo cual se le indicará que debe designar un abogado defensor, el cual deberá cumplir con el trámite de la designación, aceptación del cargo y juramentación ante el órgano jurisdiccional.

En efecto, para que una persona pueda defenderse, como parte del ejercicio de su derecho a la defensa deberá designar a un abogado defensor, y para ello es imprescindible que exista algo de lo cual defenderse, y "ese algo" será delimitado a través de la imputación.

Es por tal motivo, que el abogado designado como defensor, dando cumplimiento a lo establecido por el Código Orgánico Procesal Penal, tendrá pleno acceso a las actas, ya que éste ejercerá la representación del imputado y su defensa plena, no así los abogados privados (no juramentados) por cuanto los mismos son considerados como terceros y por ende las actuaciones se encuentran reservadas para ellos, por expreso mandato del código procesal.

Ahora bien, la situación planteada por usted, básicamente se resume en que una persona que aun no ha sido llamada por el Ministerio Público en condición de imputado, realiza la designación de abogado defensor y dicha designación es homologada por el juez de control.

Al respecto, es importante destacar que ante dicha actuación del órgano jurisdiccional, nos encontramos en presencia de una usurpación de funciones por parte del Poder Judicial, ya que es el Ministerio Público la única autoridad legitimada para atribuir tal carácter a una persona en el marco de un proceso penal.

En este orden de ideas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 02856 de fecha 13 de diciembre de 2006, realiza la diferenciación entre las figuras de usurpación de autoridad, usurpación de funciones y extralimitación de funciones, y al respecto señala lo siguiente: "La usurpación de autoridad ocurre cuando un acto es dictado por quien carece en absoluto de investidura pública. Este vicio se encuentra sancionado con la nulidad absoluta del acto. Por su parte, la usurpación de funciones se constata, cuando una autoridad legítima dicta un acto invadiendo la esfera de competencia de un órgano perteneciente a otra rama del Poder Público violentando de ese modo las disposiciones contenidas en los artículos 136 y 137 de la Constitución de la República, en virtud de los cuales se consagra, por una parte, el principio de separación de poderes según el cual cada rama del Poder Público tiene sus funciones propias, y se establece, por otra, que sólo la Constitución y la ley definen las atribuciones del Poder Público y a estas normas debe sujetarse su ejercicio. Finalmente, la extralimitación de funciones consiste fundamentalmente en la realización por parte de la autoridad administrativa de un acto para el cual no tiene competencia expresa..." (Vid., entre otras, sentencia N° 06589, de fecha 21 de diciembre de 2005)."

Como puede observarse de la decisión transcrita, puede concluirse que en el caso objeto de análisis nos encontramos ante el segundo de dichos casos (usurpación de funciones), por cuanto un juzgado de control (órgano legítimo) invade la esfera de competencias del Ministerio Público (artículo 285 del Código Orgánico Procesal Penal), en franca violación de los artículos 136 y 137 de la Carta Magna, que consagran la distribución del Poder Público y las atribuciones de los mismos, cuando atribuye a una persona la condición de imputado que no ostenta dentro del proceso penal, ya que aun no ha sido individualizado por el Ministerio Público que es la autoridad que tiene reconocida la facultad de imputar a los ciudadanos, y tal actuación genera la violación del debido proceso.

Al efecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a través de la sentencia N° 2340 del 5 de octubre de 2004, al pronunciarse declarando con lugar la acción de amparo constitucional que interpusiera una representante de esta Institución, señaló lo que a continuación se transcribe: "(...) a juicio de esta Sala, resulta evidente la violación de los derechos constitucionales del Ministerio Público, por parte de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, al imponer la obligación de presentar acto conclusivo en la investigación iniciada contra un grupo de abogados en perjuicio de sus mandantes, cuando la misma no había concluido, ni se había producido la individualización del imputado, como presupuesto procesal consagrado en el artículo 313 del Código Orgánico Procesal Penal, por lo que no podía imputar por supuestos delitos no comprobados, y al hacerlo usurpó funciones que constitucional y legalmente están atribuidas al Ministerio Público como titular de la acción penal y director de la investigación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 285, numeral 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela."

De modo tal, que conforme con la idea transcrita del aludido fallo, se fortalece la idea de intromisión llevada a cabo por conducto del órgano jurisdiccional, al atribuir tácitamente a una persona no individualizada por el Ministerio Público la condición de imputado, con los efectos que derivan de ser parte en el proceso penal, como por ejemplo el acceso a las actas, la solicitud de realización de diligencias, etc., al margen de las obligaciones que se imponen al Ministerio Público con el inicio de los lapsos procesales.

De igual manera, debe tenerse presente otro supuesto que se puede presentar, cuando la persona es señalada "por un acto de procedimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal" (artículo 124 del Código Orgánico Procesal Penal), en cuyo caso, si bien no se ha realizado el llamado de la autoridad, la persona se encuentra ante una situación que de por sí ya le atribuye tal carácter.

En ese supuesto, lo indicado es que la persona acuda ante el tribunal, indicando cuál es el acto de procedimiento por el cual ha sido señalado como imputado, para que dicha circunstancia sea evaluada por el órgano de control y de ser el caso se proceda a la juramentación del defensor.

Por otra parte, debe traerse a colación otro aspecto, cual es la obligación que tiene el Ministerio Público, de llamar a la persona que ha sido individualizada como imputada, a los fines de que rinda declaración con tal condición, evitándose con ello la violación de derechos procesales y constitucionales, reconocidos al imputado, permitiéndole el ejercicio pleno de los mismos. Este planteamiento, ha sido afirmado por esta Institución, tal como se evidencia del Informe Anual¹¹¹ presentado por la Máxima Autoridad del Ministerio Público ante la Asamblea Nacional en el año 2004, en donde se sostuvo lo siguiente: "La supuesta omisión de la fiscal del Ministerio Público en omitir la citación y consecuente imputación en el presente caso, constituye causal de nulidad absoluta en lo que respecta a la intervención del imputado durante el proceso, vulnerándose en una primera instancia el derecho a la defensa (artículos 49 numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 12 del Código Orgánico Procesal Penal), el derecho de toda persona a ser oída en cualquier clase de proceso (artículo 49 numeral 3 del Texto fundamental), y presunción de inocencia (artículos 49 numeral 2 de la Carta Magna y 8 del Código Orgánico Procesal Penal), todos estos derechos considerados como componentes del debido proceso previsto en el artículo 49 antes citado, y por último el derecho a la igualdad previsto en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aplicable en este caso específicamente el numeral 1. (...) / (...) A fin de ejercer debidamente estos derechos, es necesario que el fiscal del Ministerio Público cite al imputado, y le informe acerca de los hechos que le son atribuidos en la investigación. Una vez que ha sido citado

¹¹¹ Oficio N° DRD-14-196-2004. *Informe Anual 2004 del Fiscal General de la República*. p. 804-807.

e imputado, corresponde permitir su respectiva declaración que además de ser un derecho consagrado constitucionalmente, se encuentra asimismo reconocido en el Código Orgánico Procesal Penal, (...); se observa que el imputado puede declarar en todas las instancias del proceso, de modo que si no se niega a ello, por cuanto su declaración es una facultad y no una obligación, el fiscal del Ministerio Público está en el deber de citarlo, a fin de imputarlo y tomarle la respectiva declaración -si así lo decide el imputado-, para que exponga lo que considere pertinente.”

De lo anteriormente citado, se deduce la obligación del Ministerio Público de informar al imputado de manera oportuna acerca de los hechos por los cuales se le está siguiendo el proceso penal, comportando dicha obligación a su vez, derechos para el imputado, cuyo ejercicio debe garantizarse plenamente.

Así las cosas, ante la evidente invasión de las competencias atribuidas al Ministerio Público, deben buscarse las salidas procesales que contribuyan al restablecimiento de la situación jurídica infringida, entre las cuales, cabría evaluar por ejemplo la del amparo constitucional, entre otras.”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 02-12-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho procesal penal

4.- TEMA: Ejercicio de la Acción Penal

5.- EXTRACTO

A la Procuraduría General de la República, a los Procuradores estatales o a los Síndicos Municipales, les corresponde actuar ejerciendo la acción civil, cuando el delito hubiere sido cometido exclusivamente por particulares, o cuando se trate de particulares conjuntamente con funcionarios públicos, que al momento de la comisión del delito no se encontraren en el desempeño de sus funciones; mientras que en los delitos de acción pública es al Ministerio Público de manera exclusiva a quien corresponde representar el interés de la sociedad.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° OFICIO DCJ-8-1116-2010-055752

6.2.- FECHA: 02-12-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“(…) consulta en relación con la actuación de la Procuraduría General de la República -a través de los Procuradores Estadales- en los procesos penales que adelanta el Ministerio Público, donde se consideran afectados los intereses patrimoniales de la República. / (...) específicamente en las etapas intermedia y de juicio, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. / (...) cabe advertir que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 137, contiene el llamado principio de competencia, según el cual, las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, se encuentra sujetas a la Constitución y a las leyes, y fuera de las previsiones de esos instrumentos, las actuaciones que lleven a cabo serían actos nulos, pudiendo generar responsabilidad individual para el funcionario que los ejecutó, según lo dispone el artículo 139 de la misma Constitución.

De lo anterior, se deduce que las distintas ramas del Poder Público tienen asignadas sus competencias de manera clara tanto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como en las leyes, debiendo recordarse que algunas de esas competencias pueden ser exclusivas o concurrentes con las de otros órganos.

En este sentido, cabe destacar que según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (artículo 274), la Procuraduría General de la República, tiene encomendada como labor principal la asesoría, defensa y representación judicial y extrajudicial de los intereses de la República, y en el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, se contemplan una serie de competencias reconocidas a esa Institución: (...).

De las anteriores normas transcritas, claramente se infiere que cada órgano del Poder Público tiene atribuidas funciones propias que le son asignadas expresamente por el ordenamiento jurídico, y es en ejercicio de las mismas que debe actuar, ello sin menoscabo de la colaboración que debe existir entre los órganos que conforman los poderes.

Así, el Ministerio Público al ser integrante del Poder Ciudadano, tiene asignadas una serie de competencias propias, que se encuentran reguladas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la Ley Orgánica del Ministerio Público y en el Código Orgánico Procesal Penal.

La principal atribución asignada a esta Institución de forma exclusiva -y excluyente, respecto a otros organismos- es la de ejercer la acción penal en nombre del Estado, es decir, que se delega en el Ministerio Público el ejercicio de dicha acción, cuando para intentarla o proseguirla no sea necesaria instancia de parte.

En cumplimiento de esta actividad que le ha sido delegada por el Estado, el Ministerio Público ejerce su representación en nombre del interés general que tiene la sociedad, en que los hechos punibles de acción pública que ocurren en su seno, sean investigados, incluyendo aquellos delitos en los cuales el bien jurídico protegido es el patrimonio público, como sería el caso de los delitos previstos en la Ley Contra la Corrupción.

Por su parte, la Ley Orgánica de la Procuraduría, en el Capítulo II "De la Actuación de la Procuraduría General del República en Juicio" del Título IV, contiene el artículo 64, el cual es del siguiente tenor: (...)

De la norma transcrita se desprende expresamente, el tipo de procesos judiciales en los que tendría intervención la Procuraduría General de la República, siendo los mismos, aquellos de carácter netamente patrimonial y nunca en los procesos penales, ya que pensar en ello, sería contradecir el espíritu de la norma y de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al permitir que un órgano del Poder Público, como lo es la Procuraduría General de la República se inmiscuya en las atribuciones reconocidas de manera exclusiva al Ministerio Público.

Distinto es el planteamiento, cuando se refiere a la responsabilidad civil derivada de delito, ya que allí sí tendría participación la Procuraduría General de la República, e incluso los Procuradores Estadales, por cuanto si de la comisión de un delito se desprende la lesión a la esfera patrimonial o moral -como por ejemplo, la afectación del patrimonio público-, ello dará lugar a exigir la reparación del daño por parte del responsable penalmente, de conformidad con lo contemplado tanto en el Código Penal como en el Código Orgánico Procesal Penal.

Al efecto, el Código Penal, en el Título XI "De la Responsabilidad civil, su extensión y efectos", del Libro Primero, contiene el artículo 113, el cual indica que: "Toda persona responsable criminalmente de algún delito o falta, lo es también civilmente."

De igual forma, el Código Orgánico Procesal Penal, desarrolla esta figura de la responsabilidad civil, entre los artículos 49 al 53, y un poco más adelante al referirse a los procedimientos especiales, contemplando lo relativo al procedimiento para lograr la reparación del daño y la indemnización de perjuicios, en los artículos 422 al 431.

Debe tenerse presente que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el artículo 285, numeral 5, establece como una de las atribuciones del Ministerio Público, "Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios o funcionarias del sector público, con motivo del ejercicio de sus funciones."

Cónsono con la citada norma constitucional, se encuentra la previsión del Código Orgánico Procesal Penal, el cual en su artículo 50, señala que: (...)

Sobre la base de la anterior transcripción, se puede concluir, que sólo corresponderá actuar a la Procuraduría General de la República, a los Procuradores Estadales o a los Síndicos Municipales, ejerciendo la acción civil, cuando el delito hubiere sido cometido exclusivamente por particulares, o cuando se trate de particulares conjuntamente con funcionarios públicos, que al momento de la comisión del delito no se encontraren en el desempeño de sus funciones."

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”**1.- FECHA DE ELABORACIÓN:** 25/02/2011**2.- DIRECCIÓN REMITENTE:**

Fiscalía Quinta del Ministerio Público ante las Salas de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

3.- MATERIA: Derecho Procesal Penal.**4.- TEMA:** Evacuación y Valoración de la Prueba Anticipada en el Proceso Penal.**5.- EXTRACTO**

“La prueba anticipada tiene como objeto evitar que el medio probatorio que contiene el órgano de prueba pueda perderse por el propio devenir del proceso, con lo cual se evitaría que no pueda ingresar al proceso y surtir los efectos respectivos por la promoción y formación de una prueba que no pudiere realizarse en la etapa procesal respectiva, ello entendido dentro de una situación normal y en un decurso procesal idóneo.”

6.- CONTENIDO**6.1.- COMUNICACIÓN N°**

DGAJ-5-1358-836-2010-30205

Comitente: Dirección General de Apoyo Jurídico

6.2.- FECHA: 19/07/2010**6.3.- TRANSCRIPCIÓN**

“...La tramitación de la práctica de la prueba anticipada debe realizarse con la presencia de las partes (Ministerio Público, Imputado, Defensa, Víctima, etc.), quienes podrán hacer uso de todos los derechos que la confiere la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el Código Orgánico Procesal Penal, para la sustanciación del antedicho procedimiento...”

“...En fecha 07 de mayo de 2007, se realizó la prueba anticipada para la declaración del ciudadano Rubén Darío Redondo, con la presencia del Fiscal del Ministerio Público, del acusado Carlos Eleazar Muñoz Amaya y su Defensora Privada abogada Karina Rincón Senluis, quienes tuvieron la oportunidad de oír su testimonio y realizar una serie de preguntas respecto del hecho criminoso que estaba siendo investigado, dicha declaración corre inserta de los folios 936 al folio 939 de la pieza II del presente expediente. Al finalizar el referido interrogatorio, el ciudadano Carlos Eleazar Muñoz Amaya, solicitó que se le concediera la oportunidad de declarar y delatar todo lo que sabía del hecho que esta siendo investigado por el Ministerio Público, recogándose la declaración del referido imputado libre de todo apremio y coacción, siéndole impuesto el contenido de los artículos 49.5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 125, 131 y 36 del Código Orgánico Procesal Penal y 29 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada, el cual señaló al ciudadano Luis Elías Payares Iguarán, como la persona que lo había contratado para proceder a darle muerte al profesional del derecho Carlos Eduardo Ramírez Silva. A partir de ese momento, es que se tiene conocimiento de la presunta participación del ciudadano Luis Payares en los hechos criminosos y es cuando el Ministerio Público, solicita que se dicte orden de captura en contra del referido ciudadano, la cual se materializó el día 08 de mayo de 2007, oportunidad en la que es presentado ante el Tribunal Duodécimo de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Zulia, adquiriendo de este modo la condición de imputado, a partir de esa oportunidad, conforme a las regulaciones propias del Código Orgánico Procesal Penal y la jurisprudencia de ese honorable Tribunal Supremo de Justicia, en la que se ha determinado que con la presentación ante el Órgano Jurisdiccional, se adquiere la condición de imputado...”

"...La declaración en prueba anticipada del ciudadano Rubén Darío Redondo, igualmente aplica los anteriores señalamientos, pues ciertamente el ciudadano Luis Elías Payares Iguarán no ostentaba la condición de imputado para el momento de formación y evacuación de esa prueba, ya que se circunscribió a señalar la forma en que él conocía que se habían desarrollado los eventos criminales investigados, con lo cual no se vulneraba ningún tipo de derecho o garantía ya que la formación del referido medio probatorio, se realizó atendiendo todos los extremos normativos contenidos tanto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como en el Código Orgánico Procesal Penal..."

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 18/02/201

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Penal Adjetiva

4.- TEMA: Interceptación o Grabación de Comunicaciones Privadas

5.- EXTRACTO

Aún por razones de necesidad y urgencia, la interceptación o grabación de comunicaciones privadas debe ser previamente autorizada por el órgano jurisdiccional

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº DRD-20-079-2010

6.2.- FECHA: 26/03/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

En otro orden de ideas, este Despacho apreció que otro de los argumentos esgrimidos por la representación del Ministerio Público para motivar la solicitud de Sobreseimiento interpuesta en esta causa, aludió al incumplimiento de formalidades esenciales, específicamente relacionadas con la obtención de evidencias.

A propósito, debe señalarse que -ciertamente- de las actuaciones examinadas se desprende que el día 20 de enero de 2010, según se expuso en el acta policial de esa misma fecha (suscrita a las 21:00 horas), se grabó llamada telefónica en la cual el ciudadano K L C sostuvo una conversación con el ciudadano G J, sin que se evidenciara el cumplimiento de las exigencias legalmente previstas para ello.

Conforme a lo descrito en el acta policial, esto se hizo “según el supuesto especial tipificado en el Artículo No 20 de la Ley de Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas” (atendiendo a razones de necesidad y urgencia); por considerar que dicha actuación “(...) serviría para determinar o no la comisión real de uno de los delitos previstos en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público”¹¹².

De acuerdo con lo señalado en el artículo 20 de la citada Ley de Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas:

“Artículo 20. El fiscal del Ministerio Público encargado de la investigación, solicitará al juez competente la orden de allanamiento de inmuebles, así como la interceptación o grabación de Comunicaciones privadas, sean éstas ambientales, telefónicas o realizadas por cualquier otro medio, cuyo contenido

se transcribirá y agregará a las actuaciones, siempre y cuando se cumpla con los señalamientos sobre el delito investigado, tiempo de duración, medios técnicos a ser empleados y el sitio o lugar desde donde se efectuará.

Los funcionarios del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, a cargo de la investigación podrán solicitar directamente la orden referida en el presente artículo, previa autorización por cualquier medio del Ministerio Público, de la cual dejarán constancia en sus respectivos libros diarios los funcionarios intervinientes, siempre que se trate de un supuesto que por la necesidad o urgencia requiera celeridad en la realización de las actuaciones. En todo caso la solicitud deberá contener las razones que la justifican.

Las actuaciones realizadas con prescindencia de lo previsto en el presente artículo, se considerarán carentes de valor probatorio.

Solo en los casos de delitos flagrantes, los funcionarios del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas podrán actuar con prescindencia de lo establecido en el presente artículo. En todo caso se dejará Constancia de lo actuado en el informe que se remitirá al Ministerio Público". (Negrillas nuestras).

En este mismo sentido, cabe referir además lo previsto sobre este asunto en el artículo 220 del Código Orgánico Procesal Penal:

"Artículo 220. **Autorización.** En los casos señalados en el artículo anterior, el Ministerio Público, solicitará razonadamente al juez de control del lugar donde se realizará la intervención, la correspondiente autorización con expreso señalamiento del delito que se investiga, el tiempo de duración, que no excederá de treinta días, los medios técnicos a ser empleados y el sitio o lugar desde donde se efectuará. Podrán acordarse prórrogas sucesivas mediante el mismo procedimiento y por lapsos iguales, medios, lugares y demás extremos pertinentes.

El órgano de policía de investigaciones penales, en casos de necesidad y urgencia, que deberán ser debidamente justificados, podrá solicitar directamente al juez de control la respectiva orden, previa autorización, por cualquier medio, del Ministerio Público, que deberá constar en la solicitud, en la cual, además, se harán los señalamientos a que se contrae el aparte anterior.

La decisión del juez que acuerde la intervención, deberá ser motivada y en la misma se harán constar todos los extremos de éste artículo" (Negrillas nuestras).

Tal y como se desprende de lo anterior, aún por razones de necesidad y urgencia, el legislador venezolano exigió que la interceptación o grabación de comunicaciones privadas debe ser previamente autorizada por el órgano jurisdiccional; todo lo cual se traduce en un imperativo por la garantía consagrada en el artículo 48 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece lo siguiente:

"Artículo 48. Se garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas. No podrán ser interferidas sino por orden de un tribunal competente, con el cumplimiento de las disposiciones legales y preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con el correspondiente proceso".

Así las cosas, consideramos que -no pudiendo apreciarse en el presente caso el cumplimiento de estas formalidades esenciales-, efectivamente la grabación de la comunicación telefónica sostenida entre los ciudadanos K L C y G J tuvo un origen inconstitucional; y por lo tanto, no debía ser valorada como un elemento de convicción sobre la comisión del delito y la responsabilidad penal del imputado.

Acerca de esto, resulta pertinente destacar lo previsto en el artículo 214 del Código Orgánico Procesal Penal, de acuerdo con el cual "(...) los elementos de convicción sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este Código (...)".

Asimismo, debe señalarse que -según esta disposición- "(...) no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, en la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados ni la obtenida por otro medio que menoscabe la libertad o viole los derechos fundamentales de las personas. Asimismo tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícitos".

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 26-02-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Procesal Penal

4.- TEMA: Improcedencia de Acuerdos Reparatorios

5.- EXTRACTO

“No es procedente la celebración de un acuerdo reparatorio cuando se presuma la comisión del delito de tráfico ilícito de metales, piedras preciosas o materiales estratégicos, por cuanto además de causarse un daño patrimonial se están afectando otros bienes jurídicos tutelados por la ley, como sería la seguridad y estabilidad de la nación.”

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº OFICIO Nº DCJ-15-0154-2010-007790

6.2.- FECHA: 26-02-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

Me dirijo a usted, en la oportunidad de referirme a su comunicación Nº 08-F4-120-2010, de fecha 19 de enero de 2010, acá recibida en data 22 de ese mismo mes y año, mediante la cual hace del conocimiento de este órgano asesor que ante esa representación del Ministerio Público se adelanta averiguación signada con el número de flagranza 2777.

En relación con la causa en comento, manifiesta que la misma es seguida contra el ciudadano (...), por la presunta comisión de los delitos de tráfico ilícito de metales, piedras preciosas o materiales estratégicos y asociación para delinquir, previstos y sancionados en los artículos 3 y 6 de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada, respectivamente y aprovechamiento de cosas provenientes del delito, tipificado en el artículo 470 del Código Penal, quien por intermedio de su abogado defensor propuso ante el órgano jurisdiccional un acuerdo reparatorio, como alternativa a la prosecución del proceso, estando fijada la audiencia para pronunciarse sobre el asunto en cuestión, el día 28 de enero de 2010.

Ante estos hechos, solicita consulta a los fines determinar la procedencia de la mencionada alternativa a la prosecución del proceso, establecida en el artículo 40 del Código Orgánico Procesal Penal.

Como punto previo, antes de emitir opinión respecto al particular motivo de la presente solicitud, es pertinente recordar lo contemplado en la Circular Nº DFGR-DGSSJ-DCJ-1-99-20, de fecha 20 de septiembre de 1999, titulada “Del procedimiento para solicitar instrucciones y elevar consultas”:

“Se advierte entonces que, 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.”

De conformidad con ello, la presente opinión no constituye una solución para un caso concreto, sino una orientación de carácter general que tiene como propósito servir de guía a los representantes del Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones, por lo que mal puede supeditar el ejercicio de sus funciones al contenido del presente dictamen.

Dicho esto, se procede entonces al estudio del supuesto por usted planteado, es decir, la procedencia del acuerdo reparatorio como solución anticipada del proceso, en los casos de delitos previstos en los artículos 3 y 6 de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y 470 del Código Penal.

En este sentido, se estima necesario revisar la figura del acuerdo reparatorio como alternativa a la prosecución del proceso, el cual se encuentra establecido en el artículo 40 del Código Penal adjetivo de la siguiente manera:

(...)

La institución del acuerdo reparatorio es considerada como una excepción al *ius puniendi* del Estado, que de acuerdo a lo expuesto por José Tadeo Saín Silveira, en su trabajo sobre "Los Acuerdos Reparatorios", publicado en "La Vigencia Plena del Nuevo Sistema. Segundas Jornadas de Derecho Procesal Penal" es una privatización del Derecho Penal, ya que:

"(...) en algunos casos el derecho de castigo del Estado quede en manos de la composición procesal de sus relacionados. A través de ellos, y en virtud de una conciliación, cada parte obtiene lo suyo: el imputado, en lugar de pena, paga una reparación y recibe el perdón del ofendido; y la víctima, la satisfacción de los daños y perjuicios que ha sufrido." (1999, 92).

Igualmente, esta alternativa a la prosecución del proceso que se fundamenta en criterios de economía procesal, constituye una opción ante procesos largos y costosos, y un mecanismo para canalizar la selectividad espontánea del sistema penal.

De acuerdo a Magaly Vásquez González, en su obra "Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano. Las Instituciones Básicas del Código Orgánico Procesal Penal":

"Los acuerdos reparatorios como medios conciliatorios 'permiten la desburocratización de la justicia penal con la consecuente limitación de gastos y esfuerzos, y ello alienta la esperanza de disponer del tiempo necesario para impedir la impunidad o, acaso, simplemente juzgar la criminalidad más grave". (2009, 62 y 63).

Sin embargo, esta institución no es aplicable a toda clase de hechos punibles, sino que está expresamente limitada por el legislador a dos supuestos específicos, ya citados precedentemente.

En este orden de ideas, un requisito indispensable para que pueda operar esta alternativa a la prosecución del proceso como causal de extinción de la acción penal, es la individualización de todas las víctimas del hecho, debiendo el (los) imputado (s) celebrar un acuerdo reparatorio con todas y cada una de ellas, ya que en caso que alguna de ellas no quiera acogerse a esta figura, el proceso continuará su curso normal en cuanto a aquellas que no quisieron participar en la celebración del mismo.

Igualmente, otra circunstancia que se debe verificar es el precepto jurídico en el cual se subsumieron los hechos motivo de la averiguación, pues únicamente son procedentes los acuerdos reparatorios (en lo que se refiere al numeral 1 del artículo 40) cuando el bien jurídico protegido por la norma penal infringida es solamente la propiedad privada de las víctimas.

Esta consideración obedece a que existen tipos penales que protegen no uno, sino varios bienes jurídicos. Los delitos contenidos en dichas normas son conocidos como delitos pluriofensivos.

Ello quiere decir, que al estar en presencia de los mencionados delitos, y aplicado al caso concreto de los ilícitos contenidos en la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada, la propiedad no sería el

único bien jurídico protegido por la norma, lo que haría improcedente la celebración de un acuerdo reparatorio.

En este orden de ideas, al referirse a estos mecanismos de autocomposición procesal descarta Carlos E. Moreno Brandt, en su obra "El Proceso Penal Venezolano. Manual teórico-práctico": " (...) que puedan ser aprobados tratándose de delitos complejos y, por tanto, pluriofensivos, que afecten no solo intereses patrimoniales, sino igualmente otros bienes no patrimoniales (...)" (2003, 82).

Por tanto, la finalidad de excluir a los delitos pluriofensivos de esta auto composición procesal de carácter principalmente económico, es que si bien se posibilita la reparación del daño patrimonial ocasionado a la víctima, y la conclusión anticipada del proceso, no se toma en cuenta la repercusión social del delito, o la afectación que el hecho pueda haber causado sobre otros derechos fundamentales.

Explicado entonces someramente, las características principales de la figura del acuerdo reparatorio, se procede a concatenarla con los artículos 3 y 6 de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada, que establecen:

(...)

Al concatenar entonces, el artículo 40 del Código Orgánico Procesal Penal, relativo al acuerdo reparatorio, con los artículos 3 y 6 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, existen ciertos aspectos que se deben resaltar.

En el caso de los delitos contemplados en la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada, la víctima es el Estado venezolano, toda vez que este instrumento jurídico protege la estabilidad y seguridad de la nación, y en lo que se refiere concretamente al artículo 3, relativo al tráfico ilícito de metales, piedras preciosas o materiales estratégicos, es el Estado quien establece las condiciones para la extracción y comercialización de estos recursos.

Entonces, por ser la víctima el Estado venezolano, es imposible individualizar una persona que pueda disponer de la acción penal mediante una manifestación de voluntad, y sobre este particular sostiene José Tadeo Saín en su trabajo "La disponibilidad del bien jurídico como un problema de índole material y procesal", publicado en "LEXTRA. Revista del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas":

"...un sujeto no podrá disponer con su voluntad de un bien cuando éste se haya establecido no sólo para proteger su interés privado, en el desarrollo de una relación social, sino fundamentalmente un interés público, dado que el mismo está destinado a satisfacer esencialmente necesidades comunes. Aquí se trasciende la esfera de lo particular, porque la afectada es la colectividad en general..." (2003, 399-400).

Igualmente, el tipo delictivo establecido en el artículo 3 la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada protege mucho más que bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, como por ejemplo los derechos o ganancias que pudiera recibir el Estado por la extracción o comercialización de los recursos o materiales estratégicos, sino que por la naturaleza misma de estos recursos, necesarios para los procesos productivos del país, su tráfico o comercialización ilícita afecta además la seguridad y estabilidad de la nación.

En lo que respecta al artículo 6 del texto legal tantas veces mencionado, tampoco se estima que sea procedente la celebración de un acuerdo reparatorio, ya que el tipo penal ahí contenido no se refiere a bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, sino que se refiere a otra conducta delictiva como lo es la asociación con la finalidad de cometer un hecho punible de criminalidad organizada.

En virtud de ello, no puede el fiscal del Ministerio Público emitir una opinión favorable para la celebración de un acuerdo reparatorio por la presunta comisión de delitos contenidos en la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada.

Finalmente, es importante tener presente, que la opinión aquí contenida se refiere únicamente al supuesto general sobre la procedencia de un acuerdo reparatorio por la presunta comisión de uno de los delitos previstos en la Ley Contra la Delincuencia Organizada.

No corresponde a esta Dirección opinar si los hechos referidos por esa representación del Ministerio Público efectivamente se subsumen en los tipos penales invocados, por ser competencia de la Dirección de Revisión y Doctrina, aunado al hecho que se desconocen todas las características del caso.

Por lo tanto, los fiscales del Ministerio Público, en el ejercicio de la acción penal, procurarán conocer toda la normativa legal vigente, ello con el propósito de adecuar los hechos al tipo penal que corresponda de acuerdo con la conducta desplegada por la persona investigada.

Sin otro particular al cual hacer referencia.”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 18-02-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Indígena

4.- TEMA: Jurisdicción Penal Indígena

5.- EXTRACTO

Las autoridades indígenas podrán aplicar a los integrantes de su comunidad los castigos y sanciones que consideren adecuados de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, siempre que ellos no sean contrarios a la Constitución, la Ley y el Orden Público, por lo tanto no podrán aplicar penas privativas de libertad ya que es un producto de la sociedad moderna occidental, ni mucho menos por lapsos de tiempos mayores a los establecidos en nuestra legislación.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° MEMORÁNDUM DCJ-15-0154-2010

6.2.- FECHA: 18-02-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Tengo el agrado de dirigirme a usted, en la oportunidad de informarle que en fecha 22 de enero del presente año, fue recibido en esta Dirección, memorándum N° DGAP-3-114-10, procedente de la Dirección General de Actuación Procesal, anexo al cual se remite una serie de comunicaciones emanadas de otras dependencias de esta Institución, en las que se informa la decisión dictada por el Tribunal de Control, Sección Adolescentes del Circuito Judicial Penal del estado Delta Amacuro, que condenó al adolescente (...), perteneciente a la etnia warao, a sufrir la pena de veinte (20) años de prisión por el homicidio del ciudadano que en vida respondiera al nombre de (...).

A los fines de ilustrarle sobre el caso en cuestión, se procede entonces a presentar un breve resumen de éste, con diversas consideraciones jurídicas observadas por este órgano asesor.

En fecha 27 de noviembre de 2009, comparecieron ante la sede de la Fiscalía Quinta del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Delta Amacuro los ciudadanos (...), los cuales manifestaron su deseo de presentar ante un órgano jurisdiccional a un adolescente de trece (13) años edad de nombre (...), por cuanto presuntamente había dado muerte a un ciudadano que en vida respondiera al nombre de (...).

Posteriormente tuvo conocimiento esa representación del Ministerio Público, que un tribunal de la jurisdicción indígena de esa misma comunidad había condenado al referido adolescente a sufrir la pena de veinte (20) años de prisión por el delito de homicidio, y había solicitado a un tribunal del Circuito Judicial Penal de ese estado la colaboración para ejecutar dicha sanción.

Ante tales circunstancias, la Fiscal (...) del Ministerio Público de esa Circunscripción Judicial, solicitó una audiencia especial ante el Tribunal del Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente del Circuito Judicial Penal del estado Delta Amacuro, en la cual se respetó y reconoció la sentencia dictada

por las autoridades indígenas, y se ordenó el ingreso del adolescente infractor en la Casa Taller para varones de la ciudad de Tucupita.

(...)

Por lo tanto, en aras de colaborar en la consecución de los objetivos encomendados a esta Institución, se procede a emitir la presente opinión, en los términos de determinar la vigencia de una decisión dictada por una jurisdicción indígena, en el sentido de verificar si es contraria a normas de orden constitucional y legal, y la posible alternativa para subsanar tal situación.

En tal sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 260, reconoce la justicia de los pueblos indígenas bajo el siguiente tenor:

(...)

De acuerdo a la norma referida, existen dos requisitos indispensables para que pueda resolverse un asunto mediante la justicia indígena; el primero, que el hecho únicamente afecte a miembros de la comunidad indígena, ya que en caso contrario el mismo deberá ser dirimido ante la jurisdicción correspondiente.

El otro aspecto a tener cuenta, es que los mecanismos para la solución de conflictos aplicados por los pueblos indígenas, no pueden ser contrarios a la Constitución, a la ley y al orden público; a título ilustrativo, no podrían condenar a una persona a pena de muerte, pues aunque eso forme parte de sus tradiciones ancestrales, es contrario a lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico.

En este contexto, la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, estipula lo relativo a la jurisdicción especial indígena de la siguiente manera en el artículo 132:

(...)

Reconocida entonces, tanto constitucional como legalmente la jurisdicción especial indígena, se debe revisar la competencia para su intervención, tal como lo consagra el artículo 133 del referido instrumento normativo, que pauta:

(...)

Entonces, concatenadas las normas en cuestión al caso que ahora nos ocupa, no se puede concluir con base a la documentación recibida que el ciudadano Lucio Romero (víctima) sea integrante de una comunidad indígena, de acuerdo a las previsiones del único aparte del artículo 132 de la Ley Orgánica previamente referida.

En virtud de ello, se estima necesario precisar la información en cuestión, con el propósito de determinar la legitimidad de la jurisdicción especial indígena.

Asimismo, en relación con el homicidio motivo de la presente consulta, fue condenado por la jurisdicción especial indígena el adolescente de la etnia warao (...) a sufrir la pena de veinte (20) años de prisión, ante lo cual es necesario acotar lo siguiente:

Si bien es cierto, la jurisdicción especial indígena tiene atribuciones constitucionales y legales para ejercer actos de administración de justicia, no es menos cierto que éstos deben ser siempre en estricto apego a la normativa legal vigente, por lo que se estima acertado determinar si existe la posibilidad de condenar a un adolescente de trece (13) años de edad a sufrir una pena de veinte (20) años de prisión.

En este sentido, no se observa de los recaudos recibidos en este órgano asesor los elementos que sirvieron de base para condenar al adolescente en cuestión, ni tampoco las circunstancias tomadas en cuenta para la imposición de la sanción.

Ahora bien, a los fines de encuadrar la decisión dictada por las autoridades indígenas con la normativa legal vigente, se procede a revisar las normas que sobre homicidio y sanciones de niños, niñas y adolescentes existen.

Los delitos contenidos en el Código Penal –lo cual incluye el homicidio y todas sus calificaciones- son también aplicables a los adolescentes que incurran en dichas conductas, aunque éstos responden de forma diferenciada del adulto, toda vez que así lo dispone el artículo 528 de la Ley Orgánica para la protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que pauta:

(...)

Igualmente, de acuerdo al artículo 621 del mencionado instrumento normativo, al referirse a las sanciones a imponer a los adolescentes, contempla que:

(...)

Bajo esta premisa, el artículo 628 se refiere a la privación de libertad en los siguientes términos:

(...)

Al concatenar las normas referidas con el caso concreto, se observa que la jurisdicción especial indígena, al momento de imponer la sanción al adolescente (...), excedió las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que limitan –para el caso concreto- las penas privativas de libertad a un máximo de dos años.

Se puede presumir entonces, que estamos en presencia de una decisión dictada por la jurisdicción especial indígena, posteriormente homologada por un tribunal de Control, Sección Adolescente, que es contraria a la Constitución y demás leyes que conforman nuestro ordenamiento jurídico, por lo que debe el Ministerio Público, en estricto apego a lo establecido en el numeral 1 del artículo 285 de la Constitución de la República:

(...)

En este sentido, la propia Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, establece los mecanismos legales para subsanar las posibles violaciones al ordenamiento legal en que pudiera incurrir la jurisdicción especial indígena, al establecer en su artículo 135:

(...)

Así las cosas, para intentar dicha acción de Amparo Constitucional debe alegarse la violación de una norma de rango constitucional, que en el caso que ahora nos ocupa es el numeral 8 del artículo 49 de nuestra Carta Magna que pauta:

(...)

Ello es así, ya que no se está en presencia de un error de procedimiento que pueda ser atacado por vía de impugnación, sino más bien de un error judicial grave e inexcusable, el cual ha sido definido por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en su decisión N° 01448, de fecha 12 de julio de 2001, de la siguiente manera:

“...un concepto jurídico indeterminado o indefinido, por lo cual se requiere en cada asunto particular ponderar la actitud de un juez normal y de acuerdo a ello y a las características propias de la cultura jurídica del país, establecer el carácter inexcusable de la actuación del funcionario judicial. Es inexcusable el error grave, con el cual se pone de manifiesto, sin mayor dificultad, que se carece de la formación jurídica imprescindible para desempeñar con idoneidad la elevada función de juzgar...”.

Por todo lo anteriormente expuesto, y vista la manifiesta contradicción de la decisión dictada por la jurisdicción especial indígena con el ordenamiento legal vigente, toda vez que se condenó a un

adolescente de trece años de edad a sufrir una pena que excede con creces el límite máximo establecido por el artículo 628 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se estima -salvo mejor criterio de ese Despacho- que lo procedente es ejercer el recurso de Amparo Constitucional ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, bien personalmente o por intermedio de alguna de las representaciones del Ministerio Público, con competencia para actuar ante el Tribunal Supremo de Justicia.

Sin más a que hacer referencia.”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 02/03/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE:

Fiscalía Segunda del Ministerio Público ante las Salas de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

3.- MATERIA: Penal Adjetiva

4.- TEMA: Notificación

5.- EXTRACTO

A partir de la efectiva notificación a la defensa del acusado, respecto al pronunciamiento mediante el cual ha sido decretado el sobreseimiento de la causa -cuando esta es la última de las practicadas- se inicia el lapso para la interposición del recurso de apelación correspondiente, toda vez que tal decisión no es de aquellas que, conforme a la normativa procesal y jurisprudencia, deban ser realizadas en forma personal y directa al imputado. A los acusados les fue decretado el sobreseimiento de la causa seguida por el delito de fraude en grado de continuidad, los cuales, valiéndose de una relación de amistad que mantenían con la víctima, quien era de avanzada de edad y sin mas familiares o parientes vivos, bajo sevicia y engaños, confeccionaron una serie de contratos de compra venta fraudulentos, despojándola de todas sus propiedades -incluyendo su lugar de habitación- conformadas por edificios, casas y sociedades mercantiles, sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia, anuló aquellos a través de una medida cautelar, restituyéndole sus bienes a la ciudadana agraviada, y al apelar los imputados del dictamen en mención, fue declarado inadmisibile por extemporáneo el aludido medio recursivo, dada la preclusión del lapso.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº DGAJ-5-2229-995-2010

6.2.- FECHA: 22/11/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“...la notificación a los defensores o representantes de las partes, es la regla general, y sólo por vía de excepción, deben ser notificadas personalmente al acusado ciertos actos que tengan una naturaleza especial, tal como la sentencia condenatoria, que comporta efectos restrictivos en la esfera de sus derechos subjetivos; no obstante, de resultar aplicable la excepción y no la regla, en todo caso debe ser ello justificado o motivado por el sentenciador (...) el hecho de ser notificados los defensores o apoderados de las partes, es una sana previsión del Legislador Patrio, por cuanto busca agilizar el proceso (...) no menoscaba los derechos de las mismas, toda vez que en virtud de la formación profesional de los Abogados, se presume que poseen el adiestramiento, la habilitación legal y la formación jurídica suficientes para conocer y ejercer oportuna y eficazmente los recursos procesales que la Ley autoriza contra las decisiones judiciales que desfavorezcan a sus representados (...) esta Representación del Ministerio Público, no puede obviar las circunstancias de la presente causa, donde se cometió un delito grave en detrimento de una persona de avanzada edad, que no tiene familiares cercanos los cuales pudieran velar por sus intereses, habiendo los acusados aprovechado esas circunstancias para acercarse a la misma y manipularla, valiéndose de medios capaces de sorprenderla en su buena fe, bajo engaño, mediante artificios creados con ventaja de su condición y debilidades, despojándola de todos sus bienes y propiedades, inclusive hasta de la casa de habitación donde ésta residía; razones por las cuales, de conformidad con lo establecido en los artículos 2, 30 parte in fine, y

257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con los artículos 13 y 120 del Código Orgánico del Procesal Penal, solicita de esa Máxima Instancia Judicial Penal, pondere las mismas con preeminencia respecto a las supuestas violaciones formales de orden legal denunciadas, en aras de la justicia como finalidad del proceso, así como del resguardo y la restitución de los intereses que le fueran lesionados a la víctima en virtud de la comisión del hecho punible, por parte de los acusados...”.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”**1.- FECHA DE ELABORACIÓN:** 25/02/2011**2.- DIRECCIÓN REMITENTE:** Fiscalía Quinta del Ministerio Público ante las Salas de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia**3.- MATERIA:** Derecho Procesal Penal**4.- TEMA:** Preclusividad de Lapsos Procesales**5.- EXTRACTO**

“El principio de preclusividad de los lapsos, impone la necesidad de evitar que se realicen actividades sobre etapas que ya han sido superadas, pues ciertamente ello podría devenir –inclusive – en perjuicios graves al propio imputado, lo que en modo alguno persigue este cuerpo normativo.”

6.- CONTENIDO**6.1.- COMUNICACIÓN Nº** DGAJ-5-2228-993-2010-54025**6.2.- FECHA:** 22/11/2010**6.3.- TRANSCRIPCIÓN**

“...La Alzada señaló que la ciudadana Maddalena Maniscalco De Morreale, declaró en calidad de “imputada” pues se desarrollaron una serie de actos de procedimiento en donde aparecía involucrada en los hechos criminosos que se encontraban siendo investigados por el Ministerio Público y por ello se solicitó la aprehensión por necesidad y urgencia, habida cuenta que en fecha 21 de octubre de 2006, se solicitó la orden de captura, pues se tenía la presunción que la referida imputada se encontraba dentro de los supuestos del artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, atinentes al peligro de fuga...”

“...La Alzada señaló que la Juzgadora de Juicio se pronunció en relación al mérito probatorio que le ofrecían cada una de las probanzas que fueron formadas durante el contradictorio, específicamente las visitas domiciliarias signadas con los Nros. 1C-04-03, y 1C-06-03, ambas realizadas por funcionarios adscritos al Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas, al considerar que las mismas debían ser desechadas por cuanto ya habían sido correctamente analizados los dichos de los funcionarios públicos, aunado al hecho que tal y como lo aduce la Corte de Apelaciones, la validez o no de dicho allanamiento no le correspondía analizarlo al juez de juicio, pues ésta actividad le correspondió al Tribunal de Control al momento de verificar la utilidad, pertinencia, legalidad y procedencia del órgano de prueba, con lo cual ya había precluido el lapso legal para su control...”

“...Ahora, surge la inquietud a esta Representación del Ministerio Público, en relación al atacar la forma de valoración de un medio probatorio que fue desechado por parte del Juzgador de Mérito (Tribunal de Juicio), cuando no le causa agravio el hecho de no tomar en cuenta ese medio probatorio que por demás lejos de beneficiarlo podría perjudicarlo. Ante esto, resulta importante acotar que uno de los principios rectores de los recursos establecidos en el Código Orgánico Procesal Penal, es el principio de agravio conforme al artículo 436 de la norma adjetiva penal...”

“...No se evidencia que el medio probatorio (visitas domiciliarias) hayan sido valoradas por el Tribunal de Juicio, muy por el contrario éstas fueron desechadas por el Juzgador y correctamente avaladas por el Tribunal de Instancia, con lo cual resulta evidente solicitar la declaratoria sin lugar de las denuncias

tercera y quinta, ya que efectivamente el Tribunal de Alzada se pronunció respecto de la correcta valoración desarrollada por el Juzgador del Primer Grado de Jurisdicción al imponer una sentencia condenatoria basada y fundada en pruebas legalmente obtenidas y correctamente formadas durante el contradictorio, para concluir con una valoración conforme a las reglas de la sana crítica y la lógica a tenor de lo dispuesto en el artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal...”

“...siendo el principio de exhaustividad un ingrediente de la motivación, que debe contener toda resolución jurisdiccional fundada en hecho y en derecho, estableciendo un límite y frontera al juzgador, en el sentido que éste se atenga y sujete a lo acreditado y probado en autos, entendiéndose el medio probatorio como un conjunto de elementos que son necesarios para su formación y que en definitiva a través del principio de inmediación propio del juez, es solamente aquél que lo reciba puede otorgarle el justo valor probatorio conforme a derecho, resulta importante destacar que en el presente caso, la prueba a la que hace alusión el quejoso, a saber, la incorporación de visitas domiciliarias por su lectura, la Sentenciadora de Mérito, no le otorgó valor probatorio tal y como lo reconoce la Defensa hoy recurrente, tanto en el escrito apelativo como en el Recurso Extraordinario de Casación; de manera que el Tribunal de Juicio no fundó su decisión en la prueba que hoy ataca el formalizante...”

“...constituiría un desacierto valorar una sola prueba de varias maneras como si fueran varios medios probatorios, como documento, como testimoniales, como deposiciones de los funcionarios colectores de evidencia, tratándose sólo de un allanamiento domiciliario; por tanto – reiteramos – resultó correcta la valoración arrojada al estimar, en este caso, que la convicción devino de los dichos de los funcionarios que suscribieron tal allanamiento, valorándose como un solo medio probatorio...”

“...al Tribunal de Mérito, es decir, al Tribunal de Juicio, a quien va dirigida la actividad probatoria, a los fines de la formación de la prueba correspondiente, con el objeto que aporten los elementos suficientes al Juzgador para la decisión correspondiente y así dar cumplimiento al artículo 16 del Código Orgánico Procesal Penal, referida a la inmediación probatoria, y no es la Corte de Apelaciones la llamada a determinar el contenido del medio probatorio, pues la antedicha formación de probanzas no fueron realizada en presencia de ella...”

“...la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, de una forma clara y positiva ha señalado que el análisis, comparación y valoración de los medios probatorios es propio de la actividad que desarrolla y ejecuta el Tribunal de Juicio, tal y como se señaló, lo que implica inexorablemente que a la Corte de Apelaciones no puede atribuírsele el vicio de no examinar el contenido de tal o cual probanza, pues ya fue una fase superada por el Juez de Instancia; en adición a que el destinatario de la prueba y receptor es a quien le compete la apreciación y valoración, conforme a las reglas del Código Orgánico Procesal Penal...”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 18/02/201

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Penal Adjetiva

4.- TEMA: Prescripción y Duración de la Investigación

5.- EXTRACTO

No es aceptable confundir el lapso previsto en el artículo 79 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, con la figura de la prescripción, ya que son de distinta naturaleza. El lapso aducido tiene como propósito establecer un límite temporal o plazo máximo de duración a la investigación desplegada por el Ministerio Público, para consagrar lapsos más expeditos para el establecimiento de responsabilidades penales, y de esa forma garantizar el derecho a un juzgamiento sin dilaciones indebidas y dentro de un plazo razonable.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº DRD-17-069-2010

6.2.- FECHA: 19/03/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

Según lo señalado en la Solicitud de Sobreseimiento signada con el número (...), se pudo apreciar que la representante fiscal fundamenta su Solicitud de Sobreseimiento por prescripción de la acción penal, prevista en el artículo 318, numeral 3 del Código Orgánico Procesal Penal, en concordancia con el artículo 79 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Al respecto, llama poderosamente la atención, la relación de normas invocadas, ya que en primer término, puede notarse que se confunde el objeto del artículo 79 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, debido a que éste no guarda relación con la institución de la prescripción. Señala la norma antes indicada:

Lapso para la Investigación

Artículo 79. El Ministerio Público dará término a la investigación en un plazo que no excederá de cuatro meses. Si la complejidad del caso lo amerita, el Ministerio Público podrá solicitar fundadamente ante el Tribunal de Violencia Contra la Mujer con funciones de Control, Audiencias y Medidas, competente, con al menos diez días de antelación al vencimiento de dicho lapso, una prórroga que no podrá ser menor de quince ni mayor de noventa días.

El Tribunal decidirá, mediante auto razonado, dentro de los tres días hábiles siguientes a la solicitud fiscal.

La decisión que acuerde o niegue la prórroga podrá ser apelada en un solo efecto.

Por su parte, el artículo 103 *ejusdem* prevé lo siguiente:

Prórroga Extraordinaria por Omisión Fiscal

Artículo 103. Si vencidos todos los plazos, el o la Fiscal del Ministerio Público no dictare el acto conclusivo, el juez o la jueza de Control, Audiencia y Medidas, notificará dicha omisión a el o la Fiscal Superior, quien dentro de los días siguientes deberá comisionar un nuevo o una nueva Fiscal para que presenta las conclusiones de la investigación en un lapso que no excederá de diez días continuos contados a partir de la notificación de la comisión, sin perjuicio de las sanciones civiles, penales y administrativas que sean aplicables a el o la Fiscal omisivo u omisiva.

Visto lo anterior, debe señalarse que en el escrito objeto de examen se otorga una errónea interpretación a las normas anteriormente transcritas, debido a que el fin de éstas es establecer un límite temporal o plazo máximo de duración a la investigación desplegada por el Ministerio Público, para consagrar lapsos más expeditos para el establecimiento de responsabilidades penales, y de esa forma garantizar el derecho a un juzgamiento sin dilaciones indebidas y dentro de un plazo razonable.

En ese sentido, no es aceptable confundir ese lapso señalado por la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, con la figura de la prescripción, ya que son de distinta naturaleza, siendo ésta última una moldura que limita temporalmente la utilización del poder punitivo del Estado. A saber, a través de aquélla el legislador sustantivo ha considerado político-criminalmente adecuado no castigar un delito, en virtud de la extinción de la potestad punitiva estatal, por no haberse ejercido ésta dentro los límites temporales fijados en la ley (por ejemplo, los contenidos en el artículo 108 del Código Penal), configurando éstos el marco máximo dentro del cual debe operar el ejercicio del ius puniendi.¹¹³

Por otra parte, observa esta Dirección la ausencia de mención en el petitorio fiscal, de la normativa especial que en este caso sería la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, ya que es el instrumento que prevé expresamente aspectos relacionados con la prescripción en materia de responsabilidad penal del adolescente, siendo improcedente aplicar –a los fines del cálculo de la prescripción- el Código Penal, debido a la especialidad que debe predominar cuando se trata de responsabilidad de adolescentes, ya que existe una legislación específica que los ampara. En atención a ello, en este caso debió realizarse el cálculo de la prescripción sobre la base de lo previsto en el artículo 615 de la Ley Orgánica sobre la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 18/02/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Penal Adjetiva

4.- TEMA: Procedencia de la Privación Judicial Preventiva de Libertad por Razones de Necesidad o Urgencia.

5.- EXTRACTO

Cuando el Fiscal del Ministerio Público que conozca de una causa en concreto, solicite una medida de privación judicial preventiva de libertad en contra de un imputado, de conformidad con el supuesto especial del artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, deberá sustentarla de manera clara, precisa y contundente, sobre todo atendiéndose a la excepcionalidad de dicha figura procesal.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº DRD-074-2010

6.2.- FECHA: 25/03/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

El supuesto especial de privación judicial preventiva de libertad por razones de necesidad o urgencia, previsto en el último aparte del artículo 250¹¹⁴ del Código Orgánico Procesal Penal.

Este supuesto excepcional de aprehensión por razones de necesidad y urgencia fue incorporado en la reforma del Código Orgánico Procesal Penal del año 2001, acerca del cual algunos autores patrios han señalado que “(...) en determinados casos de delitos graves y complejos, se impone durante la fase preparatoria del proceso la imperiosa necesidad de tener que ordenar, de manera expedita y sin dilación alguna, la detención inmediata del investigado como única vía para garantizar las finalidades del proceso, lo cual, fuera de los casos de flagrancia, sólo puede ocurrir previa orden judicial, que, en la mayoría de los casos, es prácticamente imposible obtener con la prontitud y celeridad que la naturaleza de tales casos requiere (...)115”.

Por su parte, Pérez Sarmiento justifica la inclusión de dicha norma, y señala que “(...) el aparte final de este artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal recoge un supuesto de extrema necesidad y urgencia que permite al juez ordenar, incluso por teléfono, fax, telégrafo, correo electrónico, o mediante recado oral, la detención de una persona a solicitud del Ministerio Público. Se trata de aquellos casos donde no existiendo flagrancia, los órganos de policía y la fiscalía reciben información

¹¹⁴ “Artículo 250.- Procedencia. El Juez de control, a solicitud del Ministerio Público, podrá decretar la privación preventiva de libertad del imputado siempre que se acredite la existencia de: (...) En casos excepcionales de extrema necesidad y urgencia, y siempre que concurran los supuestos previstos en este artículo, el Juez de control, a solicitud del Ministerio Público, autorizará por cualquier medio idóneo, la aprehensión del investigado. Tal autorización deberá ser ratificada por auto fundado dentro de las doce horas siguientes a la aprehensión, y en lo demás se seguirá el procedimiento previsto en este artículo.”

¹¹⁵ TAMAYO RODRIGUEZ, José Luis (2003) “Manual Práctico Comentado sobre la Reforma del Código Orgánico Procesal Penal”. Maracay, Venezuela. Editorial TAMHER, C.A., Pág. 250.

súbita y confiable de que un determinado ciudadano está incurso en un delito grave y existe palpable peligro de fuga, y por tal motivo, el Ministerio Público solicita la orden de detención por cualquiera de las vías señaladas (...)116”.

Atendiendo a la estructura propia de nuestro proceso penal, y con base en simples razonamientos lógicos, al momento en que el Fiscal del Ministerio Público que conozca de una causa en concreto, solicite una medida de privación judicial preventiva de libertad en contra de un imputado, de conformidad con el supuesto especial, ésta deberá ser realizada y sustentada de manera clara, precisa y contundente, sobre todo atendándose a la excepcionalidad de dicha figura procesal.

La actividad jurisdiccional dependerá en su totalidad de los argumentos que logre explicar de manera responsable y sustentable el Ministerio Público. Atendiendo a la necesidad de motivación de las decisiones, requerido ello por el artículo 173 del Código Orgánico Procesal Penal, esa actividad del intelecto del juzgador dependerá -inicialmente-, de manera absoluta, del planteamiento que haga el Fiscal de la causa, y de los soportes que se logre proporcionar a tal efecto al órgano jurisdiccional oportunamente.

Estas razones o fundamentos del Ministerio Público, servirán igualmente como primer elemento para el ejercicio del derecho a la defensa del imputado en contra de quien se solicita la medida de privación judicial preventiva de libertad, debiendo el mismo conocer las afirmaciones realizadas por su parte contraria, verbigracia el Ministerio Público, so pena de vulneración de uno de los contenidos esenciales del derecho a la defensa. El doctor Juan Montero Aroca, de manera precisa ha señalado, al comentar los contenidos básicos del Derecho a la Defensa que “(...) el contenido esencial se refiere también a que las partes han de conocer todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial: 1) De hecho: Cada parte ha de tener la posibilidad real de conocer los materiales de hecho afirmados por la contraria y de poder alegar en contra de ellos; si pudiera existir una alegación de parte que se mantuviera secreta para la otra, se estaría ante uno de los supuestos más claros de vulneración del derecho de audiencia, tanto que podría hablarse de indefensión (...)”117 Siendo de tal relevancia esa posibilidad plena de defensa, que el doctor Alberto Binder ha llegado a señalar que “(...) no se le puede considerar una garantía más, sino que se trata precisamente de aquella que asegura y torna operativas a todas las demás (...)”118

Vale la pena señalar que, si bien en materia penal encuentra plena aplicación el principio *iura novit curia*, ello habrá de circunscribirse a la actividad intelectual que realizará el Juzgador con base en los elementos aportados, más en ningún supuesto podría buscarse suplir con dicho principio las alegaciones o fundamentos -claros e integrales- que está obligado a realizar el Ministerio Público, para fundar sus pretensiones. Ello sencillamente perfecciona los procesos penales, transmite la convicción de transparencia en los mismos, y obra en definitiva en beneficio de la real consecución de la Justicia por las vías jurídicas.

Sobre esa necesidad de motivación de la solicitud que se realice, ya la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 499 de fecha 8 de agosto de 2007, señaló, entre otras cuestiones, lo siguiente: “(...) Es impretermitiblemente necesario señalar que, para que una aprehensión sea autorizada con fundamento en el último aparte del artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, debe necesariamente verificarse y constar en la solicitud que presente el Ministerio Público las circunstancias de extrema necesidad y urgencia, tal y como lo señala la norma in comento (...)”

El Ministerio Público y el órgano jurisdiccional deben atender en todo momento, que en el supuesto previsto en el último aparte del artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, para poder decretarse la medida de privación judicial preventiva de libertad, la necesidad existente no debe ser pura y simple, sino que ha de venir revestida de un carácter extremo. En principio, se debe tener presente

116 PEREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo (2003) “Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal”. Valencia - Caracas, Venezuela. Editores VADELL HERMANOS, Pág. 281.

117 MONTERO AROCA, Juan (1997) “Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón”. Tirant lo Blanch, Valencia, España. Pág. 142.

118 BINDER, Alberto (1999) “Introducción al Derecho Procesal Penal”. Ad Hoc, s.r.l. Buenos Aires, Argentina. Pág. 132.

que, ya en el ámbito del derecho penal alemán -base indirecta de nuestro ordenamiento procesal penal vigente, por ser pilar del Código Orgánico Procesal Penal modelo para Iberoamérica-, se ha establecido -por vía doctrinaria y jurisprudencial- que toda medida de coerción personal, por su propia naturaleza debe ser "(...) conducente, necesaria y adecuada (...)">¹¹⁹, siendo en consecuencia imprescindible una argumentación detallada, clara y precisa, que transmita la urgencia previamente razonada y evaluada por el Representante Fiscal.

La necesidad de orden jurisdiccional de detención a la cual se ha venido haciendo referencia al analizar esta figura procesal, se enmarca perfectamente dentro del marco constitucional vigente en nuestro país, y la regulación de la libertad personal de todo ciudadano.

¹¹⁹ SCHLUCHTER, Ellen (1999) "Derecho Procesal Penal". Valencia, España - Thungersheim Frankfurt (Main), Alemania. Pág. 66.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”**1.-FECHA DE ELABORACIÓN:** 14/03/2011**2.-DIRECCIÓN REMITENTE:** Dirección de Defensa Integral del Ambiente y Delito Ambiental**3.- MATERIA:** Penal Adjetiva**4.- TEMA:** La Protección del Ambiente. Medidas Judiciales Precautelativas**5.- EXTRACTO**

En fecha 18 de mayo de 2010, se inicia la presente causa en virtud del Informe de Inspección recibido de la Capitanía de Puerto La Vela de Coro, mediante el cual informan que en el sector Boca de Caño, existe una disposición inadecuada de desechos sólidos, específicamente en el Refugio de Fauna Silvestre y Reserva de Pesca Boca de Caño; procediéndose a dictar la correspondiente Orden de Inicio de la Investigación y ordenándose las diferentes diligencias para el total esclarecimiento de los hechos.

En fecha 30 de junio de 2010, se recibe La Capitanía de Puerto las Piedras, Informe de Inspección practicada en El Refugio de Fauna Silvestre y Reserva de Pesca, Sector Boca de Caño, donde señalan: El Refugio de Fauna Silvestre y Reserva de Pesca, Sector Boca de Caño, esta conformado por una laguna permanente de agua salobre de poca profundidad. Se constato la existencia de una gran cantidad de residuos y desechos sólidos en los márgenes de la laguna y acumulación en grandes cantidades de estos en el interior de las aguas; la mayor parte de los residuos existentes son de larga duración y pueden permanecer durante decenios, una parte puede ser letal, pues están constituidos por recipientes que contuvieron plaguicidas y desinfectantes, cuyos residuos pueden causar efectos letales en un ámbito puntual. La existencia de grandes cantidades de desechos constituye un gran riesgo, pues esta situación supone afectaciones negativas, al interferir sobre la producción biológica en la zona, de modo tal que las grandes cantidades de plástico acumuladas en el fondo de la laguna interfiere en el intercambio de oxígeno entre el agua y los sedimentos, dificultando la reproducción de peces.

El Ministerio Público solicitó medidas judiciales precautelativas de carácter ambiental urgente, las cuales estarán destinadas a tutelar y prevenir daños irreparables al ecosistema, los recursos hídricos, así como a prevenir daños a las personas, y los daños existentes en el refugio de fauna silvestre y reserva de pesca “boca de caño”, ubicado en el sector boca de caño-entre las poblaciones de el supi y tiraya, municipio falcón, estado falcón; en perjuicio de la colectividad, siendo afectada de manera directa y depredadora por la acción del elemento humano que afecta de manera irracional.

En fecha 18 de agosto de 2010 el Tribunal Penal de Control, Extensión Punto Fijo, decreta las medidas judiciales precautelativas solicitadas por el Ministerio Público, específicamente la Prohibición de arrojar y acumular residuos y desechos sólidos en un espacio definido como Área Bajo Régimen de Administración Especial (Refugio de fauna Silvestre y reserva de Pesca Boca de Caño), consistente en: 1) prohibición de descargas residuales y desechos sólidos, igualmente la interrupción de cualquier actividad que haya dado origen al deterioro ambiental. 2) Recolección de los desechos sólidos que se encuentren depositados en el lugar, así como, el retiro de escombros, basura y cualquier tipo de desecho. Finalmente ordena oficiar a todos los organismos competentes para hacer efectiva la medida.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° Escrito S/N.

INVESTIGACIÓN N° 11-F14-92-2010

6.2.- FECHA: 12/08/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“(omissis)”

Quienes suscriben, Franises Del Carmen Valera Paliche y Liliana Antonieta Rondon Cadenas, actuando con el carácter de Fiscal Principal y Auxiliar Décima Cuarta del Ministerio Público, con Competencia en Defensa Integral del Ambiente y Delito Ambiental, de la Circunscripción Judicial Penal del Estado Falcón; según las atribuciones que nos confiere la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela artículo 285, la Ley Orgánica del Ministerio Público artículo 47 y el artículo 108 ordinal 10 del Código Orgánico Procesal Penal, y actuando de conformidad a la Resolución emitida por el Fiscal General de la República N° 1567, de fecha 23 de Diciembre de 2008 y 1166, de fecha 12 de noviembre del 2007, acudimos ante ese órgano jurisdiccional con el propósito de solicitar medida judicial precautelativa de carácter ambiental urgente, según lo establecido en el artículo 24 ordinales 1, 2 ,3, 4, y 7 de la Ley Penal del Ambiente, en concordancia con los artículos 551, del Código Orgánico Procesal Penal y 585, 588 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente, las cuales estarán destinadas a tutelar y prevenir daños irreparables al ecosistema, los recursos hídricos, así como a prevenir daños a las personas, y los daños existentes en el refugio de fauna silvestre y reserva de pesca “Boca de Caño”, ubicado en el sector Boca de Caño-entre las poblaciones de EL Supi Y Tiraya, municipio Falcón, estado Falcón; en perjuicio de la colectividad, siendo afectada de manera directa y depredadora por la acción del elemento humano que afecta de manera irracional, ocurrimos muy respetuosamente ante su competente autoridad con la finalidad de exponer y solicitar, con carácter de emergencia:

CAPITULO I ACTOS DE INVESTIGACION AMBIENTAL

En fecha 18 de mayo de 2010, se inicia la presente causa en virtud del Informe de Inspección recibido de la Capitanía de Puerto La Vela de Coro, mediante el cual informan que en el sector Boca de Caño, existe una disposición inadecuada de desechos sólidos, específicamente en el Refugio de Fauna Silvestre y Reserva de Pesca Boca de Caño; procediéndose a dictar la correspondiente Orden de Inicio de la Investigación y ordenándose las diferentes diligencias que contribuyan al total esclarecimiento de los hechos.

En fecha 30 de junio de 2010, se recibe La Capitanía de Puerto las Piedras, Informe de Inspección practicada en el refugio de fauna silvestre y reserva de pesca, sector Boca de Caño, donde señalan: El refugio de fauna silvestre y reserva de pesca, sector Boca de Caño, esta conformado por una laguna permanente de agua salobre de poca profundidad. Se constato la existencia de una gran cantidad de residuos y desechos sólidos en los márgenes de la laguna y acumulación en grandes cantidades de estos en el interior de las aguas; la mayor parte de los residuos existentes son de larga duración y pueden permanecer durante decenios, una parte puede ser letal, pues están constituidos por recipientes que contuvieron plaguicidas y desinfectantes, cuyos residuos pueden causar efectos letales en un ámbito puntual. La existencia de grandes cantidades de desechos constituye un gran riesgo, pues esta situación supone afectaciones negativas, al interferir sobre la producción biológica en la zona, de modo tal que las grandes cantidades de plástico acumuladas en el fondo de la laguna interfiere en el intercambio de oxígeno entre el agua y los sedimentos, dificultando la reproducción de peces. En los espacios afectados es común ver aves marinas propias del lugar y migratorias, las cuales tienen hábitos de captura en las aguas de la laguna, pudiendo de esta manera producirse la ingesta

de materiales no digeribles causando la muerte en estos individuos. Señalando en sus recomendaciones: que se deben ejecutar jornadas de recolección de desechos y saneamiento de áreas afectadas, la cual debe conjugar las labores de todas las Instituciones con competencias en la materia; Incrementar la vigilancia y control; Desarrollar programas de concientización ambiental y manejo adecuado de desechos sólidos a las comunidades aledañas; Establecer las acciones necesarias con la administración municipal, a fin de garantizar el servicio de recolección de desechos". Acompañando el mencionado informe con mapas de posición geográfica y reseña fotográficas donde se observa la gran acumulación de desechos.

En fecha 07 de julio de 2010, se recibe de la Dirección de Salud Ambiental del estado Falcón, Informe de Inspección practicado en el refugio de fauna silvestre y reserva de pesca Boca de Caño, mediante el cual señalan: "Se observó en el sector de la entrada al muro del Supi, una gran cantidad de residuos y desechos sólidos a orillas del refugio de fauna silvestre y reserva de pesca Boca de Caño, en este sector se observo la indebida disposición de desechos sólidos. Indicando en sus conclusiones: que debido a que las autoridades competentes no garantizan la recolección de los residuos y desechos generados por los habitantes de los sectores que se encuentran en las adyacencias del refugio de fauna silvestre y reserva de pesca Boca de Caño, estos se ven obligados a disponerlos en ese lugar. Estableciendo en sus recomendaciones: que se deben realizar jornadas de limpieza en la zona que actualmente se encuentra contaminada por la presencia de residuos y desechos sólidos, garantizar la recolección de los residuos y desechos sólidos por parte del organismo competente". Ilustrando dicho informe con fijaciones fotográficas del lugar donde se evidencia el estado en que se encuentra el Refugio.

En fecha 08 de julio de 2010, se recibe informe emanado de la Dirección Estatal Ambiental-Región Falcón, practicado en el refugio de fauna silvestre y reserva de pesca Boca de Caño mediante el cual dejan constancia que: " Se observó que hacia el lindero sur, específicamente en los sectores La salina y entrada Muro el supi, está siendo afectado por botes improvisados de desechos por parte de personas inescrupulosas, quienes depositan la basura en esta área, en la misma se constato la presencia en abundantes cantidades de desechos de origen domestico, comercial e industrial, conformado por vidrios, envases de plástico, restos vegetales y restos de escombros, lo que origina la contaminación de las aguas, malos olores y alteración del paisaje, afectando el refugio de agua". Estableciendo en sus recomendaciones: realizar recorridos de vigilancia y control ambiental, a fin de evitar que se sigan disponiendo desechos dentro del Refugio; coordinar acciones para proceder al saneamiento del área, involucrando a las distintas instituciones que tienen competencia en el mismo.

CAPITULO II DE LA PROCEDENCIA Y LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LAS MEDIDAS PRECAUTELATIVAS AMBIENTALES

La Ley Penal del Ambiente establece en su artículo 24 las denominadas medidas precautelativas, las cuales tienen por objeto la interrupción de los daños al ambiente o a las personas, en este sentido dicho artículo es del tenor siguiente:

"Artículo24. Medidas judiciales precautelativas. El juez podrá adoptar, de oficio o a solicitud de parte o del órgano administrativo denunciante, en cualquier estado o grado del proceso, las medidas precautelativas que fuesen necesarias para eliminar un peligro, interrumpir la producción de daños al ambiente o a las personas o evitar las consecuencias degradantes del hecho que se investiga. (Subrayado nuestro.) Tales medidas podrán consistir en:

1.- La ocupación temporal, total o parcial, de las fuentes contaminantes, hasta tanto se corrija o elimine la causa

degradante, o se obtengan las autorizaciones correspondientes;

2.- La interrupción o prohibición de la actividad origen de la contaminación o deterioros ambientales;

3.- La retención de sustancias, materiales u objetos sospechosos de estar contaminados, causar contaminación o estar en mal estado;

4.- La retención de materiales, maquinarias u objetos, que dañen o pongan en peligro el ambiente o a la salud humana;

5.- La ocupación o eliminación de obstáculos, aparatos, objetos o elementos cualesquiera que alteren el aspecto o el aprovechamiento racional de los recursos hídricos, medio lacustre, marino y costero o zonas bajo régimen de administración especial;

6.- La inmovilización de vehículos terrestres, fluviales, marítimos o aéreos, capaces de producir contaminación atmosférica o sónica; y

7.- Cualesquiera otras medidas tendientes a evitar la continuación de los actos perjudiciales al ambiente. "

Como se puede observar las medidas precautelativas mencionadas de manera enunciativa en la Ley Penal del Ambiente, tienen un objeto fundamental y prioritario como es la protección del bien jurídico ambiente y la prohibición de realizar actividades degradantes al medio ambiente, como sería en el presente caso la prohibición de arrojar y acumular residuos y desechos sólidos en un espacio definido como Área Bajo Régimen De Administración Especial (ABRAE) denominada Refugio de fauna silvestre y reserva de pesca Boca de Caño, entendido este como un derecho difuso y colectivo al cual acceden un número indeterminado e indeterminable de personas, que hace necesario la protección del Estado con la finalidad de preservar el ambiente.

El artículo 8 de la Ley Penal del Ambiente, está referido a las leyes penales en blanco el cual establece lo siguiente: "Cuando los tipos penales que esta ley prevé requiera de una disposición complementaria para la exacta determinación de la conducta punible o su resultado ésta deberá constar en una Ley, Reglamento del Ejecutivo Nacional o en un decreto aprobado en Consejo de Ministro y publicado en la Gaceta Oficial sin que sea admisible un segundo reenvió", y ello debe ser así por cuanto el artículo 68 *ejusdem* establece: que las disposiciones complementarias de esta Ley, "conjuntamente con la publicación de esta Ley o dentro del lapso de su *vacatio legis* el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables publicará por una sola vez todas las disposiciones complementarias vigentes a que remiten los tipos penales de esta Ley, es así como, El Estado venezolano desde el momento que se promulgó la Ley Penal del Ambiente tiene la obligación de darle cumplimiento a las dos disposiciones legales señaladas anteriormente, por cuanto la persona investigada debe conocer el delito o los delitos ambientales que se le imputen de manera clara precisa y concisa, es decir, que el imputado no esté en estado de indefensión jurídica, sino que tenga derecho al acceso de los hechos que se le investigan o los hechos por los cuales fueron investigados los imputados, dando cumplimiento al artículo 49 del texto constitucional del debido proceso.

En este orden de ideas esta Representación Fiscal hace mención a que la mala disposición de residuos y desechos sólidos en un área tan especial como lo es un Área Bajo Régimen de Administración Especial (ABRAE), denominada Refugio de fauna silvestre y reserva de pesca Boca de Caño, se ve afectada por cuanto los terrenos están ubicados al margen de espacios bajo influencia de las inundaciones en épocas de lluvia, arrastrando las aguas de lluvia mezcladas con los residuos y desechos sólidos que están depositados en las zonas adyacentes de la laguna a espacios de ésta, alterando así de alguna manera la calidad del agua, del medio marino, las afectaciones a la flora, fauna y los sedimentos del fondo marino.

La ley Penal del Ambiente ante tal realidad y exigencias, ha procurado que sus disposiciones normativas, que deben ser complementadas con prescripciones técnicas no contenidas en detalles en

las normas penales ambientales (Normas Penales en Blanco), no generen inseguridad en la ciudadanía, y por ello ha dispuesto hacia el pasado, que el Ministerio del Ambiente publicase, junto con la Ley, o durante su *vacatio legis* de tres (3) meses, todas las disposiciones técnicas complementarias vigentes a que remiten los tipos penales ambientales (artículo 68), y hacia el futuro, que toda disposición que complemente los mismos tipos deberán constar en una ley, Reglamento del Ejecutivo Nacional o en un Decreto aprobado en Consejo de Ministros y publicado en Gaceta Oficial sin que sea posible un segundo reenvío.

EL AMBIENTE COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO

Determinado el derecho a disfrutar de un ambiente seguro, sano, y ecológicamente equilibrado como un derecho fundamental, pero a la vez considerado como derecho humano dentro del ordenamiento positivo venezolano, la estructura de la Constitución venezolana, de conformidad al orden de consagración de los derechos humanos, lo reconoce y lo corresponde al catálogo de los derechos de la tercera generación.

En efecto, nuestra Carta Magna dispone en su artículo 127, lo siguiente:

"Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia. (Aparte único) Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos de conformidad con la ley". (subrayado nuestro).

Queda entonces establecido en dicha norma Constitucional, no sólo el derecho a un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado, sino también la obligación del Estado de proteger el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los Parques Nacionales y Monumentos Naturales y demás áreas de especial importancia ecológica como lo es la Zona ABRAE, sino que además también tiene la obligación de ser vigilante y cuidadoso en todas aquellas actividades que degraden el medio ambiente, el Estado también dispone de los medios idóneos para proteger el bien jurídico tutelado del ambiente a través de estas medidas preventivas judiciales para interrumpir los daños al medio ambiente que estén ocurriendo o que se tenga la presunción de que un futuro pudieran ocurrir y ello debe ser así, por cuanto estas medidas buscan detener de manera inmediata estos delitos ambientales de lesión o de peligro. Esta protección se llevará a cabo a través de los órganos del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, por lo que estas medidas de protección se llevarán a cabo a través de la solicitud que formula en este escrito el Ministerio Público, de resguardar, proteger y sanear el refugio de fauna silvestre y reserva de pesca Boca de Caño. En este sentido corresponde a esta Representación Fiscal del Ministerio Público cumplir con dicho mandato Constitucional y solicitar de este honorable Tribunal de Control del Circuito Judicial Penal del estado Falcón, extensión Punto fijo, que dentro de sus competencias y atribuciones haga cumplir dicho mandato.

De los diversos incisos que contiene el artículo 127 constitucional, se desprende la facultad de las personas de vigilar y conservar el ambiente como un bien jurídico considerado como patrimonio común de la humanidad; y, a la vez, se dispone que todos los sujetos de este derecho se obliguen a la protección de dicho bien jurídico a través de la participación ciudadana, estableciendo paralelamente que, el Estado venezolano se obliga a la protección del ambiente, deber éste que en consecuencia se extiende a los demás poderes públicos.

Al respecto, el mandato constitucional está desarrollado en la Ley Orgánica del Ambiente del año 2007 la cual establece en sus artículos 1 y 5, lo siguiente:

Artículo 1: Objeto "Esta Ley tiene por objeto establecer las disposiciones y los principios rectores para la gestión del ambiente en el marco del desarrollo sustentable como derecho y deber fundamental del Estado y de la sociedad, para contribuir a la seguridad y al logro del máximo bienestar de la población y al sostenimiento del planeta en interés de la humanidad. De Igual forma establece las normas que desarrolla la garantías y derechos constitucionales a un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado".

Artículo 5: Utilidad pública e interés general: "Se declaran de utilidad pública la conservación, la defensa y el mejoramiento del ambiente."

Y ello debe ser así, por cuanto el numeral 1º del artículo 4 ejusdem al consagrar los principios rectores de la gestión ambiental, se refiere a la "Corresponsabilidad: Deber del Estado, la sociedad y las personas de conservar un ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado.

Estos derechos constitucionales consagrados como derechos fundamentales, basados en una calidad de vida compatible con la dignidad de la persona, y la garantía de un ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado, han venido progresivamente adquiriendo entidad institucional por medio de su reconocimiento formal en los procesos de reforma constitucional de algunos Estados de la comunidad internacional a partir de la década de los años setenta (70) del siglo XX, bajo el impacto y el flujo de la nueva conciencia ambientalista que emerge en el ámbito planetario desde la Conferencia de Estocolmo y que se acentúa en la Conferencia de Río de Janeiro, como lo señaló el profesor Prieur.

En sentido amplio, los técnicos Serafín Mazparrote y Justo Ceniceros¹²⁰, definen al ambiente como: "...la suma total o resultado de todas las condiciones externas que actúan sobre un individuo. Estas condiciones externas se dividen en dos grupos: los factores abióticos, que son de origen no viviente como la luz, temperatura y la topografía entre otros; y los factores bióticos, que comprenden todos los organismos vivos tales como los animales, las plantas, los descompositores y las bacterias y las relaciones que se establecen entre ellos. Todos estos factores en conjunto constituyen un sistema el cual afecta de alguna manera la vida de un organismo".

En igual sentido, el artículo 3 de la Ley Orgánica del Ambiente establece una serie de definiciones dentro de las cuales está lo que debe entenderse, a efectos de la referida Ley, por Ambiente y Ambiente Seguro Sano y Ecológicamente equilibrado.

'' Artículo 3. A los efectos de esta Ley se entenderá por:

Ambiente: Conjunto o sistema de elementos de naturaleza física, química, biológica o socio cultural, en constante dinámica por la acción humana o natural, que rige y condiciona la existencia de los seres humanos y demás organismos vivos, que interactúan permanentemente en un espacio y tiempo determinado.

Ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado: Cuando los elementos que lo integran se encuentran en una relación de interdependencia armónica y dinámica, que hace posible la existencia, transformación y desarrollo de la especie humana y demás seres vivos. ''

(...)

¹²⁰ MAZPARROTE, Serafín y CENICEROS, Justo. Fundamentos de Ecología. Editorial Biosfera. Caracas, 1987. Pág. 6. Esta definición fue elaborada por el Comité de Terminología de la "Ecological Society of América".

Por lo tanto, cuando esa relación de interdependencia, armónica y dinámica, del sistema de elementos de la naturaleza es perturbada, el sistema reacciona de dos maneras: se descompensa o se sobrecarga. La descompensación es la falta de energía, materia e información necesaria para que los organismos desempeñen sus funciones vitales. La sobrecarga se produce cuando la entrada de energía, materia e información al sistema excede su salida. Cuando esta entrada supera la capacidad del ecosistema para procesarlos se produce la contaminación.

Un ambiente seguro está libre de riesgo. Robert Kaplan define el riesgo como "el resultado de relacionar la amenaza de uno o varios eventos con la vulnerabilidad de los elementos expuestos (población, servicios, centros de producción)", y se manifiesta en desastre cuando el riesgo es incorrectamente atendido. Pueden ser naturales o provocados por la intervención del hombre en la naturaleza. De manera que, un ambiente seguro, es aquel en donde la probabilidad de ocurrencia de un evento se minimiza porque son anticipados y controlados en forma adecuada los desastres de tipo natural o humano.

Un ambiente sano es el que permite la vida de todos los organismos que lo integran, en forma efectiva y eficiente desde el punto de vista productivo. Desde un punto de vista humano, se encuentra asociado con la calidad de vida, que se manifiesta a través de muchos factores como la felicidad, el bienestar, la prosperidad, el nivel de vida, entre otros, pero sobre todo en el estado de salud y satisfacción de los individuos que integran ese ambiente; definiendo la salud como "un completo estado de bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de enfermedad o afección"¹²¹; y la satisfacción como la concordancia entre las aspiraciones y los logros de los individuos.

En consecuencia, se concluye de todo lo previamente expuesto que, el derecho del hombre a un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado se define como el derecho humano constitucionalmente instituido, que garantiza el goce de un ambiente que permite la vida de todos los organismos que lo integran, que funciona de acuerdo con las leyes naturales, cuyas perturbaciones son anticipadas y controladas en lo posible para minimizar los riesgos y donde los individuos pueden satisfacer sus necesidades y deseos de una manera apropiada y digna, el cual se hace extensivo a las generaciones futuras.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado en reiteradas oportunidades¹²² que el ambiente es un bien común, aludiendo a continuación que:

"un bien común, como lo es, vivir en un ambiente... seguro, sano y ecológicamente equilibrado "... no es la suma de los bienes individuales, sino aquellos bienes que, en una comunidad, sirven al interés de las personas en general de una manera no conflictiva, no exclusiva y no excluyente. 'Vivir en una ciudad bella, por ejemplo, constituye un bien para sus habitantes, y se trata de un bien común porque su goce no disminuye el de los demás y porque no puede negarse a ninguno de sus habitantes' (...)". (Subrayado nuestro)

En igual sentido, señala la doctrina que, en cuanto a la naturaleza jurídica de este principio sobre el ambiente adecuado, "el significado tanto del deber como del derecho se complementan, precisándose que el primero de éstos es la garantía de la eficacia plena del derecho"¹²³. Entendiéndose que el derecho a un ambiente adecuado es un derecho humano, queda evidente que aquellas características establecidas para con los derechos humanos en general, universalidad, interdependencia e

¹²¹ CASTILLO, Alfredo y MURRAGA, Xavier. Ética, Política, Derecho y Situaciones de Muerte. Universidad Central de Venezuela. Ediciones del Rectorado. Caracas, 1991. Pág. 108.

¹²² Véase, Sentencias N° 1321 y N° 3059, de fechas 16 de junio del año 2000 y 04 de noviembre del año 2003, respectivamente, emanadas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

¹²³ AMAYA NAVAS, Oscar Dario. Apuntes sobre el derecho al ambiente sano. In: Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente. Universidad Externado de Colombia. Tomo I. Primera Edición. Colombia, 2000. Pág. 88 y 89.

indivisibilidad, igualdad, progresividad, irrenunciabilidad, transnacionalidad, son adaptables en su entero contenido.

Por lo tanto, sólo cabe agregar que el derecho humano a un ambiente sano se sustenta en la progresividad, dada su característica esencialmente dinámica. Este dinamismo tiene su raíz en el desarrollo de la percepción de nuestro entorno, es decir, en la ampliación de nuestro conocimiento, a través de la investigación científica y social, del funcionamiento de los sistemas naturales y la manera en que éste nos afecta al ser intervenido por el hombre. El reconocimiento del derecho a un ambiente sano es uno de los logros basados en la progresividad.

No obstante, es obligante recordar el precepto número 19 de nuestra Constitución, el cual afirma todos y cada uno de los referidos principios al disponer, que:

“El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen”. (Subrayado nuestro).

Resulta indudable entonces que la propia Carta Magna establece al Ambiente, en dos vertientes objetivas, la primera como un derecho y deber colectivo de disfrutar un ambiente sano y en segundo término de preservarlo, encontramos así la necesidad de mantener una relación con nuestro ambiente y los recursos que lo componen con respeto a su equilibrio natural y la necesidad para el Estado de materializar mecanismos efectivos para su protección.

El objetivo esencial de estas medidas, es asegurar el cese de los daños y molestias o riesgos que de ello se produzca, sin que signifique el fin de las consecuencias del daño, en este sentido podríamos llamarlas conservatorias, ellas tienden únicamente a suprimir la causa de la agresión, a conservar el ambiente en el estado en que se encuentre (no en el que se encontraba antes de la agresión). Si resultó una lesión esta medida no la reparará, pero evitará la agravación del deterioro o su aparición si se trata de un daño inminente de objetos o actividades degradantes, degradación de suelos, topografía y paisaje o actividades en área especiales o ecosistema natural, por esta razón es fácil comprender que esas medidas deben ser tomadas en los espacios de tiempo más reducidos, considerando su carácter de urgencia, la intervención inmediata es necesaria. Esto conduce a otra característica debido a la urgencia las medidas tienen en principio un rol temporal, subsisten mientras dure el daño o el riesgo de daño y tienden incluso a forzar al agresor a adecuarse a las formalidades exigidas por las leyes, reglamentos o permisos.

La Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente de 1972, Principio 1, proclamó que “...el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuados en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras.”

Posteriormente, la declaración de Río de Janeiro sobre Ambiente y Desarrollo de 1992, señaló que los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible y que tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.

El Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Estrasburgo en 1997, declaró que “todo ser humano tiene derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.”

La Conferencia de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible de 2002, ratifica el compromiso con el hombre como centro de desarrollo y redimensiona su derecho al ambiente sano, seguro y

ecológicamente equilibrado, con el derecho a un desarrollo armónico y duradero, a su sostenibilidad. Cada vez más las Constituciones Nacionales proclaman el derecho al ambiente.

El derecho al ambiente es un derecho inherente a la dignidad de toda persona, y está necesariamente vinculado con la garantía de los demás derechos humanos, incluyendo, en particular, el derecho al desarrollo, puede ejercerse, tanto a título individual como en asociación con otras personas, ante los poderes públicos, y ha de ser protegido mediante la acción solidaria de todos los protagonistas de la vida social: individuos, comunidades, poderes públicos y entidades privadas. Toda persona, tanto a título individual como en asociación con otras, tiene el derecho a disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

En definitiva, la conservación ambiental es uno de los parámetros fundamentales que define, la calidad de vida, forma parte de los derechos humanos de la llamada "tercera generación" y por tanto figura en los convenios y tratados internacionales en materia de derechos ecológicos, sociales y culturales, como es el caso del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" suscrito en la ciudad de San Salvador el 17-11-1988, en el décimo octavo periodo ordinario de sesiones de asamblea general de la OEA, y cuyo artículo 11 reconoce el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos y se establece el deber de los Estados partes de promover la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

Pocos instrumentos normativos, consagran el principio patrimonialista por las razones ya expuestas, una de las excepciones, tal como hemos señalado en párrafos anteriores, lo es la Constitución venezolana vigente que en su preámbulo expresamente declara el "equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad".

Las técnicas asociadas a los principios de la prevención, la precaución y la ponderación de bienes, derechos e intereses, tales como el daño ambiental tolerable y la cláusula constitucional del estudio de impacto ambiental, "todas aquellas actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañados del estudio de impacto ambiental y socio cultural" artículo 129 del Texto Constitucional.

En virtud de lo expuesto, la reparación de los daños que han sido causados y que podrían continuar produciéndose por la disposición inadecuada de residuos y desechos sólidos en un Área Bajo Régimen de Administración Especial (ABRAE), denominada Refugio de fauna silvestre y reserva de pesca "Boca de Caño", ubicado en el sector Boca de Caño-entre las poblaciones de el Supi y Tiraya, municipio Falcón, estado Falcón, quizás ya no pueda repararse pero precisamente lo que el legislador persigue y busca a través del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público, es la implementación o la aplicación de estas medidas precautelativas judiciales ante el Juez de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Control, por cuanto tratan en lo posible de impedir que se sigan realizando las actividades que ocasionan los daños al ambiente, y precisamente el fin es prevenir se siga degradando el ambiente, y ello debe ser así por cuanto el derecho penal ambiental es preventivo ya que sus normas, técnicas jurídicas tienen como finalidad prioritaria prevenir, evitar que las actividades humanas sometidas al control particular o estatal produzcan rupturas irreversible en los equilibrios ambientales que conforma el orden público ecológico.

El derecho ambiental se prefigura de esta manera como un subsistema jurídico primario destinado a preservar las condiciones ambientales que permitan la existencia de la vida humana, es decir, la existencia de la sociedad humana, sin sociedad no hay derecho, axioma de indiscutida validez antropológica cultural; pero sin la vigencia del derecho ambiental, puede que un futuro no muy lejano no haya vida humana, desaparezca la sociedad y todo vestigio de orden social. La protección del ambiente como finalidad del régimen socio económico esta establecido por el Estado venezolano y tiene como valor superior del ordenamiento jurídico que no es ajeno a esa cultura universal, por ello explica el texto constitucional el contenido del artículo 299 (1999): "el régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en principios de Justicia Social, Democratización, Eficiencia, Libre Competencia, Protección del Ambiente, productividad y solidaridad a los fines de asegurar el desarrollo humano integral de una existencia digna y provechosa para la colectividad. (...) (**Subrayado nuestro**); lo que implica que el precitado precepto constitucional

tiene como finalidad la protección del ambiente como uno de los fundamentos y de las finalidades del régimen socioeconómicos de la República que ascienda del rango legal al constitucional.

DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 26, consagra uno de los derechos fundamentales de la persona, natural o jurídica, relativo al acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva de las reclamaciones que planteen a los órganos del Poder Judicial.

Artículo 26. "Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles".
(Subrayado nuestro).

Este derecho encierra una serie de aspectos, tales como la existencia de recursos y acciones a los cuales pueden acceder los particulares para el planteamiento de sus pretensiones, a que los Tribunales tramiten sus planteamientos conforme a los postulados del estado de Derecho, a que reciban verdadera justicia y a que se restablezcan, siempre que sea pertinente las situaciones jurídico subjetivas que hayan sido lesionadas. Es en resumen, el derecho al proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257 de la Constitución)¹²⁴.

Siendo un derecho fundamental por reconocimiento del artículo 26 constitucional, lleva consigo implícita una obligación para el Estado de garantizarle al particular, en este caso al Ministerio Público como encargado de promover la acción de la justicia en referencia al Derecho Ambiental, que no se le impondrán trabas innecesarias, para impedirle el real acceso al examen de sus pretensiones por parte de los jueces, de modo que la sentencia que se dicte tenga una verdadera incidencia en su esfera jurídica con un análisis de fondo de sus planteamientos, fundada en derecho, aún cuando no se corresponda con los planteamientos y expectativas del recurrente.

La tutela judicial como principio constitucional alcanza su realización práctica en las leyes que regulan las instituciones procesales, que se esperan tenga plena efectividad en la práctica cuando son correctamente aplicadas por los órganos jurisdiccionales. Por tanto, es indispensable, de conformidad con las características del bien jurídico tutelado -el ambiente-, invocar de manera expresa el trámite sumario y urgente, debido a que en las zonas o áreas, continúa la acción interventora del hombre que afecta directamente el equilibrio ecológico de éstas, es decir, al ecosistema existente, por tanto se hace necesario proceder sin dilación alguna al establecimiento de las medidas judiciales precautelativas ambientales urgentes.

CAPITULO III DEL PETITORIO DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LAS PRESENTES MEDIDAS JUDICIALES PRECAUTELATIVAS

En fuerza de los razonamientos antes explanados, y sobre la base de las facultades consagradas al Ministerio Público en los artículos 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 108 del Código Orgánico Procesal Penal y 34 de la Ley Orgánica del Ministerio Público en concordancia con

¹²⁴ Artículo 257. El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

el artículo 551 del Código Orgánico Procesal Penal, en remisión directa a los artículos 585 y 588 , 601, del Código de Procedimiento Civil y la Ley Penal del Ambiente, en la norma contenida en el artículo 24 ordinales 1º, 2º y 7º; solicito respetuosamente se decreten las medidas judiciales precautelativas ambientales urgentes, mediante la cual se suspendan los efectos degradantes de los recursos naturales y los posibles daños al ambiente irreversibles que se generan sino se paraliza la degradación del Refugio de fauna silvestre y reserva de pesca "Boca de Caño", así como los objetos degradantes que permanecen en el lugar afectado ambientalmente. En virtud de ello solicitamos:

PRIMERO: Decrete las medidas judiciales precautelativas ambientales, artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente ordinales 2, 5 y 7 y se les ordene a funcionarios adscritos al Destacamento 44 de la Guardia Nacional Bolivariana de Venezuela, Primera Compañía, Comando Adicora, para que haga efectiva la medida de prohibición de descargas de desechos sólidos y cualquier actividad turística o de otra índole dentro del refugio de fauna silvestre y reserva de pesca Boca de Caño. Igualmente se solicita efectuar la interrupción de cualquier actividad que haya dado origen al deterioro ambiental de los manglares, la descarga y acumulación de desechos sólidos en la Laguna Boca de Caño. Así mismo, deberán estar atentos de mantener despejada la zona protegida, sin permitir que penetren a ella por ningún medio, para evitar posibles alteraciones dentro del ecosistema que se protege a través del poder cautelar del Estado para estas áreas bajo régimen de administración especial (ABRAES).

SEGUNDO: Oficie e instruya a la Alcaldía del municipio Falcón del estado Falcón, a la Dirección Estatal Ambiental Región Falcón, Dirección Estatal Ambiental Falcón y al Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos-Capitanía de Puerto Las Piedras, para que establezcan cuadrillas conjuntamente con el Destacamento 44º de la Guardia Nacional Bolivariana de Venezuela con sede en Adicora, estado Falcón, para que establezcan avisos o carteles informativos visibles en el sector, alusivos a la prohibición de actividades de cualquier índole, en especial de continuar con las descargas de desechos sólidos descontroladas en la laguna Boca de Caño y sus áreas adyacentes. Todo ello bajo responsabilidad de la alcaldía del municipio, logrando la protección ambiental integral de manera permanente en la zona.

TERCERO: Oficie e instruya para el monitoreo permanentemente por funcionarios de la Guardia Nacional D 44 con sede en Adicora y Funcionarios de la Dirección Estatal Ambiental-Falcón, para el cumplimiento y la permanencia de la medida que se decreta, debiendo remitir informes relacionados a dicho cumplimiento mensualmente de la situación actual.

CUARTO: Oficie e instruya a la Alcaldía del municipio Falcón del estado Falcón y todos los organismos involucrados de carácter gubernamental del estado Falcón, para la presentación y ejecución de carácter urgente del proyecto sobre la disposición final del relleno sanitario, cumpliendo con la normativa en concordancia con lo establecido en la legislación sanitaria y ambiental vigente.

QUINTO: Oficie e instruya al Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, Dirección Estatal Ambiental, región Falcón, como rector de carácter administrativo ambiental, para el asesoramiento técnico correspondiente a la Alcaldía del municipio autónomo Falcón del estado Falcón, para el plan de saneamiento, adecuación y medidas correctivas de toda la zona afectada, tanto al foco de basura que se encuentra en diversos sectores así como en la entrada del basurero, además del área donde funciona el referido vertedero, y una vez ejecutado dicho saneamiento implementar un monitoreo trimestral por parte de estos organismos a las aguas de la Laguna Boca de Caño, incluyendo análisis físico-químicos y bacteriológicos, a los fines de verificar el cumplimiento y eficacia de dicho saneamiento.

SEXTO: Oficie e instruya a la Secretaría General de Ambiente y Ordenación del Territorio de la Gobernación del estado Falcón, para dar el apoyo requerido por parte de los órganos involucrados en la recuperación y saneamiento del refugio de fauna silvestre y reserva de Pesca Boca de Caño.

SEPTIMO: Oficiar e instruir a la Dirección Regional de Ambiente e Hidrofalcón, para la adecuación de la red de aguas servidas del sector, a los fines de adecuarse a lo establecido en el Decreto 883, fecha 11 de octubre de 1995, publicado en Gaceta Oficial N° 5021 del 18/12/1995.

OCTAVO: Que se notifique a la Defensoría del Pueblo, por ser representante de los derechos difusos y colectivos, dentro de los cuales se encuentran los derechos ambientales, de la decisión del Tribunal con relación a esta solicitud de medida.

NOVENO: Que se notifique a este Despacho Fiscal de los resultados de la misma en la siguiente dirección: Av. Manaure con calle Ruiz Pineda, Edificio Sede del Ministerio Público, Piso 3, Santa Ana de Coro, Estado Falcón, y remita copia simple de la decisión motivada, Telefax: (0268) 252.3932.

Por último se solicita que una vez acordada la presente solicitud, remita a la mayor brevedad posible el expediente original a este Despacho Fiscal.

Es Justicia, en Santa Ana de Coro, a los catorce (14) días del mes de julio de 2010.”

"DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010"

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 23/03/10

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Defensa Integral del Ambiente y Delito Ambiental

3.- MATERIA: Penal Adjetiva

4.- TEMA: Protección del Ambiente. Medidas Judiciales Precautelativas

5.- EXTRACTO

Verificado por la Fiscalía actuante la ocurrencia de la afectación a la naciente o manantial denominado Agua Viva, el cual es a su vez tributario del río Boconó que forma parte de la unidad III del Plan de Ordenamiento y Reglamento de la Zona Protectora de las Cuencas Hidrográficas de los ríos Guanare, Boconó, Tucupido, La Yuca y Masparro, el Ministerio Público solicitó ante el Circuito Judicial Penal del estado Trujillo, medidas judiciales precautelativas, sobre la torre factora Café Momoy (Inversiones Momoy, C.A), tendentes a proteger la naciente o manantial Agua Viva, con el objeto de evitar que se continúe afectando dicho curso de agua, en aras de preservar su existencia seriamente amenazadas por las actividades de construcción y agrícolas realizadas dentro de su zona protectora, de conformidad con la argumentación que de seguidas se exponen, las cuales fueron acordadas el 25/03/2010, por el Juzgado Cuarto de Control de la Jurisdicción Judicial del estado Trujillo.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº Escrito S/N. 21F6-431-2008.-

6.2.- FECHA: 12/08/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“(omissis)

Quienes suscriben, Víctor Raúl Valbuena, Abigail José Rodríguez Jiménez, Fiscal principal y auxiliar Cuadragésimos del Ministerio Público a Nivel Nacional con competencia plena con Sede en Maracaibo estado Zulia, José Gregorio Aceituno Y María Elizabeth Amatucci, Fiscal principal y auxiliar Sextos del Ministerio Público con sede en la ciudad de Bocono estado Trujillo; actuando de conformidad con las atribuciones conferidas al Ministerio Público, en el Artículo 285 numeral 1º, 6º, 127 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como el artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente y 108 ordinal 10º del Código Orgánico Procesal Penal; ocurrimos para solicitar medidas judiciales precautelativas para la preservación de la naciente de agua o manantial denominado Agua Viva, ubicado en el sector La Sabanita de la población de Bocono, en los siguientes términos:

CAPITULO I

LOS HECHOS

- Cursa por ante la Fiscalía Sexta del estado Trujillo, investigación signada con el Nro 21F6-431-2008, relacionada con las afectaciones ambientales al naciente de agua o manantial denominado Agua Viva, ubicado en el sector La Sabanita de la población de Bocono

- Esta representación Fiscal, bajo la orientación de la Fiscalía Cuadragésima Nacional con competencia plena, una vez dada la orden de inicio de fecha 18-06-2008, ordenó la práctica de actuaciones con la finalidad de constatar los hechos denunciados, y tener pleno conocimiento de cuales son las actividades que específicamente afectan del naciente de agua o manantial.
- En fecha 01-08-2008, la Segunda Compañía del Destacamento Nro 15 del Comando Regional Nro 1 de la Guardia Nacional Bolivariana con sede en la población de Bocono, conjuntamente con el ingeniero agrónomo Gustavo Berroeta, adscrito al Área III de la Dirección Estatal Ambiental Trujillo, practicaron inspección ocular y medio ambiental en el sitio de los hechos, vale decir, la naciente de agua o manantial denominado Agua Viva, ubicado en el sector La Sabanita de la población de Bocono; donde entre otros aspectos dejan constancia de la existencia de una naciente de agua subterránea la cual se encontró a una distancia de 30 metros de unos escombros que fueron depositados como relleno para nivelar el terreno, donde se construía el establecimiento comercial torre factora Momoy, Bocono estado Trujillo, asimismo, se observó que dicha obra se encuentra a una distancia aproximada de 50 metros de la naciente de agua.
- El antes mencionado experto del Ministerio del Ambiente, produce un informe de inspección, a través del cual resalta los siguientes elementos: 1.- El área ha sido afectada por varios propietarios de parcelas. 2.- En los lotes de terreno se ha venido observando, grandes acumulaciones de tierras y escombros con la finalidad de llevarlas al nivel de la vía con el objeto de realizar construcciones comerciales. 3.- El área donde se viene realizando este tipo de actividades, se localiza entre dos (02) microcuencas (Segovia y Chandá), las cuales forman parte de la cuenca media del río Bocono. Durante la inspección evidenció, un parcelero descargando su red cloacal en el cuerpo de agua del manantial Agua Viva.
- En cuanto a la Zonificación del área afectada, esta definida como unidad III del Plan de Ordenamiento y Reglamento de Uso de las Cuencas Hidrográficas de los ríos Guanare, Bocono, Tucupido, La Yuca y Masparro, según el Decreto 2326 de fecha 05-06-1999, publicado en Gaceta Oficial 4.464 de fecha 08-09-1992.
- El área en referencia se encuentra en terrenos, presuntamente propiedad del ciudadano Jorge Moreno, socio mayoritario del establecimiento comercial Café Momoy; y donde se han acumulado y depositados material resultante de construcción incluyendo según el Informe del experto escombros de la construcción de la obra de la carretera La Marqueseña (Bconó – Barinas), presuntamente autorizadas por la Alcaldía de Bocono quien por oficio autorizó al Ministerio de Infraestructura para depositar ese material acumulado.

Es menester aseverar, que un manantial, **surgencia o naciente** es una fuente natural de **agua** que brota de la tierra o entre las rocas. Puede ser permanente o temporal. Se origina en la filtración de agua, de **lluvia** o de **nieve**, que penetra en un área y emerge en otra, de menor altitud, donde el agua no está confinada en un conducto **impermeable**

En consecuencia, verificado por esta Fiscalía la ocurrencia de la afectación a la naciente o manantial denominado Agua Viva, el cual es a su vez tributario del río Bocono que forma parte de la unidad III del Plan de Ordenamiento y Reglamento de la Zona Protectora de las Cuencas Hidrográficas de los ríos Guanare, Bocono, Tucupido, La Yuca y Masparro, lugar este último en el cual se encuentra el embalse del mismo nombre, donde esta Representación Fiscal ha aperturado la investigación por el delito de cambio de flujo y sedimentación, previsto y sancionado en el artículo 30 de la Ley Penal del Ambiente, se hace necesario que el Ministerio Público solicite medidas precautelativas, tendentes a proteger la naciente o manantial Agua Viva, con el objeto de evitar que se continúe afectando dicho curso de agua, en aras de preservar su existencia seriamente amenazadas por las actividades de construcción y agrícolas realizadas dentro de su Zona Protectora, de conformidad con la argumentación que de seguidas se exponen.

CAPITULO II EL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN MATERIA AMBIENTAL

El "principio de precaución" o "principio precautorio", que diferencia el derecho ambiental, del resto de las disciplinas clásicas, siguiendo las ideas básicas contenidas en la Declaración de Principios de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo, Principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro 1992, y en otros Tratados Internacionales (Convenio cambio climático, protocolo de Cartagena de Bioseguridad, etc.), lo enuncia diciendo:

"Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la ausencia de información o falta de certeza científica, no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente".

Dicho principio nace como una herramienta clave, no solo del derecho y la política ambiental, sino también como presupuesto conceptual de la sustentabilidad, en su dimensión más amplia, abarcativa de los aspectos ecológicos y sociales.

El principio precautorio deriva de la voz alemana Vorsorgeprinzip, significando anticipación o previsión y la toma de recaudos previos a la acción. En tal sentido abarca la noción de "mejores prácticas" en el manejo ambiental integral, aún ante la ausencia de riesgos. Se basa hasta en la idea intuitiva, de que todo decisor jurisdiccional y/o administrativo debe actuar en forma anticipada, antes de contar con certidumbre científica, con la finalidad de proteger al ambiente, y por consiguiente, los intereses de las generaciones futuras. Exige, como norma general, evitar cualquier riesgo de menoscabo al ecosistema, ante una situación de incertidumbre respecto de los daños potenciales al ambiente o deterioro social, que pudieran producirse a raíz de una determinada acción propuesta.

En resumen el Principio Precautorio es esencialmente una medida proactiva, hacia el futuro.

CAPITULO IV JUSTIFICACIÓN TÉCNICO - JURÍDICA DE LA PREAUTELA JUDICIAL

La República Bolivariana de Venezuela cuenta con un marco legal extraordinariamente diverso, que partiendo de los postulados constitucionales, ha llevado a la firma y ratificación de casi todos los convenios internacionales destinados a la conservación del ambiente, así como a la creación y modernización de un cuerpo legal nacional que va desde leyes orgánicas y decretos que abarcan la protección y ordenamiento de ecosistemas o hábitats, hasta la protección específica de especies amenazadas de extinción.¹²⁵

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece en el Artículo 127 como deber del Estado la protección al ambiente, la diversidad biológica, etc.; esta obligación fundamental del Estado deberá ser llevada a cabo no solo como un imperativo esencial de éste, sino que necesariamente esta orientado a involucrar activamente la participación de la sociedad, a fin de garantizar que el colectivo se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, y en donde todos los componentes del ambiente, esto es el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidas.

En este orden de ideas, basta con que se cometa cualquier acción u omisión que lesione o ponga en peligro el ambiente como bien jurídico protegido, para que el Estado tenga el deber de intervenir para garantizar a través de la ley, la protección preventiva y/o anticipada que tiendan a eliminar el peligro e

¹²⁵ En este sentido, se han decretado áreas especiales de protección, esto es, Áreas Bajo Régimen de Administración Especial tales como parques nacionales, reservas Forestales, Monumentos Naturales por vía de decretos y resoluciones del ejecutivo, y por vía legislativa tales como la Ley de parques Nacionales, la Ley para la Ordenación del territorio, la Ley de Ordenación Urbanística, y la Ley Orgánica del Ambiente que constituyen el marco o cuerpo legal nacional por una parte y por la otra la protección específica de normas tendientes a la protección de una especie animal o vegetal específica amenazada o en peligro de extinción, verbigracia el Decreto de Protección de la Tortuga Arrau en Apure, el Decreto que protege los Manglares y sus espacios vitales y asociados entre otros.

interrumpir la producción del daño al ambiente o para evitar las consecuencias degradantes que tal hecho o acto ocasiona al medio ambiente.

Así pues, surge lo que se conoce en doctrina como "Tutela Constitucional Anticipada", que consiste en la posibilidad jurídico constitucional por medio de la cual los órganos jurisdiccionales pueden, de oficio o a solicitud de parte, anticipar legítimamente, total o parcialmente los efectos de una sentencia de mérito en el marco de un proceso, cuando tal anticipación es indispensable para evitar un daño a situaciones constitucionales tutelables. (Rafael Ortiz Ortiz -1969 Pág. 82.)

Del análisis de este concepto tal y como se observa, tenemos en esta materia por una parte deberes ineludibles para el Estado, y por la otra deberes exigibles para los administrados respecto al beneficio colectivo en aras de la conservación de la naturaleza y en la prevención de los daños, riesgos y peligros que actos contrarios a esta pudieran generar.

Al establecer el Constituyente la protección del ambiente en el Capítulo Noveno de la Carta Magna, hace posible recurrir a través del Derecho de Tutela Judicial Efectiva y por la vía cautelar al órgano jurisdiccional competente en defensa de la integridad ambiental.

La autora Ana Calzada dejó sentado que ¹²⁶...es evidente que dejar la protección al ambiente a la mera obligación moral o ética de los individuos, es insuficiente como medio de protección, puesto que quedaría librado a la conciencia de cada quien el cumplir o faltar a sus deberes ético-ambientales.

Es por esta razón que se ha hecho necesario, aprobar una serie de normas jurídicas, que tiendan a la protección de ese bien, partiendo desde la Constitución pasando por normas de contenido administrativo, civil y/o penal, y en el contexto penal específicamente la creación del delito y la responsabilidad ambiental, consagrando además Medidas Judiciales Precautelativas que tiendan a evitar una situación de peligro y/o la interrupción del acto lesivo al ambiente...". Destaca, en este punto relativo a la Tutela Constitucional Preventiva y Anticipada, el hecho de que las mismas tienen una característica muy importante desde el punto de vista de la actualización de los llamados Derechos Humanos de la Tercera Generación.

En efecto, la Constitución de la República establece el derecho a un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado como un patrimonio individual y colectivo; legalmente, la tutela judicial cautelar del ambiente esta establecida en Venezuela en la Ley Penal del Ambiente en su artículo 24 en siete (07) Ordinales que pueden ser adoptadas a solicitud de parte por el Tribunal en cualquier estado o grado del proceso, bien para interrumpir la producción de daños al ambiente o a las personas, para eliminar estos, o para evitar las consecuencias degradantes del hecho investigado.

En uso de tales facultades, podrá el Tribunal decretar las medidas establecidas en sus siete (07) Ordinales en los que resalta el último que establece o acoge el llamado Sistema "*Numerus Apertus*", es decir, podrá tomar cualquier medida tendente a evitar o eliminar daños mayores al ambiente. Las cuales dependerán de la adecuación y pertinencia de la Medida solicitada para prevenir el derecho colectivo amenazado y a debatir en la investigación penal respectiva. Esto último referido a lo que en doctrina se conoce como "*Fonus Bonis Iure*" y el "*Periculum in Mora*", esto es, presunción grave del derecho que se reclama y el peligro en la tardanza en dictar la providencia cautelar que se solicita.

La doctrina del Ministerio Público en medidas judiciales precautelativas en materia ambiental dejó establecido que:

"La función normativa de las medidas precautelares en nuestro ordenamiento jurídico es principalmente asegurar o proteger de manera inmediata o efectiva los intereses tutelados por la norma jurídica, esto es el bien objeto de tutela jurídica: el ambiente..."

"...Las condiciones que determinan la procedencia de una medida cautelar insuflan igualmente la procedencia de las medidas precautelativas ambientales,

¹²⁶ Calzada Miranda. La Responsabilidad por Daño Ambiental. 1997, Pág. 6. Costa Rica. Ministerio del Ambiente.

condiciones por demás tratadas jurisprudencial y doctrinariamente estableciéndose los siguientes requisitos: La presunción del buen derecho *fomus bonis iuris* que supone la valoración anticipada del fondo del conflicto de manera que el juez debe revisar motivos de hechos y de derecho que justifican la presencia de la medida.... El daño irreparable o de difícil reparación *periculum in mora* como criterio general, en el sentido de que el peticionante debe esgrimir con suficiente convicción que la continuidad de la actividad lesiva al ambiente o la no adopción de ciertas y determinadas medidas o conductas según el caso cause o pueda comportar un daño irreparable o de difícil reparación....¹²⁷”

Es importante alegar, que las medidas contenidas en la Ley Penal del Ambiente en su artículo 24, están referidas y guardan íntima vinculación con el principio constitucional referido al derecho a la tutela judicial efectiva y se corresponden para el juzgador, más que una potestad, en un deber constitucional tendiente a la protección del interés general cuando éste se encuentra amenazado o en peligro.

En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha expresado lo siguiente:

“¹²⁸...Y es que no podía ser de otra manera, pues en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se consagra de una manera novedosa y de avanzada la obligación del estado de proteger al medio ambiente (artículo 127, 128 y 129), como parte integrante de los llamados derechos de la tercera generación, pues su protección no sólo propende a favorecer a un grupo determinado en un momento determinado, sino al colectivo y para generaciones presentes y futuras, de allí la enorme responsabilidad de los operadores de justicia llamados a ponderar los derechos individuales frente a los colectivos...”

En otra sentencia siguiendo la misma jurisprudencia pacífica destaca:

“¹²⁹...Que el derecho al ambiente sano implica la protección de los derechos legítimos, colectivos y difusos...”

“...Cuando la lesión es general y afecta a personas que no se conocen o carecen de nexos jurídicos entre ellas, pero que se encuentran unidas por una situación de daño o peligro de éste como miembros de una sociedad y que pueda afectar su vida o su calidad, estos derechos se reputan como colectivos..”

“...Que (...) la degradación del medio ambiente (...) colocaría a la población en general, en una situación de menoscabo de este derecho, visto que el mismo traería como consecuencia la flagrante violación del derecho a la vida y subsecuentemente el derecho a la salud, lo cual en definitiva (...) afecta de manera directa a un colectivo determinado (...).”

En otro orden ideas, continúa añadiendo el Máximo Tribunal:

“¹³⁰... Los daños al ambiente o a los consumidores, por ejemplo, así ocurran en una determinada localidad, tienen efectos expansivos que perjudican a los habitantes de grandes sectores del país y hasta del mundo (...). Estos intereses concretos, focalizados, son los colectivos, referidos a un sector poblacional

¹²⁷ Manual de Actuación del Fiscal del Ministerio Pública en Materia Ambiental. Aspectos Procesales. Pag 28.

¹²⁸ Sentencia del 25-06-2003 Exp, Nro 02-2588. Sala Constitucional TSJ. Ponencia del Magistrado Iván Rincón Urdaneta.

¹²⁹ 1.- Caso Sociedad Mercantil CVG PRODUCTOS FORESTALES DE ORIENTE, C.A., (CVG PROFORCA), Exp. Nro 05-0834. Sentencia 08-08-2006. SC TSJ

¹³⁰ Caso Dilia Parra Guillen. Exp. Nro 001728 Sentencia Nro 00-656 del 30-06-2000 de la Sala Constitucional

determinado (aunque no cuantificado) e identificable, aunque individualmente, dentro del conjunto de personas existe o puede existir un vínculo jurídico que los une entre ellos. (...). A estos intereses focalizados se contraponen los que afectan sin distinción a todo el mundo, o a amplias categorías o capas de la población (intereses difusos), así la mayoría no se siente lesionada, ya que muchas veces la cultura colectiva que es la que permite concienciar la lesión, puede fallar en reconocerla. Son los difusos los de mayor cobertura, donde el bien lesionado es más generalizado, ya que atañe a la población en extenso, y que al contrario de los derechos e intereses colectivos, surgen de una prestación de objeto indeterminado; mientras que en los colectivos, la prestación puede ser concreta, pero exigible por personas no individualizables. (Subrayado del Ministerio Público)

En el caso que nos ocupa, es menester resaltar el contenido del artículo 54 ordinal 1 de la Ley de Aguas, el cual establece:

Zonas Protectoras de cuerpos de agua. Artículo 54.- Las zonas protectoras de cuerpos de agua tendrán como objetivo fundamental proteger áreas sensibles de las cuales depende la permanencia y calidad del recurso y la flora y fauna silvestre asociada.

Se declaran como zonas protectoras de cuerpos de agua, con arreglo a esta Ley:

1.- La superficie definida por las circunferencias de 300 metros de radio en proyección horizontal con Centro en la naciente de cualquier cuerpo de agua.

En perfecta consonancia de los preceptos constitucionales relativos a la valoración del ambiente como un derecho humano fundamental, la Ley de Aguas, tiene por objeto establecer "las disposiciones que rigen la gestión integral de las aguas como elemento indispensable para la vida el bienestar humanos y el desarrollo sustentable del país y es de carácter estratégico e interés de estado".

Esta disposición general que define el objetivo primordial de la Ley de Aguas, cobra singular importancia en la actualidad, debido al largo e intenso período de sequía que aflige al país, con las consecuentes problemáticas relacionadas con el suministro del agua a las poblaciones, los incendios forestales y la producción de energía termoeléctrica, situaciones que bajo el principio de corresponsabilidad debemos estar avocados todos los órganos del Estado Venezolano y la colectividad en general. De allí la urgencia en la práctica de las medidas que en el presente escrito se solicitan.

CAPÍTULO III DE LAS MEDIDAS QUE SE SOLICITAN

Del análisis de los hechos narrados por el Ministerio Público, se evidencia que las actividades que se vienen realizando en la naciente de agua o manantial denominado Agua Viva, ubicado en el Sector La Sabanita de la Población de Bocono, han contribuido a la sedimentación de dicho curso de aguas; con el consecuente impacto en la biodiversidad presente en tan importante área natural, se torna imprescindible adoptar las siguientes medidas judiciales extraordinarias y con carácter de urgencia, a saber:

PRIMERO: Se Prohíba la actividad de construcción de obras, deposito, y/o acumulación de escombros en un radio de trescientos metros (300 mts) en proyección horizontal con centro en la naciente del manantial de agua denominado Agua Viva, ubicado en el sector La Sabanita de la población de Bocono

SEGUNDO: Cese de la actividad de la torre factora o establecimiento comercial Café Momoy (Inversiones el Momoy C.A), inscrita ante el Registro Mercantil Primero de la Circunscripción Judicial del estado Trujillo, en fecha 02-04-2004, anotado bajo el Nro 78, Tomo 3-A de la misma fecha representada por la ciudadana María Auxiliadora Moreno, titular de la cédula de identidad Nro

2.987.539, ubicado en el sector La Sabanita de la población de Bocono dentro de la zona protectora del manantial Agua Viva.

TERCERO: Cese de la actividad de la sociedad mercantil Inversiones K´Fe C.A, inscrita ante el Registro Mercantil Primero de la Circunscripción Judicial del estado Trujillo, anotado bajo el Tomo 5-A, Nro 17 del año 2010, por el ciudadano Nestor Moreno, titular de la cédula de identidad Nro 10.258.243, ubicado en el Sector La Sabanita de la Población de Bocono dentro de la zona protectora del manantial Agua Viva.

CUARTO: Cese de la actividad del establecimiento posada Valle de Los Muca representada por el ciudadano Alexander González, titular de la cédula de identidad Nro 10.255.005, ubicado en el sector La Sabanita de la población de Bocono dentro de la zona protectora del manantial Agua Viva.

QUINTO: Se ordene la demolición de las obras civiles existentes dentro de la zona protectora de la naciente del manantial de agua denominado Agua Viva, ubicado en el sector La Sabanita de la población de Bocono

SEXTO: Se ordene al Ministerio del Poder Popular Para el Ambiente, Dirección Estatal Ambiental Trujillo, supervise conjuntamente con efectivos del Destacamento Nro 15 del Comando Regional Nro 1 de la Guardia Nacional Bolivariana con sede en la población de Bocono, el cumplimiento de las medidas otorgados, asimismo proceda dicha Dirección Ambiental, a la arborización con criterios técnicos, y saneamiento de la zona protectora del manantial de agua denominado Agua Viva, ubicado en el sector La Sabanita de la población de Bocono; a través de la Misión Árbol Socialista, así como el saneamiento de dicha zona protectora.

Finalmente se anexa al presente escrito, como fundamento de la solicitud Fiscal copia de los siguientes documentos:

- Orden de inicio de la investigación.
- Actas policiales.
- Informes de inspección.
- Acta constitutiva de las empresas antes descritas.

En Trujillo a los 23 días del mes de Marzo de 2010.”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 22/03/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Defensa Integral del Ambiente y Delito Ambiental

3.- MATERIA: Penal Adjetiva

4.- TEMA: Protección del Ambiente. Medidas Judiciales Precautelativas

5.- EXTRACTO

El Ministerio Público en fecha 22-02-2010, solicitó medidas judiciales precautelativas ambientales urgentes, mediante la cual se suspendan los efectos degradantes de los recursos naturales y los posibles daños al ambiente irreversibles que se generan si no se paraliza la degradación existente, así como el saneamiento y reubicación del relleno sanitario que permanecen en “El sector Los Cocos, en las inmediaciones de la playa Norte, Jurisdicción del municipio Monseñor Iturriza del estado Falcón, a escasos (150) mts de la orilla de Playa”, donde funciona un vertedero de basura a cielo abierto de aproximadamente (03) hectáreas.

Las medidas referidas judiciales precautelativas, fueron acordadas por el Tribunal Segundo de Control del Circuito Judicial Penal del estado Falcón, extensión Tucacas en fecha 03-03-2010, en los términos solicitados por el Ministerio Público.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº Escrito S/N. 11F14-309-2006

6.2.- FECHA: 12/08/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“(omissis)

Quien suscribe, abg. Lilibian Antonieta Rondon Cadenas, actuando con el carácter de Fiscal (E) Auxiliar Décima Cuarta del Ministerio Público, con competencia en Defensa Integral del Ambiente y Delito Ambiental, de la Circunscripción Judicial Penal del estado Falcón; según las atribuciones que me confiere la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela artículo 285, la Ley Orgánica del Ministerio Público artículo 47 y el artículo 108 ordinal 10 del Código Orgánico Procesal Penal, acudo ante ese órgano jurisdiccional con el propósito de solicitar medida judicial precautelativa de carácter ambiental urgente, según lo establecido en el artículo 24 ordinales 1, 2, 3 y 7 de la Ley Penal del Ambiente, en concordancia con los artículos 551, del Código Orgánico Procesal Penal y 585, 588 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente, las cuales estarán destinadas a tutelar y prevenir daños irreparables al ecosistema, al igual que a la fauna marina, así como a prevenir daños a las personas que frecuentan en “El sector Los Cocos, en las inmediaciones de la playa Norte, Jurisdicción del municipio Monseñor Iturriza del estado Falcón, a escasos (150) mts de la orilla de Playa”, donde funciona un vertedero de basura a cielo abierto de aproximadamente (03) hectáreas; en perjuicio de la COLECTIVIDAD, siendo afectada de manera directa y depredadora por la acción del elemento humano que afecta de manera irracional. En consecuencia procedemos a exponer:

CAPITULO I ACTOS DE INVESTIGACION AMBIENTAL

1.- En fecha 20/01/2006, se recibió Acta Policial N° 002, de fecha 17/01/2006, emanada del Destacamento 42 del Puesto de Chichiriviche, donde señalan lo siguiente: "en "El sector Los Cocos, en las inmediaciones de la playa Norte, Jurisdicción del municipio Monseñor Iturriza del estado Falcón, a escasos (150) mts de la orilla de Playa", funciona un vertedero de basura a cielo abierto de aproximadamente (03) hectáreas; en perjuicio de la colectividad

2.- En fecha 21/09/2006, se recibió oficio n 027, de fecha 21/09/2006, mediante el cual anexan acta de inspección ocular practicada en dicho sector mediante el cual observa;

2.1.- Un lote de terreno de aproximadamente 100 mts. Que funciona como vertedero de basura en sector Los Cocos, en las inmediaciones de la playa Norte, Jurisdicción del municipio Monseñor Iturriza del estado Falcón, a escasos (150) mts de la orilla de Playa.

2.2.- Que el lote de terreno se encuentra en las coordenadas de GPS N:10°57"093 y WO:68°17"097, tomados por un GPS marca germin, model: GPS III

2.3.- Que la basura es acumulada y quemada posteriormente.

2.4.- Que las aguas del mar hacen contacto con los desechos arrojados en ese sitio.

2.5.- Que para el momento no se logro ubicar algún propietario del terreno, ni tampoco se observaron maquinas o personas que se dedique a la acumulación de desechos sólidos (basura).

2.6.- Que anexo a dicha acta policial se observan las respectivas reseñas fotográficas de lugar.

3.- En fecha 23/05/2007, se recibió Acta Policial S/N, de fecha 17/05/2007, emanada del Destacamento 42 del Puesto de Chichiriviche, donde señalan lo siguiente: que se realizo un seguimiento al sector "Los Cocos", en las inmediaciones de la playa Norte, Jurisdicción del municipio Monseñor Iturriza del estado Falcón, donde dejan constancia que para esa fecha, ya dicho vertedero se encuentra a tan solo (20) metros de la orilla de la playa y expandiéndose hasta una variedad de vegetación de la especie mangle (ver reseñas fotográficas).

4.- En fecha 12/09/2007, se recibió acta de inspección ocular a través del oficio N° 178, de fecha 11/09/2008, emanada del Destacamento 42 de la Guardia Nacional del puesto de Chichiriviche y un funcionario de Profaua, donde señalan lo siguiente: que se realizo una seguimiento al sector "Los Cocos", en las inmediaciones de la playa Norte, Jurisdicción del municipio Monseñor Iturriza del estado Falcón, donde dejan constancia que dicho botadero de basura ya se extendió hasta la calle los carriles de ese mismo sector.

5.- En fecha 10/09/2009, se recibe oficio N° 346-483, de fecha 07/09/2009, emanado del la Jefatura de Ingeniería Sanitaria del estado falcón, quien remite informe de inspección ocular en al sector "Los Cocos", en las inmediaciones de la playa Norte, Jurisdicción del municipio Monseñor Iturriza del estado Falcón, donde dejan constancia de lo siguiente; que existe una cantidad considerable de escombros y desechos sólidos y que el mismo se ha extendido por esa zona.

6.- En fecha 14/09/2009, se recibió acta de inspección técnica, emanada del Destacamento 42 de la Guardia Nacional del Puesto de Chichiriviche, donde señalan que persiste la situación de arrojamiento de desechos sólidos en la zona tal como se evidencia en las reseñas fotográficas.

CAPITULO II

DE LA PROCEDENCIA Y LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LAS MEDIDAS PRECAUTELATIVAS AMBIENTALES

De conformidad con el artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente, las medidas judiciales precautelativas de carácter ambiental, son procedentes debido a que en cualquier estado del proceso, el juez podrá adoptarlas, de oficio o a solicitud de parte, del denunciante, o del órgano administrativo, todo con la finalidad de eliminar un peligro, interrumpir la producción de daños al ambiente o a las personas o evitar las consecuencias degradantes del hecho que se investiga.

“Artículo 24. Medidas judiciales precautelativas. El juez podrá adoptar, de oficio o a solicitud de parte o del órgano administrativo denunciante, en cualquier estado o grado del proceso, las medidas precautelativas que fuesen necesarias para eliminar un peligro, interrumpir la producción de daños al ambiente o a las personas o evitar las consecuencias degradantes del hecho que se investiga. Tales medidas podrán consistir en:

1º La ocupación temporal, total o parcial, de las fuentes contaminantes, hasta tanto se corrija o elimine la causa degradante, o se obtengan las autorizaciones correspondientes;

2º La interrupción o prohibición de la actividad origen de la contaminación o deterioros ambientales;

3º La retención de sustancias, materiales u objetos sospechosos de estar contaminados, causar contaminación o estar en mal estado;

4º La retención de materiales, maquinarias u objetos, que dañen o pongan en peligro el ambiente o a la salud humana;

5º La ocupación o eliminación de obstáculos, aparatos, objetos o elementos cualesquiera que alteren el aspecto o el aprovechamiento racional de los recursos hídricos, medio lacustre, marino y costero o zonas bajo régimen de administración especial;

6º La inmovilización de vehículos terrestres, fluviales, marítimos o aéreos, capaces de producir contaminación atmosférica o sónica; y

7º Cualesquiera otras medidas tendientes a evitar la continuación de los actos perjudiciales al ambiente.

Así, se desprende de la citada norma que el Ministerio Público ostenta la legitimación para solicitar tales Medidas Judiciales Precautelativas, con fundamento en las atribuciones ad causam y ad procesum, interviniendo activamente de conformidad con los artículos 127, 285 ordinales 1 y 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con el artículo 108 ordinal 10 del Código Orgánico Procesal Penal y 24 ordinal 1, 2 y 7 de la Ley Penal del Ambiente. Así como el artículo 551 del COPP conjuntamente con el artículo 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil Venezolano.

Por lo tanto, y resaltando que la fase de investigación se encuentra inmersa dentro del proceso penal venezolano, al estar regulada en el capítulo relativo al Capítulo II referido al Inicio del Proceso, es la oportunidad procesal pertinente para requerir la tramitación y decreto de las medidas urgentes y necesarias de conformidad con el propio artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente, en concordancia con el artículo 300 del Código Orgánico Procesal Penal, mediante la cual se faculta al Ministerio Público a requerirlas en cualquier estado y grado del proceso y al Juez para dictarlas.

EL AMBIENTE COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO

Determinado el derecho a disfrutar de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado como un derecho fundamental, pero a la vez considerado como derecho humano dentro del ordenamiento positivo venezolano, la estructura de la Constitución venezolana, de conformidad al orden de consagración de los derechos humanos, lo reconoce y lo corresponde al catálogo de los derechos de la tercera generación.

En efecto, nuestra Carta Política dispone en su artículo **127**, lo siguiente:

“Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente

a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia. (Aparte único) Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos de conformidad con la ley". (RESALTADO NUESTRO)

Por lo tanto, se dice que un ambiente está ecológicamente equilibrado cuando este sistema de relaciones funciona de acuerdo con las leyes naturales que lo rigen. Cuando es perturbado, el sistema reacciona de dos maneras: se descompensa o se sobrecarga. La descompensación es la falta de energía, materia e información necesaria para que los organismos desempeñen sus funciones vitales. La sobrecarga se produce cuando la entrada de energía, materia e información al sistema excede su salida. Cuando esta entrada supera la capacidad del ecosistema para procesarlos se produce la contaminación.

Un ambiente sano es aquel que permite la vida de todos los organismos que lo integran, en forma efectiva y eficiente desde el punto de vista productivo. Desde un punto de vista humano, se encuentra asociado con la calidad de vida, que se manifiesta a través de muchos factores como la felicidad, el bienestar, la prosperidad, el nivel de vida, entre otros, pero sobre todo en el estado de salud y satisfacción de los individuos que integran ese ambiente; definiendo la salud como "un completo estado de bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de enfermedad o afección"¹³¹; y la satisfacción como la concordancia entre las aspiraciones y los logros de los individuos.

En consecuencia, se concluye de todo lo previamente expuesto que, el derecho del hombre a un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado se define como el derecho humano constitucionalmente instituido, que garantiza el goce de un ambiente que permite la vida de todos los organismos que lo integran, que funciona de acuerdo con las leyes naturales, cuyas perturbaciones son anticipadas y controladas en lo posible para minimizar los riesgos y dónde los individuos pueden satisfacer sus necesidades y deseos de una manera apropiada y digna, el cual se hace extensivo a las generaciones futuras.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado en reiteradas oportunidades¹³² que el ambiente es un bien común, aludiendo a continuación que:

"un bien común, como lo es, vivir en un ambiente..." seguro, sano y ecológicamente equilibrado "... no es la suma de los bienes individuales, sino aquellos bienes que, en una comunidad, sirven al interés de las personas en general de una manera no conflictiva, no exclusiva y no excluyente. 'Vivir en una ciudad bella, por ejemplo, constituye un bien para sus habitantes, y se trata de un bien común porque su goce no disminuye el de los demás y porque no puede negarse a ninguno de sus habitantes' (...)". (RESALTADO NUESTRO)

Pero además queda entonces establecido en dicha norma Constitucional no sólo el derecho a un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado, si no que también queda dispuesta la obligación

¹³¹ CASTILLO, Alfredo y MURRAGA, Xavier. Ética, Política, Derecho y Situaciones de Muerte. Universidad Central de Venezuela. Ediciones del Rectorado. Caracas, 1991. Pág. 108.

¹³² Véase, Sentencias N° 1321 y N° 3059, de fechas 16 de junio del año 2000 y 04 de noviembre del año 2003, respectivamente, emanadas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

del Estado de proteger el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. Esta protección se llevará a cabo a través de los órganos del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial. En este sentido corresponde a esta Representación Fiscal cumplir con dicho mandato Constitucional y solicitar de ese Honorable Tribunal de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Falcón que dentro de sus competencias y atribuciones haga cumplir dicho mandato.

De los diversos incisos que contiene el artículo 127 de la Carta Política venezolana se desprende la facultad de las personas de vigilar y conservar el ambiente como un bien jurídico ambiental considerado como patrimonio común de la humanidad; y, a la vez, se dispone que todos los sujetos de este derecho se obliguen a la protección de dicho bien jurídico a través de la participación activa; pero, paralelamente, se establece que, como segundo mandato, el Estado venezolano se obliga a la protección del ambiente, deber que se extiende a los demás poderes públicos.

La doctora Hildegard Rondón de Sansó¹³³, al referirse a este mandato rector de la política del Estado, comenta que: "el Estado, con el objeto de garantizar un desarrollo ecológico, social y económicamente sustentable, protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica; al tiempo que velará por un medio ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, gocen de especial protección. De igual manera, el Estado desarrollará una política de ordenación de territorio que atienda a las exigencias del desarrollo sustentable, la cual deberá contar con la participación ciudadana".

En igual sentido, señala la doctrina que, en cuanto a la naturaleza jurídica de este principio sobre el ambiente adecuado, "el significado tanto del deber como del derecho se complementan, precisándose que el primero de estos es la garantía de la eficacia plena del derecho"¹³⁴.

Y, por último, entendiéndose que el derecho a un ambiente adecuado es un derecho humano, queda evidente que aquellas características establecidas para con los derechos humanos en general, universalidad, interdependencia e indivisibilidad, igualdad, progresividad, irrenunciabilidad, transnacionalidad, son adaptables en su entero contenido.

Por lo tanto, solo cabe agregar que el derecho humano a un ambiente sano se sustenta en la progresividad, dada su característica esencialmente dinámica. Este dinamismo tiene su raíz en el desarrollo de la percepción de nuestro entorno, es decir, en la ampliación de nuestro conocimiento, a través de la investigación científica y social, del funcionamiento de los sistemas naturales y la manera en que este nos afecta al ser intervenido por el hombre. El reconocimiento del derecho a un ambiente sano es uno de los logros basados en la progresividad.

No obstante, es obligante recordar el precepto número 19 de nuestra Constitución, el cual afirma todos y cada uno de los referidos principios al disponer, que:

"El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen". (RESALTADO NUESTRO).-

¹³³ RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. Ad imis fundamentis Análisis de la constitución venezolana de 1999. Parte Orgánica y Sistemas. Primera Edición. Editorial Ex Libris. Caracas, Venezuela. 2002. Pág. 423 y 424.

¹³⁴ AMAYA NAVAS, Oscar Dario. Apuntes sobre el derecho al ambiente sano. In: Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente. Universidad Externado de Colombia. Tomo I. Primera Edición. Colombia, 2000. Pág. 88 y 89.

Resulta indudable entonces que la propia Carta Magna establece al Ambiente, en dos vertientes objetivas, la primera como un derecho y deber colectivo de disfrutar un ambiente sano y en segundo término de preservarlo, encontramos así la necesidad de mantener una relación con nuestro ambiente y los recursos que lo componen con respeto a su equilibrio natural y la necesidad para el Estado de materializar mecanismos efectivos para la protección de este.

DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 26, consagra uno de los derechos fundamentales de la persona, natural o jurídica, relativo al acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva de las reclamaciones que planteen a los órganos del Poder Judicial.

Artículo 26: "Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles".

Este derecho encierra una serie de aspectos, tales como la existencia de recursos y acciones a los cuales pueden acceder los particulares para el planteamiento de sus pretensiones, a que los Tribunales tramiten sus planteamientos conforme a los postulados del Estado de Derecho, a que reciban verdadera justicia y a que se restablezcan, siempre que sea pertinente las situaciones jurídico subjetivas que hayan sido lesionadas. Es en resumen, el derecho al proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257 de la Constitución)¹³⁵.

Siendo un derecho fundamental por reconocimiento del artículo 26 constitucional, lleva consigo implícita una obligación para el Estado de garantizarle al particular, en este caso al Ministerio Público, como encargado de promover la acción de la justicia en referencia al Derecho Ambiental, que no se le impondrán trabas innecesarias, para impedirle el real acceso al examen de sus pretensiones por parte de los jueces, de modo que la sentencia que se dicte tenga una verdadera incidencia en su esfera jurídica con un análisis de fondo de sus planteamientos, fundada en Derecho, aún cuando no se corresponda con los planteamientos y expectativas del recurrente.

Al referirse al Poder Judicial y Sistema Judicial, la Dra. Hildegard Rondón de Sansó, expone, dentro del texto jurídico titulado "*Ad Imis Fundamentis* Análisis de la Constitución Venezolana de 1999, parte orgánica y sistemas", específicamente en el Capítulo X, al punto referencial primero sobre los Principios Rectores, lo siguiente:

"(...)

6. Sometimiento de la justicia que imparte el Poder Judicial a las garantías fundamentales de los ciudadanos.

Entre las garantías fundamentales de los ciudadanos se encuentra la del acceso a la justicia.

7. Garantía por parte del Estado de los atributos de la justicia.

Los atributos a los cuales se alude están contemplados en el artículo 26, único aparte de la Constitución, en la siguiente forma: a) gratuidad; b) fácil acceso; c) imparcialidad; d) idoneidad; e) transparencia; f) autonomía; g) independencia; h) responsabilidad; i) equidad; j) ausencia de dilaciones indebidas; k) carencia de formalismos y de reposiciones inútiles. Además, el mismo artículo 26 alude al libre acceso a

¹³⁵ Artículo 257. El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

los órganos de la justicia; al de la tutela efectiva de los derechos e intereses incluso, de los colectivos o difusos y, a la prontitud de la decisión.” (RESALTADO NUESTRO).-

La tutela judicial como principio constitucional alcanza su realización práctica en las leyes que regulan las instituciones procesales, que se esperan tenga plena efectividad en la práctica cuando son correctamente aplicadas por los órganos jurisdiccionales. Por tanto, es indispensable, de conformidad con las características del bien jurídico tutelado -el ambiente-, invocar de manera expresa el trámite sumario y urgente, debido a que en las zonas o áreas, continúa la acción interventora del hombre que afecta directamente el equilibrio ecológico de estas; es decir, al ecosistema existente, por tanto se hace necesario proceder sin dilación alguna al establecimiento de las medidas judiciales precautelativas ambientales urgentes.

CAPITULO III PROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE MEDIDAS JUDICIALES PRECAUTELATIVAS AMBIENTALES

Los presupuestos de las medidas precautelares ambientales, son los propios de todas las medidas cautelares de esta naturaleza: el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*, pero además se hace necesario que en el proceso, en nuestro caso, desde la fase de investigación, se manifieste la necesidad o adecuación al aseguramiento de alguno de los posibles contenidos del fallo, en el caso concreto procedemos así a precisar lo que a continuación se señala.

Cabe recordar, que en sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 24 de octubre de 2001, (Exp. Nº 01-1429. Caso Clodosvaldo Russián), se resolvió una petición similar a la presente, con los siguientes argumentos:

“...Observa la Sala que respecto a la solicitud de medidas cautelares dentro de juicios de amparo constitucional, tal como lo estableció en su sentencia del 24 de marzo de 2000 (Corporación L' Hotels, C.A.), el peticionante no está obligado a probar la existencia de *fumus bonis iuris* ni del *periculum in mora*, sino que, dada la celeridad y brevedad que caracterizan al proceso de amparo constitucional, depende únicamente del sano criterio del juez acordar o no tales medidas, tomando en consideración las circunstancias particulares del caso sometido a su examen...” (SUBRAYADO Y RESALTADO NUESTRO)

En el presente caso se cumplen los supuestos legales exigidos para la procedencia de la medida cautelar solicitada; esto es, la presunción grave del derecho que se reclama (*fumus bonis iuris*) y el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), todo lo cual se evidencia de las actuaciones presentadas por el Ministerio Público, que indican una situación de violación de derechos constitucionales colectivos y difusos y la procedencia del decreto de las medidas judiciales precautelativas de conformidad con el artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente.

Indudablemente, el artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente, establece la potestad del órgano jurisdiccional para adoptar en cualquier estado o grado del proceso, las Medidas Precautelativas necesarias para eliminar un peligro, interrumpir la producción de daños al ambiente o a las personas o evitar consecuencias degradantes del hecho que se investiga, las cuales mantienen conexión directa e insoluble con la naturaleza jurídica del bien tutelado, así como del objeto del *corpus iuris* que gravita en toda la Ley Penal del Ambiente, artículo 1, en concordancia con el artículo 127 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El objeto de la Ley Penal del Ambiente queda determinado como principio fundamental de conservación, defensa y mejoramiento del ambiente. Así mismo, determina las medidas precautelativas de restitución y de reparación a que haya lugar, todo por supuesto, manteniendo la vigencia de tutelar, de manera inmediata, los recursos naturales, los bienes dominiales del Estado

formados por sus riquezas naturales y en la búsqueda de intervenir a través de los mecanismos jurídicos del mismo para salvaguardar el equilibrio ecológico de estos recursos.

El propio artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente contempla la posibilidad de existencia de un peligro inminente, el cual es necesario eliminar o interrumpir, esto es, la existencia de un daño cierto, determinado, real, posible e inminente, siendo imperiosa la necesidad de prevenirlo, paralizarlo ya que de lo contrario resultaría ineficaz e ilusorio pretender restablecer el orden infringido al final del juicio, es decir en la sentencia definitiva.

Como consecuencia de cada una de las actuaciones de investigación, y observando esta Representante Fiscal, que efectivamente existe la materialización de un delito penal ambiental previsto y sancionado en el artículo 28 de la Ley Penal del Ambiente referido al artículo 42º actividades y objetos degradantes el cual prevé: "el que vierta, arroje, abandone materiales, deposite o infiltre en los suelos o subsuelos, sustancias, productos o materiales no biodegradables, agentes biológicos o bioquímicos, agroquímicos, objetos o desechos sólidos o de cualquier naturaleza, en contravención de las normas técnicas que rige la materia, que sea capaz de degradarlos o alterarlos nocivamente, será sancionado con arresto de tres meses (3) meses a un (1) año y multa de trescientos (300) a mil (1000) días de salarios mínimos".

Dicha remisión es de conformidad al artículo 8º de la Ley Penal del Ambiente:

"Leyes penales en blanco: Cuando los tipos penales que esta Ley prevé requieran de una disposición complementaria para la exacta determinación de la conducta punible o su resultado, esta deberá constar en una Ley, reglamento del Ejecutivo Nacional, o en un decreto aprobado en Consejo de Ministros y publicado en Gaceta Oficial. (...)"

En virtud de ello, esta representación Fiscal se remite a la "Ley de residuos y desechos sólidos" Nº 38.068, de fecha 18/11/2004, el cual dispone:

Artículo 1: La presente Ley tiene por objeto el establecimiento de un régimen jurídico a la producción y gestión responsable de los residuos y desechos sólidos, cuyo contenido normativo y utilidad práctica deberá generar la reducción de los desperdicios al mismo, y evitar situaciones de riesgo para la salud humana y calidad ambiental.

Artículo 2: Los intereses generales del objeto son: 1.- Garantizar que los residuos y desechos sólidos se gestionen sin poner en peligro la salud y el ambiente mejorando la calidad de vida de los ciudadanos., 2.- Dar Prioridad a las actuaciones tendientes a prevenir y reducir la cantidad de residuos y desechos sólidos así como evitar el peligro que puedan causar a la salud y al ambiente., 3.- Promover la implementación de instrumentos de planificación, inspección y control, que favorezcan la seguridad y eficiencia de las actividades de la gestión de manejo de los residuos y desechos sólidos., ...5.- Mejorar el ambiente y la calidad de vida, con disposiciones eficientes en cuanto a la seguridad sanitaria.

Artículo 9: El manejo integral de los residuos y los desechos sólidos deberá ser sanitario y ambientalmente adecuado, con sujeción a los principios de prevención y control de impactos negativos, sobre el ambiente y la salud, conforme a las disposiciones establecidas en esta Ley y a la reglamentación técnica de la misma.

Sección Décima

De la Disposición final de los residuos y desechos sólidos

Artículo 66: Todo Municipio debe tener habilitado un sitio propio para la Disposición final de los residuos y desechos sólidos, el cual no va a recibir ningún otro uso; dicho sitio debe cumplir con la normativa sanitaria y ambiental vigente.

Artículo 75: Se prohíbe la quema de residuos sólidos en sitio de disposición final, así como en aquellos, en que la norma técnica lo establezca expresamente.

Artículo 76: Los Proyectos de construcción, operación y Funcionamiento, clausura y post-clausura, de los sitios de tratamiento y disposición final de los residuos y desechos sólidos, deberán contar con la autorización correspondiente, emitida por los ministerios encargados del ambiente y de la salud de forma conjunta, sin perjuicio de las demás autorizaciones municipales a que hubiere lugar. Los procedimientos para el otorgamiento de las autorizaciones serán desarrollados en el reglamento de la presente Ley, en las ordenanzas y demás instrumentos.

Decreto N° 2.216, de fecha 23/04/1992, "Normas para el manejo de los desechos sólidos de origen domestico, comercial, industrial o de cualquier otra naturaleza que no sea peligrosos" Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.418, de fecha 27/04/1992.

Artículo 2: Los Desechos sólidos a objeto de este Decreto, deberán ser depositados, almacenados, recolectados, transportados, recuperados, reutilizados, procesados y reciclados, aprovechados y disgustos finalmente de manera tal que se provengan y controlen deterioros a la salud y al ambiente.

Artículo 3: La Gestión de todas las actividades relativas al manejo de desechos sólidos corresponde a las municipales, quienes en uso de sus atribuciones legales podrán desarrollar la normativa complementaria de este Decreto mas adecuada a sus intereses locales...."

Sección II

DE LA OPERACIÓN

Artículo 29: Los métodos de operación aplicables al relleno sanitario son:

- 1- Método de ara
- 2- Método de rampa
- 3- Método de Trincheras
- 4- Combinación de los anteriores

Artículo 30: Todo proyecto de relleno sanitario, deberá contener un manual de operaciones donde se incluyan detalles de en relación con:

- 1- Control de acceso
- 2- Movimientos de tierras y vías de acceso
- 3- Fases de la operación
- 4- Equipo requerido
- 5- Mantenimiento
- 6- Aspectos administrativos
- 7- Medidas de seguridad en situaciones de emergencias
- 8- Controles sanitarios
- 9- Control de drenaje.

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 32: Todo proyecto de relleno sanitario, deberá contener un análisis de las variables ambientales que permitan evaluar el impacto ambiental provocado.

Artículo 33: Todo relleno sanitario deberá estar protegido con una cerca perimetral que impida el acceso a personas ajenas a la operación que allí se realiza.

Artículo 34: Se prohíbe la quema de desechos sólidos a campo abierto.

Artículo 35: Todo sitio de disposición final manejado mediante practicas inapropiadas deberá ser objeto de saneamiento y recuperación.

Decreto N° 35.946, "Normas para la evaluación ambiental de actividades susceptibles de degradar el ambiente" de fecha 25/04/1996.

Artículo 1: Estas normas tienen por objeto establecer los procedimientos conforme a los cuales se realiza la evaluación ambiental de actividades susceptibles de degradar el ambiente.

Artículo 2.- La evaluación ambiental se cumplirá como parte del proceso de toma de decisiones en la formulación de políticas, planes, programas y proyectos de desarrollo, a los fines de la incorporación de la variable ambiental en todas sus etapas.

TITULO II De los Procedimientos

CAPITULO I Del Procedimiento Ordinario

Artículo 4: Las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas, interesadas en desarrollar programas y proyectos que impliquen la ocupación del territorio deberán notificarlo al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, mediante un documento de intención. La notificación se realizará al inicio de los estudios de factibilidad, a los efectos de determinar el señalado Ministerio de la metodología a seguir para la evaluación ambiental correspondiente...”

Artículo 6: El Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales requerirá la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental para los programas y proyectos relativos a las siguientes actividades: “...8.- Disposiciones de Desechos: Rellenos Sanitarios con capacidad mayor o igual a trescientas toneladas métricas por día...”.

En efecto una vez corroborado por parte del órgano jurisdiccional que frente a la solicitud de Medidas Judiciales Precautelativas Ambientales” se determino:

- Legitimidad para solicitarlas.
 - Inexistencia de perisología que posibilite el daño permisible.
 - Informe técnico preliminar sobre las características de los daños apreciados.
 - La existencia de una lesión irreparable o de difícil reparación en la definitiva.
 - Urgencia necesaria en dictar la medida cautelar a fin de evitar daños irreparables haciendo ilusoria su sanción.
 - Consultar a la brevedad del caso a los solicitantes ya sus técnicos.
 - En la brevedad posible decretar las medidas o negarlas con la finalidad de evitar el retardo en su tramitación, lo cual pudiese repercutir en la materialización del daño.
- “Tutela Constitucional Preventiva y Anticipada y las Medidas Judiciales Precautelativas Ambientales”
- Tutela constitucional anticipada: “Consiste en la posibilidad jurídico constitucional por medio de la cual los órganos jurisdiccionales pueden, de oficio o a solicitud de parte, anticipar legítimamente, total o parcialmente, los efectos de la sentencia de mérito en el marco de un proceso judicial, cuando tal anticipación se indispensable para evitar un daño a situaciones constitucionales tutelales”.(Autor Rafael Ortiz – Ortiz)

En virtud de ello se debe considerar que las Medidas Cautelares es el poder Cautelar General del Juez, el cual debe tener al momento de examinar la solicitud las características Procesales siguientes:

- Preventivas y provisionales, tienden a evitar una “situación de peligro” se concrete en la realidad efectiva de los justiciables.
- Están en función del proceso y garantizan la eficacia y efectividad del mismo.
- Existe adecuación y pertinencia, adecuación o aptitud de la medida cautelar para prevenir el daño denunciado y pertinencia o aptitud de la medida cautelar para prevenir el derecho debatido en el juicio principal.
- Pueden dictarse en cualquier estado y grado del proceso, operan en todo momento siempre que surja la necesidad de la tutela preventiva
- Pueden ser dictadas Inaudita altera parte, con la finalidad de prevenir o paralizar el daño, evitando que el mismo se torne irreparable.

•Debido al carácter urgente, las medidas cautelares y la necesidad de la tutela judicial efectiva, obliga a que la solicitud sea decidida el mismo día de la solicitud o en el día más inmediato posible, ya sea negándola o decretándola las medidas cautelares como poder cautelar general del juez siendo entonces la "la regla general de toda cautelar es su urgencia, toda noción de cautela implica existencia de un riesgo que de no acordarse, pudiera generar una lesión irreparable o de difícil reparación en la definitiva. Estas medidas precautelares no requieren contradictorio, se dictan *in audita* alteran parte sin necesidad de citación, notificación o contestación de la parte contraria, deben operar inmediatamente".

•Artículos 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 551 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual no hace la remisión a normas consagradas en materia de procesal civil relativas a la aplicación de medidas preventivas de aseguramiento aplicables a la materia procesal penal y 585, 588, 601 del Código de Procedimiento Civil.

Es menester destacar que, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha sostenido en forma reiterada el criterio de que para otorgar las Medidas Judiciales Precautelativas en materia ambiental, es necesario realizarlo en forma inmediata, de acuerdo a la gravedad del caso y sin que sea necesario identificar o detectar a los sujetos activos, responsables de la agresión o de los daños, garantizando de esta manera la protección fundamental del derecho a un ambiente sano, en este sentido es conveniente precisar la jurisprudencia de ese alto Tribunal:

La Sala Constitucional en sentencia Nº 00-1395 del 21 de noviembre de 2000, Caso: William Dávila, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, estableció la obligación del Juez de protección del derecho al ambiente, al señalar:

"La protección del medio ambiente, es un bien que puede ser ignorado por unos, o discutido por los que se aprovechan de él, pero el Juez que conozca de las acciones protectivas, no necesitará para juzgar los daños al ambiente, determinar si existe o no oposición por parte de los miembros del conglomerado social, para proceder a sentenciar en contra de los transgresores, bastándole constatar el daño que se causa a la colectividad, así ésta no lo acepte"¹³⁶. (Subrayado y resaltado nuestro)

En sentencia número: 02.2588 de fecha 25 de junio de 2003, caso: Nelson Moreno Suárez, con ponencia del magistrado Iván Rincón Urdaneta, refiriéndose en el *corpus* de la misma, al caso de la sentencia dictada por la propia Sala constitucional del TSJ, realiza énfasis sobre la necesidad de otorgar tutela inmediata al ambiente con el objetivo de impedir los graves daños para las generaciones presentes y futuras, en este sentido citamos:

"Y es que no podía ser de otra manera, pues en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se consagra de una manera novedosa y de avanzada la obligación del Estado de proteger el medio ambiente (artículos 127, 128 y 129), como parte integrante de los llamados derechos de la tercera generación, pues su protección no sólo propende a favorecer a un grupo determinado en un momento determinado, sino al colectivo y para generaciones presentes y futuras, de allí la enorme responsabilidad de los operadores de justicia llamados a ponderar los derechos individuales frente al colectivo, máxime en el caso de autos, por tratarse de una zona enclavada dentro de un territorio declarado como Parque Nacional. (Subrayado y resaltado nuestro)

¹³⁶ Subrayado y negrillas son nuestros.

Resulta interesante que no sólo se debe garantizar la tutela judicial efectiva en función del derecho ambiental, sino que además, es esencial reestablecerla por encima de los derechos individuales de un determinado sujeto, debido a que se establece una obligación para todos los operadores de justicia de ponderar los intereses colectivos por encima de las particularidades, tal y como se hace necesario realizar en el caso in comento.

Ahora bien, es evidente que estamos en presencia de una afectación al derecho al ambiente, que repercutirá en un colectivo indeterminado y quizás esas lesiones a los recursos naturales de ese ecosistema, de no garantizarse la tutela judicial efectiva, podrían resultar irreparables tanto para el ecosistema como para el colectivo en general.

En este sentido, el Ministerio Público como garante de la legalidad y conforme a las atribuciones legales que le confieren los artículos 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 47 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, 108 del Código Orgánico Procesal Penal y 24 de la Ley Penal del Ambiente, considera que lo más ajustado a Derecho es solicitar las Medidas Judiciales Precautelativas, en virtud de que se pretenda la continuación del impacto ambiental que se ha producido en "El sector Los Cocos, en las inmediaciones de la playa Norte, Jurisdicción del Municipio Monseñor Iturriza del Estado Falcón, a escasos (150) mts de la orilla de Playa", donde funciona un vertedero de basura a cielo abierto de aproximadamente (03) hectáreas; donde existen el la disposición de desechos sólidos (Basura), deforestación mediana en terrenos adyacentes a la avenida San Luís, quema de vegetación mediana ubicada detrás de la Urb. El Cardón y las Carolinas por donde pasa la tubería matriz de Hidrofalcón, presencia de árboles talados y maleza cortada.

Por tal motivo, se debe realizar la limpieza urgente de la zona realmente afectada en donde se evidencia técnicamente y a efectos videndi según las siguientes actuaciones practicadas por los diferentes Órganos Auxiliares los cuales son parte de buena fe, se verifican con fehaciencia los delitos antes tipificados por esta Vindicta Publica.

CAPITULO IV DE LA SOLICITUD DEL FISCAL

Con base a los razonamientos antes explanados y las facultades consagradas al Ministerio Público, en los artículos 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 108 del Código Orgánico Procesal Penal, y 47 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en concordancia con el artículo 551, del Código Orgánico Procesal Penal, en remisión directa a los artículos 585 y 588 , 601, del Código de Procedimiento Civil y la Ley Penal del Ambiente, en la norma contenida en el artículo 24 ordinales 1º, 2º, 3 , y 7º; solicito respetuosamente se decreten las medidas judiciales precautelativas ambientales urgentes, mediante la cual se suspendan los efectos degradantes de los recursos naturales y los posibles daños al ambiente irreversibles que se generan sino se paraliza la degradación existente en el ,así como el saneamiento y reubicación del relleno sanitario que permanecen en el lugar afectado ambientalmente. En virtud de ello se solicita:

PRIMERO: Oficie e Instruya al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Falcón como rector de carácter administrativo Ambiental, para el asesoramiento técnico correspondiente a la Alcaldía de Municipio Autónomos Colina, para el plan de saneamiento de toda la zona afectada, por las descargas de diferentes desechos, que incluya el retiro de escombros y de los desechos contaminantes y malezas en la zona.

SEGUNDO: Oficie e instruya a la Alcaldía del municipio Monseñor Iturriza y organismos involucrados de carácter gubernamental y a las comunidades aledañas a la zona afectada a los fines de sanear la zona y así evitar la continuación del daño e impida posible (vertedero a cielo abierto).

TERCERO: Se oficie para el monitoreando permanentemente por funcionarios de la Guardia Nacional D. 44º con sede en La Vela y funcionarios del Ministerio del Ambiente, la permanencia de la medida que se decrete y el cumplimiento de la misma, en el cual deberán remitir informes relacionados a dicho cumplimiento mensualmente de la situación actual.

CUARTO: Que se coloquen avisos visibles alusivos de la prohibición de continuar con las descargas de desechos sólidos en la zona. todo ello bajo responsabilidad de la alcaldía del municipio.

QUINTO: Que se notifique a este Despacho Fiscal de la decisión de este Tribunal, así como de los resultados de Medida solicitada en la siguiente dirección: Av. Manaure con calle Ruiz Pineda, Edificio Sede del Ministerio Público, Piso 3, Santa Ana de Coro, Estado Falcón. Telefax: (0268) 252.3932. Asimismo se remita copia simple de la decisión motivada.

Igualmente que se oficie a la Defensoría del Pueblo, por ser el representante de los derechos difusos y colectivos, dentro de los cuales se encuentran los derechos ambientales, de la decisión del Tribunal con relación a esta solicitud de medida. "

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”**1.- FECHA DE ELABORACIÓN:** 14/03/2011**2.- DIRECCIÓN REMITENTE:** Dirección de Defensa Integral del Ambiente y Delito Ambiental**3.- MATERIA:** Penal Adjetiva**4.- TEMA:** Protección del Ambiente. Medidas Judiciales Precautelativas**5.- EXTRACTO**

El Ministerio Público solicitó en fecha 29-01-2010 ante el Circuito Judicial Penal del estado Falcón, extensión Punto Fijo, medidas judiciales precautelativas, sobre el sector “ la playa Villa Marina, en donde funciona un astillero denominado “San Jose”, municipio Los Taques del estado Falcón, sin la debida perisología a escasos metros de la orilla de Playa”, en perjuicio de la colectividad.

Las referidas medidas fueron decretadas con lugar por el Tribunal Segundo de Control del Circuito Judicial Penal del estado Falcón, extensión Punto Fijo en fecha 21-05-2010.

6.- CONTENIDO**6.1.- COMUNICACIÓN N°** Escrito S/N. 11F14-107-2009**6.2.- FECHA:** 12/08/2010**6.3.- TRANSCRIPCIÓN**

“(omissis)”

Quien suscribe, abg. Liliana Antonieta Rondón Cadenas, actuando con el carácter de Fiscal (E) Auxiliar Décima Cuarta del Ministerio Público, con competencia en Defensa Integral del Ambiente y Delito Ambiental, de la Circunscripción Judicial Penal del estado Falcón; según las atribuciones que me confiere la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela artículo 285, la Ley Orgánica del Ministerio Público artículo 47 y el artículo 108 ordinal 10 del Código Orgánico Procesal Penal, acudo ante ese órgano jurisdiccional con el propósito de solicitar medida judicial precautelativa de carácter ambiental urgente, según lo establecido en el artículo 24 ordinales 1, 2, 3 y 7 de la Ley Penal del Ambiente, en concordancia con los artículos 551, del Código Orgánico Procesal Penal y 585, 588 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente, las cuales estarán destinadas a tutelar y prevenir daños irreparables al ecosistema, al igual que a la fauna marina, así como a prevenir daños a las personas que frecuentan en “El la playa Villa Marina, en donde funciona un astillero denominado “San Jose”, municipio Los Taques del estado Falcón, sin la debida perisología a escasos metros de la orilla de Playa”, en perjuicio de la colectividad, siendo afectada de manera directa y depredadora por la acción del elemento humano que afecta de manera irracional. En consecuencia procedemos a exponer:

**CAPITULO I
ACTOS DE INVESTIGACION AMBIENTAL**

1.- En fecha 23/11/2009, se recibió oficio N° 0424, de fecha 20/11/2009, emanada del Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos, (Capitanía de Puertos las Piedras), donde señalan lo siguiente: “en el sector Villa Marina del municipio Los Taques del estado Falcón, funcionó un astillero a escasos

metros de la orilla de la Playa, así mismo dejan constancia a través de un informe de inspección técnica que la fecha 18/11/2009, donde se evidencia la existencia de (06) embarcaciones en total estado de abandono en las adyacencias del Astillero "San José", que para la presente fecha se encuentra en estado de inoperatividad, pero sin tomar las mínimas condiciones sanitarias conservacionistas de las playas del península de paraguáná, tal como se evidencia en las respectivas reseñas fotográficas.

2.- En fecha 12/01/2010, se recibió oficio N° 0014, de la misma fecha, emanado del Ministerio del Ambiente del estado Falcón, mediante el cual anexan informe de inspección técnica Ambiental practicada por funcionarios adscritos a ese Ministerio del Ambiente, donde dejan constancia que en la zona denominada como Villa Marina se encuentran unas embarcaciones en total estado de abandono, contribuyendo esta situación con la degradación continua de dicha playa. (Ver fotografías)

CAPITULO II

DE LA PROCEDENCIA Y LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LAS MEDIDAS RECAUTELATIVAS AMBIENTALES

De conformidad con el artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente, las medidas judiciales precautelativas de carácter ambiental, son procedentes debido a que en cualquier estado del proceso, el juez podrá adoptarlas, de oficio o a solicitud de parte, del denunciante, o del órgano administrativo, todo con la finalidad de eliminar un peligro, interrumpir la producción de daños al ambiente o a las personas o evitar las consecuencias degradantes del hecho que se investiga.

"Artículo 24. Medidas judiciales precautelativas. El juez podrá adoptar, de oficio o a solicitud de parte o del órgano administrativo denunciante, en cualquier estado o grado del proceso, las medidas precautelativas que fuesen necesarias para eliminar un peligro, interrumpir la producción de daños al ambiente o a las personas o evitar las consecuencias degradantes del hecho que se investiga. Tales medidas podrán consistir en:

1º La ocupación temporal, total o parcial, de las fuentes contaminantes, hasta tanto se corrija o elimine la causa degradante, o se obtengan las autorizaciones correspondientes;

2º La interrupción o prohibición de la actividad origen de la contaminación o deterioros ambientales;

3º La retención de sustancias, materiales u objetos sospechosos de estar contaminados, causar contaminación o estar en mal estado;

4º La retención de materiales, maquinarias u objetos, que dañen o pongan en peligro el ambiente o a la salud humana;

5º La ocupación o eliminación de obstáculos, aparatos, objetos o elementos cualesquiera que alteren el aspecto o el aprovechamiento racional de los recursos hídricos, medio lacustre, marino y costero o zonas bajo régimen de administración especial;

6º La inmovilización de vehículos terrestres, fluviales, marítimos o aéreos, capaces de producir contaminación atmosférica o sónica; y

7º Cualesquiera otras medidas tendientes a evitar la continuación de los actos perjudiciales al ambiente.

Así, se desprende de la citada norma que el Ministerio Público ostenta la legitimación para solicitar tales Medidas Judiciales Precautelativas, con fundamento en las atribuciones ad causam y ad procesum, interviniendo activamente de conformidad con los artículos 127, 285 ordinales 1 y 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con el artículo 108 ordinal 10 del Código Orgánico Procesal Penal y 24 ordinal 1, 2 y 7 de la Ley Penal del Ambiente. Así como el

artículo 551 del COPP conjuntamente con el artículo 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil Venezolano.

Por lo tanto, y resaltando que la fase de investigación se encuentra inmersa dentro del proceso penal venezolano, al estar regulada en el capítulo relativo al Capítulo II referido al Inicio del Proceso, es la oportunidad procesal pertinente para requerir la tramitación y decreto de las medidas urgentes y necesarias de conformidad con el propio artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente, en concordancia con el artículo 300 del Código Orgánico Procesal Penal, mediante la cual se faculta al Ministerio Público a requerirlas en cualquier estado y grado del proceso y al Juez para dictarlas.

EL AMBIENTE COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO

Determinado el derecho a disfrutar de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado como un derecho fundamental, pero a la vez considerado como derecho humano dentro del ordenamiento positivo venezolano, la estructura de la Constitución venezolana, de conformidad al orden de consagración de los derechos humanos, lo reconoce y lo corresponde al catálogo de los derechos de la tercera generación.

En efecto, nuestra Carta Política dispone en su artículo 127, lo siguiente:

“Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia. (Aparte único) Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos de conformidad con la ley”. (RESALTADO NUESTRO)

Por lo tanto, se dice que un ambiente está ecológicamente equilibrado cuando este sistema de relaciones funciona de acuerdo con las leyes naturales que lo rigen. Cuando es perturbado, el sistema reacciona de dos maneras: se descompensa o se sobrecarga. La descompensación es la falta de energía, materia e información necesaria para que los organismos desempeñen sus funciones vitales. La sobrecarga se produce cuando la entrada de energía, materia e información al sistema excede su salida. Cuando esta entrada supera la capacidad del ecosistema para procesarlos se produce la contaminación.

Un ambiente sano es aquel que permite la vida de todos los organismos que lo integran, en forma efectiva y eficiente desde el punto de vista productivo. Desde un punto de vista humano, se encuentra asociado con la calidad de vida, que se manifiesta a través de muchos factores como la felicidad, el bienestar, la prosperidad, el nivel de vida, entre otros, pero sobre todo en el estado de salud y satisfacción de los individuos que integran ese ambiente; definiendo la salud como “un completo estado de bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de enfermedad o afección”¹³⁷; y la satisfacción como la concordancia entre las aspiraciones y los logros de los individuos.

¹³⁷ CASTILLO, Alfredo y MURRAGA, Xavier. Ética, Política, Derecho y Situaciones de Muerte. Universidad Central de Venezuela. Ediciones del Rectorado. Caracas, 1991. Pág. 108.

En consecuencia, se concluye de todo lo previamente expuesto que, el derecho del hombre a un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado se define como el derecho humano constitucionalmente instituido, que garantiza el goce de un ambiente que permite la vida de todos los organismos que lo integran, que funciona de acuerdo con las leyes naturales, cuyas perturbaciones son anticipadas y controladas en lo posible para minimizar los riesgos y dónde los individuos pueden satisfacer sus necesidades y deseos de una manera apropiada y digna, el cual se hace extensivo a las generaciones futuras.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado en reiteradas oportunidades¹³⁸ que el ambiente es un bien común, aludiendo a continuación que:

“un bien común, como lo es, vivir en un ambiente...” seguro, sano y ecológicamente equilibrado “... no es la suma de los bienes individuales, sino aquellos bienes que, en una comunidad, sirven al interés de las personas en general de una manera no conflictiva, no exclusiva y no excluyente. ‘Vivir en una ciudad bella, por ejemplo, constituye un bien para sus habitantes, y se trata de un bien común porque su goce no disminuye el de los demás y porque no puede negarse a ninguno de sus habitantes’ (...).” (RESALTADO NUESTRO)

Pero además queda entonces establecido en dicha norma Constitucional no sólo el derecho a un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado, si no que también queda dispuesta la obligación del Estado de proteger el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. Esta protección se llevará a cabo a través de los órganos del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial. En este sentido corresponde a esta Representación Fiscal cumplir con dicho mandato Constitucional y solicitar de ese Honorable Tribunal de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Falcón que dentro de sus competencias y atribuciones haga cumplir dicho mandato.

De los diversos incisos que contiene el artículo 127 de la Carta Política venezolana se desprende la facultad de las personas de vigilar y conservar el ambiente como un bien jurídico ambiental considerado como patrimonio común de la humanidad; y, a la vez, se dispone que todos los sujetos de este derecho se obliguen a la protección de dicho bien jurídico a través de la participación activa; pero, paralelamente, se establece que, como segundo mandato, el Estado venezolano se obliga a la protección del ambiente, deber que se extiende a los demás poderes públicos.

La doctora Hildegard Rondón de Sansó¹³⁹, al referirse a este mandato rector de la política del Estado, comenta que: “el Estado, con el objeto de garantizar un desarrollo ecológico, social y económicamente sustentable, protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica; al tiempo que velará por un medio ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, gocen de especial protección. De igual manera, el Estado desarrollará una política de ordenación de territorio que atienda a las exigencias del desarrollo sustentable, la cual deberá contar con la participación ciudadana”.

En igual sentido, señala la doctrina que, en cuanto a la naturaleza jurídica de este principio sobre el ambiente adecuado, “el significado tanto del deber como del derecho se complementan, precisándose que el primero de estos es la garantía de la eficacia plena del derecho”¹⁴⁰.

¹³⁸ Véase, Sentencias N° 1321 y N° 3059, de fechas 16 de junio del año 2000 y 04 de noviembre del año 2003, respectivamente, emanadas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

¹³⁹ RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. Ad imis fundamentis Análisis de la constitución venezolana de 1999. Parte Orgánica y Sistemas. Primera Edición. Editorial Ex Libris. Caracas, Venezuela. 2002. Pág. 423 y 424.

¹⁴⁰ AMAYA NAVAS, Oscar Dario. Apuntes sobre el derecho al ambiente sano. In: Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente. Universidad Externado de Colombia. Tomo I. Primera Edición. Colombia, 2000. Pág. 88 y 89.

Y, por último, entendiéndose que el derecho a un ambiente adecuado es un derecho humano, queda evidente que aquellas características establecidas para con los derechos humanos en general, universalidad, interdependencia e indivisibilidad, igualdad, progresividad, irrenunciabilidad, transnacionalidad, son adaptables en su entero contenido.

Por lo tanto, solo cabe agregar que el derecho humano a un ambiente sano se sustenta en la progresividad, dada su característica esencialmente dinámica. Este dinamismo tiene su raíz en el desarrollo de la percepción de nuestro entorno, es decir, en la ampliación de nuestro conocimiento, a través de la investigación científica y social, del funcionamiento de los sistemas naturales y la manera en que este nos afecta al ser intervenido por el hombre. El reconocimiento del derecho a un ambiente sano es uno de los logros basados en la progresividad.

No obstante, es obligante recordar el precepto número 19 de nuestra Constitución, el cual afirma todos y cada uno de los referidos principios al disponer, que:

“El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen”. (Resaltado nuestro).-

Resulta indudable entonces que la propia Carta Magna establece al Ambiente, en dos vertientes objetivas, la primera como un derecho y deber colectivo de disfrutar un ambiente sano y en segundo término de preservarlo, encontramos así la necesidad de mantener una relación con nuestro ambiente y los recursos que lo componen con respeto a su equilibrio natural y la necesidad para el Estado de materializar mecanismos efectivos para la protección de este.

DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 26, consagra uno de los derechos fundamentales de la persona, natural o jurídica, relativo al acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva de las reclamaciones que planteen a los órganos del Poder Judicial.

Artículo 26: “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

Este derecho encierra una serie de aspectos, tales como la existencia de recursos y acciones a los cuales pueden acceder los particulares para el planteamiento de sus pretensiones, a que los Tribunales tramiten sus planteamientos conforme a los postulados del Estado de Derecho, a que reciban verdadera justicia y a que se restablezcan, siempre que sea pertinente las situaciones jurídico subjetivas que hayan sido lesionadas. Es en resumen, el derecho al proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257 de la Constitución)¹⁴¹.

Siendo un derecho fundamental por reconocimiento del artículo 26 constitucional, lleva consigo implícita una obligación para el Estado de garantizarle al particular, en este caso al Ministerio Público,

¹⁴¹ Artículo 257. El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

como encargado de promover la acción de la justicia en referencia al Derecho Ambiental, que no se le impondrán trabas innecesarias, para impedirle el real acceso al examen de sus pretensiones por parte de los jueces, de modo que la sentencia que se dicte tenga una verdadera incidencia en su esfera jurídica con un análisis de fondo de sus planteamientos, fundada en Derecho, aún cuando no se corresponda con los planteamientos y expectativas del recurrente.

Al referirse al Poder Judicial y Sistema Judicial, la Dra. Hildegard Rondón De Sansó, expone, dentro del texto jurídico titulado "Ad Imis Fundamentis Análisis de la Constitución Venezolana de 1999, parte orgánica y sistemas", específicamente en el Capítulo X, al punto referencial primero sobre los Principios Rectores, lo siguiente:

"(...)

6. Sometimiento de la justicia que imparte el Poder Judicial a las garantías fundamentales de los ciudadanos.

Entre las garantías fundamentales de los ciudadanos se encuentra la del acceso a la justicia.

7. Garantía por parte del Estado de los atributos de la justicia.

Los atributos a los cuales se alude están contemplados en el artículo 26, único aparte de la Constitución, en la siguiente forma: a) gratuidad; b) fácil acceso; c) imparcialidad; d) idoneidad; e) transparencia; f) autonomía; g) independencia; h) responsabilidad; i) equidad; j) ausencia de dilaciones indebidas; k) carencia de formalismos y de reposiciones inútiles. Además, el mismo artículo 26 alude al libre acceso a los órganos de la justicia; al de la tutela efectiva de los derechos e intereses incluso, de los colectivos o difusos y, a la prontitud de la decisión." (Resaltado nuestro).-

La tutela judicial como principio constitucional alcanza su realización práctica en las leyes que regulan las instituciones procesales, que se esperan tenga plena efectividad en la práctica cuando son correctamente aplicadas por los órganos jurisdiccionales. Por tanto, es indispensable, de conformidad con las características del bien jurídico tutelado -el ambiente-, invocar de manera expresa el trámite sumario y urgente, debido a que en las zonas o áreas, continúa la acción interventora del hombre que afecta directamente el equilibrio ecológico de estas; es decir, al ecosistema existente, por tanto se hace necesario proceder sin dilación alguna al establecimiento de las medidas judiciales precautelativas ambientales urgentes.

CAPITULO III PROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE MEDIDAS JUDICIALES PRECAUTELATIVAS AMBIENTALES

Los presupuestos de las medidas precautelares ambientales, son los propios de todas las medidas cautelares de esta naturaleza: el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*, pero además se hace necesario que en el proceso, en nuestro caso, desde la fase de investigación, se manifieste la necesidad o adecuación al aseguramiento de alguno de los posibles contenidos del fallo, en el caso concreto procedemos así a precisar lo que a continuación se señala.

Cabe recordar, que en sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 24 de octubre de 2001, (Exp. N° 01-1429. Caso Clodosvaldo Russián), se resolvió una petición similar a la presente, con los siguientes argumentos:

"...Observa la Sala que respecto a la solicitud de medidas cautelares dentro de juicios de amparo constitucional, tal como lo estableció en su sentencia del 24 de marzo de 2000 (Corporación L' Hotels, C.A.), el peticionante no está obligado a probar la existencia de *fumus bonis iuris* ni del *periculum in mora*, sino que, dada la celeridad y brevedad que caracterizan al proceso de amparo constitucional, depende únicamente del

sano criterio del juez acordar o no tales medidas, tomando en consideración las circunstancias particulares del caso sometido a su examen... (Subrayado y resaltado nuestro)

En el presente caso se cumplen los supuestos legales exigidos para la procedencia de la Medida Cautelar solicitada; esto es, la presunción grave del derecho que se reclama (*fumus bonis iuris*) y el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), todo lo cual se evidencia de las actuaciones presentadas por el Ministerio Público, que indican una situación de violación de derechos constitucionales colectivos y difusos y la procedencia del decreto de las medidas judiciales precautelativas de conformidad con el artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente.

Indudablemente, el artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente, establece la potestad del órgano jurisdiccional para adoptar en cualquier estado o grado del proceso, las Medidas Precautelativas necesarias para eliminar un peligro, interrumpir la producción de daños al ambiente o a las personas o evitar consecuencias degradantes del hecho que se investiga, las cuales mantienen conexión directa e insoluble con la naturaleza jurídica del bien tutelado, así como del objeto del *corpus iuris* que gravita en toda la Ley Penal del Ambiente, artículo 1, en concordancia con el artículo 127 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El objeto de la Ley Penal del Ambiente queda determinado como principio fundamental de conservación, defensa y mejoramiento del ambiente. Así mismo, determina las medidas precautelativas de restitución y de reparación a que haya lugar, todo por supuesto, manteniendo la vigencia de tutelar, de manera inmediata, los recursos naturales, los bienes dominiales del Estado formados por sus riquezas naturales y en la búsqueda de intervenir a través de los mecanismos jurídicos del mismo para salvaguardar el equilibrio ecológico de estos recursos.

El propio artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente contempla la posibilidad de existencia de un peligro inminente, el cual es necesario eliminar o interrumpir, esto es, la existencia de un daño cierto, determinado, real, posible e inminente, siendo imperiosa la necesidad de prevenirlo, paralizarlo ya que de lo contrario resultaría ineficaz e ilusorio pretender restablecer el orden infringido al final del juicio, es decir en la sentencia definitiva.

Como consecuencia de cada una de las actuaciones de investigación, y observando esta Representante Fiscal, que efectivamente existe la materialización de un delito penal ambiental previsto y sancionado en el artículo 37 de la Ley Penal del Ambiente, concatenado con el artículo 42 de la misma Ley;

37º degradación de playas el cual prevé: "el que con peligro o daño o degradación del medio lacustre, marino o costero, impida o dificulte el acceso a las playas con muros, barreras u otros obstáculos, será sancionado con arresto de (04) a (08) meses y multa de (400) a (800) días de salario mínimo".

42º actividades y objetos degradantes el cual prevé: "el que vierta, arroje, abandone materiales, deposite o infiltre en los suelos o subsuelos, sustancias, productos o materiales no biodegradables, agentes biológicos o bioquímicos, agroquímicos, objetos o desechos sólidos o de cualquier naturaleza, en contravención de las normas técnicas que rige la materia, que sea capaz de degradarlos o alterarlos nocivamente, será sancionado con arresto de tres meses (3) meses a un (1) año y multa de trescientos (300) a mil (1000) días de salarios mínimos".

Así como, el decreto N° 1257, de fecha 13/03/1996, "normas sobre evaluación ambiental de actividades susceptibles de degradar el ambiente" Artículo 4: Las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas, interesadas en desarrollar programas y proyectos que impliquen la ocupación del territorio deberán notificarlo al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, mediante un documento de intención. La notificación se realizará al inicio de los estudios de factibilidad, a los efectos de determinación el señalado Ministerio de la metodología a seguir para la evaluación ambiental correspondiente..."

En efecto una vez corroborado por parte del órgano jurisdiccional que frente a la solicitud de Medidas Judiciales Precautelativas Ambientales" se determino:

- Inexistencia de perisología que posibilite el daño permisible.
 - Informe técnico preliminar sobre las características de los daños apreciados.
 - La existencia de una lesión irreparable o de difícil reparación en la definitiva.
 - Urgencia necesaria en dictar la medida cautelar a fin de evitar daños irreparables haciendo ilusoria su sanción.
 - Consultar a la brevedad del caso a los solicitantes ya sus técnicos.
 - En la brevedad posible decretar las medidas o negarlas con la finalidad de evitar el retardo en su tramitación, lo cual pudiese repercutir en la materialización del daño.
- “Tutela constitucional preventiva y anticipada y las medidas judiciales precautelativas ambientales”
- Tutela constitucional anticipada: “Consiste en la posibilidad jurídico constitucional por medio de la cual los órganos jurisdiccionales pueden, de oficio o a solicitud de parte, anticipar legítimamente, total o parcialmente, los efectos de la sentencia de mérito en el marco de un proceso judicial, cuando tal anticipación se indispensable para evitar un daño a situaciones constitucionales tutelales”.(Autor Rafael Ortiz – Ortiz)

En virtud de ello se debe considerar que las medidas cautelares es el poder cautelar general del Juez, el cual debe tener al momento de examinar la solicitud las características Procesales siguientes:

- Preventivas y provisionales, tienden a evitar una “situación de peligro” se concrete en la realidad efectiva de los justiciables.
- Están en función del proceso y garantizan la eficacia y efectividad del mismo.
- Existe adecuación y pertinencia, adecuación o aptitud de la medida cautelar para prevenir el daño denunciado y pertinencia o aptitud de la medida cautelar para prevenir el derecho debatido en el juicio principal.
- Pueden dictarse en cualquier estado y grado del proceso, operan en todo momento siempre que surja la necesidad de la tutela preventiva
- Pueden ser dictadas Inaudita alteran parte, con la finalidad de prevenir o paralizar el daño, evitando que el mismo se torne irreparable.
- Debido al carácter urgente, las medidas cautelares y la necesidad de la tutela judicial efectiva, obliga a que la solicitud sea decidida el mismo día de la solicitud o en el día más inmediato posible, ya sea negándola o decretándola las medidas cautelares como poder cautelar general del Juez siendo entonces la “La Regla general de toda cautelar es su urgencia, toda noción de cautela implica existencia de un riesgo que de no acordarse, pudiera generar una lesión irreparable o de difícil reparación en la definitiva. Estas medidas precautelares no requieren contradictorio, se dictan *in audita* alteran parte sin necesidad de citación, notificación o contestación de la parte contraria, deben operar inmediatamente.
- Artículos 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 551 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual no hace la remisión a normas consagradas en materia de procesal civil relativas a la aplicación de medidas preventivas de aseguramiento aplicables a la materia procesal penal y 585, 588, 601 del Código de Procedimiento Civil.

Es menester destacar que, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha sostenido en forma reiterada el criterio de que para otorgar las medidas judiciales precautelativas en materia ambiental, es necesario realizarlo en forma inmediata, de acuerdo a la gravedad del caso y sin que sea necesario identificar o detectar a los sujetos activos, responsables de la agresión o de los daños, garantizando de esta manera la protección fundamental del derecho a un ambiente sano, en este sentido es conveniente precisar la jurisprudencia de ese alto Tribunal:

La Sala Constitucional en sentencia Nº 00-1395 del 21 de noviembre de 2000, Caso: William Dávila, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, estableció la obligación del Juez de protección del derecho al ambiente, al señalar:

“La protección del medio ambiente, es un bien que puede ser ignorado por unos, o discutido por los que se aprovechan de él, pero el Juez que conozca de las acciones protectivas, no

necesitará para juzgar los daños al ambiente, determinar si existe o no oposición por parte de los miembros del conglomerado social, para proceder a sentenciar en contra de los transgresores, bastándole constatar el daño que se causa a la colectividad, así ésta no lo acepte¹⁴². (Subrayado y resaltado nuestro)

En sentencia número: 02.2588 de fecha 25 de junio de 2003, caso: Nelson Moreno Suárez, con ponencia del magistrado Iván Rincón Urdaneta, refiriéndose en el *corpus* de la misma, al caso de la sentencia dictada por la propia Sala constitucional del TSJ, realiza énfasis sobre la necesidad de otorgar tutela inmediata al ambiente con el objetivo de impedir los graves daños para las generaciones presentes y futuras, en este sentido citamos:

“Y es que no podía ser de otra manera, pues en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se consagra de una manera novedosa y de avanzada la obligación del Estado de proteger el medio ambiente (artículos 127, 128 y 129), como parte integrante de los llamados derechos de la tercera generación, pues su protección no sólo propende a favorecer a un grupo determinado en un momento determinado, sino al colectivo y para generaciones presentes y futuras, de allí la enorme responsabilidad de los operadores de justicia llamados a ponderar los derechos individuales frente al colectivo, máxime en el caso de autos, por tratarse de una zona enclavada dentro de un territorio declarado como Parque Nacional. (Subrayado y resaltado nuestro)

Resulta interesante que no sólo se debe garantizar la tutela judicial efectiva en función del derecho ambiental, sino que además, es esencial reestablecerla por encima de los derechos individuales de un determinado sujeto, debido a que se establece una obligación para todos los operadores de justicia de ponderar los intereses colectivos por encima de las particularidades, tal y como se hace necesario realizar en el caso in comento.

Ahora bien, es evidente que estamos en presencia de una afectación al derecho al ambiente, que repercutirá en un colectivo indeterminado y quizás esas lesiones a los recursos naturales de ese ecosistema, de no garantizarse la tutela judicial efectiva, podrían resultar irreparables tanto para el ecosistema como para el colectivo en general.

En este sentido, el Ministerio Público como garante de la legalidad y conforme a las atribuciones legales que le confieren los artículos 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 47 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, 108 del Código Orgánico Procesal Penal y 24 de la Ley Penal del Ambiente, considera que lo más ajustado a Derecho es solicitar las Medidas Judiciales Precautelativas, en virtud de que se pretenda la continuación del impacto ambiental que se ha producido en el sector Villa Marina, por el Astillero San Jose; donde existió en un tiempo la actividad de restauración y construcción de embarcaciones.

Por tal motivo, se debe realizar la limpieza urgente de la zona realmente afectada en donde se evidencia técnicamente y a efectos videndi según las siguientes actuaciones practicadas por los diferentes Órganos Auxiliares los cuales son parte de buena fe, se verifican con fehaciencia los delitos antes tipificados por esta Vindicta Publica.

CAPITULO IV

DE LA SOLICITUD DEL FISCAL

¹⁴² Subrayado y negrillas son nuestros.

Con base a los razonamientos antes explanados y las facultades consagradas al Ministerio Público, en los artículos 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 108 del Código Orgánico Procesal Penal, y 47 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en concordancia con el artículo 551, del Código Orgánico Procesal Penal, en remisión directa a los artículos 585 y 588 , 601, del Código de Procedimiento Civil y la Ley Penal del Ambiente, en la norma contenida en el artículo 24 ordinales 1º, 2º, 3 , y 7º; solicito respetuosamente se decreten las Medidas Judiciales Precautelativas Ambientales URGENTES, mediante la cual se suspendan los efectos degradantes de los recursos naturales y los posibles daños al ambiente irreversibles que se generan sino se paraliza la degradación existente en el sector antes descrito, así como el retiro inmediato de (02) embarcaciones que se encuentran a orillas de la playa de Villa marina, frente de las instalaciones donde en tiempos anteriores funcionó el Astillero Amuay, y que las mismas se encuentran en total estado de deterioro. En virtud de ello se solicita:

PRIMERO: Oficie e Instruya al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Falcón como rector de carácter administrativo ambiental, así como al Instituto de los Espacios Acuáticos a través de la Capitanía de Puertos de Las Piedras, para el asesoramiento técnico, correspondiente a la disposición final de dichas embarcaciones y llevar a cabo plan de saneamiento de toda la zona afectada, en conjunto con las autoridades de la Alcaldía de los Taques.

SEGUNDO: Oficie e instruya a la Alcaldía del municipio Los Taques y organismos involucrados de carácter gubernamental, al ciudadano; Luis Amadeo Exposito C.I V-9.802.997 propietario del Astillero San José y a las comunidades aledañas a la zona afectada a los fines de sanear la zona y así evitar la continuación del daño e impida en lo posible se llegue a ejercer nuevamente algún tipo de actividad parecida, en esa zona tan vulnerable.

TERCERO: Se oficie para el monitoreo permanente por funcionarios de la Guardia Nacional Bolivariana D. 44º con sede en Judibana, funcionarios del Ministerio del Ambiente, la Capitanía de Puerto de Las Piedras, para que se mantenga en permanencia de la medida que se decrete y el cumplimiento de la misma, en el cual deberán remitir informes relacionados a dicho cumplimiento trimestralmente de la situación actual.

CUARTO: Que se coloquen avisos visibles alusivos de la prohibición de continuar con las actividades de restauracion de embercaciones, a través de la Alcaldía del municipio Los Taques.

QUINTO: Que se notifique a este Despacho Fiscal de la decisión de este Tribunal, así como de los resultados de medida solicitada en la siguiente dirección: Av. Manaure con calle Ruiz Pineda, edificio sede del Ministerio Público, piso 3, Santa Ana de Coro, estado Falcón. Telefax: (0268) 252.3932. Asimismo se remita copia simple de la decisión motivada.

Igualmente que se oficie a la Defensoría del Pueblo, por ser el representante de los derechos difusos y colectivos, dentro de los cuales se encuentran los derechos ambientales, de la decisión del Tribunal con relación a esta solicitud de medida.”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.-FECHA DE ELABORACIÓN: 29/01/2011

2.-DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Defensa Integral del Ambiente y Delito Ambiental

3.- MATERIA: Penal Adjetiva

4.- TEMA: Protección del Ambiente. Medidas precautelativas

5.- EXTRACTO

El Ministerio Público solicitó en fecha 29-01-2010 ante el Circuito Judicial Penal del estado Falcón, extensión Punto Fijo, medidas judiciales precautelativas destinadas a tutelar y prevenir daños irreparables al ecosistema, al igual que a la fauna marina, así como a prevenir daños a las personas que frecuentan en “El la playa Villa Marina, en donde funciona un astillero denominado “Amuay”, municipio Los Taques del estado Falcón, sin la debida permisología a escasos metros de la orilla de Playa”, en perjuicio de la colectividad.

Las referidas medidas judiciales fueron decretadas en fecha 19-05-2010 ante el Tribunal Segundo de Control del Circuito Judicial Penal del estado Falcón, extensión Punto Fijo.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº Escrito S/N. 11F14-215-2004

6.2.- FECHA: 29/05/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“(Omissis)”

Quien suscribe, abg. Liliana Antonieta Rondon Cadenas, actuando con el carácter de Fiscal (E) Auxiliar Décima Cuarta del Ministerio Público, con competencia en Defensa Integral del Ambiente y Delito Ambiental, de la Circunscripción Judicial Penal del estado Falcón; según las atribuciones que me confiere la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela artículo 285, la Ley Orgánica del Ministerio Público artículo 47 y el artículo 108 ordinal 10 del Código Orgánico Procesal Penal, acudo ante ese órgano jurisdiccional con el propósito de solicitar medida judicial precautelativa de carácter ambiental urgente, según lo establecido en el artículo 24 ordinales 1, 2, 3 y 7 de la Ley Penal del Ambiente, en concordancia con los artículos 551, del Código Orgánico Procesal Penal y 585, 588 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente, las cuales estarán destinadas a tutelar y prevenir daños irreparables al ecosistema, al igual que a la fauna marina, así como a prevenir daños a las personas que frecuentan en “En la playa Villa Marina, en donde funciona un astillero denominado “Amuay”, municipio Los Taques del estado Falcón, sin la debida permisología a escasos metros de la orilla de Playa”, en perjuicio de la colectividad, siendo afectada de manera directa y depredadora por la acción del elemento humano que afecta de manera irracional. En consecuencia procedemos a exponer:

CAPITULO I ACTOS DE INVESTIGACION AMBIENTAL

1.- En fecha 03/12/2004, se recibió Acta Policial N° 047, de fecha 13/11/2004, emanada del Destacamento 44, de Judibana, donde señalan lo siguiente: "en el sector Villa Marina del municipio Los Taques del estado Falcón, funciona un astillero a escasos metros de la orilla de la playa, sin la debida permisología y sin tomar las mínimas condiciones sanitarias conservacionistas de las playas de la Península de Paraguaná, tal como se evidencia en las respectivas reseñas fotográficas.

2.- En fecha 28/02/2007, se recibió oficio N° 0188, de fecha 21/02/2007, mediante el cual anexan informe de inspección técnica practicada por funcionarios del Ministerio del Ambiente, mediante el cual dejan constancia de las siguientes; que de acuerdo a la providencia administrativa N° 00015, emanada de Ministerio del Ambiente, se tomaron las siguientes condiciones de estricto cumplimiento como lo son; La reubicación del Astillero Amuay, el retiro inmediato de las embarcaciones deterioradas, conservar un retiro desde la mas alta marea, hasta las instalaciones del astillero, retirar el material ferroso (chatarras y todos los desecho producto de la actividad). Por lo que para la fecha de la inspección técnica 01/082006, dejan constancia de a) cuatro embarcaciones denominadas La Viki, Nazareth, Chinita y Mara, b) un 01 riel de madera que impide el libre transito peatonal y c) que dichas instalaciones poseen cerca de bloques hacia el este, norte y sur. (Ver fotografías)

3.- En fecha 20/04/2009, se recibió oficio N° 0420, de la misma fecha mediante el cual remiten anexo Acta Policial N° 420, practicada por funcionarios de la Guardia Nacional Bolivariana de Judibana D-44, mediante el cual dejan constancia de las siguientes; "que de acuerdo a instrucciones recibidas por la Fiscal 14 de Falcón, se trasladaron hacia las instalaciones del Astillero Amuay, logrando dejar constancia de la existencia de una embarcación en dicho astillero en estado total de abandono, al igual que un wincher para dragar embarcaciones. (Ver fotografías)

4.- En fecha 15/05/2009, se recibió oficio N° 0222, de fecha 14/05/2009, emanado del INEA, mediante el cual informan a este Despacho que dicha Capitanía de Puertos no autorizo a la empresa Astilleros Paraguaná para ejercer algún tipo de actividad de restauración y construcción de embarcaciones.

5.- En fecha 28/07/2009, se recibió oficio N° 1050, de fecha 28/07/2009, emanado del Ministerio del Ambiente, mediante el cual remiten informe de inspección técnica practicada en la zona donde funcionó un astillero de nombre Astillero Villa Marina, informando que en el sitio se encontraban dos (02) embarcaciones en total estado de abandono, al igual que un galpón que mantiene unas maquinarias y material de chatarra originados de la actividad de reparación de embarcaciones.

CAPITULO II

DE LA PROCEDENCIA Y LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LAS MEDIDAS RECAUTELATIVAS AMBIENTALES

De conformidad con el artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente, las medidas judiciales precautelativas de carácter ambiental, son procedentes debido a que en cualquier estado del proceso, el juez podrá adoptarlas, de oficio o a solicitud de parte, del denunciante, o del órgano administrativo, todo con la finalidad de eliminar un peligro, interrumpir la producción de daños al ambiente o a las personas o evitar las consecuencias degradantes del hecho que se investiga.

"Artículo 24. Medidas judiciales precautelativas. El juez podrá adoptar, de oficio o a solicitud de parte o del órgano administrativo denunciante, en cualquier estado o grado del proceso, las medidas precautelativas que fuesen necesarias para eliminar un peligro, interrumpir la producción de daños al ambiente o a las personas o evitar las consecuencias degradantes del hecho que se investiga. Tales medidas podrán consistir en:

1º La ocupación temporal, total o parcial, de las fuentes contaminantes, hasta tanto se corrija o elimine la causa degradante, o se obtengan las autorizaciones correspondientes;

2º La interrupción o prohibición de la actividad origen de la contaminación o deterioros ambientales;

3º La retención de sustancias, materiales u objetos sospechosos de estar contaminados, causar contaminación o estar en mal estado;

4º La retención de materiales, maquinarias u objetos, que dañen o pongan en peligro el ambiente o a la salud humana;

5º La ocupación o eliminación de obstáculos, aparatos, objetos o elementos cualesquiera que alteren el aspecto o el aprovechamiento racional de los recursos hídricos, medio lacustre, marino y costero o zonas bajo régimen de administración especial;

6º La inmovilización de vehículos terrestres, fluviales, marítimos o aéreos, capaces de producir contaminación atmosférica o sónica; y

7º Cualesquiera otras medidas tendientes a evitar la continuación de los actos perjudiciales al ambiente.

Así, se desprende de la citada norma que el Ministerio Público ostenta la legitimación para solicitar tales Medidas Judiciales Precautelativas, con fundamento en las atribuciones ad causam y ad procesum, interviniendo activamente de conformidad con los artículos 127, 285 ordinales 1 y 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con el artículo 108 ordinal 10 del Código Orgánico Procesal Penal y 24 ordinal 1, 2 y 7 de la Ley Penal del Ambiente. Así como el artículo 551 del COPP conjuntamente con el artículo 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil Venezolano.

Por lo tanto, y resaltando que la fase de investigación se encuentra inmersa dentro del proceso penal venezolano, al estar regulada en el capítulo relativo al Capítulo II referido al Inicio del Proceso, es la oportunidad procesal pertinente para requerir la tramitación y decreto de las medidas urgentes y necesarias de conformidad con el propio artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente, en concordancia con el artículo 300 del Código Orgánico Procesal Penal, mediante la cual se faculta al Ministerio Público a requerirlas en cualquier estado y grado del proceso y al Juez para dictarlas.

EL AMBIENTE COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO

Determinado el derecho a disfrutar de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado como un derecho fundamental, pero a la vez considerado como derecho humano dentro del ordenamiento positivo venezolano, la estructura de la Constitución venezolana, de conformidad al orden de consagración de los derechos humanos, lo reconoce y lo corresponde al catálogo de los derechos de la tercera generación.

En efecto, nuestra Carta Política dispone en su artículo 127, lo siguiente:

“Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia. (Aparte único) Es

una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos de conformidad con la ley". (Resaltado nuestro)

Por lo tanto, se dice que un ambiente está ecológicamente equilibrado cuando este sistema de relaciones funciona de acuerdo con las leyes naturales que lo rigen. Cuando es perturbado, el sistema reacciona de dos maneras: se descompensa o se sobrecarga. La descompensación es la falta de energía, materia e información necesaria para que los organismos desempeñen sus funciones vitales. La sobrecarga se produce cuando la entrada de energía, materia e información al sistema excede su salida. Cuando esta entrada supera la capacidad del ecosistema para procesarlos se produce la contaminación.

Un ambiente sano es aquel que permite la vida de todos los organismos que lo integran, en forma efectiva y eficiente desde el punto de vista productivo. Desde un punto de vista humano, se encuentra asociado con la calidad de vida, que se manifiesta a través de muchos factores como la felicidad, el bienestar, la prosperidad, el nivel de vida, entre otros, pero sobre todo en el estado de salud y satisfacción de los individuos que integran ese ambiente; definiendo la salud como "un completo estado de bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de enfermedad o afección"¹⁴³; y la satisfacción como la concordancia entre las aspiraciones y los logros de los individuos.

En consecuencia, se concluye de todo lo previamente expuesto que, el derecho del hombre a un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado se define como el derecho humano constitucionalmente instituido, que garantiza el goce de un ambiente que permite la vida de todos los organismos que lo integran, que funciona de acuerdo con las leyes naturales, cuyas perturbaciones son anticipadas y controladas en lo posible para minimizar los riesgos y dónde los individuos pueden satisfacer sus necesidades y deseos de una manera apropiada y digna, el cual se hace extensivo a las generaciones futuras.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado en reiteradas oportunidades¹⁴⁴ que el ambiente es un bien común, aludiendo a continuación que:

"un bien común, como lo es, vivir en un ambiente..." seguro, sano y ecológicamente equilibrado "... no es la suma de los bienes individuales, sino aquellos bienes que, en una comunidad, sirven al interés de las personas en general de una manera no conflictiva, no exclusiva y no excluyente. 'Vivir en una ciudad bella, por ejemplo, constituye un bien para sus habitantes, y se trata de un bien común porque su goce no disminuye el de los demás y porque no puede negarse a ninguno de sus habitantes' (...)". (Resaltado nuestro)

Pero además queda entonces establecido en dicha norma Constitucional no sólo el derecho a un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado, si no que también queda dispuesta la obligación del Estado de proteger el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. Esta protección se llevará a cabo a través de los órganos del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial. En este sentido corresponde a esta Representación Fiscal cumplir con dicho mandato Constitucional y solicitar de ese Honorable Tribunal de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Falcón que dentro de sus competencias y atribuciones haga cumplir dicho mandato.

¹⁴³ CASTILLO, Alfredo y MURRAGA, Xavier. Ética, Política, Derecho y Situaciones de Muerte. Universidad Central de Venezuela. Ediciones del Rectorado. Caracas, 1991. Pág. 108.

¹⁴⁴ Véase, Sentencias N° 1321 y N° 3059, de fechas 16 de junio del año 2000 y 04 de noviembre del año 2003, respectivamente, emanadas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

De los diversos incisos que contiene el artículo 127 de la Carta Política venezolana se desprende la facultad de las personas de vigilar y conservar el ambiente como un bien jurídico ambiental considerado como patrimonio común de la humanidad; y, a la vez, se dispone que todos los sujetos de este derecho se obliguen a la protección de dicho bien jurídico a través de la participación activa; pero, paralelamente, se establece que, como segundo mandato, el Estado venezolano se obliga a la protección del ambiente, deber que se extiende a los demás poderes públicos.

La doctora Hildegard Rondón de Sansó¹⁴⁵, al referirse a este mandato rector de la política del Estado, comenta que: "el Estado, con el objeto de garantizar un desarrollo ecológico, social y económicamente sustentable, protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica; al tiempo que velará por un medio ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, gocen de especial protección. De igual manera, el Estado desarrollará una política de ordenación de territorio que atienda a las exigencias del desarrollo sustentable, la cual deberá contar con la participación ciudadana".

En igual sentido, señala la doctrina que, en cuanto a la naturaleza jurídica de este principio sobre el ambiente adecuado, "el significado tanto del deber como del derecho se complementan, precisándose que el primero de estos es la garantía de la eficacia plena del derecho"¹⁴⁶.

Y, por último, entendiéndose que el derecho a un ambiente adecuado es un derecho humano, queda evidente que aquellas características establecidas para con los derechos humanos en general, universalidad, interdependencia e indivisibilidad, igualdad, progresividad, irrenunciabilidad, transnacionalidad, son adaptables en su entero contenido.

Por lo tanto, solo cabe agregar que el derecho humano a un ambiente sano se sustenta en la progresividad, dada su característica esencialmente dinámica. Este dinamismo tiene su raíz en el desarrollo de la percepción de nuestro entorno, es decir, en la ampliación de nuestro conocimiento, a través de la investigación científica y social, del funcionamiento de los sistemas naturales y la manera en que este nos afecta al ser intervenido por el hombre. El reconocimiento del derecho a un ambiente sano es uno de los logros basados en la progresividad.

No obstante, es obligante recordar el precepto número 19 de nuestra Constitución, el cual afirma todos y cada uno de los referidos principios al disponer, que:

"El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen". (Resaltado nuestro).-

Resulta indudable entonces que la propia Carta Magna establece al Ambiente, en dos vertientes objetivas, la primera como un derecho y deber colectivo de disfrutar un ambiente sano y en segundo término de preservarlo, encontramos así la necesidad de mantener una relación con nuestro ambiente y los recursos que lo componen con respeto a su equilibrio natural y la necesidad para el Estado de materializar mecanismos efectivos para la protección de este.

¹⁴⁵ RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. Ad imis fundamentis Análisis de la constitución venezolana de 1999. Parte Orgánica y Sistemas. Primera Edición. Editorial Ex Libris. Caracas, Venezuela. 2002. Pág. 423 y 424.

¹⁴⁶ AMAYA NAVAS, Oscar Dario. Apuntes sobre el derecho al ambiente sano. In: Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente. Universidad Externado de Colombia. Tomo I. Primera Edición. Colombia, 2000. Pág. 88 y 89.

DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 26, consagra uno de los derechos fundamentales de la persona, natural o jurídica, relativo al acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva de las reclamaciones que planteen a los órganos del Poder Judicial.

Artículo 26: "Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles".

Este derecho encierra una serie de aspectos, tales como la existencia de recursos y acciones a los cuales pueden acceder los particulares para el planteamiento de sus pretensiones, a que los Tribunales tramiten sus planteamientos conforme a los postulados del Estado de Derecho, a que reciban verdadera justicia y a que se restablezcan, siempre que sea pertinente las situaciones jurídico subjetivas que hayan sido lesionadas. Es en resumen, el derecho al proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257 de la Constitución)¹⁴⁷.

Siendo un derecho fundamental por reconocimiento del artículo 26 constitucional, lleva consigo implícita una obligación para el Estado de garantizarle al particular, en este caso al Ministerio Público, como encargado de promover la acción de la justicia en referencia al Derecho Ambiental, que no se le impondrán trabas innecesarias, para impedirle el real acceso al examen de sus pretensiones por parte de los jueces, de modo que la sentencia que se dicte tenga una verdadera incidencia en su esfera jurídica con un análisis de fondo de sus planteamientos, fundada en Derecho, aún cuando no se corresponda con los planteamientos y expectativas del recurrente.

Al referirse al Poder Judicial y Sistema Judicial, la Dra. Hildegard Rondón De Sansó, expone, dentro del texto jurídico titulado "*Ad Imis Fundamentis* Análisis de la Constitución Venezolana de 1999, parte orgánica y sistemas", específicamente en el Capítulo X, al punto referencial primero sobre los Principios Rectores, lo siguiente:

"(...)

6. Sometimiento de la justicia que imparte el Poder Judicial a las garantías fundamentales de los ciudadanos.

Entre las garantías fundamentales de los ciudadanos se encuentra la del acceso a la justicia.

7. Garantía por parte del Estado de los atributos de la justicia.

Los atributos a los cuales se alude están contemplados en el artículo 26, único aparte de la Constitución, en la siguiente forma: a) gratuidad; b) fácil acceso; c) imparcialidad; d) idoneidad; e) transparencia; f) autonomía; g) independencia; h) responsabilidad; i) equidad; j) ausencia de dilaciones indebidas; k) carencia de formalismos y de reposiciones inútiles. Además, el mismo artículo 26 alude al libre acceso a los órganos de la justicia; al de la tutela efectiva de los derechos e intereses incluso, de los colectivos o difusos y, a la prontitud de la decisión." (Resaltado nuestro).-

La tutela judicial como principio constitucional alcanza su realización práctica en las leyes que regulan las instituciones procesales, que se esperan tenga plena efectividad en la práctica cuando son

¹⁴⁷ **Artículo 257.** El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

correctamente aplicadas por los órganos jurisdiccionales. Por tanto, es indispensable, de conformidad con las características del bien jurídico tutelado -el ambiente-, invocar de manera expresa el trámite sumario y urgente, debido a que en las zonas o áreas, continúa la acción interventora del hombre que afecta directamente el equilibrio ecológico de estas; es decir, al ecosistema existente, por tanto se hace necesario proceder sin dilación alguna al establecimiento de las Medidas Judiciales Precautelativas Ambientales Urgentes.

CAPITULO III PROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE MEDIDAS JUDICIALES PRECAUTELATIVAS AMBIENTALES

Los presupuestos de las medidas precautelares ambientales, son los propios de todas las medidas cautelares de esta naturaleza: el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*, pero además se hace necesario que en el proceso, en nuestro caso, desde la fase de investigación, se manifieste la necesidad o adecuación al aseguramiento de alguno de los posibles contenidos del fallo, en el caso concreto procedemos así a precisar lo que a continuación se señala.

Cabe recordar, que en sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 24 de octubre de 2001, (Exp. N° 01-1429. Caso Clodosvaldo Russián), se resolvió una petición similar a la presente, con los siguientes argumentos:

“...Observa la Sala que respecto a la solicitud de medidas cautelares dentro de juicios de amparo constitucional, tal como lo estableció en su sentencia del 24 de marzo de 2000 (Corporación L' Hotels, C.A.), el peticionante no está obligado a probar la existencia de fumus bonis iuris ni del periculum in mora, sino que, dada la celeridad y brevedad que caracterizan al proceso de amparo constitucional, depende únicamente del sano criterio del juez acordar o no tales medidas, tomando en consideración las circunstancias particulares del caso sometido a su examen...” (Subrayado y resaltado nuestro)

En el presente caso se cumplen los supuestos legales exigidos para la procedencia de la Medida Cautelar solicitada; esto es, la presunción grave del derecho que se reclama (*fumus bonis iuris*) y el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), todo lo cual se evidencia de las actuaciones presentadas por el Ministerio Público, que indican una situación de violación de derechos constitucionales colectivos y difusos y la procedencia del decreto de las Medidas Judiciales Precautelativas de conformidad con el artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente.

Indudablemente, el artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente, establece la potestad del órgano jurisdiccional para adoptar en cualquier estado o grado del proceso, las Medidas Precautelativas necesarias para eliminar un peligro, interrumpir la producción de daños al ambiente o a las personas o evitar consecuencias degradantes del hecho que se investiga, las cuales mantienen conexión directa e insoluble con la naturaleza jurídica del bien tutelado, así como del objeto del *corpus iuris* que gravita en toda la Ley Penal del Ambiente, artículo 1, en concordancia con el artículo 127 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El objeto de la Ley Penal del Ambiente queda determinado como principio fundamental de conservación, defensa y mejoramiento del ambiente. Así mismo, determina las Medidas Precautelativas de restitución y de reparación a que haya lugar, todo por supuesto, manteniendo la vigencia de tutelar, de manera inmediata, los recursos naturales, los bienes dominiales del Estado formados por sus riquezas naturales y en la búsqueda de intervenir a través de los mecanismos jurídicos del mismo para salvaguardar el equilibrio ecológico de estos recursos.

El propio artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente contempla la posibilidad de existencia de un peligro inminente, el cual es necesario eliminar o interrumpir, esto es, la existencia de un daño cierto, determinado, real, posible e inminente, siendo imperiosa la necesidad de prevenirlo, paralizarlo ya que

de lo contrario resultaría ineficaz e ilusorio pretender restablecer el orden infringido al final del juicio, es decir en la sentencia definitiva.

Como consecuencia de cada una de las actuaciones de investigación, y observando esta Representante Fiscal, que efectivamente existe la materialización de un delito penal ambiental previsto y sancionado en el artículo 37 de la Ley Penal del Ambiente, concatenado con el artículo 42 de la misma Ley;

37º degradación de playas el cual prevé: "el que con peligro o daño o degradación del medio lacustre, marino o costero, impida o dificulte el acceso a las playas con muros, barreras u otros obstáculos, será sancionado con arresto de (04) a (08) meses y multa de (400) a (800) días de salario mínimo".

42º actividades y objetos degradantes el cual prevé: "el que vierta, arroje, abandone materiales, deposite o infiltre en los suelos o subsuelos, sustancias, productos o materiales no biodegradables, agentes biológicos o bioquímicos, agroquímicos, objetos o desechos sólidos o de cualquier naturaleza, en contravención de las normas técnicas que rige la materia, que sea capaz de degradarlos o alterarlos nocivamente, será sancionado con arresto de tres meses (3) meses a un (1) año y multa de trescientos (300) a mil (1000) días de salarios mínimos".

Así como, el decreto N° 1257, de fecha 13/03/1996, "Normas sobre evaluación ambiental de actividades susceptibles de degradar el ambiente" Artículo 4: Las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas, interesadas en desarrollar programas y proyectos que impliquen la ocupación del territorio deberán notificarlo al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, mediante un documento de intención. La notificación se realizará al inicio de los estudios de factibilidad, a los efectos de determinación el señalado Ministerio de la metodología a seguir para la evaluación ambiental correspondiente..."

En efecto una vez corroborado por parte del órgano jurisdiccional que frente a la solicitud de Medidas Judiciales Precautelativas Ambientales" se determino:

- Inexistencia de perisología que posibilite el daño permisible.
 - Informe técnico preliminar sobre las características de los daños apreciados.
 - La existencia de una lesión irreparable o de difícil reparación en la definitiva.
 - Urgencia necesaria en dictar la medida cautelar a fin de evitar daños irreparables haciendo ilusoria su sanción.
 - Consultar a la brevedad del caso a los solicitantes ya sus técnicos.
 - En la brevedad posible decretar las medidas o negarlas con la finalidad de evitar el retardo en su tramitación, lo cual pudiese repercutir en la materialización del daño.
- "Tutela Constitucional Preventiva y Anticipada y las Medidas Judiciales Precautelativas Ambientales"
- Tutela constitucional anticipada: "Consiste en la posibilidad jurídico constitucional por medio de la cual los órganos jurisdiccionales pueden, de oficio o a solicitud de parte, anticipar legítimamente, total o parcialmente, los efectos de la sentencia de mérito en el marco de un proceso judicial, cuando tal anticipación se indispensable para evitar un daño a situaciones constitucionales tutelales".(Autor Rafael Ortiz – Ortiz)

En virtud de ello se debe considerar que las Medidas Cautelares es el poder cautelar general del Juez, el cual debe tener al momento de examinar la solicitud las características Procesales siguientes:

- Preventivas y provisionales, tienden a evitar una "situación de peligro" se concrete en la realidad efectiva de los justiciables.
- Están en función del proceso y garantizan la eficacia y efectividad del mismo.
- Existe adecuación y pertinencia, adecuación o aptitud de la medida cautelar para prevenir el daño denunciado y pertinencia o aptitud de la medida cautelar para prevenir el derecho debatido en el juicio principal.
- Pueden dictarse en cualquier estado y grado del proceso, operan en todo momento siempre que surja la necesidad de la tutela preventiva

- Pueden ser dictadas *Inaudita alteran parte*, con la finalidad de prevenir o paralizar el daño, evitando que el mismo se torne irreparable.
- Debido al carácter urgente, las medidas cautelares y la necesidad de la tutela judicial efectiva, obliga a que la solicitud sea decidida el mismo día de la solicitud o en el día más inmediato posible, ya sea negándola o decretándola las medidas cautelares como poder cautelar general del Juez siendo entonces la "La regla general de toda cautelar es su urgencia, toda noción de cautela implica existencia de un riesgo que de no acordarse, pudiera generar una lesión irreparable o de difícil reparación en la definitiva. Estas medidas precautelares no requieren contradictorio, se dictan *in audita alteran parte* sin necesidad de citación, notificación o contestación de la parte contraria, deben operar inmediatamente.
- Artículos 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 551 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual no hace la remisión a normas consagradas en materia de procesal civil relativas a la aplicación de medidas preventivas de aseguramiento aplicables a la materia procesal penal y 585, 588, 601 del Código de Procedimiento Civil.

Es menester destacar que, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha sostenido en forma reiterada el criterio de que para otorgar las medidas judiciales precautelativas en materia ambiental, es necesario realizarlo en forma inmediata, de acuerdo a la gravedad del caso y sin que sea necesario identificar o detectar a los sujetos activos, responsables de la agresión o de los daños, garantizando de esta manera la protección fundamental del derecho a un ambiente sano, en este sentido es conveniente precisar la jurisprudencia de ese alto Tribunal:

La Sala Constitucional en sentencia N° 00-1395 del 21 de noviembre de 2000, Caso: William Dávila, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, estableció la obligación del Juez de protección del derecho al ambiente, al señalar:

"La protección del medio ambiente, es un bien que puede ser ignorado por unos, o discutido por los que se aprovechan de él, pero el Juez que conozca de las acciones protectivas, no necesitará para juzgar los daños al ambiente, determinar si existe o no oposición por parte de los miembros del conglomerado social, para proceder a sentenciar en contra de los transgresores, bastándole constatar el daño que se causa a la colectividad, así ésta no lo acepte"¹⁴⁸. (Subrayado y resaltado nuestro)

En sentencia número: 02.2588 de fecha 25 de junio de 2003, caso: Nelson Moreno Suárez, con ponencia del Magistrado Iván Rincón Urdaneta, refiriéndose en el corpus de la misma, al caso de la sentencia dictada por la propia Sala constitucional del TSJ, realiza énfasis sobre la necesidad de otorgar tutela inmediata al ambiente con el objetivo de impedir los graves daños para las generaciones presentes y futuras, en este sentido citamos:

"Y es que no podía ser de otra manera, pues en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se consagra de una manera novedosa y de avanzada la obligación del Estado de proteger el medio ambiente (artículos 127, 128 y 129), como parte integrante de los llamados derechos de la tercera generación, pues su protección no sólo propende a favorecer a un grupo determinado en un momento determinado, sino al colectivo y para generaciones presentes y futuras, de allí la enorme responsabilidad de los operadores de justicia llamados a ponderar los derechos individuales frente al colectivo, máxime en el caso de autos, por tratarse de una zona enclavada dentro de un territorio declarado como Parque Nacional." (Subrayado y resaltado nuestro)

¹⁴⁸ Subrayado y negrillas son nuestros.

Resulta interesante que no sólo se debe garantizar la tutela judicial efectiva en función del derecho ambiental, sino que además, es esencial reestablecerla por encima de los derechos individuales de un determinado sujeto, debido a que se establece una obligación para todos los operadores de justicia de ponderar los intereses colectivos por encima de las particularidades, tal y como se hace necesario realizar en el caso in comento.

Ahora bien, es evidente que estamos en presencia de una afectación al derecho al ambiente, que repercutirá en un colectivo indeterminado y quizás esas lesiones a los recursos naturales de ese ecosistema, de no garantizarse la tutela judicial efectiva, podrían resultar irreparables tanto para el ecosistema como para el colectivo en general.

En este sentido, el Ministerio Público como garante de la legalidad y conforme a las atribuciones legales que le confieren los artículos 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 47 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, 108 del Código Orgánico Procesal Penal y 24 de la Ley Penal del Ambiente, considera que lo más ajustado a Derecho es solicitar las medidas judiciales precautelativas, en virtud de que se pretenda la continuación del impacto ambiental que se ha producido en el sector Villa Marina, por el Astillero Amuay; donde existió en un tiempo la actividad de restauración y construcción de embarcaciones.

Por tal motivo, se debe realizar la limpieza urgente de la zona realmente afectada en donde se evidencia técnicamente y a efectos videndi según las siguientes actuaciones practicadas por los diferentes Órganos Auxiliares los cuales son parte de buena fe, se verifican con fehaciencia los delitos antes tipificados por esta Vindicta Publica.

CAPITULO IV DE LA SOLICITUD DEL FISCAL

Con base a los razonamientos antes explanados y las facultades consagradas al Ministerio Público, en los artículos 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 108 del Código Orgánico Procesal Penal, y 47 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en concordancia con el artículo 551, del Código Orgánico Procesal Penal, en remisión directa a los artículos 585 y 588 , 601, del Código de Procedimiento Civil y la Ley Penal del Ambiente, en la norma contenida en el artículo 24 ordinales 1º, 2º, 3 , y 7º; solicito respetuosamente se decreten las medidas judiciales precautelativas ambientales urgentes, mediante la cual se suspendan los efectos degradantes de los recursos naturales y los posibles daños al ambiente irreversibles que se generan sino se paraliza la degradación existente en el sector antes descrito, así como el retiro inmediato de (02) embarcaciones que se encuentran a orillas de la playa de Villa marina, frente de las instalaciones donde en tiempos anteriores funcionó el Astillero Amuay, y que las mismas se encuentran en total estado de deterioro. En virtud de ello se solicita:

PRIMERO: Oficie e instruya al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Falcón como rector de carácter administrativo Ambiental, así como al Instituto de lo Espacios Acuáticos a través de la Capitanía de Puertos de Las Piedras, para el asesoramiento técnico, correspondiente a la disposición final de dichas embarcaciones y llevar a cabo plan de saneamiento de toda la zona afectada, en conjunto con las autoridades de la Alcaldía de los Taques.

SEGUNDO: Oficie e instruya a la Alcaldía del municipio Monseñor Iturriza y organismos involucrados de carácter gubernamental, al ciudadano; José Salas Vitoria C.I V-273.454, propietario del astillero Amuay y a las Comunidades aledañas a la zona afectada a los fines de sanear la zona y así evitar la continuación del daño e impida en lo posible se llegue a ejercer nuevamente algún tipo de actividad parecida, en esa zona tan vulnerable.

TERCERO: Se oficie para el monitoreo permanente por funcionarios de la Guardia Nacional Bolivariana D. 44º con sede en Judibana, funcionarios del Ministerio del Ambiente, la Capitanía de Puerto de Las Piedras, para que se mantenga en permanencia de la medida que se decrete y el cumplimiento de la misma, en el cual deberán remitir informes relacionados a dicho cumplimiento trimestralmente de la situación actual.

CUARTO: que se coloquen avisos visibles alusivos de la prohibición de continuar con las actividades de restauración de embarcaciones, a través de la Alcaldía del municipio Los Taques.

QUINTO: Que se notifique a este Despacho Fiscal de la decisión de este Tribunal, así como de los resultados de Medida solicitada en la siguiente dirección: Av. Manaure con calle Ruiz Pineda, Edificio Sede del Ministerio Público, Piso 3, Santa Ana de Coro, estado Falcón. Telefax: (0268) 252.3932. Asimismo se remita copia simple de la decisión motivada.

Igualmente que se oficie a la Defensoría del Pueblo, por ser el representante de los derechos difusos y colectivos, dentro de los cuales se encuentran los derechos ambientales, de la decisión del Tribunal con relación a esta solicitud de medida. "

"DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO"

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 15/03/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Defensa Integral del Ambiente y Delito Ambiental

3.- MATERIA: Defensa Integral del Ambiente y Delito Ambiental

4.- TEMA: Medidas Judiciales Precautelativas

5.- EXTRACTO

En fecha 31 de marzo del año 2009, la Fiscalía sexta del Ministerio Público de Defensa Ambiental a Nivel Nacional, a cargo de la Abogada Bárbara Macchia, inicia investigación con ocasión a la denuncia interpuesta por la ciudadana YRAMA JOSE DE LAS MERCEDES CAPOTE DIAZ DE BRAVO, la cual guarda relación con la causa NN-F6 AMB-0022-09, referente a la tala indiscriminada que se realiza desde hace varios años en la Parroquia San Pedro del Municipio Libertador del Área Metropolitana de Caracas.

En virtud a la Denuncia interpuesta por la ciudadana, la Fiscal comisionada solicitó al Juzgado Décimo Sexto en Funciones de Control de esta Circunscripción Judicial en fecha 01 de Febrero del 2010, MEDIDAS JUDICIALES PRECAUTELATIVAS DE CARÁCTER AMBIENTAL URGENTES.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° Escrito S/N.

6.2.- FECHA: 01/02/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“ (Omissis)

Quienes suscribimos, BÁRBARA MACCHIA ANGELICA, BRICEIDA SALAZAR MÁRQUEZ en nuestro carácter de Fiscal Sexto de Defensa Ambiental a Nivel Nacional, Fiscal Auxiliar Sexto de Defensa Ambiental a Nivel, nos dirigimos a usted, con fundamento en las facultades consagradas al Ministerio Público en los artículos 127 y 285 numeral 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 108 numeral 10 del Código Orgánico Procesal Penal, 47 numeral 4 de Ley Orgánica del Ministerio Público, 24 de la Ley Penal del Ambiente y 111, 112 de la Ley Orgánica del Ambiente, concurrentemente, ocurro ante usted, con el objeto de exponer y solicitar:

PUNTO PREVIO 1 IMPORTANCIA Y BENEFICIOS DE LOS ÁRBOLES EN EL AMBIENTE URBANO

Ayudan a conservar el agua

Las áreas verdes son casi los únicos espacios dentro urbanidad a través de los cuales penetra agua en el subsuelo. La recarga de acuíferos es de gran importancia, no sólo para el suministro de agua en muchas de las delegaciones, sino por el papel que tiene el agua subterránea para detener el hundimiento de la ciudad. Los árboles y arbustos interceptan la lluvia y hacen que descienda lentamente bajo la superficie

del suelo; al incrementar la filtración, hacen que disminuya el curso de agua superficial, evitando erosión del suelo e inundaciones; la sombra que producen ayuda a conservarla humedad.

Contribuyen a controlar la contaminación del aire

El árbol filtra el aire ya que su copa está diseñada para que el aire pase a través de las hojas, filtrando los polvos, cenizas, humos, esporas, polen y demás impurezas que arrastra el viento. Las hojas y la corteza rugosa en el tallo atrapan tales impurezas.

El árbol recoge el dióxido de carbono que contamina la atmósfera a través de la fotosíntesis que realizan las hojas, el árbol atrapa el CO₂ de la atmósfera y lo convierte en oxígeno puro, enriqueciendo y limpiando el aire que respiramos. Se estima que una hectárea con árboles sanos y vigorosos produce suficiente oxígeno para 40 habitantes de la ciudad. Un bosque de una hectárea consume en un año todo el CO₂ que genera la carburación de un coche en ese mismo período. En este proceso las hojas también absorben otros contaminantes del aire como el ozono, monóxido de carbono y dióxido de sulfuro, y liberan oxígeno.

En consecuencia los árboles:

- a) Liberan oxígeno a la atmósfera y absorben dióxido de carbono.
- b) Diluyen la mezcla de contaminantes.
- c) Filtran gases.
- d) Absorben gases contaminantes como el fluoruro de hidrógeno, dióxido de azufre y dióxido de nitrógeno.
- e) Atrapan partículas de polvo, humo y cenizas que circulan en el aire.
- f) Filtran y detienen vapores y olores desagradables.

Son fortificaciones de la vida

Las áreas verdes representan la única posibilidad de contacto cotidiano con el medio natural para millones de habitantes de la ciudad. Constituyen el hábitat de cientos de plantas y animales. Éstos han logrado sobrevivir a los efectos negativos de la contaminación. Parques, jardines y demás espacios verdes, son refugio en el que se alimentan y reproducen gran variedad de insectos, gusanos, aves y otros pequeños vertebrados.

Amortiguan el ruido

Las agrupaciones de árboles de espesa vegetación, contribuyen a la disminución del ruido emitido por talleres, industrias y vehículos. Proporcionan salud. Aunque es difícil cuantificar los beneficios que aportan las áreas verdes a la salud, son evidentes sus efectos en el mejoramiento de las condiciones respiratorias, reducción del estrés y vinculación afectiva de la gente con la naturaleza. Las áreas verdes son espacios perfectos para el relajamiento, la recreación y el deporte.

Aportan beneficios económicos

El árbol urbano ahorra energía eléctrica, los árboles bien filtran el aire cálido y lo refrescan al cruzar su copa, sombrean paredes, patios, techos y ventanas, bajando los costos del aire acondicionado.

La vegetación contribuye a mejorar el perfil arquitectónico de casas y edificios, haciendo más atractivos los espacios. El arbolado en las calles, y los parques y jardines, incrementan el valor inmobiliario de edificaciones situadas en su proximidad y atraen inversiones. Los árboles brindan sensación de bienestar, embellecen el paisaje urbano y constituyen un valor de patrimonio para el municipio.

El establecimiento y mantenimiento de las áreas verdes es un generador de empleos. Los servicios que las áreas verdes proporcionan son incalculables, en contraste con los bajos costos de plantación y mantenimiento que demandan.

El árbol amortigua la lluvia

La copa de un árbol es flexible y está diseñada para atrapar la lluvia, causando que ésta se deslice a través de las hojas, ramas y el tronco hasta llegar al suelo. Al amortiguarse el impacto de la lluvia en el árbol se reduce la erosión y se protege al suelo superficial.

El árbol da sombra y regulan el clima

La copa de un árbol está diseñada para captar la luz solar y al extenderse sombrea el piso, causando bienestar en un día soleado y protegiendo la fauna, la flora inferior y al hombre y sus bienes, del efecto dañino del impacto directo de los rayos solares.

En consecuencia, la presencia de vegetación bloquea la radiación solar y disminuye la evaporación del suelo. Todo ello ayuda a disminuir los cambios bruscos de temperatura, manteniéndola más baja que la del aire circundante durante el día. Por ende, en las ciudades, la pérdida de árboles eleva las temperaturas y la evaporación del suelo. La ausencia de vegetación en algunas zonas de la ciudad, puede determinar un aumento de temperatura de hasta más de diez grados centígrados durante el medio día.

Los árboles reducen la velocidad del viento

Es cierto que no detienen un huracán, pero su presencia resta velocidad a las tormentas, disipando su fuerza y mejorando el ambiente.

(Omissis)

PUNTO PREVIO 2 EL AMBIENTE COMO DERECHO HUMANO Y EN CONSECUENCIA COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO

En la declaración emanada de la reunión anual de Comisión de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre Derechos Humanos, durante el mes de abril de 2001, se afirmó que todas las personas tienen derecho a vivir en un mundo libre de contaminación tóxica y degradación ambiental, siendo esta la primera vez que la Comisión hace referencia a las vinculaciones entre el medio ambiente y los derechos humanos.

Klaus Toepfer, Director Ejecutivo del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (Pnuma), comentó sobre esa afirmación:

"...Muchos de los derechos fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos tienen dimensiones ambientales significativas. Es evidente que las condiciones ambientales contribuyen a determinar la medida en que las personas disfrutan de sus derechos básicos a la vida, la salud, una alimentación y vivienda adecuadas, y a formas de sustento y culturas tradicionales. Es hora de reconocer que los que contaminan o destruyen el ambiente natural no sólo están cometiendo un crimen contra la naturaleza sino que además están violando los derechos humanos. No es posible garantizar los derechos humanos en un ambiente degradado o contaminado, (...). El fundamental derecho a la vida está amenazado por la degradación del suelo y la deforestación, así como por la exposición a productos químicos tóxicos, desechos peligrosos y agua potable contaminada. Por esa razón creemos que la aplicación exitosa de tratados ambientales internacionales sobre la biodiversidad, el cambio climático, la desertificación y los productos químicos puede ser una contribución importante a la protección de los derechos humanos."

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, promulgada en diciembre del año 1999 y publicada en Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario en marzo del año 2000, se introdujeron una serie de innovaciones ambientales, entre estas el derecho a disfrutar de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. Dicha Carta Política dispone en su artículo 127, lo siguiente:

“Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia. (aparte único) Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en dónde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos de conformidad con la ley”.

Determinado el derecho a disfrutar de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado como un derecho fundamental, pero a la vez considerado como derecho humano dentro del ordenamiento positivo venezolano, la estructura de la Constitución venezolana, de conformidad al orden de consagración de los derechos humanos, lo reconoce y lo corresponde al catálogo de los derechos de la tercera generación.

En un sentido amplio, los técnicos Serafín Mazparrote y Justo Cenicerros, definen al ambiente como:

“...la suma total o resultado de todas las condiciones externas que actúan sobre un individuo. Estas condiciones externas se dividen en dos grupos: los factores abióticos, que son de origen no viviente como la luz, temperatura y la topografía entre otros; y los factores bióticos, que comprenden todos los organismos vivos tales como los animales, las plantas, los descompositores y las bacterias y las relaciones que se establecen entre ellos. Todos estos factores en conjunto constituyen un sistema el cual afecta de alguna manera la vida de un organismo”.

En igual sentido, la doctora Marilena Asprino de Febres señala en uno de sus publicados textos académicos que el ambiente, desde un punto de vista general, proviene de la denominación anglosajona “environment”, citándose como “el conjunto de elementos naturales y los creados o modificados por el hombre en los que se desarrolla la vida” y concluye que al ambiente se le debe entender como “un conjunto de elementos y recursos, tanto naturales como creados por el hombre, que se conjugan para dar forma al entorno físico que sirve de marco al desarrollo de la vida y que se extiende hasta valores espirituales y anímicos que intervienen en las relaciones del hombre con el mundo que le rodea, favoreciendo u obstaculizando su adaptación a las condiciones externa”.

Por lo tanto, se dice que un ambiente está ecológicamente equilibrado cuando este sistema de relaciones funciona de acuerdo con las leyes naturales que lo rigen. Cuando es perturbado, el sistema reacciona de dos maneras: se descompensa o se sobrecarga. La descompensación es la falta de energía, materia e información necesaria para que los organismos desempeñen sus funciones vitales. La sobrecarga se produce cuando la entrada de energía, materia e información al sistema excede su salida. Cuando esta entrada supera la capacidad del ecosistema para procesarlos se produce la contaminación.

Un ambiente seguro es aquel ambiente libre de riesgo, Robert Kaplan define el riesgo como “el resultado de relacionar la amenaza de uno o varios eventos con la vulnerabilidad de los elementos expuestos (población, servicios, centros de producción)”, y se manifiesta en desastre cuando el riesgo es incorrectamente atendido. Pueden ser naturales o provocados por la intervención del hombre en la naturaleza. De manera que, un ambiente seguro, es aquel en dónde la probabilidad de ocurrencia de un evento se minimiza porque son anticipados y controlados en forma adecuada los desastres de tipo natural o humano.

Un ambiente sano es aquel que permite la vida de todos los organismos que lo integran, en forma efectiva y eficiente desde el punto de vista productivo. Desde un punto de vista humano, se encuentra asociado con la calidad de vida, que se manifiesta a través de muchos factores como la felicidad, el bienestar, la prosperidad, el nivel de vida, entre otros, pero sobre todo en el estado de salud y satisfacción de los individuos que integran ese ambiente; definiendo la salud como “un completo estado

de bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de enfermedad o afección"; y la satisfacción como la concordancia entre las aspiraciones y los logros de los individuos.

En consecuencia, se concluye de todo lo previamente expuesto que, el derecho del hombre a un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado se define como el derecho humano constitucionalmente instituido, que garantiza el goce de un ambiente que permite la vida de todos los organismos que lo integran, que funciona de acuerdo con las leyes naturales, cuyas perturbaciones son anticipadas y controladas en lo posible para minimizar los riesgos y dónde los individuos pueden satisfacer sus necesidades y deseos de una manera apropiada y digna, el cual se hace extensivo a las generaciones futuras.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado en reiteradas oportunidades que el ambiente es un bien común, aludiendo a continuación que:

"un bien común, como lo es, vivir en un ambiente..." seguro, sano y ecológicamente equilibrado "... no es la suma de los bienes individuales, sino aquellos bienes que, en una comunidad, sirven al interés de las personas en general de una manera no conflictiva, no exclusiva y no excluyente. 'Vivir en una ciudad bella, por ejemplo, constituye un bien para sus habitantes, y se trata de un bien común porque su goce no disminuye el de los demás y porque no puede negarse a ninguno de sus habitantes' (...)".

Pero, además, queda entonces establecido en dicha norma Constitucional no sólo el derecho a un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado, si no que también queda dispuesta la obligación del Estado de proteger el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. Esta protección se llevará a cabo a través de los órganos del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial. En este sentido corresponde a estas Representaciones Fiscales cumplir con dicho mandato Constitucional y solicitar de ese Honorable Tribunal de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Vargas que dentro de sus competencias y atribuciones haga cumplir dicho mandato.

En efecto, de los diversos incisos que contiene el artículo 127 de la Carta Política venezolana se desprende la facultad de las personas de vigilar y conservar el ambiente como un bien jurídico ambiental considerado como patrimonio común de la humanidad; y, a la vez, se dispone que todos los sujetos de este derecho se obliguen a la protección de dicho bien jurídico a través de la participación activa; pero, paralelamente, se establece que, como segundo mandato, el Estado venezolano se obliga a la protección del ambiente, deber que se extiende a los demás poderes públicos.

Por otra parte, y entendiéndose que el derecho a un ambiente adecuado es un derecho humano, queda evidente que aquellas características establecidas para con los derechos humanos en general, universalidad, interdependencia e indivisibilidad, igualdad, progresividad, irrenunciabilidad, transnacionalidad, son adaptables en su entero contenido.

Por lo tanto, solo cabe agregar que el derecho humano a un ambiente sano se sustenta en la progresividad, dada su característica esencialmente dinámica. Este dinamismo tiene su raíz en el desarrollo de la percepción de nuestro entorno, es decir, en la ampliación de nuestro conocimiento, a través de la investigación científica y social, del funcionamiento de los sistemas naturales y la manera en que este nos afecta al ser intervenido por el hombre. El reconocimiento del derecho a un ambiente sano es uno de los logros basados en la progresividad.

No obstante, es obligante recordar el precepto número 19 de nuestra Constitución, el cual afirma todos y cada uno de los referidos principios al disponer, que:

"El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen".

Resulta indudable entonces que la propia Carta Magna establece al Ambiente, en dos vertientes objetivas, la primera como un derecho y deber colectivo de disfrutar un ambiente sano y en segundo término de preservarlo, encontramos así la necesidad de mantener una relación con nuestro ambiente y los recursos que lo componen con respeto a su equilibrio natural y la necesidad para el Estado de materializar mecanismos efectivos para la protección de este.

La protección del ambiente requiere medidas que garanticen tanto la eliminación de efectos degradantes que podrían producir un daño así como la cesación de la agresión al ambiente ya concretada; y, sobre estas medidas, que resultan preventivas o cautelares, se fundamenta la garantía jurisdiccional dentro del derecho ambiental.

CAPÍTULO I DE LA PROCEDENCIA Y LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA SOLICITAR LAS MEDIDAS PRECAUTELATIVAS AMBIENTALES

Dispone el artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente, la procedencia de medidas judiciales precautelativas en cualquier estado y grado del proceso, facultando para ello ampliamente al órgano jurisdiccional, el cual podrá adoptarlas, de oficio o a solicitud de parte, del denunciante, o del órgano administrativo, todo con la finalidad de eliminar un peligro, interrumpir la producción de daños al ambiente o a las personas o evitar las consecuencias degradantes del hecho que se investiga.

“Artículo 24. Medidas judiciales precautelativas. El juez podrá adoptar, de oficio o a solicitud de parte o del órgano administrativo denunciante, en cualquier estado o grado del proceso, las medidas precautelativas que fuesen necesarias para eliminar un peligro, interrumpir la producción de daños al ambiente o a las personas o evitar las consecuencias degradantes del hecho que se investiga. Tales medidas podrán consistir en:

- 1º La ocupación temporal, total o parcial, de las fuentes contaminantes, hasta tanto se corrija o elimine la causa degradante, o se obtengan las autorizaciones correspondientes;
- 2º La interrupción o prohibición de la actividad origen de la contaminación o deterioros ambientales;
- 3º La retención de sustancias, materiales u objetos sospechosos de estar contaminados, causar contaminación o estar en mal estado;
- 4º La retención de materiales, maquinarias u objetos, que dañen o pongan en peligro el ambiente o a la salud humana;
- 5º La ocupación o eliminación de obstáculos, aparatos, objetos o elementos cualesquiera que alteren el aspecto o el aprovechamiento racional de los recursos hídricos, medio lacustre, marino y costero o zonas bajo régimen de administración especial;
- 6º La inmovilización de vehículos terrestres, fluviales, marítimos o aéreos, capaces de producir contaminación atmosférica o sónica; y
- 7º Cualesquiera otras medidas tendientes a evitar la continuación de los actos perjudiciales al ambiente.”

Así, se desprende de la citada norma que el Ministerio Público ostenta la legitimación para solicitar tales Medidas Judiciales Precautelativas, con fundamento en las atribuciones ad causam y ad procesum, interviniendo activamente de conformidad con los artículos 127, 285 ordinales 1 y 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con los artículos 24 y 108 ordinal 10 de la Ley Penal del Ambiente y el Código Orgánico Procesal Penal, respectivamente.

Además, resaltando que la fase investigación se encuentra inmersa dentro del proceso penal venezolano, al estar regulada en el capítulo relativo al Capítulo II referido al inicio del proceso, es la oportunidad procesal pertinente para requerir la tramitación y decreto de las medidas urgentes y necesarias de conformidad con el artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente, mediante la cual se faculta al Ministerio Público a requerirlas en cualquier estado y grado del proceso y al Juez para dictarlas.

Por último, la función normativa de las medidas precautelativas en nuestro ordenamiento jurídico, es principalmente, asegurar o proteger de manera inmediata y efectiva los intereses tutelados por la norma jurídica, esto es, el bien objeto de tutela jurídica. En este sentido, el ambiente, constituye manifestación del principio de la tutela judicial efectiva, de manera que su fin, es asegurar el cumplimiento de la resolución judicial definitiva que recaiga en el proceso.

1.1

1.1 CAPÍTULO II DE LOS FUNDAMENTOS DE HECHO PARA LA PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS JUDICIALES PRECAUTELATIVAS

En fecha 31 de marzo del año 20029, esta representación Fiscal inicia la investigación referida en la causa NN-F6 AMB-0022-09, con ocasión a denuncia interpuesta por la ciudadana Yrama José de Las Mercedes Capote Diaz de Bravo, venezolana, de 58 años de edad, titular de la cédula de identidad N° V- 2.519.583, de profesión u oficio licenciada en educación, denuncia que se produce con ocasión a la tala indiscriminada que se realiza desde hace varios años en la parroquia San Pedro del municipio Libertador del Área Metropolitana de Caracas.

La parroquia San Pedro fue creada como parroquia el 01 de Octubre de 1994. Anteriormente formaba parte de Santa Rosalía. Con ello paso a ser entidad numero 21 del municipio Libertador. Está ubicada al centro sur del municipio Libertador y limita al norte con las parroquias El Recreo y San Agustín; al sur con la parroquia El Valle y el estado Miranda; al este limita con el municipio Baruta y al oeste con la Parroquia Santa Rosalía. En sus linderos se ubica la Ciudad Universitaria¹⁴⁹ y una colección monumental ubicada en su entorno como: La Plaza la Tres Gracias y paseo Los Ilustres.

Ahora bien señala la denuncia interpuesta ante esta representación fiscal, que en la Parroquia San Pedro ha devenido la lamentable desaparición de gran parte de sus especies vegetales, ello así por los comercios instaurados en la zona y la proliferación de viviendas que han retirado los árboles que por años estuvieron en el lugar. Preocupados por esta tala indiscriminada un grupo de aproximadamente treinta vecinos de Los Chaguaramos, Las Acacias, Santa Mónica y la avenida Victoria decidieron revertir la muerte de árboles y arbustos, realizando una serie de denuncias y buscando acciones de calle hasta lograr replantar con sus propias manos los árboles talados, sin embargo estos ciudadanos venezolanos han observado con asombro que solo en un mes han talado más de 20 árboles de la zona.

En este orden de ideas se tiene lo siguiente:

1. Acta de Entrevista de fecha 20 de abril del año 2009, de la ciudadana Yrama Jose De Las Mercedes Capote Diaz De Bravo, venezolana, de 58 años de edad, titular de la cédula de identidad N° V-2.519.583, ante la Fiscalía Sexta de Defensa Ambiental a Nivel Nacional del Ministerio Público, donde se desprende lo siguiente:

...El caso esta relacionado con la tala indiscriminada que se realiza desde hace varios años en la parroquia san pedro, se inicia las primeras denuncias por escrito a la jefatura civil de la parroquia san pedro y la junta parroquial el día doce (12) de mayo de 2008, las mismas reposan en el expediente N°NN-F6AMB-0022-09, de este Despacho Fiscal, el ciudadano Santos Rojas inspector de la junta Parroquial y mi persona, iniciamos las inspecciones de los árboles agredidos de manera progresiva por parte de comerciantes y vecinos del sector, en fecha dieciséis (16) de julio de 2008 observamos un inmenso árbol agredido progresivamente frente a la licorería Parven en la Av. El Estadio de Los Chaguaramos, percatándome que un empleado de este establecimiento (licorería), colocaba una mezcla de cemento

¹⁴⁹ Declarada por la UNESCO como patrimonio de la humanidad.

en el pie del árbol, el mismo muere dos meses después a causa de envenenamiento por esta agresión. Realicé otra denuncia ante la Jefatura Civil de la Parroquia San Pedro relacionada con dos palmeras agredidas y golpeadas con la intención expresa de talarlas, en este caso acudieron al lugar un empleado de la jefatura civil y un ingeniero de la Alcaldía de Caracas y el inspector Santos Rojas por la Junta Parroquial San Pedro, los mismos conversaron con el dueño del local, quien realizaba obras de remodelación, y las matas (palmeras) se salvaron, hoy ante esta fiscalía consigno tres (03) fotos que evidencian el hecho descrito; Yo como integrante del Grupo Ecológico San Pedro...el mismo surgió por estas problemáticas de las talas indiscriminadas en toda la Parroquia San Pedro, las mismas han sido denunciadas a través de la prensa escrita El Universal el 18 de agosto de dos mil ocho (18-08-2008) y el veinticinco de marzo de dos mil nueve 25-03-2009 en el mismo periódico, los cuales reposan en el expediente antes mencionado; Se realiza otra denuncia ante la junta Parroquial de San Pedro de la tala de un árbol por parte de un supuesto bombero al cual le hice varias tomas de fotografías al lado de la especie vegetal que taló, las cuales reposan en el expediente mencionado, así como (03) denuncias mas reportadas por el Grupo Ecológico San Pedro el diez de febrero de dos mil nueve (10-02-2009). También en el mes de marzo se sorprenden cinco (05) taladores en la avenida las ciencias de los chaguaramos los mismos fueron llevados por la Policía Metropolitana de la Parroquia San Pedro para ser reseñados, igualmente la junta parroquial realizo la inspección del hecho. El día domingo 29 de marzo de 2009 se sorprendieron a tres (03) funcionarios pertenecientes a los Bomberos Metropolitanos desmembrando dos árboles, el hecho ocurrió en la avenida el estadio con avenida Alma Mater de los Chaguaramos frente a un local que realizaba obras de construcción, al lugar acudieron la Policía Metropolitana y la Junta Parroquial, la reseña y citación de los involucrados en el hecho fue procesada por la Policía Metropolitana. ¿Diga Usted si tiene algo más que agregar a la presente declaración? Respuesta : De toda esta situación de ecocidio en la Parroquia San Pedro están concretamente informadas diversas instituciones, entre ellas: Ministerio del Ambiente, Alcaldía de Caracas, Junta Parroquial San Pedro Misión árbol, Bomberos Metropolitanos de la Alcaldía Mayor Policía Metropolitana de la Parroquia San Pedro, las asociaciones de vecinos y Concejos Comunales de la Parroquia San Pedro; Constancia de ello está expuesto en el acta de reunión realizada con estos entes en la Junta Parroquial San Pedro el día cuatro de marzo de dos mil nueve (04-03-2009). ...

2- Acta de Entrevista de fecha 23 de abril de 2009, del ciudadano: Rojas Betancourt Santos Marcelino, venezolano, de 40 años de edad, titular de la cédula de identidad N° V- 10.863.474, de profesión u oficio funcionario publico con el cargo de Inspector de Servicios Públicos adscrito a la Junta Parroquial San Pedro residenciado en urbanización Las Acacias Av. Presidente Medina edificio Horatiu, piso 09, Apto. Penthouse San Pedro Tef. 0426-900-28-00, donde se dejó constancia de:

"En fecha 29 de marzo del presente año recibí llamada telefónica a las tres (03:00 pm) horas de la tarde de parte de la señora Yrama Capote integrante del Grupo Ecológico de la parroquia San Pedro quien me informó que estaban presuntamente talando un árbol, en el hecho se encontraban funcionarios del Cuerpo de Bomberos Metropolitanos de Caracas y que ellos no le permitieron ver el respectivo permiso; posteriormente me apersoné al lugar exactamente en la Av. El Estadio con calle Aranda de la Urbanización Santa Mónica, donde pude constatar que efectivamente se encontraban la unidad Numero 07-70 vehiculo camión de rescate del Cuerpo de Bomberos Metropolitano de Caracas, al abordarlos me entreviste con el Sargento Carlos Liendo, Credencial 31 09 encargado de la Unidad quien me informo que ellos

atendieron la preocupación del señor Orlando Rondón, titular de la Cédula CI. 4.431.152 quien es dueño de Gimnasio el cual esta ubicado al lado de los árboles que estaban presuntamente talando dicha aseveración del sargento fue debido a que el año pasado se cayeron varias ramas y por poco le caen encima a varios transeúntes esto fue lo que me dijo el bombero, seguidamente de eso proseguí a inspeccionar lo cual pude observar que habían cortado varias ramas de los árboles y estas ramas se encontraban arrumadas dentro del área del local del gimnasio luego me entreviste con el dueño del local, vista la preocupación de lo sucedido me informó que en fecha 25-09-2008, el, emitió una carta al Cuerpo de Bomberos Metropolitanos de Caracas planteándole dicha situación, el cual fue recibida con el numero 1208-08, procedí a solicitarle que presentara ante la Junta Parroquial copia de dicho documento, de igual manera le solicite que fuera el día lunes 30 de marzo ya que no tenia para el momento ningún tipo de perisología para podar o talar los árboles, el día siguiente el ciudadano antes mencionado no se presentó a consignar ningún tipo de documento ante la junta parroquial al entregar el respectivo informe consignado por mi persona le solicite al presidente de la junta parroquial Wilfredo Rojas la solicitud de apertura de la averiguación administrativa ante la Dirección de Control Urbano...; En fecha 10 de marzo de 2009 recibí llamada telefónica a mi numero celular antes mencionado de parte de la señora Yrama Capote la cual es integrante del Grupo Ecológico De La Parroquia San Pedro siendo la 4:00 pm horas de la tarde informándome que en la Av. las ciencias con calle Codazzi de urbanización los Chaguaramos estaban presuntamente talando un árbol, lo cual procedí a apersonarme y me pude percatar que un grupo de cuatro personas estaban cortando varias ramas de un árbol, con los instrumentos machetes y sierras, le solicite información al ciudadano quien dice llamarse Luis Hernández titular de la cedula de Identidad Número V-. 11 .028. 855, quien dice que el era el responsable de podar el árbol ubicado al frente de la peluquería Tck Hairtyle, el mismo me informo que ellos habían sido contratados por el señor Wladimir Useche titular de la cedula de identidad C.I. 3.308.031, quien es dueño de la peluquería antes mencionada al cual procedí a entrevistarme quien me aseveró que el no tenían ningún tipo de perisología para podar el árbol estando de testigo de lo que me informo la señora Marianela Carrillo CI. V- 5.019. 786, la cual es integrante del grupo Ecológico de la parroquia San Pedro seguidamente procedí a levantar un informe donde le solicite al presidente de la Junta Parroquial Wilfredo Rojas, que librara oficio para la Dirección de Control Urbano para que se apertura la averiguación administrativa; ahora bien voy a proceder a consignar siete (07) copias de las inspecciones realizada por mi persona, de las cuales dos son de los casos ya mencionados en la presente declaración de fecha 10 de marzo 2009 recibida en fecha 24 de marzo de 2009 con el numero de entrada 042 .y de fecha 29 de marzo de 2009 y recibida el 13 de abril de 2009 con el numero de entrada 048 las cuales se especifican por si mimas..."

3.- Acta de Entrevista de fecha 23 de abril de 2009, de la ciudadana: Virginia Segunda Wloka González, titular de la cédula de identidad N° V-5.311.050, venezolana, mayor de edad, de estado civil casada, de profesión u oficio ama de casa, telf: 0212-690.18.49 y 0416.310.99.80, 0212.925.79.61, domiciliada en la Urb. Santa Mónica, calle Ramón Ignacio Méndez, Edf. La Coromoto, piso 02, Apto. 08, donde se desprende lo siguiente:

"Yo pertenezco a la Asociación de Vecinos de Santa Mónica, yo he presenciado de muchos hechos pero de dos tengo evidencias. Uno fue al lado de mi Residencia y otro en los Chaguaramos, tengo fotografías que pueden dar fe de de estos dos

hechos. Lo que me llama mas la atención que en mi caso se encuentra en la adyacencias de la residencia donde yo vivo un árbol (jabillo) que se encuentra inclinado y amenaza por caerse sobre el Edf, a pesar que nosotros nos hemos dirigidos desde hace tiempo a los diferentes Órganos encargados de esta problemática tales como la Alcaldía de Caracas y a la Junta Parroquial y no nos habían dado ninguna respuesta sobre esto; pero si veo con mucha preocupación que sin ninguna permisología, ni presencia de algún Órgano del estado realicen tala indiscriminada en casi su totalidad en los sectores Chaguaramos y Santa Mónica, es por ello que decidimos ponernos de acuerdo, para tomar una medida preventiva, ya que es muy lamentable lo que esta sucediendo. Yo he realizado denuncia en varias ocasiones por la Pág. Weg del Ministerio de Ambiente y no tuve ninguna respuesta, también dirigí una carta a una Ing. Que labora en la Universidad Central de Venezuela, a los fines de que por la asignación de Trabajos Comunitarios para los estudiantes próximos a graduarse, en sus carrera, tuvieran en consideración la presente problemática, a los fines de realizar un inventario de todos los árboles que se encuentran en estos sectores a los fines de consignarlo a la Alcaldía de Caracas, pero aún así tampoco tuve ninguna respuesta positiva; ya que los mismo tiene cubierto las asignaciones de otros proyectos hasta mas de dos años. También sostuve conversación con un Ing. De Control Urbano, quien se ofreció a colaborar con nuestra comunidad los fines de semana una vez organizados para realizar un censo. Yo he estado de testigo en las talas indiscriminada, son personas que viven y trabajan como Comerciales, tienen locales, Clínicas, Restaurantes, Bancos etc. Tumban casa y levantas edificio o mini Centro Comerciales en las adyacencias los sectores antes mencionados; estos mismo ciudadanos manda a realizar estas talas, contratando personas para esta actividad, específicamente hay unos ciudadanos que realizan la actividad de lavar vehículos en la calle, ellos mismo fueron contratados para talar unos de los árboles. Es lamentable ver como se encuentran embases de aceites quemados para carro que se los echan en las raíces de estos árboles, con la finalidad de irle quitando la vida poco a poco. Yo voy a consignar en otro momentos recaudos relacionados con toda esta problemática, así como copia de los documentos que mencione anteriormente, solicito a esta Representación Fiscal que se aboque y detenga este acto indiscriminado que se esta realizando ya que nos están quitando nuestra habita Ambiental”.

4.- Acta de Entrevista de fecha 23 de abril de 2009, del ciudadano Jesus Rafael Delgado Villasmil, titular de la cédula de identidad N° V- C.I. 6.524.983, quien es de profesión geógrafo, Magíster en Planificación Urbana, doctor en Arquitectura, especialista en Planificación Territorial de Zonas de Desastres, profesor de la Universidad Central de Venezuela, quien puede ser ubicado en la Avenida Nicanor Bole Peraza, edificio El Dominador, Piso 07, Santa Mónica, Municipio Libertador, teléfono número: 0212-6616908 y 0416-4142694, de donde se desprende lo siguiente:

“En el día de hoy, jueves 16 de mayo del año dos mil nueve, siendo las Diez y veinticinco de la mañana (10:25am), comparece ante esta Fiscalía Sexta de Defensa Ambiental a Nivel Nacional, previa citación el ciudadano: Jesus Rafael Delgado Villasmil, titular de la cédula de identidad N° V- C.I. 6.524.983, quien es de profesión geógrafo, Magíster en Planificación Urbana, Doctor en Arquitectura, especialista en Planificación Territorial de Zonas de Desastres, profesor de la Universidad Central de Venezuela, quien puede ser ubicado en la Avenida Nicanor Bole Peraza, edificio El Dominador, Piso 07, Santa Mónica, Municipio Libertador, teléfono número: 0212-6616908 y 0416-4142694, con el objeto de rendir declaración en calidad de Testigo de conformidad con lo previsto en el artículo 309 del Código Orgánico Procesal Penal, con relación a la investigación que adelanta esta Fiscalía por el presunto delito de ilícito ambiental, en la causa NN-F6AMB-0022-09, en este sentido expuso lo siguiente: “Yo ha vivido, en la Parroquia San Pedro toda mi vida, es decir, 47 años; la Parroquia San pedro fue la zona de Caracas mejor urbanizada, fue planificada totalmente en lo que eran los terrenos

de la Hacienda Valle Abajo, que pertenecían a la Familia de nuestro Libertador, específicamente la familia materna, de apellido Palacio. Santa Mónica, y en general las urbanizaciones que componen la Parroquia San Pedro, conforman un sistema planificado en el que se incluyen aceras con espacio para los árboles, desde esa época, en los años 40 y 50, se sembraron los primeros árboles, quedan algunos con vida, como por ejemplo en la zona Valle Abajo y todavía en la zona de Santa Mónica. Luego en el 1967 hubo una Campaña de Forestación que se llamó "Reforestación Cuatricentenaria", con motivo de los 400 años de la fundación de Caracas, allí se realizó una siembra planificada por el actual Instituto Nacional de Parques, en esa época no existía el Ministerio del Ambiente por eso INPARQUES estaba adscrito al Ministerio de Agricultura; esos árboles tienen ya 42 años y son esas caobas que pueden observar en las calles de Santa Mónica, hay otras especies que se sembraron cuando se construyeron los Paseos "Los ilustres" y "Los Próceres", allí predominó la siembra de Acacias y Samanes, esos árboles datan de los años 50 desde la época de Pérez Jiménez. Cuando se construyó el metro de Caracas en el tramo comprendido entre la estación Ciudad Universitaria y la Estación los Símbolos se transplantaron los árboles y se sembraron nuevos que datan de finales de los años ochenta y principio de los noventa. Los árboles tienen un valor importante tanto económico, ecológico y cultural, normalmente en las ciudades de los países avanzados, el paisajismo urbano se adapta a los árboles preexistentes y los que se siembran posteriormente se realiza de forma planificada para ser adaptado a la ciudad. Santa Mónica y los Chaguaramos actualmente están sufriendo un proceso de cambio de uso, a pesar de las Ordenanzas Municipales vigentes, donde se señala uso residencial en la parte alta (R-3), pero en la parte baja si hay uso compartido entre el residencial y el comercial, sin embargo, actualmente se ha incrementado en gran medida el comercio, tales como talleres mecánicos y pequeñas industrias. Los árboles para poder llegar a ser adultos requieren de mucha protección, de allí el gran valor que tiene un árbol adulto, un arbusto es frágil por carecer del espesor suficiente y porque además cualquier elemento tóxico lo envenena más rápido; en las ciudades los arbustos pueden ser colisionados por vehículos, pueden ser afectados por sustancias domésticas, por la basura. Hay que insistir en la defensa de los árboles grandes, pero también debe existir una medida de mantenimiento para poda, lo cual debe ser planificado según la especie arbórea. También una política de prevención con los árboles inclinados, para ello se construyen sistemas de soporte como lo son palancas de concreto, madera o metal, tensores, acondicionamiento de las aceras, entre otros, reubicación de tuberías y servicios, incluso hay experiencias de diseños para que el árbol se mantenga en pie. De igual forma, existe la posibilidad de trasplantar árboles de un lugar a otro. En Santa Mónica se ubican un grupo de ciudadanos, uno es un señor de bigotes de cuarenta a cincuenta años y otros dos más jóvenes, que se dedican a podar las plantas como un modo de vida. Es importante la vigilancia y el 171 no atiende a los llamados de delitos ambientales. Los árboles son los productores de oxígeno natural y son los filtros que dispone la ciudad para procesar el dióxido de carbono que emiten los vehículos, así como otras fuentes de contaminación, impiden que el agua caiga directamente en el suelo, en consecuencia, mitigan tanto la erosión como las inundaciones ya que reducen la cantidad de agua que llega a los ríos. Una de las principales medidas para evitar estos problemas en con la reforestación de las ciudades, en efecto, los árboles absorben cerca de un 20% del agua de las lluvias y luego absorben del suelo otro tanto más. Por otra parte, toda la avifauna caraqueña, que es muy variada y por demás una de las más importantes de las ciudades latinoamericanas, que está sustentada en los árboles maduros, no en los arbustos recién sembrados, ni en las palmas por ejemplo chaguaramos, la cual no da ni sombra ni frutos apetecibles para la gran mayoría de las aves. En cuanto a la temperatura la sombra de los árboles maduros reduce hasta cuatro grados centígrados la temperatura ambiental y la velocidad del viento, siendo a su vez un filtro de cenizas y polvo que son muchas veces alergénicas y dañinas para las personas que sufren de asma y otras enfermedades respiratorias".

5. Con noticia publicada en el diario de circulación nacional "El Universal", de fecha 18 de agosto del año 2008, titulado "Comunidad de San Pedro anhela recuperar sus árboles", de donde se desprende lo siguiente:

"La proliferación de negocios en zonas que eran exclusivamente residenciales en la parroquia San Pedro ha devenido en la lamentable desaparición de gran parte de sus especies vegetales...los comercios instaurados en la zona han retirado los árboles que por años estuvieron en el lugar....Preocupados por la tala indiscriminada un grupo de aproximadamente treinta vecinos de Los Chaguaramos, Las Acacias, Santa Mónica y la avenida Victoria decidieron revertir la muerte de árboles y arbustos. Con asombro afirman que solo en un mes han contado 20 talas".

De todos los elementos esbozados (numerados del uno al cinco) se observa el incremento de la tala de árboles en la parroquia San Pedro, donde la comunidad organizada no ha tenido la posibilidad de observar los permisos respectivos para la poda y tala de los mismos. de igual forma se desprende la profunda preocupación de la comunidad por recuperar sus árboles y conseguir que esta parroquia comience a vivir en plena armonía con la naturaleza de la zona.

5. Con Comunicación No 275 de fecha 19 de enero del año 2010, emanada del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, Oficina Administrativa de Permisos, para el ambiente de donde se desprende lo siguiente:

Me dirijo a usted, en la oportunidad de hacer referencia a la comunicación....mediante la cual solicita información sobre si se ha otorgado algún permiso para la tala y poda de árboles en la parroquia San Pedro, Municipio Libertador en los meses de enero a mayo del año 2009.

Sobre el particular, se informa que una vez realizada la revisión correspondiente, se determinó que no reposa en este despacho, solicitud ni autorización relacionada con la actividad de afectación de árboles en la parroquia antes mencionada.

de este elemento de convicción, para la presente solicitud de medidas precautelares, se desprende que el Ministerio Del Poder Popular para el Ambiente, Oficina Administrativa de Permisos, no ha otorgado autorización alguna para la tala o poda de árboles en la parroquia San Pedro, municipio Libertador, ello con base a una revisión de los archivos de esta dependencia que va desde enero a mayo del año 2010.

Por todo lo que se evidencia que existe una presunción grave del derecho que se reclama, toda vez que las denuncias formuladas por la comunidad de San Pedro tienen fundamento al observar la falta de permisos para tales afectaciones ambientales.

CAPÍTULO III DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO PARA DECRETAR LAS MEDIDAS JUDICIALES PRECAUTELATIVAS

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ha otorgado al ambiente un capítulo especial, pero como característica fundamental como fin del estado venezolano, se le ha otorgado tratamiento de elemento esencial:

"Artículo 127.- Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente sano y

ecológicamente equilibrado. **El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica.** El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia.

Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley". (Resaltado nuestro)

Igualmente, nuestra norma suprema, en su artículo 26, consagra uno de los derechos fundamentales de la persona, natural o jurídica, relativo al acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva de las reclamaciones que planteen a los órganos del Poder Judicial.

"Artículo 26: Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles".

Se consagran así, las garantías propias a la tutela judicial efectiva, según las cuales pueden acceder los particulares para el planteamiento de sus pretensiones, a que los Tribunales tramiten sus planteamientos conforme a los postulados del estado de derecho, a que reciban verdadera justicia y a que se restablezcan, siempre que sea pertinente las situaciones jurídico subjetivas que hayan sido lesionadas. Es en resumen, el derecho al proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257 de la Constitución).

Tal como lo señala la máxima instancia judicial, en sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 13 de agosto de 2002, con ponencia del magistrado Delgado Ocando, que dejó sentado lo siguiente:

"...las partes tienen derecho, una vez dictada la sentencia que les resuelva la controversia, a solicitar su ejecución, de manera que el mandato concreto contenido en el fallo se materialice o sea llevado a efecto; ello forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, contemplado en la Constitución...en su artículo 26..."

Esto se deriva, de que la tutela judicial efectiva como derecho constitucional, da el derecho a todo ciudadano a acceder a los órganos de Administración de Justicia, proponer sus pretensiones e intereses, obtener con prontitud una decisión justa, y demandar la ejecución inmediata y efectiva de la decisión que ratifica como fundada la pretensión judicial propuesta, lo que significa que el desacato o desobediencia de la autoridad de cualquier mandato judicial deviene de una conducta desatenta y desafiante ante el Sistema de Administración de Justicia.

La tutela judicial, como principio constitucional alcanza su realización en las leyes que regulan las instituciones procesales que se esperan tenga plena efectividad en la práctica cuando son correctamente aplicadas por los órganos jurisdiccionales.

Por tanto, es indispensable, de conformidad con las características del bien jurídico tutelado, el ambiente, invocar de manera expresa en el presente caso, el trámite sumario y urgente, debido a que se están suscitando talas indiscriminadas tanto diurnas como nocturnas, por parte de personas que no acreditan permisología alguna para ello. De igual forma se ha producido la muerte anticipada de árboles que se encuentran precisamente enfrente de negocios o fachadas de edificios y casas, a lo cual la comunidad de la Parroquia San Pedro del municipio Libertador del Área Metropolitana de Caracas, a reaccionado, organizándose, denunciando y estableciendo sistemas de control propios requiriendo la tutela del estado para poder preservar el derecho colectivo a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Por lo que se hace necesaria la tutela cautelar anticipada por parte del órgano jurisdiccional, con base a los postulados propios de la materia denominados por ley como "Principios para la gestión del ambiente establecidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Ambiente (LOA), donde se señalan, entre otros, los siguientes principios que por demás son de orden público¹⁵⁰:

Principio de "corresponsabilidad" (artículo 4.1 LOA): es "Deber del Estado; la sociedad y las personas de conservar un ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado",

Principio de "precaución" (artículo 4.3 LOA): "La falta de certeza científica no podrá alegarse como razón suficiente para no adoptar medidas preventivas y eficaces en las actividades que pudiesen impactar negativamente el Ambiente"

Principio de "tutela efectiva" artículo 4.5 LOA): Toda persona tiene derecho a exigir acciones rápidas y efectivas ante la administración y los tribunales de justicia, en defensa de los derechos ambientales.

En este sentido, el juez penal posee amplias facultades para proveer de la tutela requerida, con base al marco constitucional antes citado y el artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente, el cual establece la potestad del órgano jurisdiccional para adoptar en cualquier estado o grado del proceso, las medidas precautelativas necesarias para eliminar un peligro, interrumpir la producción de daños al ambiente o a las personas o evitar consecuencias degradantes del hecho que se investiga, potestad que mantiene conexión directa e indisoluble con la naturaleza jurídica del bien tutelado, así como del objeto del *corpus iuris* que gravita en toda la Ley Penal del Ambiente, artículo 1 en concordancia con el artículo 127 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por otra parte, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, ha presentado el criterio de que el Juez como operario de justicia debe proceder de forma inmediata a decretar medidas protectoras del ambiente sin constatar la existencia de partes o sujetos activos causantes de la afectación o la producción de daños; por tanto, establece como una obligación directa del Juez el decretar las medidas protectoras ambientales; en este sentido podemos precisar lo siguiente, en el contenido de la sentencia N° 00-1395 del 21 de noviembre de 2000:

"(...)...esta Sala en sentencia N° 00-1395 del 21 de noviembre de 2000, Caso: William Dávila, estableció la obligación del juez de protección del derecho al ambiente, cuando con claridad señala:

'La protección del medio ambiente, es un bien que puede ser ignorado por unos, o discutido por los que se aprovechan de él, pero el Juez que conozca de las acciones protectoras, no necesitará para juzgar los daños al ambiente, determinar si existe o no oposición por parte de los miembros del conglomerado social, para proceder a sentenciar en contra de los transgresores, bastándole constatar el daño que se causa a la colectividad, así ésta no lo acepte'.

Y es que no podía ser de otra manera, pues en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se consagra de una manera novedosa y de avanzada la obligación del Estado de proteger el medio ambiente (artículos 127, 128 y 129), como parte integrante de los llamados derechos de la tercera generación, pues su protección no sólo propende a favorecer a un grupo determinado en un momento determinado, sino al colectivo y para generaciones presentes y futuras, de allí la enorme responsabilidad de los operadores de justicia, llamados a ponderar los derechos individuales frente al colectivo, máxime en el caso de autos, por tratarse de una zona protegida por el propio Estado Venezolano;..."

- 1.1 Todo lo cual se evidencia de las actuaciones presentadas por el Ministerio Público, específicamente en el Capítulo II, del presente escrito de solicitud de medida precautelativa, denominado de los fundamentos de hecho para la procedencia de las medidas judiciales

¹⁵⁰ **Artículo 5 Ley Orgánica del Ambiente**
Se declara de utilidad pública y de interés general la gestión del ambiente.

precautelativas, que indican una situación de violación de derechos constitucionales colectivos y difusos y la procedencia del decreto de las medidas judiciales precautelativas de conformidad con el artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente.

Es preciso hacer mención, que la afectación ambiental existente en la parroquia San Pedro del municipio Libertador del Área Metropolitana de Caracas se encuentra tipificada como delito en la ley especial que rige la materia como lo es, "Ley de Bosques y Gestión Forestal" (Gaceta Oficial N° 38.946 del 5 de junio de 2008), Decreto N° 6.070 14 de mayo de 2008, según se desprende de su Artículo 107.13, relativo a las "sanciones penales" donde se contempla una pena de prisión de tres a cinco años:

"para quien anille, lacere o envenene árboles o arbustos localizados en áreas rurales o urbanas"

De igual forma la mencionada ley señala como pena pecuniarias las siguientes multas:

Multas de 500 a 2.500 U.T. (artículo 109 eiusdem). Serán sancionados con multas de quinientas (500) a dos mil quinientas (2.500) unidades tributarias:

- 1 Quienes sin contar con la respectiva autorización o permiso, poden, talen o derriben árboles en zonas urbanas, o intencionalmente los dañen o destruyan, en una cantidad que no exceda los veinte (20) individuos arbóreos.

Multas de 2.500 a 5.000 U.T. (artículo 110 eiusdem). Serán sancionados con multas de dos mil quinientas (2.500) a cinco mil (5.000) unidades tributarias:

1. Quienes sin contar con la respectiva autorización o permiso, poden, talen o derriben una cantidad superior a los veinte (20) árboles en zonas urbanas, o intencionalmente los dañen o destruyan. 2
4. Quienes no apliquen las medidas ambientales para la prevención, mitigación o corrección de daños sobre el patrimonio forestal, cuando estén obligados a ello por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, o por orden de la autoridad competente.
6. Quienes anillen, laceren o envenenen árboles o arbustos localizados en áreas rurales o urbanas.

Efecto además de constituirse los hechos en especie delictual, los árboles de la parroquia San Pedro del municipio Libertador del Área Metropolitana de Caracas, constituyen el patrimonio forestal de la mencionada parroquia¹⁵¹, lo cual a la luz de la Ley, para la protección efectiva del patrimonio forestal, los órganos y entes del Poder Público en su respectivo ámbito de competencia, velarán por la protección efectiva del patrimonio forestal del país en beneficio de las generaciones presentes y futuras (artículo 38 de Ley de Bosques y Gestión Forestal), y a tal efecto, impulsarán o dirigirán iniciativas orientadas a:

3. El monitoreo y evaluación periódicos de las condiciones y estado del patrimonio forestal, para la prevención y detección temprana de riesgos y amenazas;

151 *Ley de Bosques y Gestión Forestal*. Artículo 3 Patrimonio Forestal: el patrimonio forestal del país abarca la totalidad de los ecosistemas y recursos forestales comprendidos en el territorio nacional, incluidos los bosques nativos, plantaciones forestales, árboles fuera del bosque. Artículo 36 Árboles fuera del bosque Los árboles fuera del bosque comprenden los individuos arbóreos que se encuentran en forma aislada o agrupados sin llegar a pertenecer a la categoría de bosque, en áreas rurales o urbanas.

5. La restricción, condicionamiento o prohibición de actividades capaces de generar daños sobre el patrimonio forestal;

6. La prevención, mitigación y reparación de daños sobre el patrimonio forestal causados por factores naturales o antrópicos¹⁵²

Por lo que, indudablemente, en el presente caso existen suficientes elementos que evidencian no sólo la presunción del buen derecho que sustenta la presente solicitud de medida precauteladora, de acuerdo a los hechos narrados en el Capítulo II del presente escrito, sino también la urgencia de que sean adoptadas las medidas pertinentes so pena de que la situación planteada arrojaría como resultante hacer mayor la afectación y por ende un "daño absolutamente irreversible e irreparable" al ambiente, al ecosistema de la zona y a la comunidad de la parroquia San Pedro del Municipio Libertador del Área Metropolitana de Caracas, quienes gozan de la importancia y beneficios de los árboles en el ambiente urbano, tal y como se desprende del punto previo I, de la presente solicitud; y que al establecerse una situación de tal magnitud, cualquier fallo producido durante el juicio, simplemente quedaría fuera de toda posibilidad de restituir el bien jurídico fragmentado a su estado original.

CAPÍTULO IV DE LA PETICIÓN FISCAL

Por todos los fundamentos de hecho y de derecho empleados precedentemente, y a tenor de lo dispuesto en los artículos 26, 127, y 285.5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 24 ordinales 2 y 7 de la Ley Penal del Ambiente, en relación con lo previsto en el artículo 108 numeral 10 y 18 del Código Orgánico Procesal Penal, acudimos ante su Instancia Jurisdiccional con la finalidad de solicitar se decreten medidas judiciales precautelativas de carácter ambiental urgentes, mediante las cuales se aseguren los árboles de la parroquia San Pedro del municipio Libertador del Área Metropolitana de Caracas por tratarse del patrimonio forestal de la mencionada parroquia y por medio del se garantiza el medio ambiente sano y el equilibrio ecológico, en consecuencia se solicita:

PRIMERO: La interrupción o prohibición de la actividad de tala o poda de árboles en la Parroquia San Pedro del Municipio Libertador del Área Metropolitana de Caracas, sin los permisos otorgados por las autoridades competentes, *vebi gratia*:

Artículo 62 El uso del patrimonio forestal esta sujeto al control previo ambiental ejercido por el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia ambiental, a través del otorgamiento de los instrumentos previstos en el presente Decreto¹⁵³.

Artículo 19 Corresponde a los Municipios, en el ámbito de sus competencias:

1. Planificación y ejecución de programas y obras de protección y recuperación del patrimonio forestal municipal, incluido en seguimiento y control de las actividades de mantenimiento y poda de árboles fuera de bosques... Estas atribuciones serán ejercidas bajo los lineamientos de los órganos del ejecutivo nacional con responsabilidades en la gestión forestal.

SEGUNDO: Con base los postulados de participación popular dispuestos en el artículo 20 de la Ley de Bosques y Gestión Forestal, se solicita que toda tala o poda de árboles en la parroquia San Pedro, sea comunicada, por escrito y con un tiempo no menor de 48 horas, a la Junta Parroquial de San Pedro del municipio Libertador del Área Metropolitana de Caracas.

¹⁵² Antrópico vendría a significar: causado por el hombre. Hablamos de factores antrópicos cuando nos referimos a la actividad humana.

¹⁵³ Artículo 63 Ley de Bosques y Gestión Forestal. Instrumentos de Control Previo Ambiental.

Artículo 20: Participación Popular. Las comunidades locales, actuando bajo cualquiera de las formas organizativas reconocidas por el ordenamiento jurídico vigente, participan directamente de la gestión forestal en el ejercicio de las siguientes atribuciones:

5. El control social para garantizar la legalidad en las actuaciones de los órganos y entes de los poderes públicos en la gestión forestal y en la ejecución de actividades susceptibles de afectar el patrimonio forestal local, en los términos previstos en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y su Reglamento;

6. La guardería ambiental con fines, de prevención, detección temprana, y denuncia de ilícitos contra el patrimonio forestal;

TERCERO: Se ordene a la Guardia Nacional Destacamento Nro. 54, por ser este el organismo de control primario de la guardería ambiental, la instalación de un puesto de seguridad y control, que impida que las áreas objetos de la tutela precautelada, sean nuevamente taladas o podas sin los permisos de ley, o en su defecto, se realicen recorridos periódicos de vigilancia y control en la zona.

CUARTO: Notificar a la Misión Árbol del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, de la presente medida precautelada, para que realice la inmediata reforestación en la zona objeto de la presente solicitud, con árboles autóctonos del lugar.

QUINTO: Instar a la Alcaldía del municipio Libertador el cumplimiento de los postulados del artículo 19 de la Ley de Bosques y Gestión Forestal, a fin de realizar programas y obras de protección y recuperación del patrimonio forestal municipal, en sintonía con la Junta Parroquial San Pedro y el Grupo Ecológico San Pedro, de igual forma el fomento a la arboricultura urbana sustentable con especies forestales aptas para este fin que contribuyan a la protección del medio ambiente y el ornato de avenidas, calles, plazas, parques, jardines y demás espacios públicos de la zona.

SEXTO: Implantar programas de educación ambiental, coordinados por la Dirección Estatal Ambiental del Distrito Capital y estado Vargas dirigidos a la comunidad y las unidades educativas de la parroquia San Pedro del municipio Libertador del Área Metropolitana de Caracas, sobre la importancia de mantener y proteger los recursos naturales y en especial los Árboles de la Parroquia San Pedro.

SÉPTIMO: Se establezca a los establecimientos comerciales, viviendas e inmuebles de cualquier uso, ubicados en la parroquia San Pedro del municipio Libertador del Área Metropolitana de Caracas, la obligación de respetar las ventanas existentes en las aceras a fin de realizar los planes de resiembra de árboles, a los que se refiere los particulares cuarto y quinto, del Capítulo IV, de la presente solicitud de medidas precauteladas.

OCTAVO: En caso de incumplimiento de las medidas precauteladas ambientales, dictadas por ese Tribunal se de cumplimiento con lo establecido en el artículo 483 del Código Penal, referido a la desobediencia a la autoridad, en concordancia con el artículo 5 del Código Orgánico Procesal Penal, referido a la autoridad del juez, en cuanto a la ejecución de la sentencia.

NOVENO: Cualesquiera otras medidas tendientes a evitar la continuación de los actos perjudiciales al ambiente.

A los efectos de ulteriores notificaciones se fija como domicilio procesal la sede de la Fiscalía 6^o de Defensa Ambiental a Nivel Nacional, ubicada en la Av. Urdaneta, esquina Ánimas, sede del Ministerio Público, piso 5, Caracas, Distrito Capital, Telf: 0212-408.65.10 y 408.65.53 (telefax).

Es justicia que esperamos con carácter cautelar, en la ciudad de Caracas, a los 01 días del mes de febrero del año 2010.”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 22/03/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Defensa Integral del Ambiente y Delito Ambiental

3.- MATERIA: Penal Adjetiva

4.- TEMA: La protección del ambiente. Medidas judiciales precautelativas

5.- EXTRACTO

En fecha 08 de marzo del año 2010, la Fiscalía Segunda del Ministerio Público de Defensa Ambiental a Nivel Nacional, a cargo del abogado Aldo Rojas, solicitó medidas judiciales precautelativas de carácter ambiental dirigidas a evitar los daños que se producirían de continuar la ocurrencia de incendios forestales en el Parque Nacional Henri Pittier; vale destacar que de continuar estos eventos, se produciría una degradación de los bosques nativos presentes en el mencionado parque, cuya vegetación tardaría años en regenerarse de resultar destruida por la ocurrencia de incendios.

En fecha 24 de marzo de 2010 el Juzgado Sexto de Control del Circuito Judicial Penal del estado Aragua acordó las referidas medidas consistentes en: Prohibición a los usuarios del parque del ingreso con utensilios o elementos acelerantes de incendio como por ejemplo, yesqueros, fósforos, mechas, etc, control permanente en las caminerías del parque por parte de los funcionarios competentes, control y vigilancia de los parajes turísticos, ejecución de programas de saneamiento y recuperación de áreas verdes afectadas, particularmente reforestación de las cuencas y microcuencas, mantenimiento de los corta fuegos y publicación de las medidas.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº Escrito S/N.

6.2.- FECHA: 08/03/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“(Omissis)”

Quienes suscriben, Aldo Rojas y Ana Rosa Chirico Pérez, actuando respectivamente con el carácter de Fiscal principal y Fiscal auxiliar de la Fiscalía Segunda del Ministerio Público con Competencia en Defensa Ambiental a Nivel Nacional, muy respetuosamente ocurrimos ante su competente autoridad, de acuerdo a las atribuciones conferidas en el artículo 285 numeral 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 108 numeral 11 del Código Orgánico Procesal Penal, artículo 31 numeral 13, y 47 numeral 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, así como en el artículo 24 numerales 2, 4 y 7, de la Ley Penal del Ambiente, con la finalidad de presentar escrito de solicitud de medidas judiciales precautelativas, en la investigación iniciada por esta Representación Fiscal identificada bajo el número NN-F02-0019-2010 (según nomenclatura de esta Fiscalía), con ocasión a los incendios forestales ocurridos en el Parque Nacional Henri Pittier, en jurisdicción del estado Aragua, con base a los argumentos que se expresan a continuación:

CAPÍTULO I
DE LOS HECHOS QUE FUNDAMENTAN LA PRESENTE SOLICITUD DE MEDIDAS JUDICIALES
PRECAUTELATIVAS DE CARÁCTER AMBIENTAL

En fecha 23-02-2010 este Despacho Fiscal recibió Oficio Nro. DDIADA-03-608-2010-006965 de fecha 23-02-2010, suscrito por la Directora de Defensa Integral del Ambiente y Delito Ambiental del Ministerio Público, mediante el cual se ratifican las instrucciones verbales impartidas en fecha 22-01-2010, a través de las cuales se comisionó a esta Vindicta Pública para iniciar la investigación correspondiente en virtud de los incendios que se han venido suscitando en el Parque Nacional Henri Pittier, y estudiar la posibilidad de solicitar unas medidas judiciales precautelativas con carácter de urgencia.

Asimismo, en el referido Oficio se anexa nota de prensa publicada en el diario Últimas Noticias, página 24 de fecha 22-02-2010, en la cual consta una declaración ofrecida por el Coordinador del Programa Nacional de Control de Incendios del Instituto Nacional de Parques (Inparques), con relación a los incendios ocurridos en los últimos días en diversos parques nacionales, en donde expresa lo siguiente (según cita textual transcrita en el Oficio en comentario):

“(...) El Henri Pittier es el más dañado. Se cuentan (y eso puede variar pues el incendio sigue activo), dos mil hectáreas aproximadamente quemadas... estos eventos no son espontáneos y que, por el contrario, se dan con la participación de elementos como la combustión de la vegetación, la topografía, factores atmosféricos y acciones vinculantes a actividades humanas (...)” (Subrayado nuestro).

De igual manera, junto con el oficio en referencia, se consignan otras notas de prensa relacionadas con el presente caso, como la publicada en el diario Últimas Noticias de fecha 19-02-2010 titulada “Achicharradas mil hectáreas de bosque”, en donde se hace referencia a que en el Parque Nacional Henri Pittier se han desatado unos 50 incendios en los últimos cuatro meses, y que la mayoría de las quemaduras son provocadas según lo manifestado por las autoridades; en la referida nota de prensa se expresa lo siguiente:

“(...) El director de Protección Civil y Administración de Desastres en la entidad, – estado Aragua – Félix Pérez, indicó que desde el mes de noviembre de 2009 hasta febrero de este año se han presentado estos eventos que son producidos en su mayoría por personas inescrupulosas.

“(...)”

El organismo recomienda no hacer uso del fuego en zonas boscosas y áreas de los parques nacionales y zonas de vegetación para evitar que esta acción genere focos incendiarios (...); igualmente, de la declaración ofrecida por el referido funcionario, se evidencia el problema que puede representar “(...) la presencia de incendiarios que traten de generar incineraciones con quema de basura”, exhortando en este sentido a la comunidad a denunciar estos hechos.

Otra nota de prensa publicada en el diario Últimas Noticias en fecha 23-02-2010, hace referencia a las acciones que han sido tomadas por las autoridades competentes para minimizar los daños que han sido ocasionados por los incendios ocurridos en el Parque Nacional Henri Pittier, entre las cuales se destaca la denominada Operación Llovizna, la cual consiste en realizar descargas de agua por vía aérea “(...) mediante un sistema denominado Bambi Bucket, que es el llenado de una piscina de 37 mil litros de agua, desde donde un helicóptero recoge el agua y realiza las descargas en la parte montañosa”; asimismo, el Director de Protección Civil y Administración de Desastres del estado Aragua, Félix Pérez, ha señalado que la “mayoría de los incendios de vegetación son provocados por la mano del hombre, por lo que habrá sanciones rigurosas para aquellas personas que incurran en este tipo de delitos, sancionados en la Ley de Bosques y Gestión Forestal (...)” (Subrayado nuestro); en el mismo orden de ideas, la nota de prensa en comentario hace referencia a los planes de reforestación que deben realizarse de las áreas devastadas por los incendios ocurridos en el referido Parque Nacional, para lograr la recuperación de esas áreas, luego de que finalice el periodo de sequía.

En esa misma fecha (23-02-2010) el diario Últimas Noticias, en su página 25, publicó una nota de prensa titulada “Incendio consume 90 hectáreas del Parque Nacional Henri Pittier”, en el sector El

Limón, colindante con el municipio Mario Briceño Iragorry del estado Aragua, en donde el Director de Protección Civil y Administración de Desastres de ese estado, señaló que "Al parecer, el siniestro se debió a la acción de personas que se internaron en parte del reservorio natural durante los días del asueto de carnaval (...)" (Subrayado nuestro).

En este orden de ideas, este Despacho Fiscal procedió a dictar la respectiva orden de inicio de la investigación penal en fecha 24-02-2010, de conformidad con el artículo 300 del Código Orgánico Procesal Penal, con la finalidad de hacer constar las circunstancias de que trata el artículo 283 ejusdem, relacionadas con la comisión de los delitos previstos en los artículos 107 numerales 1 y 2 de la Ley de Bosques y Gestión Forestal sobre destrucción o degradación de bosques nativos, y 50 de la Ley Penal del Ambiente sobre incendio de vegetación natural.

Posteriormente, en fecha 01 de marzo de 2010, este Despacho Fiscal recibe Oficio Nro. DIR N° 039-10 del 26-02-2010, suscrito por el ciudadano Félix Alberto Pérez Gómez, en su carácter de Director Estatal de Protección Civil y Administración de Desastres del estado Aragua, mediante el cual se remite el informe de evaluación de daños elaborado el 25-02-2010, en el Parque Nacional Henri Pittier, entre el municipio Girardot y el municipio Mario Briceño Iragorry, ocasionados por el incendio forestal ocurrido entre el 19 y 22 de febrero del 2010, en donde se presume que la causa fue intencional, llegando a convertirse con las características del tipo C ó alarma roja; el contenido del informe antes señalado se transcribe a continuación con la finalidad de mostrar la magnitud de los daños causados a la cobertura boscosa presente en el Parque Nacional Henri Pittier del estado Aragua:

"Descripción del Evento: Se visualiza una columna de humo por encima de pozo del diablo en el flanco derecho, analizando el punto de donde salio este foco no corresponde al incendio que se extinguió el día martes de carnaval y que fue revisado al día siguiente, el avance del fuego se mantenía en un solo punto, sin embargo al día siguiente producto de las altas temperaturas el viento aumento su evolución, convirtiéndose en una potencia evento con características tipo A o alarma blanca.

Acciones realizadas: 20-02-2010

A primeras horas de la mañana se moviliza las primeras comisiones compuesta por seis (06) guarda parques al sitio del incendio, mientras se ubicaba mas recurso humano para reforzar el combate cuerpo a cuerpo; a las 08:00 am se inserta 13 hombres para reforzar las labores en la parte alta, para horas del mediodía aumenta las llamas y el fuego ya estaba ubicado en la intersección de la fila Guey y fila las Cocuizas para este momento el incendio pasa a tipo B o alarma amarilla. En vista de la escasez de personal el director de Inparques, solicita apoyo a la dirección de Inparques de Carabobo y Guárico y personal contratado del puesto de San Joaquín;

13:00 hrs. Llega 4 guarda parques de Carabobo y se inserta el personal a la zona por el paso de la mula, observándose el fuego con un comportamiento voraz ubicando su avance por encima de la fila de las cotizas sentido norte hacia la fila de Chimborazo y parte alta del paso de la mula.

15:20 hrs. Se hace presente personal contratado de Inparques Guárico y de San Joaquín al centro de operaciones ubicado en las Cocuizas.

17:15 hrs. Retornan 10 combatientes de la parte alta quedando en las labores 12 combatientes.

17:20 hrs. Suben 12 hombres pertenecientes a Inparques de Guárico y San Joaquín a reforzar las labores de combate, para este momento el incendio ya se ubicaba con características del tipo C o alarma Roja. Y de acuerdo al plan contra incendios forestales a nivel de la progresión de combate se encontraba en Fase 4, lo que significa que el numero de combatientes supera los 20 hombres y se requiere recurso aéreo con el fin de utilizar el uso masivo de agua e inserción de recuso humano a las zonas afectadas.

18:00 hrs. Se inserta un total de 5 miembros de la brigada de Palmarito más 2 de Inparques para la zona.

19:25 hrs. Se inserta 15 combatientes de Inparques a la zona.

20:30 hrs. El incendio sigue avanzando sobre la fila de Chimborazo y el flanco izquierdo queda hacia la carretera de Choroní.

Acciones realizadas: 21/02/2010

Continúa el avance del incendio de manera voraz sobre la zona originando la necesidad de mover vehículos preventivos de combate de incendio sobre la carretera para evitar que el fuego una vez llegara a la planicie de las Cocuizas y subiera a la carretera de Choróní. También estaba focalizado en la fila de Corozal, y parte alta de Chimborazo.

De igual forma en la parte alta continuaban las labores de combate con más de 47 combatientes.

09:00 hrs. El incendio prosigue su descenso hacia la planicie de las Cocuizas, donde se observa mucho material combustible y que difícilmente no se podría evitar que no pasara la quebrada de las Cocuizas.

11:20 hrs. El incendio sobrepasa la quebrada de las cocuizas e inicia su ascenso hacia la carretera de Choróní, tratándose de controlar por medio de la unidad de combate de Inparques y personal en tierra, pero se hizo insuficiente, ante lo cual se hizo presente comisiones de bomberos del estado y la unidad de combate de protección civil.

13:50 hrs. Se solicita coordinación de unidades cisternas para reabastecer las unidades que se encuentran trabajando en la vía.

15:00 hrs. Las fuertes ráfagas de viento hizo que se pasara el fuego hacia el cerro de planta vieja no pudiéndose controlar.

Se realiza coordinaciones desde el día anterior para solicitar el apoyo aéreo de la guardia nacional, con el fin de activar la operación llovizna e insertar personal por vía aérea a las zonas de trabajo.

17:00 hrs. Se aproxima un helicóptero perteneciente a la GNB siglas 97116.

Piloto: Teniente Coronel Oliveros

Copiloto: González A.

Maestro de Maquina: St1era J. Plaza

Se realizo un vuelo de reconocimiento en la zona afectada por el incendio, con los representantes del comando unificado contra los incendios forestales y personal técnico; al igual que escoger la zona de operaciones para la apertura de las operaciones de llovizna.

18:00 hrs. Se realiza una coordinación entre los organismos para finiquitar las necesidades para el día siguiente donde se operaría en las instalaciones del INIA ubicado en la avenida las delicias.

19:45 hrs. Se realiza la apertura del centro de operaciones con la colocación de la piscina de llenado del BAMBY, y simultáneamente se sigue atendiendo el incendio que continuaba sobre la carretera de Choróní.

Acciones realizadas: 22/02/2010

07:00 HLV. Instalación de las operaciones en las instalaciones del INIA.

09:30 HLV. Llegada del Helicóptero de la GNB.

09:50 HLV. Salida del helicóptero en compañía del director de Protección Civil Aragua y el Sub-Director de Operaciones de Protección Civil Aragua para la realización de la inspección en la zona afectada por el incendio.

10:00 HLV. Retorno del helicóptero al centro de operaciones después de la realización de la inspección, instalación del sistema Bambi-Buker.

10:20 HLV. Salida del helicóptero para la realización de la 1 primera descarga de agua en la zona de Chimborazo (No Efectiva).

10:30 HLV. Retorno y salida del helicóptero para reabastecimiento de agua para la 2 segunda descarga de agua en la zona de Chimborazo (No Efectiva).

10:58 HLV. Retorno y salida del helicóptero para reabastecimiento de agua para la 3 tercera descarga de agua en la zona de Chimborazo (Efectiva).

11:30 HLV. Retorno y salida del helicóptero se desconecta el sistema de Bambi-Buker para reabastecimiento de combustible de la aeronave en la Base Aérea Libertador.

12:40 HLV. Retorno del helicóptero al centro de operaciones después de reabastecimiento de combustible.

12:45 HLV. Salida del helicóptero con 7 efectivos a la zona de Chimborazo (4 bomberos de Aragua, 3 INPARQUES).

13:00 HLV. Retorno y salida del helicóptero para reabastecimiento con 9 nueve efectivos a la zona de Chimborazo (5 bomberos de Aragua, 4 Bomberos Forestales "Inparques").

13:20 HLV. Retorno y salida del helicóptero para reabastecimiento de agua para la 4 cuarta descarga de agua en la zona de Chimborazo (Efectiva).

13:35 HLV. Retorno y salida del helicóptero para reabastecimiento de agua para la 5 quinta descarga de agua en la zona de Chimborazo (Efectiva).

13:45 HLV. Retorno y salida del helicóptero se desconecta el sistema de Bambi-Buker para reabastecimiento de combustible de la aeronave en la Base Aérea Libertador.

14:20 HLV. Se recibe reporte de parte del director Municipal de Mario Briceño Iragorri el Sr. Eduardo Rodríguez incendio de vegetación en la carretera de Ocumare específicamente en el sector de Guamita para apoyar los trabajos de extinción del incendio en la zona.

14:20 HLV. Desde el centro de operación se despachan 8 funcionarios de los bomberos de Aragua hacia la zona de Guamita para apoyar los trabajos de extinción del incendio en la zona.

14:45 HLV. Retorno del helicóptero al centro de operaciones después de reabastecimiento de combustible.

14:50 HLV. Instalación del sistema de Bambi-Buker y salida del helicóptero para la sexta descarga de agua en la fila de Palmarito (no efectiva).

14:56 HLV. Retorno y salida del helicóptero para reabastecimiento de agua para la 7 séptima descarga de agua en la fila de Palmarito (no efectivo).

15:00 HLV. Retorno y salida del helicóptero para reabastecimiento de agua para la 8 octava descarga de agua en la fila de Palmarito (efectiva).

15:15 HLV. Retorno y salida del helicóptero para reabastecimiento de agua para la 9 novena descarga de agua en la fila de Palmarito (efectiva).

15:30 HLV. Retorno y salida del helicóptero para reabastecimiento de agua para la 10 décima descarga de agua en la fila de Palmarito (efectiva).

15:40 HLV. Retorno y salida del helicóptero para reabastecimiento de agua para la 11 undécima descarga de agua en la fila de Palmarito (efectiva).

15:41 HLV. Salida del IPV forestal con 5 funcionarios mas 2 Unidades Motos al sector de Corozal por incendio de vegetación cerca de las viviendas.

16:00 HLV. Retorno y salida del helicóptero se desconecta el sistema de Bambi-Buker para reabastecimiento de combustible de la aeronave en la Base Aérea Libertador.

16:30 HLV. Reporta el Jefe de Operaciones Sr. José Luis Meneses que no hay acceso a incendio de vegetación de corozal con los vehículos de combate.

17:20 HLV. Informa por vía telefónica el Director de Protección Civil Aragua el Sr. Félix Pérez que no se realizaran mas descargas por el día de hoy.

17:30 HLV. Se recibe información del personal que se encuentra laborando en Chimborazo que se encuentra sofocando uno de los focos.

17:31 HLV. Retorno de helicóptero al centro de operaciones después de reabastecimiento de combustible y rescata el sistema Bambi-Buker para dirigirse a la ciudad de Caracas.

18:20 HLV. Salen los funcionarios José Sarmiento, Jesús Lugo y Gustavo Ruiz en las unidades motos a realizar una inspección en la carretera de Choróní.

18:35 HLV. Se recibe información de control incendio de vegetación a la altura de agua mineral el castaño.

18:40 HLV. Se despacha al IPV Forestal al incendio de vegetación a la altura de agua mineral el castaño con 6 funcionarios (4 del 171 y 2 PCA).

19:00 HLV. Se recibe información del director Municipal de Mario Briceño Sr. Eduardo Rodríguez que existen en la zona de guamita 44 personas laborando entre funcionarios y voluntarios (Bomberos, PC Municipal e Inparques).

19:01 HLV. Reporta personal de Inparques 6 voluntarios de Palmarito saliendo a fila de Palmarito.

19:20 HLV. Se realizan coordinación para enviar a los bomberos universitarios en calidad de apoyo a la zona de guamita con 4 funcionarios.

20:30 HLV. Se despacha la unidad súper cisterna de los bomberos de Aragua para reabastecer al IPV forestal que se encuentra en la carretera de Choróní.

21:30 HLV. Se recibe información del municipio Mario Briceño que se procedió a cerrar la carretera temporalmente mientras se realizan labores de combate en la zona.

22:00 HLV. Retorno de las unidades IPV forestal y el súper cisterna al centro de operaciones, controlado incendio en la carretera de Choróní.

Acciones realizadas: 23-02-2010

07:00 HLV. Se inician nuevamente las operaciones del día, desde los espacios del Instituto Nacional de Investigaciones Agrarias en las Delicias, Maracay.

08:00 HLV. Se mantiene personal en las zonas de Chimborazo y Palmarito realizando labores de combate y extinción de incendios, en espera del recurso aéreo.

09:00 HLV. Se envía la unidad de combate de incendios forestales IPV, con 05 efectivos al mando del Jefe de Operaciones de Protección Civil Aragua Sr. José Luis Meneses, con destino a la zona de Palmarito para combatir incendios cercanos a las áreas residenciales.

11:00 HLV. Hace llegada al centro de operaciones, aeronave Bell 412 siglas GNB-97116 perteneciente al Componente Guardia Nacional Bolivariana, para realizar maniobras de combate de incendio. Piloto: Cnel. (GNB) Oliveros Villasmil y 03 efectivos como parte de la tripulación.

11:06 HLV. Decola la aeronave Bell 412, a bordo los ciudadanos Félix Pérez Director de Protección Civil Aragua y el Perito Alirio Quintero de Inparques, para realizar vuelo de reconocimiento en las zonas de las Mesas.

11:15 HLV. Reporta la estación municipal de Protección Civil Mario Briceño Iragorry, que en la Carretera de Ocumare Sector Guamita se encuentran laborando 28 combatientes.

11:30 HLV. Retorna la aeronave Bell 412 para realizar conexión del Sistema Bamby Buker para comenzar las descargas en las zonas incendiadas.

11:35 HLV. Decola la aeronave Bell 412 con la 1era descarga hídrica para la zona de las Mesas, a bordo de la aeronave se encuentra el ciudadano Sub-Director de Protección Aragua Eliu Rodríguez. (No Efectiva).

11:50 HLV. Se realiza la 2da descarga hídrica sobre la zona de Las Mesas. (efectiva).

12:00 HLV. Se realiza la 3ra descarga hídrica sobre la zona de Las Mesas. (efectiva).

12:10 HLV. Por la solicitud del ciudadano José Luis Meneses Jefe de Operaciones de Protección Civil Aragua, se envía dos (02) unidades cisternas a la zona de Palmarito en apoyo a la unidad IPV de Incendios Forestales.

12:12 HLV. Retorna la aeronave Bell 412 al centro de operaciones para desconexión del sistema Bamby-Buker y luego se trasladaba a la Base Área Libertador para reabastecer combustible.

13:45 HLV. Reporta el personal que se encuentra en la zona de Chimborazo, que requieren el apoyo para extracción del área ya que 03 de los combatientes se encuentran presentando problemas de salud por posible intoxicación.

13:55 HLV. Es realizada la extracción de personal de la zona de las mesas, y traídos al centro de operaciones sin novedad.

14:00 HLV. Es abordada la aeronave Bell 412 por el ciudadano Dr. Aldo Rojas Fiscal 2do Nacional de Ambiente. Decola la aeronave para realizar vuelo de reconocimiento en toda la zona afectada por el incendio.

14:21 HLV. Arriba al centro de operaciones la aeronave Escuriel Siglas GNB7368 a realizar reemplazo de tripulación del Bell 412.

15:00 HLV. Reporta la tripulación de la unidad de Incendios Forestales IPV que fue controlado por completo el incendio cercano al Club Los Hermanos en la zona de Palmarito. Proceden a trasladarse a la zona del callejón Planta Vieja del Castaño.

15:01 HLV. Informa el personal combatiente que se encuentra en la zona de Chimborazo, que están ya en el punto de extracción acordado, a la espera de la aeronave.

15:10 HLV. Decola la aeronave Bell 412 a fin de realizar maniobras de extracción en la zona de Chimborazo.

15:20 HLV. Retorna al centro de operaciones la aeronave Bell 412 con el personal procedente de la zona de Chimborazo.

15:25 HLV. Se realiza la 4ta descarga hídrica sobre la zona de Chimborazo. (no efectiva).

15:30 HLV. Se realiza la 5ta descarga hídrica sobre la zona de Chimborazo. (no efectiva).

15:40 HLV. Reporta la aeronave Bell 412 que procede a la Base Aérea Libertador para reabastecer combustible.

16:15 HLV. Arriba nuevamente la aeronave Bell 412 al centro de operaciones para continuar con las descargas hídricas en las zonas de incendios.

16:22 HLV. Se realiza la 6ta descarga hídrica sobre la zona de Las Mesas. (efectiva).

16:50 HLV. Reporta el Sub Director de Protección Civil a bordo de la aeronave Bell 412, que nuevamente realizan abastecimiento de agua desde la Universidad Central de Venezuela, efectuando seis (06) descargas efectivas en la zona de Chimborazo. Para un total de 10 descargas efectivas sobre la zona.

18:00 HLV. A esta hora se hace el cierre de las operaciones aéreas, y procede a retirarse la aeronave Bell 412 a la Base Aérea Libertador.

19:00 HLV. Se procede a dismantelar el Centro de Operaciones ubicado en las instalaciones del Instituto Nacional de Investigaciones Agrarias en las Delicias, Maracay. Y se procede a trasladar a los espacios del Coliseo El Limón en el Municipio Mario Briceño Iragorry.

20:00 HLV. Se instala el centro de operaciones en el estacionamiento del Coliseo El Limón a fin de iniciar actividades a partir del día miércoles 24FEB2010 a las 06:00 horas.

21:00 HLV. Se envía la unidad de Incendios Forestales a la carretera de Ocumare para combatir incendio cercano a la alcabala de la Guardia Nacional en El Limón.

Acciones realizadas: 24-02-2010

07:00 HLV. Apertura de operaciones desde el Coliseo del Limón municipio Mario Briceño Iragorry.

08:20 HLV. Hace llegada la aeronave Bell 412 del componente Guardia Nacional Bolivariana, al centro de operaciones.

08:40 HLV. Decola la aeronave Bell 412, a bordo el ciudadano director de Protección Civil Félix Pérez y Eliu Rodríguez Sub-Director, a fin de realizar vuelo de reconocimiento en el área afectada del Parque Henri Pittier.

09:00 HLV. Retorna la aeronave Bell 412 al centro de operaciones, luego de localizar los puntos estratégicos para la inserción de personal combatiente a la zona.

09:05 HLV. Decola la aeronave Bell 412, con 11 combatientes a bordo para ser insertados en la zona de Corral de Piedra.

09:14 HLV. Retorna la aeronave y decola nuevamente con 10 combatientes para ser insertados en la zona de Chimborazo parte baja.

09:21 HLV. Retorna la aeronave y decola nuevamente con 10 combatientes para ser insertados en la zona de las mesas.

09:29 HLV. Retorna la aeronave y decola nuevamente con los 14 combatientes para ser insertados en la zona de Chimborazo parte alta.

09:40 HLV. Se traslada la aeronave Bell 412 a la Base Libertador para reabastecer combustible.

10:20 HLV. Retorna la aeronave Bell 412 al centro de operaciones.

10:40 HLV. Se inicia labores aéreas de descargas sobre la zona incendiada del Parque Nacional Henry Pittier. Registro de Vuelos Efectivos.

ZONAS DE DESCARGAS AEREAS:

EL MANGUITO – ALCABALA EL LIMON – GUAMITA - CORRAL DE PIEDRA

N°	HORA	N°	HORA	N°	HORA	N°	HORA
1	10:40	10	11:34	19	13:03	28	15:21
2	10:45	11	11:42	20	13:10	29	15:31
3	10:47	12	12:21	21	13:15	30	15:39
4	10:54	13	12:27	22	13:21	31	16:47
5	11:00	14	12:32	23	13:29	32	16:57
6	11:05	15	12:36	24	13:35	33	17:10
7	11:12	16	12:42	25	14:50	34	17:17
8	11:19	17	12:49	26	13:03	TODAS EFECTIVAS	
9	11:24	18	12:55	27	15:20		

17:45 HLV. Retorna la aeronave Bell 412 luego de realizar extracción de personal de la zona del Manguito, entre personal combatiente se encuentra un funcionario del sistema 171 presentando lesión a nivel de la extremidad inferior derecha. Descola inmediatamente en busca de otro grupo de combatientes en la zona de Chimborazo.

17:48 HLV. Retorna nuevamente la aeronave Bell 412 con personal de la zona de Chimborazo sin novedad.

17:55 HLV. Se registran precipitaciones fuertes sobre la cordillera de la costa, especialmente en zonas afectadas por los incendios forestales dentro del Parque Nacional Henry Pittier, situación que favorece las acciones de combate y extinción de incendios, sofocando por completo el incendio.

18:00 HLV. Cierre de las operaciones.

Acciones realizadas: 25-02-2010

08:10 hrs. Aterriza la aeronave de GNB siglas 97116, y se realiza un vuelo de reconocimiento sobre la zona del parque nacional para corroborar la extinción total del mismo producto de las lluvias. Pudiéndose observar la extinción del incendio y dos fumarolas pequeñas una en el flanco izquierdo de la fila las Mesas y el segundo flanco derecho de la fila Chimborazo, mas sin embargo se realizaría una revisión con personal ya que pudiese corresponder a unos troncos prendidos.

**RESUMEN GENERAL DE AMBOS EVENTOS SUSCITADOS
EL DIA 19 Y 22 DE FEBRERO 2010
Municipio Girardot**

Día	Nº de Combatientes	Nº de Personal de Apoyo	Horas Efectivas de Combate	Nº Hectáreas Afectadas x día	Nº de Bombardeos Efectivos
20	74	10	24:00:00	460	---
21	166	31	17:00:00	940	---
22	36	27	13:00:00	1.260	7/7.000 Lts.
23	46	52	19:00:00	183	11/11.000 Lts.
24	8	--	--	4	--
Total	330	120	73:00:00	2.847	17.000 Lts.

Recurso Humano = 450.

Municipio M.B.I.

Día	Nº de Combatientes	Nº de Personal de Apoyo	Horas Efectivas de Combate	Nº Hectáreas Afectadas x día	Nº de Bombardeos Efectivos
22	66	13	07:00:00	80	----
23	42	10	20:00:00	60	----
24	64	68	11:00:00	61	34/34.000Lts.
Total	280	91	38:00:00	201	34.000Lts.

Recurso Humano = 371

Zona	Nº de Combatientes	Nº de Personal de Apoyo	Horas Efectivas de Combate	Nº Hectáreas Afectadas x día	Nº de Bombardeos Efectivos
Girardot	330	120	73:00:00	2.847	17.000Lts.
M.B.I.	280	91	38:00:00	201	34.000 Lts.
Total	610	211	111:00:00	3.048	51.000Lts.

Recurso Humano = 821

Causas Post-Impacto

1. Pérdida de la capa vegetal.
2. Emigración de la fauna a otras zonas del parque.
3. Extensión de especies.
4. Desaparición de afluentes tributarios para el río El Castaño y El Limón.
5. Riesgo de Deslave o movimiento de masa en el periodo lluvioso.
6. Afectación a la salud.
7. Alteración de la vegetación en zonas de moderada y baja susceptibilidad.
8. Pérdida de los nutrientes del suelo".

CAPÍTULO II

DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA PRESENTE SOLICITUD DE MEDIDAS JUDICIALES PRECAUTELATIVAS DE CARÁCTER AMBIENTAL

La presente solicitud de medidas judiciales precautelativas de carácter ambiental por parte de esta Representación Fiscal tiene su fundamento en el artículo 24, específicamente en los numerales 2, 4 y 7 de la Ley Penal del Ambiente, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.358 de fecha 03-01-1992, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 24. Medidas judiciales precautelativas. El juez podrá adoptar, de oficio, a solicitud de parte o del órgano administrativo denunciante, en cualquier estado o grado del proceso, las medidas precautelativas que fuesen necesarias para eliminar un peligro, interrumpir la producción de daños al ambiente o a las personas o evitar las consecuencias degradantes del hecho que se investiga. Tales medidas podrán consistir:

- 1º. (...)
- 2º. La interrupción o prohibición de la actividad origen de la contaminación o deterioro ambientales;
- 3º. (...)
- 4º. La retención de materiales, maquinarias u objetos, que dañen o pongan en peligro al ambiente o a la salud humana;
- 5º. (...)
- 6º. (...)
- 7º. Cualesquiera otras medidas tendientes a evitar la continuación de los actos perjudiciales al ambiente”.

Como puede observarse de la norma antes transcrita, las medidas precautelativas pueden ser adoptadas por el juez en cualquier estado o grado del proceso, encontrándose la presente causa en la fase preparatoria del proceso penal, es decir, en la etapa de investigación, la cual fue iniciada por esta Representación Fiscal en fecha 24 de febrero de 2010, por la presunta comisión de los delitos previstos en los artículos 107 numerales 1 y 2 de la Ley de Bosques y Gestión Forestal sobre Destrucción o Degradación de Bosques Nativos, y 50 de la Ley Penal del Ambiente sobre Incendio de Vegetación Natural.

No obstante, y sin perjuicio de las diligencias que este Despacho Fiscal ordene durante el transcurso de la presente investigación para hacer constar la comisión de los delitos antes señalados, esta Representación Fiscal considera que en el presente caso deben adoptarse una serie de medidas necesarias para mitigar el peligro consistente en la ocurrencia de incendios forestales en el Parque Nacional Henri Pittier, los cuales son causados principalmente como consecuencia de las actividades que desarrolla el hombre de forma intencional (dolosa) o por imprudencia, negligencia o impericia (culposa) durante su permanencia en el referido Parque Nacional, particularmente en épocas vacacionales, aunado al hecho de que el actual periodo de sequía que reina en el país, con una duración que se ha prolongado mas allá de lo usual, agrava la situación por cuanto los incendios son cada vez más frecuentes y difíciles de combatir por los órganos de atención de emergencias y desastres, situación que representa un hecho público y notorio comunicacional, como pudo observarse de las diversas notas de prensa antes citadas; estos incendios forestales traen como consecuencia una degradación o destrucción de los bosques nativos ubicados en el Parque Nacional Henri Pittier, razón por la cual las presentes medidas están dirigidas igualmente a evitar las consecuencias degradantes del hecho objeto de esta investigación.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han pronunciado sobre la naturaleza de las medidas judiciales precautelativas de carácter ambiental; en este orden de ideas, la Doctrina del Ministerio Público ha expresado lo siguiente:

“Además de las medidas de aseguramiento probatorio que se desprenden del esquema adjetivo penal vigente, subsisten en el articulado de la Ley Penal del Ambiente, un conjunto de medidas precautelativas que vale la pena referir y comentar de seguidas:

Artículo 24. Medidas judiciales precautelativas.- (...)

En sentencia suscrita en fecha 7 de abril de 2005, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del magistrado Arcadio Delgado Rosales, abordó el propósito de los mecanismos cautelares supra señalados, en los siguientes términos:

‘Respecto a la materia ambiental esta Sala asentó, en la sentencia Nro. 812, del 23 de mayo de 2001 (caso: Aurora Marcazzan de Bettioli), que los tribunales están facultados para dictar ese tipo de medidas, siempre y cuando se cumpla con el fin último, cual es la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente. Además, se indicó que esas medidas acordadas, tanto en los procesos penales como los civiles, ‘están destinadas a subsanar un posible daño, o restablecer una situación jurídica que de ser resuelta cumpliendo con los lapsos establecidos en los procesos ordinarios se harían irreparables. Tal implantación, por la urgencia requerida, no exige la citación de la parte que pudiera verse afectada en sus intereses, lo que en ningún momento podría interpretarse que ésta quede indefensa, por cuanto la ley adjetiva prevé su intervención mediante el mecanismo de la oposición’...’.

Como bien se colige de lo anterior, la Ley Penal del Ambiente cobija un conjunto de medidas asegurativas que básicamente persiguen un propósito netamente cautelar, es decir: procurar la conservación, defensa y subsistencia del ambiente, con el objeto de evitar, que el daño inicialmente verificado, extienda sus efectos inicuos sobre el equilibrio ambiental (...).’.

En este punto, es importante señalar que los daños que se producen como consecuencia de la ocurrencia de incendios forestales en el Parque Nacional Henri Pittier, muchos de ellos causados por la acción intencional o negligente del hombre, lesionan el derecho constitucional a un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado, establecido en el artículo 127 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, derecho del cual es titular la colectividad (la sociedad), el cual se ha visto vulnerado en la medida que personas aún desconocidas provocan incendios forestales en el referido parque nacional, lo cual ocasiona la degradación o destrucción de bosques nativos, daño que puede llegar a ser de difícil reparación tomando en cuenta los años que se necesitarían para que las áreas degradadas se recuperen.

Vale destacar además que en este caso estamos en presencia de derechos colectivos y difusos, en virtud de que el derecho a un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado se verifica a través de una pretensión común de goce, por cuanto ellos son de pertenencia mayoritaria, entiéndase de la colectividad, tomando en cuenta la proyección e intensidad de la afectación ambiental, que en este caso han sido hasta ahora de tres mil cuarenta y ocho (3.048) hectáreas; en cuanto a los derechos colectivos y difusos la Sentencia N° 1728 del 30-06-2000, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha expresado lo siguiente:

“(...) Estos intereses concretos, focalizados son los colectivos, referidos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificable) e identificable aunque individualmente dentro del conjunto de personas existe o puede existir un vínculo que los une entre ellos (...)”.

Y en cuanto al interés difuso, la referida Sentencia señala que “el derecho interés difuso se refiere a un bien que atañe a todo el mundo, a personas que en principio no conforman un sector poblacional identificable e individualizado, sino que es un bien asumido por los ciudadanos (pluralidad de sujetos) que sin vínculo jurídico entre ellos se ven lesionados o amenazados de lesión (...)”.

Los daños al ambiente o a los consumidores, así ocurran en una determinada localidad, tienen efectos expansivos que perjudican a los habitantes de grandes sectores del país y hasta del mundo y responden a la prestación indeterminada de protección al ambiente o a los consumidores (...).’ (Subrayado nuestro).

Con respecto a la necesidad de un medio de prueba que demuestre la existencia de una presunción grave del peligro o riesgo inminente de un daño que pueda ser de difícil reparación con ocasión a los incendios forestales ocurridos en el Parque Nacional Henri Pittier, este Despacho Fiscal considera que los hechos reseñados en las diversas notas de prensa antes citadas constituyen un hecho público y notorio comunicacional, los cuales no son objeto de prueba de acuerdo al artículo 506 del Código de Procedimiento Civil; en este sentido, la mayoría de las notas de prensa publicadas coinciden en que una de las causas principales de los incendios forestales suscitados en los últimos meses en el Parque

Nacional Henri Pittier, es la intervención del hombre, ya sea a título culposo o doloso, aunada a la situación climática excepcional que atraviesa el país; en este orden de ideas, según decisión publicada en Gaceta Oficial N° 37.878 del 12 de febrero de 2004, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, el hecho público y notorio comunicacional consiste en lo siguiente:

“Así, los medios de comunicación social escritos, radiales o audiovisuales, publicitan un hecho como cierto, como sucedido, y esta situación de certeza se consolida cuando el hecho no es desmentido a pesar que ocupa un espacio reiterado en los medios de comunicación social.

El hecho publicitado o comunicacional no es un hecho notorio en el sentido clásico, ya que puede no incorporarse como permanente a la cultura del grupo social; sin embargo, su publicidad lo hace conocido como cierto en un momento dado por un gran sector del conglomerado, incluyendo al juez; y desde este ángulo se puede afirmar que forma parte durante épocas, de la cultura, así luego desaparezca, ya que su importancia o trascendencia era relativa, tenía importancia sólo en un espacio y tiempo limitado y a veces breve.

Este concepto moderno del hecho notorio diverge del hecho público. Este último parte de diversos criterios conceptuales. Unos consideran que atiende a una ficción legal de conocimiento, desligado de una difusión suficiente. Un ejemplo es el hecho que goza de los efectos del registro público, o de la publicación en periódicos oficiales; otra vertiente para conceptualizarlo, lo señala como el que tiene lugar en sitios públicos, criterio también ajeno a su difusión; y una última es, que el hecho público es aquél que surge de actos del poder público.

Esta realidad lleva a esta Sala a considerar que el hecho comunicacional, como un tipo de notoriedad, puede ser fijado como cierto por el juez sin necesidad que conste en autos, ya que la publicidad que él ha recibido permite, tanto al juez como a los miembros de la sociedad, conocer su existencia, lo que significa que el sentenciador realmente no está haciendo uso de su saber privado; y pudiendo los miembros del colectivo, tener en un momento determinado, igual conocimiento de la existencia del hecho, porqué negar su uso procesal.

El hecho comunicacional puede ser acreditado por el juez o por las partes con los instrumentos contentivos de lo publicado, o por grabaciones o videos, por ejemplo, de las emisiones radiofónicas o de las audiovisuales, que demuestren la difusión del hecho, su uniformidad en los distintos medios y su consolidación; es decir, lo que constituye la noticia.

Pero el juez, concededor de dicho hecho, también puede fijarlo en base a su saber personal, el cual, debido a la difusión, debe ser también conocido por el juez de la alzada, o puede tener acceso a él en caso que no lo conociera o dudase. Tal conocimiento debe darse por cierto, ya que sólo personas totalmente desaprensivas en un grupo social hacia el cual se dirige el hecho, podrían ignorarlo; y un juez no puede ser de esta categoría de personas”.

Por otra parte, del Informe de Evaluación de los daños ocasionados por los incendios forestales ocurridos en el Parque Nacional Henri Pittier entre los días 19 y 22 de febrero del 2010, en donde se presume que la causa fue intencional, se evidencia la vulnerabilidad que presenta el referido parque nacional por el extenso período de sequía que vive actualmente el país, situación que se agrava por la participación dolosa o culposa de las personas que visitan el parque nacional, sobre todo en períodos vacacionales, cuyas acciones provocan incendios forestales, con los consecuentes daños que este tipo de eventos produce en el Parque Nacional Henri Pittier: Pérdida de la capa vegetal; emigración de la fauna a otras zonas del parque; extinción de especies; desaparición de efluentes tributarios para los Ríos El Castaño y El Limón; riesgo de deslave o movimiento de masa en el periodo lluvioso; afectación a la salud; alteración de la vegetación en zonas de moderada y baja susceptibilidad; pérdida de los nutrientes del suelo, entre otros.

En este orden de ideas, las medidas judiciales precautelativas de carácter ambiental que se solicitan mediante el presente escrito están dirigidas a evitar los daños que se producirían de continuar la ocurrencia de incendios forestales en el Parque Nacional Henri Pittier; vale destacar que de continuar estos eventos, se produciría una degradación de los bosques nativos presentes en el Parque Nacional

Henri Pittier, cuya vegetación tardaría años en regenerarse de resultar destruida por la ocurrencia de incendios.

En este punto, es importante destacar que un bosque nativo es "toda formación boscosa natural, con especies forestales autóctonas de una determinada región, que posea una cobertura arbórea mayor o igual al diez (10) por ciento y ocupe una superficie mínima de mil (1.000) metros cuadrados", de acuerdo al artículo 21 de la Ley de Bosques y Gestión Forestal¹⁵⁴; estos bosques nativos son clasificados por la Ley en bosques nativos para protección y en bosques nativos para producción¹⁵⁵; en este orden de ideas, el Parque Nacional Henri Pittier es un bosque nativo para protección, por cuanto la Ley de Bosques y Gestión Forestal establece que se consideran bosques nativos para protección "aquellos localizados en espacios que hayan sido declarados parques nacionales, monumentos naturales, reservas de biosfera u otras áreas naturales protegidas de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente"¹⁵⁶.

Aunado a lo anterior, debe señalarse que la formación boscosa natural cuya conservación se busca a través de la presente solicitud, fue declarada Parque Nacional mediante Decreto Nro. 102 de fecha 13-02-1937, publicado en la Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela Nro. 19.188 de fecha 13-02-1937, el cual fue modificado mediante Decreto Nro. 529 de fecha 05-11-1974, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nro. 30.545 de fecha 07-11-1974, a través del cual se amplían los linderos del Parque Nacional; no es sino en 1953 que este Parque Nacional recibe el nombre de "Henri Pittier"¹⁵⁷.

CAPÍTULO III PETITORIO

En virtud de los argumentos antes expuestos, este Despacho Fiscal solicita a ese Honorable Tribunal que se decreten en su totalidad las medidas judiciales precautelativas establecidas en el artículo 24 numerales 2, 4 y 7 de la Ley Penal del Ambiente, en los siguientes términos:

PRIMERO: Ubicación de tanques de agua dentro de las poligonales del Parque Nacional Henri Pittier que serán utilizados para combatir los incendios en el mismo, en aquellos sitios estratégicos que determinará el Instituto Nacional de Parques y la Dirección Regional de Protección Civil y Administración de Desastres del estado Aragua, en un lapso no mayor de 30 días continuos, y su ubicación definitiva en un lapso no mayor de seis (06) meses, bajo responsabilidad conjunta del Instituto Nacional de Parques, la Dirección Nacional de Protección Civil y Administración de Desastres y la Gobernación del estado Aragua. La presente medida garantizará el acceso inmediato al recurso agua, que actualmente se ve dificultado por la boscosidad del área (Se anexa reseña fotográfica).

SEGUNDO: Incluir en el presupuesto ordinario de la Gobernación del estado Aragua, una partida que esté destinada para la ejecución de programas de fortalecimiento, prevención, detección, combate, extinción y evaluación de incendios en el Parque Nacional Henri Pittier, así como para la dotación y mantenimiento de los equipos que sean necesarios para la ejecución de los programas antes señalados, por parte de los órganos de atención de emergencias y de desastres.

TERCERO: Control permanente en las caminerías del Parque Nacional Henri Pittier, por parte de efectivos de la 1ª. Compañía, El Limón, adscrita al Destacamento N° 21 de la Guardia Nacional Bolivariana; Policías Municipales y Policía del estado Aragua; exigiéndole a los excursionistas cumplir con el control previo por parte de los funcionarios del Instituto Nacional de Parques y la Dirección Regional de Protección Civil y Administración de Desastres del estado Aragua.

¹⁵⁴ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Bosques y Gestión Forestal, Nro. 6.070 de fecha 14-05-2008, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 38.946 del 05-06-2008.

¹⁵⁵ Según el artículo 23 de la Ley *ejusdem*.

¹⁵⁶ De acuerdo al artículo 24 segundo párrafo de la Ley *ejusdem*.

¹⁵⁷ Según Resolución F.102 de fecha 24-03-1953, publicada en la Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela Nro. 176.378.

CUARTO: Control y vigilancia de los parajes turísticos ubicados en el Parque Nacional Henri Pittier, por parte de efectivos de la 1ª. Compañía, El Limón, adscrita al Destacamento N° 21 de la Guardia Nacional Bolivariana; y por efectivos de las Policías Municipales y Policía del estado Aragua.

QUINTO: Ejecución de programas de saneamiento y de recuperación de las áreas verdes afectadas en el Parque Nacional Henri Pittier, particularmente la reforestación de las cuencas y microcuencas, por parte de funcionarios de "Misión Árbol", adscrita al Viceministerio de Conservación Ambiental del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, y del Instituto Nacional de Parques (Inparques), quienes deberán incluir en la ejecución de estos programas a los Consejos Comunales.

SEXTO: Simplificación de los protocolos de vuelos por parte de la Fuerza Armada Nacional, a los efectos de facilitar de manera inmediata toda la colaboración necesaria para la utilización de aeronaves requeridas para las operaciones de mitigación y extinción de incendios a solicitud de las autoridades competentes.

SEPTIMO: Mantenimiento de los cortafuegos existentes en el Parque Nacional Henri Pittier, a través de herramientas manuales y/o equipos mecánicos, por parte del Instituto Nacional de Parques (Inparques).

Por último, este Despacho Fiscal solicita a ese Honorable Tribunal realizar las notificaciones de los resultados de la presente solicitud a la siguiente dirección: Avenida Urdaneta, esquina de Ánimas a Platanal, La Candelaria, Edificio Ministerio Público, piso 5, Fiscalía Segunda del Ministerio Público en Defensa Ambiental a Nivel Nacional. Teléfonos: (0212) 4086560 y 4086847 (Fax).

En Maracay, a los ocho días del mes de marzo de dos mil diez (08-03-2010)."

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 22/03/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Defensa Integral del Ambiente y Delito Ambiental

3.- MATERIA: Penal Adjetiva

4.- TEMA: La protección del ambiente. Medidas judiciales precautelativas

5.- EXTRACTO

En fecha 09 de marzo del año 2010, la Fiscalía Cuarta del Ministerio Público de Defensa Ambiental a Nivel Nacional, a cargo de la abogada Luz Mayela Hernández, solicitó medidas judiciales precautelativas de carácter ambiental a los fines de prevenir y combatir los peligros inminentes relacionados con los incendios de vegetación, interrumpir la producción de daños al ambiente o a las personas y evitar las consecuencias degradantes del mismo en el Parque Nacional San Esteban; específicamente en el tramo Occidental de la Serranía del Litoral y sus estribaciones.

En fecha 15 de marzo de 2010 el Juzgado Undécimo de Control del Circuito Judicial Penal del estado Carabobo acordó las referidas medidas, ordenando oficiar a los organismos competentes y la ocupación por parte de la Guardia Nacional Bolivariana.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° Escrito S/N.

6.2.- FECHA: 08/03/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN**“(omissis)”**

Quien suscribe Luz Mayela Hernández Pedraza en mi carácter de Fiscal Cuarta de Defensa Ambiental a Nivel Nacional sobre la base de las facultades que me confieren los artículos 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 16 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, 108 del Código Orgánico Procesal Penal y 1, 20, 22 y 24 de la Ley Penal del Ambiente, ante su competente autoridad ocurre con la finalidad de exponer y solicitar lo siguiente:

DE LOS HECHOS.

El Parque Nacional San Esteban se encuentra localizado en el Estado Carabobo, específicamente en el tramo Occidental de la Serranía del Litoral y sus estribaciones. Conforman un sistema natural donde se integran diversos ecosistemas dentro de los que pueden mencionarse: Selva Tropical de Montaña, Montes Xerófilos Bosques Húmedos de Selva Nublada Siempre Verde, Sabanas Formaciones de Manglares de Costa; destacando entre las principales especies arbóreas: Árbol de Niño o Cucharón (Especie Endémica de Bosques de Selva Nublada Siempre verde, localizado a una altura promedio de 900 metros sobre el nivel del mar); Yagrumo (Relipto de Selva Nublada); Palma Araque, Chaguaramo, Palo de María, Palma Carabobo, Cocuiza, Majagual, Rosa de Montaña y Helechos Arborescentes entre otras; que son de gran importancia, pues sólo existen en este ecosistema de cordillera. En cuanto a la

fauna silvestre puede observarse especies como: Cachicamo, Picure, Osos melero Lapa, Zorro Guache, Zorro Cangrejero o Lavamanos, Venado Matacan, Báquiro cinchado y el chacharo, felinos que se encuentran en peligro de extinción como el puma amenazados por la ocurrencia de incendios forestales y de vegetación, Reptiles pertenecientes a la clase ofidia (Serpientes de Montaña) como la Cascabel, Mapanare y Coral entre otras; iguanas, lagartijas y una gran variedad de ranas y sapos típicos de este ecosistema. Es importante destacar que el ecosistema de Selva Nublada que se encuentra dentro del Parque Nacional San Esteban representa un importante nicho ecológico que alberga a gran cantidad de especies de la fauna silvestre y acuática; tal es el caso de las aves migratorias que por las condiciones orográficas de estos ecosistemas constituyen el punto de descanso y pasada de migraciones de aves de América que se trasladan hacia el Sur.

Estos ecosistemas representan una de las mayores fuentes de biodiversidad a nivel mundial y actúan como generadores del recurso hídrico, generadores de oxígeno y uno de los principales sumideros de gases de efecto invernadero, que son transformados por procesos fotosintéticos que se llevan a cabo en estas inmensas masas vegetales y el efecto que ejercen como estabilizadores climáticos. Otro factor de suma importancia lo constituye la presión ejercida por la expansión de la frontera agrícola y urbana; manifestándose este hecho en áreas que son ocupadas por agricultores que realizan prácticas culturales que contravienen las actividades contenidas en los Planes de ordenamiento y los Reglamentos de uso, así como también la presión ejercida por ocupantes de asentamientos urbanos que realizan actividades de afectación en las zonas perimetrales del Parque Nacional tales como: quemados de vegetación las cuales pueden originarse por las siguientes razones: quemados de desechos sólidos, quemados premeditados o intencionales, quemados generados por prácticas culturales inadecuadas (quemados de conuco); y quemados originadas por cazadores; las cuales causan severos daños al ecosistema al destruirse la vegetación que da abrigo a especies de la fauna silvestre, lugares de protección de las nacientes de agua ubicadas dentro del Parque Nacional, pérdida de recursos escénicos importantes, deterioro y esterilización suelos; sumándose a este hecho la generación de grandes cantidades de humo y gases como productos de la combustión de las masas vegetales, que origina problemas de salud pública por afecciones respiratorias y lo más grave la generación incontrolada de gases de efecto invernadero que contribuyen con el cambio climático.

El Parque Nacional San Esteban es una importante área generadora del recurso hídrico, pudiendo señalarse que dentro de dicho Parque Nacional se encuentran los siguientes cursos de agua de régimen permanente: Cabriales, Agua Linda, Vigirima, Trincheras, Miquija, Boburata, Santa Rita Patanemo, Yapascua, La Cumaca, Cucharonal, Los Apios y San Esteban.

Es necesario destacar que estos cursos de agua de régimen permanente, abastecen a gran número de poblaciones que se encuentran muy cerca de las áreas que ocupa este Parque Nacional; por ejemplo: dentro del Parque Nacional San Esteban se encuentran 38 ríos con 15 diques tomas los cuales aportan 1.446 litros por segundo para abastecer 253.659 habitantes en cuatro (04) municipios (Guacara, San Diego, Naguanagua y Puerto Cabello) en los cuales se encuentran 36 comunidades; para totalizar 11,18 % de la población del Estado Carabobo; debiendo considerarse que el Parque Nacional San Esteban aporta el 92 % del agua que se consume en el Municipio Puerto Cabello. Es importante destacar que existen áreas naturales que se encuentran dentro de las sub-cuencas de los afluentes del Río Pao, las cuales aportan un significativo porcentaje del recurso hídrico que abastecen al Sistema Acueducto Regional el Centro I y II Etapa; el cual es la fuente principal del agua potable de la región central del país. Tal es el caso de las estribaciones de la cadena montañosa que se extiende a los valles altos del estado Carabobo, generando así mismo un importante aporte para el abastecimiento de agua del eje costero Puerto Cabello - Morón.

La problemática de los incendios forestales y de vegetación en el estado Carabobo, han generado cuantiosas afectaciones ambientales en las áreas naturales del Estado que son consideradas como Áreas Bajo Régimen de Administración Especial, donde se encuentra el Parque Nacional San Esteban y Área Crítica con Prioridad de Tratamiento de la Cuenca del Lago de Valencia y Cuenca Alta de los Ríos Pao y Guárico; y otras zonas naturales de importancia. De acuerdo a un recorrido aéreo efectuado por esta Representante Fiscal conjuntamente con funcionarios de Inparques, de la Dirección Estatal Ambiental del Estado Carabobo y funcionarios militares de la Guardia Nacional Bolivariana por la vertiente Sur de la Cordillera de la Costa en el área que conforma el Parque Nacional San Esteban, en una aeronave de ala rotativa (helicóptero) perteneciente al Comando de Apoyo Aéreo

Nº 2 de la Guardia Nacional, se recorrieron los Municipios Diego Ibarra (Sectores Aguas Calientes, La Fajina, La Toma, Las Brisas, La Democracia y Guamacho), San Joaquín (Sectores Santa Clara, Los Aguacates, El Ereigüe y Panamericano), Guacara (Sectores El Toco, Vigirima, Troconero y Quebrada Honda), San Diego (Sectores Las Josefinas, La Cumaca y Cúpira), Naguanagua (Sectores Río Cabriales, Lorenzo Fernández, González Plaza, Los Mangos I y II, Puerta Negra, Malagón, Caria Linda, Caria Prima, La Entrada, Chuponal y Cerro El Café) y Valencia (La Guacamaya, El Tigre Casupo y Valle de Guataparo), logrando observar las afectaciones generadas por los efectos de los incendios forestales y de vegetación ocurridos en lo que va en la temporada 2.009-2.010 (09SEP2.009-02FEB2.010), donde se logra totalizar dentro del Parque Nacional San Esteban 2.496,44 hectáreas afectadas, de las cuales 1.872,33 hectáreas corresponden a vegetación de tipo sabana (75 %), 424,39 hectáreas corresponden a vegetación de tipo matorral (17 %) y 199,71 hectáreas corresponden a vegetación de tipo bosque (8 %); presentándose igualmente 741,53 hectáreas de vegetación afectada fuera del área de los Parques Nacionales, discriminándose 167,5 hectáreas de vegetación de tipo arbórea, 139,34 hectáreas de vegetación de tipo herbácea y 105,69 de vegetación de tipo matorral; sumando un gran total de 3.237,97 hectáreas afectadas dentro del Estado Carabobo.

Esta delicada situación que se presenta en el mencionado Parque Nacional con la llegada de la temporada de sequía y del fenómeno climatológico El Niño, trae como consecuencia lógica e inmediata un inminente peligro no sólo para las personas que de manera loable se dedican al combate de los incendios sino también a la gran cantidad de visitantes, excursionistas y deportistas que a diario transitan en tan majestuosos sistemas montañosos. Cuando se habla a un peligro inminente, se refiere principalmente al riesgo de la vida y a la integridad física de los visitantes, excursionistas y deportistas, ya que por las condiciones meteorológicas y de topografía de dicho parque y de los sistemas montañosos que los conforman, podrían presentarse situaciones lamentables de personas que puedan quedar atrapadas en un incendio forestal, debido a un cambio repentino en la circulación de los vientos.

En virtud de lo anteriormente planteado se hace necesaria la aplicación Urgente de las medidas judiciales precautelativas, las cuales son consideradas de gran importancia tanto para los usuarios del Parque Nacional ya mencionado, cómo para los entes encargados de la administración y custodia del mismo, pues mitigarían y evitarían los incendios forestales dentro de las aéreas que conforman los mismos, ya que por causa de los incendios forestales y de vegetación se han afectado dentro del área del mismo un total de 2.496,44 hectáreas donde se afectó la masa vegetal de porte alto, mediano y bajo en los porcentajes antes descritos, las especies de la fauna silvestre de manera directa (muerte de especies por efecto de calcinamiento) e indirecta (al generarse migraciones y desplazamientos hacia zonas que no presentan condiciones de hábitat ideales), ocasionando daños irreversibles en los ecosistemas típicos y autóctonos, tal y como se desprende de informe técnico suscrito por los órganos de investigación designados por esta Representación Fiscal, el cual se encuentra suficientemente sustentado con reseñas periodísticas, reseñas fotográficas y el Plan de Ordenamiento y Reglamento de Uso Parque Nacional San Esteban, que anexo al presente escrito.

DEL DERECHO.

Ahora bien, dentro de las atribuciones del Ministerio Público está consagrado el deber "garantizar en los procesos judiciales el respeto de los derechos y garantías constitucionales, así como de los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República", esto de conformidad con lo establecido en el artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo establecido en el artículo 16 numeral 1º de la Ley Orgánica del Ministerio Público el cual dispone como deber del Ministerio Público "velar por la observancia de la Constitución, de las Leyes y de las libertades fundamentales en todo el Territorio Nacional". La estricta vigilancia de estos postulados constitucionales y legales tiene como objeto fundamental garantizar el derecho a un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado consagrado en el artículo 127 de la Carta Magna. De igual manera se hace necesario tomar acciones tendientes a preservar el derecho de todo ciudadano a su integridad física y a la vida; derechos consagrados en los artículos 43 y 46 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este sentido esta Representante Fiscal invocando el principio de integridad de la Constitución consagrado en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, solicita a este Honorable Tribunal de Control del Circuito Judicial Penal del estado Carabobo, decrete medidas judiciales precautelativas urgentes, a los fines de eliminar los peligros inminentes relacionados con los incendios de vegetación, interrumpir la producción de daños al ambiente o las personas y evitar las consecuencias degradantes del mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente, el cual instituye:

“El juez podrá adoptar, de oficio o a solicitud de parte o del órgano administrativo denunciante, en cualquier estado o grado del proceso, las Medidas Precautelativas que fuesen necesarias para eliminar un peligro, interrumpir la producción de daños al ambiente o a las personas o evitar las consecuencias degradantes del hecho que se investiga. Tales medidas podrán consistir en:

- 1) La ocupación temporal, total o parcial, de las fuentes contaminantes, hasta tanto se corrija o elimine la causa degradante, o se obtengan las autorizaciones correspondientes;
- 2) La interrupción o prohibición de la actividad origen de la contaminación o deterioro ambiental;
- 3) La retención de sustancias, materiales u objetos sospechosos de estar contaminando, causar contaminación o estar en mal estado;
- 4) La retención de materiales, maquinarias u objetos sospechosos, que dañen o pongan en peligro el ambiente o la salud humana;
- 5) La ocupación o eliminación de obstáculos, aparatos, objetos o elementos cualesquiera que alteren el aspecto o aprovechamiento racional de los recursos hídricos, medio lacustre, marino y costero o zonas bajo régimen de administración especial;
- 6) La inmovilización de vehículos terrestres, fluviales, marítimos o aéreos, capaces de producir contaminación atmosférica o sónica; y
- 7) Cualesquiera otras medidas tendientes a evitar la continuación de los actos perjudiciales al ambiente.

DE LA SOLICITUD DEL FISCAL.

En este sentido, con el debido respeto esta representante Fiscal, ocurre ante su competente autoridad, a los fines de solicitar sean decretadas con carácter urgente, las medidas judiciales precautelativas, más idóneas para evitar la continuación de daños al ambiente y a las personas en el Parque Nacional San Esteban, el cual se encuentra localizado en el Estado Carabobo, específicamente en el tramo Occidental de la Serranía del Litoral y sus estribaciones. Siendo estas las siguientes:

- ❖ La ocupación por parte de las Fuerzas Armadas (Guardia Nacional) de todos los accesos al Parque Nacional San Esteban y restricción de acceso a visitantes y personas a las áreas críticas anteriormente descritas del mencionado Parque Nacional, así como también las áreas naturales de importancia ecológica que se encuentran fuera de las citadas ABRAES. Esta medida puede ser acordada de conformidad con lo establecido en el ordinal 1º del artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente.
- ❖ Someter a revisión a todas las personas que ingresen en los predios del Parque Nacional San Esteban y demás áreas de interés ecológico, a fin de evitar el ingreso de materiales e implementos que pudieran de cualquier forma originar incendios forestales y a su vez retener sustancias, materiales u objetos que puedan servir como elementos acelerantes de incendios forestales, tales como: cigarrillos, fósforos, yesqueros, velas, velones, mechas, luces de bengala, fuego envasado cocinillas de gas o gasolina, envases de vidrio, etc. En este sentido los cuerpos de seguridad y los órganos de Guardería Ambiental tendrán la facultad para la revisión de bolsos, morrales, etc.; para poder verificar la introducción al Parque de elementos acelerantes de incendios forestales. Esta medida de conformidad con lo establecido en los ordinales 3º y 7º del artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente.
- ❖ Instar al Gobierno Regional del estado Carabobo; y a los gobiernos municipales dentro del estado a:

- Fortalecer los programas de prevención, detección, combate, extinción y evaluación de los incendios forestales y de vegetación; dotando con equipos y personal adiestrado en estas tareas.
 - Tramitación y gestión de recursos materiales y humanos para las labores de vigilancia y control ambiental en materia de incendios forestales y de vegetación.
 - Establecimiento de puntos de control y observación para la detección temprana de incendios forestales y de vegetación.
 - Ejecución de medidas preventivas tales como mantenimiento de cortafuegos, participación de organismos oficiales y la sociedad civil organizada en labores de vigilancia y prevención, desarrollo de programas de educación ambiental, desarrollo de jornadas de saneamiento y recuperación de las áreas afectadas por la incidencia de incendios forestales y de vegetación.
 - Participación activa de los agentes auxiliares de Guardería Ambiental en las labores de prevención, detección, combate, extinción y evaluación de los incendios forestales y de vegetación, tales como policías estatales y municipales, grupos ecológicos y organizaciones voluntarias.
- ❖ La Guardia Nacional e Inparques deberán establecer la vigilancia en las rutas correspondientes; con el objeto de verificar el cumplimiento de las otras medidas aquí indicadas.
 - ❖ Las medidas dictadas no tendrán excepción alguna, por el contrario, si algún funcionario de Inparques, Guardia Nacional o algún otro funcionario de Guardería Ambiental, permite el incumplimiento de tales medidas, serán objeto de las sanciones correspondientes.
 - ❖ Asimismo, se solicita que de conformidad con lo establecido en el artículo 10° ordinal 2° de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, se inste al Ministerio del Poder Popular para la Comunicación e Información para que conjuntamente con el Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, a través de la Dirección Estatal del estado Carabobo, mensajes informativos y preventivos sobre el uso de los Parques Nacionales y la prevención de incendios forestales en los mismos.
 - ❖ Simplificación de los protocolos de vuelos por parte de la Fuerza Armada Nacional, a los efectos de facilitar de manera inmediata toda la colaboración necesaria para la utilización de aeronaves requeridas para las operaciones de mitigación y extinción de incendios a solicitud de las autoridades competentes.
 - ❖ Ejecución de programas de saneamiento y de recuperación de las áreas verdes afectadas en el Parque Nacional San Esteban, particularmente la reforestación de las cuencas y microcuencas, por parte de funcionarios de "Misión Árbol", adscrita al Viceministerio de Conservación Ambiental del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, y del Instituto Nacional de Parques (Inparques), quienes deberán incluir en la ejecución de estos programas a los consejos comunales.

Vale la pena destacar que las medidas judiciales precautelativas señaladas anteriormente no serán aplicables a las personas que habitan dentro del Parque Nacional y que el lapso de vigencia de las medidas precautelativas solicitadas a éste Honorable Tribunal de Control, será desde su decreto, hasta el día 15 de Junio del presente año, fecha ésta en la cual en líneas generales culmina el período de sequía en nuestro país.

Por último y debido a la emergencia provocada por los incendios de vegetación y la afectación de los recursos naturales ocurridos dentro de los linderos del Parque Nacional San Esteban, solicito y ruego con la urgencia del caso sean decretadas, las referidas medidas judiciales precautelativas.

Es justicia que espero en Valencia, estado Carabobo, a los nueve (09) días del mes de Marzo del año dos mil diez (2010)".

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 22/03/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Defensa Integral del Ambiente y Delito Ambiental

3.- MATERIA: Penal Adjetiva

4.- TEMA: La protección del ambiente. Medidas judiciales precautelativas

5.- EXTRACTO

En virtud de la propagación de incendios que devastaron parte de la capa vegetal del Parque Nacional El Ávila y a informes emanados del Escadron Montado de la Guardia Nacional Bolivariana, se consideró la necesidad de decretar las medidas precautelativas de carácter ambiental, tendentes a proteger el ambiente y a las personas que asisten al mismo.

Por la urgencia del caso esa representación Fiscal en fecha 11-02-2010, solicitó ante el Juzgado Vigésimo Sexto de Primera Instancia en Funciones de Control de esta Circunscripción, de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente medidas judiciales precautelativas de carácter ambiental urgentes

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº Escrito S/N.

6.2.- FECHA: 09 /01/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“(Omissis)

Nosotros, Luz Mayela Hernández Pedraza y Oliver Alejandro Naveda Leira en nuestro carácter de Fiscal Cuarta de Defensa Ambiental a Nivel Nacional y Auxiliar de Homóloga Competencia, sobre la base de las facultades que nos confieren los artículos 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 16 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, 108 del Código Orgánico Procesal Penal y 1, 20, 22 y 24 de la Ley Penal del Ambiente, ante su competente autoridad ocurrimos con la finalidad de exponer y solicitar:

DE LOS HECHOS.

Nuestro país goza de un variable clima; así por ejemplo, nuestra época de sequía, donde escasean las lluvias, están comprendidas entre los meses de marzo a junio, ambos inclusive; es por ello, que en años anteriores, en el transcurso de esos meses han ocurrido diversos incendios forestales dentro de los linderos del Parque Nacional El Ávila; lo cual ha afectado grandes extensiones de terreno de dicho pulmón vegetal, así como también la calidad del aire de la Capital de la República, debido a las grandes cortinas de humo que se desprenden como consecuencia de los incendios y de su proceso de combate.

Cabe señalarle, que desde el año 2001, y así consecutivamente todos los años hasta la presente fecha, han sido solicitadas vía distribución, Medidas Judiciales Precautelativas de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente, con la finalidad de interrumpir la producción de daños al ambiente; siendo acordadas las precitadas Medidas, contrarrestando efectivamente la cantidad de incendios en el Parque Nacional El Ávila hoy (Waraira Repano); disminuyendo considerablemente las estadísticas de incendios en el citado Parque Nacional.

Por tales motivos se han adoptado la aplicación de las medidas precautelativas, las cuales son consideradas de gran importancia tanto para los usuarios del parque, cómo para los entes encargados de la administración y custodia del mismo. En este sentido, es importante resaltar los eventos acaecidos en el Parque Nacional El Ávila, los días 14 y 25 de Enero del presente año, en los que resultaron afectadas gran cantidad de hectáreas de vegetación natural, tal y cómo se evidencia del Informe remitido a esta Representación Fiscal por el Comandante del escuadrón Montado de la Guardia Nacional Bolivariana de Venezuela; así cómo de los reportes de prensa; los cuales se les remiten anexos al presente escrito.

La delicada situación que se presenta en el mencionado Parque Nacional con la llegada de la temporada de sequía y del fenómeno climatológico El Niño, que nos viene afectando con la producción de una prolongada sequía, trae cómo consecuencia lógica e inmediata un inminente peligro no sólo para las personas que de manera loable se dedican al combate de los incendios sino también a la gran cantidad de excursionistas y deportistas que a diario transitan en tan majestuoso sistema montañoso. Cuando se hace referencia a un peligro inminente, esto se refiere principalmente al riesgo a la vida y a la integridad física de los excursionistas y deportistas, ya que debido a las condiciones meteorológicas y de topografía del valle de Caracas y del sistema montañoso que conforma El Ávila, podrían presentarse situaciones lamentables de personas que puedan quedar atrapadas en un incendio forestal, debido a un cambio repentino en la circulación de los vientos.

DEL DERECHO.

Ahora bien, el Ministerio Público tiene la obligación de "garantizar en los procesos judiciales el respeto de los derechos y garantías constitucionales, así como de los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República", esto de conformidad con lo establecido en el artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo establecido en el artículo 16 numeral 1º de la Ley Orgánica del Ministerio Público el cual establece como deber del Ministerio Público "velar por la observancia de la Constitución, de las Leyes y de las libertades fundamentales en todo el Territorio Nacional". La estricta vigilancia de estos postulados constitucionales y legales tienen como objeto fundamental garantizar el derecho a un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado consagrado en el artículo 127 de la Carta Magna. De igual manera se hace necesario tomar acciones tendientes a preservar el derecho de todo ciudadano a su integridad física y a la vida; derechos consagrados en los artículos 43 y 46 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este sentido esta representación Fiscal invocando el principio de integridad de la Constitución consagrado en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, solicita a este Honorable Tribunal de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, dicte medidas precautelativas con el objeto de interrumpir la producción de daños al ambiente o las personas, de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente, el cual establece: "El juez podrá adoptar, de oficio o a solicitud de parte o del órgano administrativo denunciante, en cualquier estado o grado del proceso, las medidas precautelativas que fuesen necesarias para eliminar un peligro, interrumpir la producción de daños al ambiente o a las personas o evitar las consecuencias degradantes del hecho que se investiga. Tales medidas podrán consistir en:

- La ocupación temporal, total o parcial, de las fuentes contaminantes, hasta tanto se corrija o elimine la causa degradante, o se obtengan las autorizaciones correspondientes;
- La interrupción o prohibición de la actividad origen de la contaminación o deterioro ambiental;
- La retención de sustancias, materiales u objetos sospechosos de estar contaminando, causar contaminación o estar en mal estado;

- La retención de materiales, maquinarias u objetos sospechosos, que dañen o pongan en peligro el ambiente o la salud humana;
- La ocupación o eliminación de obstáculos, aparatos, objetos o elementos cualesquiera que alteren el aspecto o aprovechamiento racional de los recursos hídricos, medio lacustre, marino y costero o zonas bajo régimen de administración especial;
- La inmovilización de vehículos terrestres, fluviales, marítimos o aéreos, capaces de producir contaminación atmosférica o sónica; y
- Cualesquiera otras medidas tendientes a evitar la continuación de los actos perjudiciales al ambiente.

DE LA SOLICITUD DEL FISCAL.

En este sentido, con el mayor respeto y consideración ésta representación de la Vindicta Pública cree que las medidas precautelativas más idóneas para evitar la continuación de daños al ambiente y a las personas en el Parque Nacional El Ávila son las siguientes:

- La ocupación por parte de las Fuerzas Armadas (Guardia Nacional) de todos los accesos al Parque Nacional El Ávila. Esta medida puede ser acordada de conformidad con lo establecido en el ordinal 1° del artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente.
- La prohibición de acceso de excursionistas o deportistas, a pie o en vehículo, a las áreas neurálgicas del Parque Nacional El Ávila, y que se mencionan a continuación: Topo Padrón (adyacente al Terminal de Oriente), Estribo de Galindo (Terrazas del Avila), Estribo de Duarte, Cachimbo, Sebucan, Loma del Cuño, Arauco y Catuche. Dicha medida se puede dictar de conformidad con lo establecido en los ordinales 2° y 7° del artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente.
- Restricción de acceso, a pie o en vehículo, en las demás zonas del Parque de menor riesgo; permitiendo el acceso sólo hasta los puestos de Guardaparques, en los sectores: La Julia (desde Av. Boyacá hasta el Puesto de Guardaparques), Pajaritos (Qbda. Pajaritos hasta Qbda. Quintero-Sabas Nieves I), Sabas Nieves I (desde Av. Boyacá hasta Sabas Nieves II), Chacaito-Loma del Viento (desde Av. Boyacá hasta el puesto de Guardaparques), Chacaito- Cortafuego-Puesto de Guardaparques Loma del Viento- Callejón Gamboa; igualmente se debe controlar el acceso a la Pica Los Pinabetes y la Ruta Los Venados-Papelón. Esta medida de conformidad con lo establecido en el ordinal 7° del artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente.
- Retención de sustancias, materiales u objetos que puedan servir como elementos acelerantes de incendios forestales, tales como: cigarrillos, fósforos, yesqueros, velas, velones, mechas, luces de bengala, fuego envasado cocinillas de gas o gasolina, envases de vidrio, etc. En este sentido los cuerpos de seguridad y los órganos de Guardería Ambiental tendrán la facultad para la revisión de bolsos, morrales, etc; para poder verificar la introducción al Parque de elementos acelerantes de incendios forestales. Esta medida de conformidad con lo establecido en los ordinales 3° y 7° del artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente.
- Sólo se permite el paso hacia la población de Galipán, Camino de los Españoles y al Área Recreativa Los Venados, previo cumplimiento de la medida precautelar indicada en el numeral 4.
- La Guardia Nacional e Inparques deberán establecer la vigilancia en las rutas correspondientes; con el objeto de verificar el cumplimiento de las otras medidas aquí indicadas.
- Las medidas dictadas no tendrán excepción alguna, por el contrario, si algún funcionario de Inparques, Guardia Nacional o algún otro funcionario de Guardería Ambiental, permite el incumplimiento de tales medidas, serán objeto de las sanciones correspondientes.
- Asimismo, se solicita que de conformidad con lo establecido en el artículo 10° ordinal 2° de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, se inste al Ministerio del Poder Popular para la Comunicación e Información para que conjuntamente con el Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, difundan mensajes informativos y preventivos sobre el uso de los Parques Nacionales y la prevención de incendios forestales en los mismos.
- Vale la pena destacar que las medidas precautelativas señaladas anteriormente no serán aplicables a las personas que habitan dentro del parque Nacional y que el lapso de vigencia de las medidas precautelativas solicitadas a éste Honorable Tribunal de Control, será desde su

decreto, hasta el día 15 de junio del presente año, fecha ésta en la cual en líneas generales culmina el período de sequía en nuestro país.

Por último y debido a la emergencia provocada por los incendios dentro de los linderos del Parque Nacional El Ávila, solicito y ruego la urgencia del caso.

Es justicia que esperamos en Caracas a los nueve días del mes de Enero del año dos mil diez”.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 23-03-2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Protección Integral a la Familia

3.- MATERIA: Violencia de género

4.- TEMA: Rol del Fiscal del Ministerio Público en los procedimientos de violencia.

5.- EXTRACTO

“Efectivamente, esta Dependencia no le queda más que reconocer de acuerdo al contenido del escrito que remitiera, su desconocimiento en cuanto a los lineamientos constantes en la referida Circular, donde se deja claro el rol del Fiscal del Ministerio Público; es decir, independientemente del desideratum del legislador en la audiencia de presentación del aprehendido, proseguirá la instrucción del caso el Representante Fiscal, que teniendo conocimiento de los hechos por parte del particular, activa las reglas necesarias para la aplicación del procedimiento abreviado.”

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DPIF-20-OF-3605-2010

6.2.- FECHA:

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Me dirijo a usted, con ocasión al memorandum signado (...), recibido por esta Dirección el día 25/05/2010- a través de la cual informa el desconocimiento de las actuaciones efectuadas en fecha 07 de Septiembre del 2009, donde la Fiscal Auxiliar, comisionada para aquel entonces en ese Despacho, expidió oficio a la policía metropolitana, a los fines que actuaran de conformidad con lo establecido en el artículo 93 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en virtud de los hechos que le expusiera para el momento la ciudadana (...).

Una vez analizado el contenido de su comunicación, esta Dirección le participa la existencia de la Circular N° DPIF-19-OF-C-404-2009, de fecha 26 de Enero de 2009, y su ratificación, a Circular N° DPIF-19-OF-C-8861-2009, del 12 de Mayo del año en curso, en el cual se imparten una serie de directrices, entre las cuales se encuentra la que a continuación se transcribe textualmente:

“(…)

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. Observación que se realiza “a los fines de evitar en lo posible que ocurran detenciones inconstitucionales o ilegales, se hace necesario una vigilancia

permanente por parte de los correspondientes fiscales del Ministerio Público, sobre las actuaciones que diariamente realicen los órganos policiales.”, tal y como señala la circular emanada del Despacho del Fiscal General de la República (2001), referida a la “Abstención de ordenar libertades o detenciones”.

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.

(...)” (Subrayado y negrilla nuestro)

Efectivamente, esta Dependencia no le queda más que reconocer de acuerdo al contenido del escrito que remitiera, su desconocimiento en cuanto a los lineamientos constantes en la referida Circular, donde se deja claro el rol del Fiscal del Ministerio Público; es decir, independientemente del *desideratum* del legislador en la audiencia de presentación del aprehendido, proseguirá la instrucción del caso el Representante Fiscal, que teniendo conocimiento de los hechos por parte del particular, activa las reglas necesarias para la aplicación del procedimiento abreviado.

No obstante, le hacemos mención que si bien es cierto que la funcionaria, cometió un error en no haberle participado en su oportunidad del caso; no es menos cierto, que usted como principal de ese Despacho, una vez de vuelta en sus funciones debió revisar cada una de las actuaciones emprendidas por dicha funcionaria, recordemos que por el cargo que ostenta puede solicitarle al Fiscal o la Fiscal Auxiliar una rendición de cuentas en cualquier oportunidad. Fijémonos lo que establece el numeral 5° del artículo 53 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que paradójicamente determina el desempeño que deben tener ambas funcionarias como titulares de la acción penal.

“Artículo 53: Deberes y atribuciones: Son deberes y atribuciones de los Fiscales o las Fiscales Auxiliares del Ministerio Público:

(...)

5. Rendir cuenta mensual al o la Fiscal Principal y en la oportunidad que este ultimo o esta última la requiera, de todas las actuaciones cumplidas.

(...)”

En virtud de todo lo antes señalado, es preciso que realice las diligencias pertinentes para constatar que órgano viene instruyendo el caso que nos ocupa; no obstante, una vez obtenida dicha información, deberá solicitarle al órgano las actuaciones correspondientes, a los fines de establecer la verdad de los hechos.

Por último, algo que es necesario resaltar, particularmente porque no se mencionó, la posibilidad que tiene de tomar acciones en contra de aquellos funcionarios que denieguen la debida atención a la mujer víctima de violencia.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 18/02/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Penal Adjetiva

4.- TEMA: Sobreseimiento

5.- EXTRACTO

No deben alegarse de forma concurrente los cuatro supuestos previstos en el numeral 2 del artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal, ya que su invocación simultánea supone una contradicción

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº DRD-21-085-2010

6.2.- FECHA: 08/04/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

Podemos apreciar que la representante del Ministerio Público omitió indicar de manera expresa si el hecho acaecido encuadraba en uno u otro supuesto de los previstos en el numeral 2 del artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal. Al respecto, se reitera que no es procedente invocar de manera genérica el numeral 2 como causal de procedencia del Sobreseimiento solicitado, habida cuenta que las circunstancias relativas a la atipicidad del hecho o a la existencia de alguna causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad, son de distinta naturaleza y se excluyen entre sí, siendo necesario invocarlas por separado, es decir, una a la vez dependiendo del caso en concreto, siendo estos supuestos alternativos y no acumulativos.

En consonancia con lo anterior, opinamos que la representante del Ministerio Público debió encuadrar los hechos en uno sólo de los supuestos contenidos en el citado numeral, motivando las razones de su invocación, puesto que –como se indicó supra- no deben alegarse de forma concurrente los cuatro supuestos previstos en el numeral 2 del artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal, ya que su invocación simultánea nos coloca frente a una profunda contradicción¹⁵⁸.

En este sentido, es necesario señalar que tal afirmación radica en la forma como está estructurado conceptualmente el numeral 2 del citado artículo, para cuya correcta aplicación es menester que el fiscal del Ministerio Público se adentre en la Teoría General del Delito, y más íntimamente en su conformación como tal, analizando previamente de forma concienzuda el hecho que se le presenta y

¹⁵⁸ No obstante, esta Dirección debe señalar que la representante del Ministerio Público en el apartado final de la Solicitud de Sobreseimiento, hace una somera mención acerca de que el fundamento de su solicitud es el supuesto previsto en el artículo 318 numeral 2, primer supuesto del Código Orgánico Procesal Penal. En este sentido, cabe añadir que de haber sustentado la presente Solicitud de Sobreseimiento en tal supuesto, éste sería improcedente, por cuanto del contenido de los recaudos se desprende que efectivamente los hechos acaecidos constituyen delito, y por tanto se encuentra tipificado en la norma sustantiva penal vigente.

todas las circunstancias que lo rodean, constatando si se encuentra en presencia de todos los elementos configuradores del hecho punible.

En este caso concreto, consideramos importante destacar que si la representante fiscal consideró que lo más acertado era fundamentar su Solicitud de Sobreseimiento en una de las causales del numeral 2 del artículo 318, lo conducente era plantear su solicitud en razón de lo establecido en el tercer supuesto del citado numeral por concurrir una causa de inculpabilidad en la presunta responsable del hecho, por las razones que se explicarán de seguidas.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 18/02/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Penal Adjetiva

4.- TEMA: Sobreseimiento

5.- EXTRACTO

El primer aparte del numeral 2 del artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal, referido al sobreseimiento por atipicidad de los hechos, hace referencia a una causal objetiva de sobreseimiento, puesto que se circunscribe a la relevancia jurídica del hecho cometido, específicamente, comprende la imposibilidad de encuadrar éste en alguna norma penal.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº DRD-21-066-2010

6.2.- FECHA: 18/03/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“(…)

En principio, debemos señalar que el auto de Sobreseimiento “es una resolución judicial fundada mediante la cual se decide la finalización de un proceso criminal respecto de uno o de varios imputados determinados, con anterioridad al momento en que la sentencia definitiva cobre autoridad de cosa juzgada, por mediar una causal que impide en forma concluyente la continuación de la persecución penal¹⁵⁹”.

Así, de conformidad con el artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal, los escenarios que justifican la Solicitud Sobreseimiento, son los siguientes:

“Artículo 318. Sobreseimiento. El sobreseimiento procede cuando:

1. El hecho objeto del proceso no se realizó o no puede atribuírsele al imputado o imputada;
2. El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, inculpabilidad o de no punibilidad;
3. La acción penal se ha extinguido o resulta acreditada la cosa juzgada;
4. A pesar de la falta de certeza, no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación, y no haya bases para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado o imputada;
5. Así lo establezca expresamente este Código”.

159 JARQUE, Gabriel Darío. El Sobreseimiento en el Proceso Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Ed. Depalma. Buenos Aires, Argentina 1997, pp. 2 y 3.

Sobre dicho contexto -y ahondando en el contenido de la norma transcrita-, se considera oportuno precisar, que al culminar la fase de investigación, el Fiscal del Ministerio Público deberá evaluar si de la misma surge la certeza acerca de la comisión de un hecho punible, la responsabilidad de una o varias personas en él y los objetos relacionados con el hecho.

En cuanto a la Solicitud de Sobreseimiento suscrita por los representantes del Ministerio Público con fundamento en lo dispuesto en el artículo 318 numeral 2 del Código Orgánico Procesal Penal, "por considerar que el hecho imputado no es típico...", debemos reiterar la imposibilidad de establecer una posición firme en cuanto a la procedencia o no del acto conclusivo previamente analizado¹⁶⁰, por cuanto se desconocen los resultados de cada una de las diligencias practicadas, de las cuales no logra extraerse ningún elemento que nos lleve a concluir la existencia o no de un hecho delictivo.

En este sentido, el primer aparte del numeral 2 del artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal, referido al sobreseimiento por atipicidad de los hechos, hace referencia a una causal objetiva de sobreseimiento, puesto que se circunscribe a la relevancia jurídica del hecho cometido, específicamente, comprende la imposibilidad de encuadrar éste en alguna norma penal¹⁶¹.

Según el principio de legalidad y tipicidad, debemos tomar en cuenta que para que una determinada conducta sea considerada como punible es necesario que ésta se encuentre descrita, acuñada o, en términos técnico-jurídicos, tipificada como delito en la ley penal vigente¹⁶². En este orden de ideas, tenemos que la tipicidad es una suerte de adecuación entre la acción -conducta- y la descripción que realiza la norma penal, todo lo cual va a permitir la subsunción de tal conducta dentro de un determinado tipo penal.

Para precisar los alcances de la situación de atipicidad a la que hace mención el primer supuesto establecido en el numeral 2 del artículo 318 del Código Adjetivo, vale señalar que son varias las causas que pueden generarla. El supuesto básico en que ello ocurre es cuando el hecho no se encuentra tipificado en la legislación penal, es decir, que se trate de una figura punible inexistente en el ordenamiento jurídico venezolano, aún y cuando pueda estarlo en otra legislación, siendo que la excepción contenida en el artículo 28.4.c) del Código Orgánico Procesal Penal únicamente está referida a este primer supuesto de atipicidad, ello con base en una interpretación teleológica y sistemática de dicha norma procesal.

Sobre esta específica causal de sobreseimiento, Jarque afirma lo siguiente:

"La causal estudiada consiste en que, estando perfectamente determinado el hecho que motivara el inicio de la investigación -y ello, como condición sine qua non para su viabilidad-, el mismo no se encuentra previsto en el ordenamiento jurídico como conducta sujeta a sanción penal."

Igualmente, la atipicidad debe responder al cotejo del hecho en cuestión con la totalidad de las disposiciones penales del ordenamiento jurídico en su conjunto, vale decir que la conducta no puede estar contemplada como delictiva ni en el Código Penal, ni en sus leyes complementarias, ni en las demás normas penales insertadas en leyes comunes".¹⁶³

160 Al respecto, este Despacho advierte que con respecto al delito de estafa el tiempo de prescripción ordinaria sería de 3 años, lo cual supondría que en el caso concreto podría haber ésta. Sin embargo, debido a la falta de certeza sobre la práctica de alguna diligencia interruptiva de la prescripción -como por ejemplo la citación del imputado-, esta Dirección se reserva el derecho de emitir un pronunciamiento respecto a si el delito se encontraba prescrito o no, para la fecha de la Solicitud de Sobreseimiento lo cual devendría en la procedencia de una causal de Sobreseimiento distinta a la acreditada por los Fiscales del Ministerio Público.

161 Sentencia N° 558 de Sala Constitucional, Expediente N° 08-0155 de fecha 09/04/2008, Ponente: Francisco Carrasquero.

162 Más al respecto, en Síntesis de Derecho Penal. Parte General de Alejandro J. Rodríguez Morales. Pp. 123-124.

163 Ob. cit. Jarque. 1997, pp. 27-28.

En el caso que se nos presenta para el análisis, observamos la existencia de una denuncia concreta en contra de la Asociación XXX, lo cual levantaba una sospecha con respecto a su presunta participación en los hechos objeto del proceso, y cuya única forma de corroboración, era el íntegro desenvolvimiento de la fase preliminar o de investigación del proceso penal.

Sin embargo, el resultado de tal investigación no fue reseñado claramente en la Solicitud de Sobreseimiento, aunado a la falta de claridad en la narración de los hechos, tal como fuera indicado, por lo cual no es posible arribar a una conclusión inequívoca respecto a la atipicidad del hecho.

Finalmente, es necesario precisar que nuestro criterio se sustenta sobre la base de los recaudos remitidos a esta Dirección, ya que de existir otras actuaciones no examinadas, ni señaladas por la representación del Ministerio Público, dicho criterio sería susceptible de variación.”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 18/02/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Revisión y Doctrina

3.- MATERIA: Penal Adjetiva

4.- TEMA: Sobreseimiento provisional

5.- EXTRACTO

El Sobreseimiento Provisional se da cuando resulta insuficiente lo actuado y no existe la posibilidad inmediata de incorporar nuevos elementos que permitan ejercer la acción penal; por tanto, éste no es procedente cuando la acción está prescrita.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº DRD-17-069-2010

6.2.- FECHA: 19/03/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

(...)

Asimismo, observamos en la solicitud objeto de análisis, que solicitó “La extinción de la acción por prescripción de la misma y en consecuencia el sobreseimiento provisional de la causa”; fundamentando su solicitud en lo previsto en el artículo 108 del Código Penal y omitiendo por tanto la aplicación preferente -en los alegatos esgrimidos-, del contenido del artículo 615 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, atinente a la extinción de la acción por prescripción, el cual preceptúa: “la acción prescribirá a los cinco años en caso de hechos punibles para los cuales se admite la privación de libertad¹⁶⁴ como sanción, a los tres años cuando se trate de otro hecho punible de acción pública y a los seis meses, en casos de delitos de instancia privada o de faltas” (resaltado nuestro).

Es de hacer notar, en cuanto a la solicitud por Prescripción de la Acción, que entre la oportunidad en que ocurrieron los hechos: 16-06-2004, y la fecha en que se recibió la solicitud de Sobreseimiento ante el Juzgado en funciones de control respectivo: 01-04-2008, no había transcurrido el lapso que supera las previsiones contenidas en el artículo 615 ejusdem, que establece que la acción penal para este tipo de delito prescribe a los cinco (05) años, habida cuenta que en el presente caso nos encontramos ante un Robo Agravado, el cual de conformidad con lo previsto en el artículo 628 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, comporta la privación de libertad como sanción.

Adicionalmente, es preciso referir que aún y cuando se hubiere requerido el sobreseimiento por prescripción con fundamento en el Código Penal – tal como lo hizo erradamente la fiscal–, la acción

¹⁶⁴ En el caso que nos ocupa **Robo Agravado**. Para lo cual el artículo 628 en su Parágrafo Segundo Literal “a” señala lo siguiente: ...parágrafo Segundo: La privación de libertad solo puede ser aplicada cuando el adolescente:

a) Cometiére alguno de los siguientes delitos: homicidio, salvo el culposo; lesiones gravísimas, salvo las culposas; violación, **robo agravado**; secuestro....” (resaltado nuestro)

penal tampoco estaría prescrita, pues conforme al artículo 108 del texto sustantivo penal, el robo agravado prescribe a los quince (15) años, y siendo que el hecho objeto del proceso ocurrió en fecha 16-06-2004, únicamente habían transcurrido tres (03) años y diez (10) meses para la fecha de la Solicitud de Sobreseimiento.

En este mismo orden de ideas, resulta para esta Dirección incongruente la solicitud de Sobreseimiento Provisional presentada por la representante del Ministerio Público, toda vez que alega la extinción de la acción penal por prescripción, y a su vez solicita un Sobreseimiento Provisional, desconociendo que ésta figura se da cuando resulta insuficiente lo actuado y no existe la posibilidad inmediata de incorporar nuevos elementos que permitan ejercer la acción penal. Resulta a todas luces contradictorio e ineficaz perseguir el delito para incorporar nuevos datos a la investigación, si la acción penal para perseguirlo se encuentra prescrita; por ende, el Sobreseimiento Provisional no procede cuando la acción está prescrita y existe un imputado individualizado, tal como sucedió en el caso que se analiza.

Respecto al Sobreseimiento Provisional, la tratadista Moira Martínez¹⁶⁵ ha sostenido:

“...el sobreseimiento provisional en la Ley Orgánica tiene el efecto de mantener en pendencia la posibilidad de intentar acción penal contra el adolescente, quien si bien no queda sujeto a ninguna restricción permanente, al menos por un año, amenazado por la posibilidad de que se reactive la causa en su contra si el Fiscal incorpora a la investigación elementos suficientes para acusar”

Por las razones antes expuestas, esta Dirección considera que la situación aquí planteada no se ajusta a las previsiones de Ley, ni a la Doctrina Institucional, pues en primer término, no estaba prescrita la acción penal; y además, de haberlo estado, lo procedente habría sido solicitar un Sobreseimiento Definitivo y no el Sobreseimiento Provisional.

165 Moira Elisa Martínez Álvarez. Sistema de Responsabilidad y Procedimiento Penal del Adolescente. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2005. Pág. 183.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 23-03-2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Protección Integral a la Familia

3.- MATERIA: Violencia de género

4.- TEMA: Supuesto especial de flagrancia: Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia

5.- EXTRACTO

“La confirmación del tenor de los mencionados oficios obedece a que esta Dirección observa con preocupación la falta de aplicación de las mismas. Por ello, se les exhorta con el propósito de asegurar la efectividad de las actuaciones del Ministerio Público en el cumplimiento de los deberes y atribuciones inherentes a su cargo, dar estricto cumplimiento a las directrices impartidas en las referidas comunicaciones, toda vez que su incumplimiento se considerara una falta susceptible de ser sancionada disciplinariamente, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 117 de la Ley Orgánica del Ministerio Público”

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° DPIF-14-19-O-C-2603-2010

6.2.- FECHA:

“Es grato dirigirme a ustedes con el fin de ratificar las instrucciones impartidas en los oficios circulares distinguidos bajo los Nros: DPIF-19-OF-C-404-2009 (Supuesto especial de flagrancia, Archivo Fiscal) y DPIF-14-O-C-7021-2009 (Retiro de Enseres Personales) de fechas 26 de enero y 29 de septiembre de 2009, respectivamente.

La confirmación del tenor de los mencionados oficios obedece a que esta Dirección observa con preocupación la falta de aplicación de las mismas. Por ello, se les exhorta con el propósito de asegurar la efectividad de las actuaciones del Ministerio Público en el cumplimiento de los deberes y atribuciones inherentes a su cargo, dar estricto cumplimiento a las directrices impartidas en las referidas comunicaciones, toda vez que su incumplimiento se considerara una falta susceptible de ser sancionada disciplinariamente, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 117 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Efectuada la consideración que antecede, se estima necesario, con el objeto de subsanar una serie de inconvenientes de índole práctico y consolidar con ello la unidad de acción y de criterio institucional entre los representantes fiscales que tienen asignada competencia en esta materia especial, impartir las directrices que a continuación se especifican:

1. Obligación Fiscal de recibir las denuncias.

Los legitimados o legitimadas para formular la denuncia por la presunta comisión de los delitos previstos en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia que

acudan a la sede del Ministerio Público, deben ser atendidos o atendidas en sede fiscal y nunca referidos a otro de los órganos receptores de denuncias.

Las denuncias formuladas en el Ministerio Público deberán ser recibidas personalmente por el fiscal principal o los fiscales auxiliares adscritos a la representación que se encuentre cumpliendo el rol de guardia en sede. Dichos representantes fiscales, con el objeto subsumir el supuesto de hecho narrado a la norma correspondiente, una vez oída la versión del o la denunciante, deberán inquirir del mismo/a toda la información que éste/a pueda suministrar con la finalidad de verificar si lo expuesto es competencia de la materia que ostenta ese Despacho.

2. Medidas de Protección

Cuando de la exposición de los hechos denunciados se desprenda un riesgo o peligro para la integridad física, psíquica, psicológica, sexual o patrimonial de la mujer presuntamente agredida, el representante fiscal deberá en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, dictar la medida o las medidas de protección y seguridad, que atendiendo al criterio de proporcionalidad, resulten estrictamente necesarias, para intervenir y controlar la situación de violencia.

3. Desestimación de la denuncia.

Si luego de recibida la denuncia o realizadas las investigaciones preliminares, el o la fiscal advierte algunos de los supuestos a que se refiere el artículo 301 del Código Orgánico Procesal Penal, procederá a solicitar ante el juez o jueza de control notificado, la desestimación de la denuncia.

4. Solicitud de Prórroga, art. 79 LOSDMVLV.

5. Si las diligencias de investigación practicadas no arrojan elementos de convicción para formular una acusación, lo procedente es dar término a la investigación, mediante el acto conclusivo correspondiente, prescindiendo de la solicitud de prórroga a que se refiere el artículo 79 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, ello en virtud de la imposibilidad de demostrar la comisión del hecho denunciado y de atribuir responsabilidad al señalado como presunto agresor. La prórroga solo se justifica cuando la complejidad del caso lo amerita.

Supuesto especial de flagrancia / 24 horas.

La aplicación de este procedimiento tiene carácter especialísimo y procede ante la necesidad inminente de salvaguardar la vida, libertad e integridad física de la víctima.

Opera cuando, luego del conocimiento del hecho por parte del representante del Ministerio Público, en tiempo hábil, es posible disponer de elementos de convicción que comprometan la responsabilidad de la persona denunciada como agresor y en razón de ello, se instruye al órgano policial a la verificación correspondiente y posterior aprehensión.

El o la fiscal del Ministerio Público que recibe la información sobre la comisión del hecho y ordena la verificación del supuesto de la flagrancia, es a quien le corresponde continuar con la investigación.

En todo caso, la víctima deberá ser citada para que amplíe la información sobre los hechos acontecidos, con el fin de proseguir con la correspondiente investigación.

6. Consultas a la Dirección

En aquellas causas en donde el o la representante fiscal estime pertinente la supletoriedad y complementariedad de la normas, tanto adjetivas como sustantivas (parte general), que implique un criterio jurídico innovador, deberá supeditar la aplicación del mismo, a la emisión de la opinión previa de esta Dirección Especializada, en procura de la consolidación de la unidad de criterio que caracteriza al Ministerio Público.

Efectuadas las consideraciones que anteceden, se le exhorta dar estricto cumplimiento a las directrices aquí impartidas, tendentes a asegurar la efectividad de las actuaciones del Ministerio Público.”

3. Contencioso Administrativo

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 26-07-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Contrataciones Públicas

4.- TEMA: Compromiso de Responsabilidad Social

5.- EXTRACTO

El Compromiso de Responsabilidad Social debe ser incluido en todas las ofertas presentadas en las modalidades de selección de contratistas, así como en los procedimientos excluidos de la aplicación de éstas, cuyo monto total (incluidos los tributos) superen las dos mil quinientas unidades tributaria (2500 UT). Los oferentes deben presentar junto con sus ofertas, una Declaración Jurada mediante la cual se especifique el Compromiso de Responsabilidad Social ofrecido.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº MEMORÁNDUM Nº DCJ-6-25-697-2010

6.2.- FECHA: 26-07-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Por este medio tengo el agrado de dirigirme a Usted, con el objeto de presentar ciertas consideraciones en relación con el Compromiso de Responsabilidad Social. Al respecto, se observa:

En el numeral 16 del artículo 6 de la Ley de Contrataciones Públicas se define al Compromiso de Responsabilidad Social como todos aquellos acuerdos que los oferentes establecen en su oferta, para la atención de por lo menos una de las demandas sociales relacionadas con:

La ejecución de proyectos de desarrollo socio comunitario.
La creación de nuevos empleos permanentes.
Formación socio productiva de integrantes de la comunidad.
Venta de bienes a precios solidarios o al costo.
Aportes en dinero o especies a programas sociales determinados por el Estado o a instituciones sin fines de lucro.
Cualquier otra que satisfaga las necesidades prioritarias del entorno social del órgano o ente contratante

En el artículo 41 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas nuevamente se enumeran las señaladas demandas sociales que pudieren ser atendidas mediante el compromiso de responsabilidad social, indicándose que puede ser aplicado a los proyectos sociales los cuales serán constituidos por la información de las necesidades del entorno social del órgano o ente contratante o de las comunidades organizadas ubicadas en las áreas de influencia de los mismos, y servirán de base para incorporarlos en los pliegos o condiciones de contratación en las diferentes modalidades de selección de

contratistas, así como en los procedimientos excluidos de la aplicación de estas modalidades a excepción de los servicios laborales y los órganos y entes del Estado.

Es importante mencionar que en el artículo 3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas se establece que el Compromiso de Responsabilidad Social no es exigible para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras contratadas directamente entre los órganos y entes señalados en el artículo 3 de la Ley de Contrataciones Públicas, o cuando la selección del contratista sea encomendado a estos órganos o entes.

Siguiendo con el análisis es de mencionar que en los artículos 34 al 39 del señalado Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, respecto al Compromiso de Responsabilidad Social se establecen los siguientes aspectos: a) el supuesto cuantitativo de procedencia, b) el Rango y normativa interna, c) el Plazo de Ejecución, d) la incorporación en las condiciones de contratación, e) la declaración jurada, f) la naturaleza del Compromiso de Responsabilidad Social y g) los servicios laborales. En este sentido, se presentan en forma resumida los señalados aspectos:

Compromiso de responsabilidad social

Supuesto cuantitativo (Artículo 34)	Es requerido en todas las ofertas presentadas en las modalidades de selección de contratistas, así como en los procedimientos excluidos de la aplicación de éstas cuyo monto total incluidos los tributos superen las 2500 UT.
Rango y Normativa Interna (Artículo 35)	Se establece un valor mínimo del uno por ciento (1%) y un máximo del cinco por ciento (5%) del monto del contrato, (sin incluir el Impuesto al Valor Agregado IVA), el cual asumirán los contratistas beneficiarios de la adjudicación
Plazo de Ejecución (Artículo 36)	El plazo de ejecución de la obra o proyecto social debe ser menor al plazo de la actividad u objeto del contrato.
Incorporación en las Condiciones de Contratación (Artículo 37)	La Unidad Usaria o Unidad Contratante debe incorporar o velar que se incorpore dentro de las condiciones de la contratación, fijando los criterios o elementos que deben comprometerse a cumplir los oferentes.
Declaración Jurada (Artículo 38)	Los oferentes deben presentar junto con sus ofertas, una declaración jurada mediante la cual se especifique el Compromiso de Responsabilidad Social ofrecido.
Naturaleza (Artículo 39)	Es independiente del objeto de la contratación pero puede ser de la misma naturaleza.
Servicios laborales (Artículo 40)	Para los servicios laborales excluidos de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas no es aplicable el Compromiso de Responsabilidad Social.

Por otra parte es de referir que los artículos 42 al 50 del citado Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, se vinculan con el Compromiso de Responsabilidad Social, cuyo contenido se presenta en forma resumida:

Compromiso de responsabilidad social

Otorgamiento y publicación (Artículo 42)	Los órganos o entes contratantes deberán publicar en su página WEB el otorgamiento de la adjudicación, señalando el Compromiso de Responsabilidad Social asumido por el adjudicatario.
--	--

Programas sociales (Artículo 43)	No podrá utilizarse el Compromiso de Responsabilidad Social para atender requerimientos que formen parte de las obligaciones de los entes y órganos contratantes o establecidos en el Plan Operativo Anual.
Unidad de Seguimiento y Control (Artículo 44)	Los órganos o entes contratantes velarán por el cumplimiento del Compromiso de Responsabilidad Social y para ello se debe definir dentro de la estructura una unidad técnica administrativa que se encargue del seguimiento y control de su ejecución y cumplimiento.
Responsabilidad del Contratista (Artículo 45)	La ejecución de la obra o proyecto social, para el suministro de bienes, prestación de servicios o la ejecución de obras a una comunidad determinada es responsabilidad única y exclusiva del contratista con el cual el órgano o ente contratante ha suscrito el contrato.
Exclusión en la matriz de evaluación de ofertas (Artículo 46)	Las condiciones que integran el Compromiso de Responsabilidad Social no deben ser consideradas para evaluar comparativamente las ofertas recibidas.
Establecimiento de preferencias (Artículo 47)	Se debe establecer para las PyMIS, Cooperativas y otras formas asociativas de producción, preferencias en los parámetros a cumplir, considerando el tipo de empresa.
Empresas extranjeras no domiciliadas en el país (Artículo 48)	En el caso de contratación con empresas que no tengan filiales ni estén domiciliadas en Venezuela para la adquisición de bienes o prestación de servicios fuera del país, en los cuales la oferta nacional cubra la demanda del órgano o ente contratante, no se aplica el Compromiso de Responsabilidad Social.
Empresas con filiales en el país (Artículo 49)	Cuando se estime que la contratación será realizada en territorio nacional, debe aplicarse el Compromiso de Responsabilidad Social.
Ejercicio de la Contraloría Social (Artículo 50)	En la ejecución de la obra o proyecto social dentro del Compromiso de Responsabilidad Social, deben intervenir, además del contratista y las comunidades beneficiadas los órganos de control y seguimiento.

En el caso del Ministerio Público, el Compromiso de Responsabilidad Social que nos ocupa, a la fecha ha sido previsto como un aporte económico establecido porcentualmente de acuerdo con el monto de la contratación, y representado en una tabla denominada "Tabla del Compromiso de Responsabilidad Social", que es incluida en los pliegos de las contrataciones, siendo la siguiente:

MONTO DEL CONTRATO Bs. Sin IVA	PORCENTAJE (%)
$\geq 2.500 \text{ U.T y } \leq 14.375 \text{ U.T}$	1%
$> 14.375 \text{ U.T y } \leq 26.250 \text{ U.T}$	2%
$> 26.250 \text{ U.T y } \leq 38.125 \text{ U.T}$	3%
$> 38.125 \text{ U.T y } \leq 50.000 \text{ U.T}$	4%
$> 50.000 \text{ U.T}$	5%

Conforme a todo lo anteriormente expresado, y aplicándolo a las contrataciones Públicas que efectúa en Ministerio Público, esta Dirección de Consultoría, considera importante señalar lo siguiente:

1- El Compromiso de Responsabilidad Social esta representado por todos aquellos acuerdos que los oferentes establecen en su oferta, para la atención de por lo menos una de las demandas sociales indicadas en el señalado numeral 19 del artículo 6 de la Ley de Contrataciones Públicas, en consecuencia, la Ley ofrece diferentes alternativas para su cumplimiento.

2.- La Unidad Usuaria o Unidad Contratante debe incorporar o velar que el Compromiso de Responsabilidad Social se incorpore dentro de las condiciones de la contratación.

3.- El Compromiso de Responsabilidad Social debe ser incluido en todas las ofertas presentadas en las modalidades de selección de contratistas, así como en los procedimientos excluidos de la aplicación de éstas, cuyo monto total (incluidos los tributos) superen las dos mil quinientas unidades tributaria (2500 UT). Los oferentes deben presentar junto con sus ofertas, una Declaración Jurada mediante la cual se especifique el Compromiso de Responsabilidad Social ofrecido.

4.- El plazo de ejecución del Compromiso de Responsabilidad Social debe ser menor al plazo de duración del contrato para asegurar su terminación y entrega a entera satisfacción de la comunidad beneficiada. Se considera necesario que el Compromiso de Responsabilidad Social esté incluido en el texto del contrato, orden de servicio u orden de compra según el caso.

5.- La ejecución del Compromiso de Responsabilidad Social es responsabilidad única y exclusiva del contratista con el cual el órgano o ente contratante ha suscrito el contrato. En efecto en el artículo 45 del Reglamento de Contrataciones Públicas incluido en el Capítulo VI denominado "Compromiso de Responsabilidad Social" se señala que "La ejecución de la obra o proyecto social, para el suministro de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras a una comunidad determinada es responsabilidad única y exclusiva del Contratista con el cual el órgano o ente contratante ha suscrito el contrato".

6.- Los órganos o entes contratantes deben velar por el cumplimiento del Compromiso de Responsabilidad Social, para lo cual deben disponer de una unidad técnica administrativa que se encargue del seguimiento y control de su ejecución y cumplimiento. En el caso del Ministerio Público, dicha unidad técnica administrativa, está representada por la Coordinación de Gestión Social adscrita a la Dirección de Fiscalías Superiores, en consecuencia, es la encargada del señalado seguimiento y control de la ejecución del Compromiso de Responsabilidad Social.

Por otra parte, en la ejecución de la obra o proyecto social dentro del Compromiso de Responsabilidad Social, deben intervenir, además del contratista y las comunidades beneficiadas los órganos de control y seguimiento.

7.- No podrá utilizarse el Compromiso de Responsabilidad Social para atender requerimientos que formen parte de las obligaciones de los entes y órganos contratantes o establecidos en el Plan Operativo Anual.

Sin otro particular al cual hacer referencia."

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 28-09-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Contrataciones Públicas

4.- TEMA: Compromiso de Responsabilidad Social

5.- EXTRACTO

El compromiso de responsabilidad social efectuado mediante el aporte en dinero o especie a una institución sin fines de lucro, implica necesariamente que el objeto de la misma este dirigido a la satisfacción de demandas sociales.

El compromiso de responsabilidad social no podrá utilizarse para atender requerimientos que formen parte de las obligaciones de los entes y órganos contratantes.

la adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras que se sugieran para el cumplimiento del compromiso de responsabilidad social en los pliegos o condiciones de contratación no podrán corresponder a las contempladas en los planes operativos de los órganos o entes contratantes.

Los contratistas en cumplimiento del compromiso de responsabilidad social podrán atender solicitudes efectuadas por los consejos comunales y dirigidas necesariamente a responder a las necesidades de la comunidad, para lo cual previamente debe existir un proyecto comunitario aprobado.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº MEMORÁNDUM Nº DCJ-6-25-1254-2010

6.2.- FECHA: 28-09-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Por este medio me dirijo a Usted, en atención al memorando (...), en el cual hace referencia al “...Memorandum Nº DCJ-6-25-697-2010, de fecha 26 de julio de 2010 referente al Compromiso de Responsabilidad Social, aplicadas a las contrataciones públicas que realiza este organismo. Le solicitamos que sea revisado el punto Nº 5 donde establecen las condiciones que su dependencia considera de importancia, específicamente a la ejecución de este compromiso de responsabilidad social que está establecido en el artículo 45 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas...”, y se requiere emitir pronunciamiento respecto a “...como debe ser ejecutado este compromiso de responsabilidad social....a cuales instituciones se le puede otorgar dicho compromiso...en cuanto a las solicitudes de los Consejos Comunales si podrían ser atendidas por medio del compromiso de responsabilidad social y de ser así cuales serían los requisitos que deben cumplir para ser beneficiados...”.

Al respecto esta Dirección de Consultoría Jurídica observa lo siguiente:

1- En relación con “cuales instituciones se le puede otorgar dicho compromiso”: Como se mencionó en el señalado memorando Nº DCJ-6-25-697-2010, de fecha 26 de julio de 2010, en el numeral 19 del artículo 6 de la Ley de Contrataciones Públicas (se mantuvo la numeración de dicha norma en la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Contrataciones Públicas publicada en G.O Nº 39.503 de fecha 06/09/2010), se establece que el Compromiso de Responsabilidad Social consistente en todos aquellos acuerdos que los oferentes establecen en su oferta, está dirigido para la atención de por lo menos una de las demandas sociales relacionadas con aportes en dinero o especies a programas sociales determinados por el Estado o a instituciones sin fines de lucro, así como para la ejecución de

proyectos de desarrollo socio comunitario, la creación de nuevos empleos permanentes, formación socio productiva de integrantes de la comunidad, venta de bienes a precios solidarios o al costo, y cualquier otra que satisfaga las necesidades prioritarias del entorno social del órgano o ente contratante.

Es de señalar, que el Compromiso de Responsabilidad Social efectuado mediante el aporte en dinero o especie a una institución sin fines de lucro, implica necesariamente que el objeto de la misma este dirigido a la satisfacción de demandas sociales, por cuanto el no revestir carácter de lucro no sería suficiente para dar cumplimiento a la intención del legislador.

Por otra parte, se expresó que el artículo 41 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, entre otros particulares, refiere que el Compromiso de Responsabilidad Social puede ser aplicado mediante proyectos sociales los cuales serán constituidos por la información de las necesidades del entorno social del órgano o ente contratante o de las comunidades organizadas ubicadas en las áreas de influencia de los mismos.

Asimismo, se indicó, que el artículo 43 eiusdem, dispone que el Compromiso de Responsabilidad Social no podrá utilizarse para atender requerimientos que formen parte de las obligaciones de los entes y órganos contratantes; así como que la adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras que se sugieran para el Cumplimiento del Compromiso de Responsabilidad Social en los pliegos o condiciones de contratación no podrán corresponder a las contempladas en los Planes Operativos de los órganos o entes contratantes.

2.- Respecto a "como debe ser ejecutado este compromiso de responsabilidad social": Asimismo, en el indicado memorando N° DCJ-6-25-697-2010, de fecha 26 de julio de 2010, considerando lo dispuesto en el artículo 45 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, se señaló que la ejecución de la obra o proyecto social, para el suministro de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras es responsabilidad única y exclusiva del contratista con el cual el órgano o ente contratante ha suscrito el contrato. Por otra parte, se refirió que se debe realizar la Contraloría Social en la ejecución de dicha obra o proyecto social dentro del Compromiso de Responsabilidad Social, en la cual deben intervenir, además del contratista y las comunidades beneficiadas, los órganos de control y seguimiento de acuerdo con el artículo 50 eiusdem.

En este orden de ideas, se expresó que conforme a lo previsto en el artículo 44 del citado Reglamento, los órganos o entes contratantes deben velar por el cumplimiento del Compromiso de Responsabilidad Social asumido por el contratista, y en tal sentido deben disponer dentro de su estructura de una unidad técnica administrativa que se encargue del seguimiento y control de su ejecución y cumplimiento, que en el caso del Ministerio Público, está representada por la Coordinación de Gestión Social adscrita a la Dirección de Fiscalías Superiores.

Se mencionó que a los fines de garantizar el cumplimiento del Compromiso de Responsabilidad Social, el plazo de ejecución de la obra o proyecto social debe ser menor al plazo de ejecución de la actividad u objeto del contrato principal, con el objeto de asegurar su terminación y entrega a entera satisfacción de la comunidad beneficiada, antes o en la misma fecha del cierre administrativo del contrato, y para ello el Compromiso de responsabilidad Social debe ser estipulado en las cláusulas del contrato que se suscriba de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas.

3.- En cuanto a "las solicitudes de los Consejos Comunales si podrían ser atendidas por medio del compromiso de responsabilidad social y de ser así cuales serían los requisitos que deben cumplir para ser beneficiados". En relación con este particular es de señalar que los Consejos Comunales, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley Orgánica que regula su constitución, conformación, organización y funcionamiento son entendidos como "...una instancia de participación para el ejercicio directo de la soberanía popular y su relación con los órganos y entes del Poder Público para la formulación, ejecución, control y evaluación de las políticas públicas, así como los planes y proyectos vinculados al desarrollo comunitario". Por otra parte, en el artículo 2 de la Ley Orgánica de los Consejos Comunales, se indica que dichas instancias de participación "...permiten al pueblo organizado ejercer el gobierno comunitario y la gestión directa de las políticas públicas y proyectos orientados a responder a las

necesidades, potencialidades y aspiraciones de las comunidades...”.

Como se observa, las normas anteriormente transcritas hacen mención a la ejecución de planes y proyectos comunitarios vinculados a la comunidad y orientados a responder a sus necesidades, potencialidades y aspiraciones. En este sentido, es de señalar que conforme al numeral 7 del artículo 4 de la Ley Orgánica de los Consejos Comunales se entiende por proyectos comunitarios “...el conjunto de actividades concretas orientadas a lograr uno o varios objetivos, para dar respuesta a las necesidades, aspiraciones y potencialidades de las comunidades. Los Proyectos deben contar con una programación de acciones determinadas en el tiempo, los recursos, los responsables y los resultados esperados”.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 19 *eiusdem*, Los consejos comunales, están integrados a los fines de su funcionamiento, por la Asamblea de ciudadanos y ciudadanas del Consejo Comunal, el colectivo de coordinación comunitaria, la Unidad Ejecutiva, la Unidad Administrativa y Financiera Comunitaria y la Unidad de Contraloría Social, considerándose de importancia destacar que a la referida Asamblea de ciudadanos y ciudadanas, entre otras funciones previstas en el artículo 23 *ibidem*, le corresponde “5.-Aprobar los proyectos comunitarios, de comunicación alternativa, educación, salud, cultura, recreación, actividad física y deporte, socioproductivos, de vivienda y hábitat, de infraestructura, de funcionamiento, entre otros y la creación de organizaciones socioproductivas a ser propuestos antes distintos órganos y entes del poder Público o instituciones privadas”.

Considerando lo anteriormente expresado, así como que el Compromiso de Responsabilidad Social está orientado a satisfacer demandas sociales, se puede señalar que resultaría factible que los contratistas en cumplimiento de dicho compromiso atiendan solicitudes efectuadas por los consejos comunales y dirigidas necesariamente a responder a las necesidades de la comunidad, para lo cual previamente debe existir un proyecto comunitario aprobado y que establezca la programación de acciones determinadas para su ejecución, la indicación de los recursos, la identificación de los responsables y los resultados esperados.

Por otra parte, como ya se indicó el plazo de ejecución de la obra o proyecto social debe ser menor al plazo de ejecución de la actividad u objeto del contrato principal (suscrito entre el contratista y el Ministerio Público), con el objeto de asegurar su terminación y entrega a entera satisfacción de la comunidad beneficiada, siendo que se debe ejercer la contraloría social en los términos previstos en la Ley de contrataciones Públicas.

Sin otro particular al cual hacer referencia.”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 28/02/2011

2.- Fiscalía REMITENTE:

Fiscalía Segunda ante el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena y ante las Salas Constitucional, Políticoadministrativa y Electoral

3.- MATERIA: Contencioso-Administrativo

4.- TEMA:

Controversia o conflicto administrativo suscitado entre el Distrito Metropolitano de Caracas y el Municipio Baruta del estado Miranda, con motivo de la no transferencia del situado constitucional y del aporte financiero al ente accionante.

5.- EXTRACTO

“...Habiendo sido declarada improcedente la transacción y no siendo un hecho controvertido la existencia de la deuda ni su monto lo cual se evidencia del hecho mismo de haber intentado tranzar, para este Despacho lo procedente es que esa Sala condene al Municipio Baruta a honrar dicha deuda en forma inmediata por tratarse de una suma líquida y exigible no sujeta a ser presupuestada a futuro, sino que debe figurar en el presupuesto correspondiente a cada uno de los años señalados reposar dicha suma de dinero en una cuenta bancaria, sumas estas que según fueron detalladas en el libelo...”

6.- CONTENIDO

6.1.- OPINIÓN Nº

FSATSJ-52-2010

EXP. Nº 2004-2118

6.2.- FECHA:

27/10/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“...Del Informe del Ministerio Público

Punto previo

De la no decisión de la solicitud de acumulación cursante en autos

Ciudadanos Magistrados con el mismo respeto con que el Despacho a mi cargo siempre se ha dirigido a ustedes, he de indicarle en esta oportunidad que el mismo no está de acuerdo con la fijación del lapso que para la presentación de informes se hizo mediante auto de fecha 13 de julio de 2010.

Tal desacuerdo deviene de la consideración de que antes del acto de informe debió decidirse si resultaba o no procedente la acumulación, pues de ello depende la certeza de que la decisión que se adopte en este caso resulte o no ajustada a derecho, pues a estas alturas del proceso no se sabe si la misma es procedente y por lo tanto se debe informar abarcándolas todas, o si por el contrario es improcedente, caso en el cual vale decidir esta causa en solitario.

Esa incertidumbre para el Despacho que represento, en este estadio del proceso debería estar despejada, no resultando en consecuencia, procedente –se reitera- informar en este acto sin que conste la citada decisión respecto a la petición de acumulación, pues se corre el riesgo de lesionar los principios de celeridad y economía procesal para el caso de que la misma resulte procedente.

III

De la opinión del Ministerio Público

Observa el Despacho que representó de autos, que en el presente caso tuvo lugar la celebración de una de las figuras denominadas de auto composición procesal, cual es la llamada transacción entre las partes.

Asimismo observa, que tal transacción fue declarada improcedente, en fecha 02 de abril de dos mil ocho (2008), mediante sentencia N° 396, cuyo tenor parcial es el siguiente:

'...IV (...) Motivación (...) Pasa a pronunciarse esta Sala sobre la transacción celebrada por las partes en el presente juicio y, al efecto, observa: (...) La transacción es uno de los modos de autocomposición procesal, que tiene la misma eficacia de la sentencia, constituyendo una solución convencional de la litis, mediante la cual las partes se elevan ellas mismas a jueces de sus respectivas peticiones y ponen fin al proceso, dejando resuelta la controversia con el efecto de cosa juzgada propio de la sentencia. (...) Está definida en el artículo 1.713 del Código Civil, como un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, con fuerza de Ley (artículo 1.159 del Código Civil) y de cosa juzgada entre las partes (artículo 1.718 eiusdem). Como tal, produce el efecto procesal de terminar el litigio pendiente, subrogándose a la sentencia. (...) Además, para transigir se necesita tener capacidad para disponer de las cosas comprendidas en la transacción (artículo 1.714 del Código Civil), y que su objeto sea lícito, posible, determinado o determinable (artículo 1.155 eiusdem). (...) Asimismo, este medio de autocomposición procesal, se excluye en los conflictos sobre materias en las cuales estén prohibidas las transacciones, tal como lo establece el artículo 256 del Código de Procedimiento Civil: (...) "Las partes pueden terminar el proceso pendiente, mediante la transacción celebrada conforme a las disposiciones del Código Civil. Celebrada la transacción en el juicio, el Juez la homologará si versare sobre materias en las cuales no estén prohibidas las transacciones, sin lo cual no podrá procederse a su ejecución". (...) En sentencia N° 05894 de fecha 13 de octubre de 2005, esta Sala señaló que cuando el citado artículo 256 hace mención a las materias en las cuales están prohibidas las transacciones, ello se refiere a los conflictos sobre derechos o relaciones indisponibles, que son todos aquellos relativos al estado y capacidad de las personas, y también en las controversias que interesan al orden público o las buenas costumbres. En tales materias, en que está interesado el orden público y se regulan por leyes con tal carácter, no puede haber transacción, pues según el artículo 6 del Código Civil: "No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público o las buenas costumbres". Asimismo, la referida decisión indicó que el orden público es definido como el conjunto de condiciones fundamentales de la vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos. (...) Por otra parte, el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil exige que el apoderado judicial para transigir posea facultad expresa, de lo contrario el juzgador no podrá proceder a homologar la transacción celebrada. Dicha disposición reza lo siguiente: (...) "Artículo 154. (...) El poder faculta al apoderado para cumplir todos los actos del proceso que no estén reservados expresamente por la ley a la parte misma; pero para convenir en la demanda, desistir, transigir, comprometer en árbitros, solicitar la decisión según la equidad, hacer posturas en remates, recibir cantidades de dinero y disponer del derecho en litigio, se requiere facultad expresa". (...) En este orden de ideas, la Sala pasa a examinar si en el caso de autos se cumplen los requisitos exigidos para homologar la referida transacción. (...) En primer término, el 22 de noviembre de 2006, esta Sala Político-Administrativa dictó auto para mejor proveer en el cual solicitó a las partes consignar "las actas de las cuales se desprende la autorización otorgada a los Alcaldes tanto por el Concejo Municipal del Municipio Baruta del Estado Miranda como por el Cabildo Metropolitano, respectivamente para transigir en la presente causa". (...) Ahora bien, a los fines de dar cumplimiento al dispositivo del mencionado fallo, se aprecia que por diligencia del 06 de febrero de 2007, la representación judicial del Municipio Baruta del Estado Miranda consignó copia certificada del acta Nro. 66 de fecha 11 de octubre de 2005, emanada del Concejo Municipal del Municipio Baruta del Estado Miranda. En dicha acta se sometió a discusión en el punto 1 de las órdenes del día dentro de la "Cuenta de Presidencia" "la comunicación enviada por el Alcalde Henrique Capriles sobre (...) la aprobación de la celebración del contrato de transacción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95, numeral 14 de la Ley Orgánica del Poder Público" y con ello resolver la controversia administrativa planteada por el Distrito Metropolitano de Caracas. En este sentido, la Presidenta sometió a consideración de la Cámara tanto la aceptación del convenio a firmar con la Alcaldía Metropolitana, como la autorización al Alcalde para transigir en el presente juicio, siendo ambos aspectos aprobados por los concejales presentes en la sesión ordinaria. (...) Asimismo, pudo constatar la Sala que en fecha 22 de febrero de 2007, la apoderada judicial especial de la Procuraduría Metropolitana de Caracas, consignó acta de sesión del Cabildo Metropolitano de Caracas, del 11 de octubre de 2005, en el cual el ciudadano Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas fue autorizado por el referido Cabildo para celebrar con el Municipio Baruta del Estado Miranda, la transacción judicial que ponga fin a la controversia administrativa de autos. (...) Ello así, se constata que tanto el Alcalde

del Municipio Baruta del Estado Miranda como el Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas, estaban facultados para suscribir el acuerdo transaccional consignado el 02 de noviembre de 2005. (...) Es necesario reiterar que la transacción como medio de autocomposición procesal requiere, para adquirir validez, no sólo la facultad expresa, sino al mismo tiempo, que se tenga la capacidad para disponer de las cosas comprendidas en ella, pues constituye un acto que excede de la simple administración. (...) Al respecto, el objeto de la presente transacción versa sobre el pago del diez por ciento (10%) de la cuota de participación en el situado constitucional, así como los aportes financieros derivados de los ingresos propios. En este sentido, se tiene que el situado constitucional constituye una asignación económica que por mandato de la Constitución debe ser transferida obligatoriamente por el Poder Ejecutivo Nacional al Poder Ejecutivo Estadal y Municipal, dentro de los primeros siete (7) días de cada mes, como lo establece el artículo 15 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencias de competencias del Poder Público. (...) Concretamente en el presente asunto, es necesario aludir a las fuentes de ingresos que debe percibir el Distrito Metropolitano de Caracas como lo son el llamado situado municipal y el aporte financiero, los cuales se hallan previstos en los numerales 4 y 5 del artículo 22 de la Ley Especial sobre el Régimen de la mencionada entidad político territorial, en los siguientes términos: (...) "Artículo 22. Son ingresos del Distrito Metropolitano de Caracas: (...) (...*Omissis*...) (...) 4. El diez por ciento (10%) de la cuota de participación en el situado que corresponde a cada uno de los Municipios integrados en el Distrito Metropolitano de Caracas. (...) 5. El aporte financiero, en cada ejercicio fiscal, de los Municipios integrados en el Distrito Metropolitano de Caracas, en proporción equivalente al diez por ciento (10%) del ingreso propio efectivamente recaudado por cada uno de ellos en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior". (...) Siendo así, estas fuentes de ingresos del Distrito Metropolitano de Caracas y correlativamente obligaciones dinerarias a cargo de los Municipios establecidas en la precitada Ley, forman parte de las subvenciones no condicionadas dentro del esquema fiscal venezolano, entendidas éstas como un auxilio financiero obligatorio de un ente territorial a otro, en este supuesto de carácter horizontal por mandato expreso de la ley. Por tanto, la obtención del situado municipal en este caso particular, como el aporte financiero, constituye un derecho constitucional propio del Distrito Metropolitano de Caracas, cuya transferencia debe ser permanente y periódica, para así garantizar su percepción y con ello financiar los servicios públicos regionales destinados a satisfacer las necesidades de la colectividad. (...) En tal sentido, la materia bajo controversia, como se infiere adicionalmente de la opinión consignada por la Contraloría General de la República, reviste características de orden público que impiden ser objeto de transacción, al versar sobre obligaciones de rango constitucional y de interés colectivo según los elementos antes descritos. (...) Por tanto, si bien se verificó de las actas cursantes en autos que los mencionados Alcaldes estaban facultados expresamente por el Concejo Municipal del Municipio Baruta del Estado Miranda y el Cabildo Metropolitano de Caracas para transigir, esta Sala estima que tales autoridades no poseen capacidad en virtud de la indisponibilidad de la materia que comprende la transacción; razones por las cuales, debe declararse improcedente la homologación de la transacción celebrada entre las partes. Así se decide. (...) V (...) Decisión (...) En virtud de las consideraciones antes expuestas, esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara Improcedente la homologación de la transacción suscrita entre el Distrito Metropolitano de Caracas y el municipio Baruta del estado Miranda...'

Al respecto cabe indicar que el Despacho que represento comparte el criterio expuesto por esa Sala en la sentencia antes copiada, pues efectivamente estamos en presencia de una materia que atañe al orden público el cual no puede ser objeto de transacción.

Habiendo sido declarada improcedente la transacción y no siendo un hecho controvertido la existencia de la deuda ni su monto lo cual se evidencia del hecho mismo de haber intentado tranzar, para este Despacho lo procedente es que esa Sala condene al municipio Baruta a honrar dicha deuda en forma inmediata por tratarse de una suma líquida y exigible no sujeta a ser presupuestada a futuro, sino que debe figurar en el presupuesto correspondiente a cada uno de los años señalados reposar dicha suma de dinero en una cuenta bancaria, sumas estas que según fueron detalladas en el libelo son las siguientes:

1) Situado distrital año 2000

Ciento cuarenta y cuatro millones setecientos cincuenta y seis mil ochocientos veintisiete bolívares con diez céntimos (bs. 144.756.827,10).

2) Situado distrital año 2001

quinientos doce millones seiscientos cincuenta y seis mil novecientos ochenta y tres bolívares con veintiún céntimos (bs. 512.656.983,21).

3) Situado distrital año 2002

quinientos cuarenta millones quinientos noventa y cinco mil seiscientos tres bolívares con veinticuatro céntimos (bs. 540.595.603,24.)

4) Situado distrital año 2003

ochocientos treinta y ocho millones treinta y seis mil cincuenta y cuatro bolívares con cincuenta céntimos (bs- 838-036.054,50).

5) Situado distrital año 2004

doscientos sesenta y ocho millones quinientos ochenta mil seiscientos cincuenta y cinco bolívares con noventa y siete céntimos (268.580.655,97).

6) Ingresos propios año 2000

setecientos treinta y tres millones novecientos cincuenta y nueve mil cuarenta y cuatro bolívares con setenta céntimos (bs. 733.959.044,70.)

7) Ingresos propios año 2001

dos mil ochocientos cuatro millones setecientos treinta y cuatro mil novecientos cincuenta y seis bolívares con treinta y cuatro céntimos (bs. 2.804.734.956,34)

8) Ingresos propios año 2002

dos mil novecientos ocho millones ciento cuarenta y nueve mil cuatrocientos cincuenta y nueve bolívares con sesenta y un céntimos (bs. 2.908.149.459,61).

9) Ingresos propios años 2003.

tres mil trescientos setenta y un millones ochocientos cincuenta y ocho mil cuatrocientos doce bolívares con noventa y ocho céntimos (bs. 3.371858.412,98).

10) Ingresos propios distritales del año 2004

nueve mil ochocientos dieciocho millones setecientos un mil ochocientos setenta y tres bolívares con sesenta y tres céntimos (bs. 9.818.701.873,63).

11) Intereses moratorios.

Conclusión

En virtud de lo antes expuesto, el Ministerio Público es del criterio, que el conflicto o controversia planteado, debe declararse a favor del Distrito Metropolitano de Caracas, en el sentido de que tiene derecho Constitucional y legal al pago de los montos reclamados, monto este cuya exactitud debe ser verificado por ese Alto Tribunal, en ejercicio del principio inquisitivo que lo rige, ello en consideración de que no consta en autos que dicha deuda hasta la fecha haya sido honrada.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 24/02/2011

2.- FISCALÍA
REMITENTE:

Fiscalía Primera del Ministerio Público ante el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena y ante sus Salas Constitucional, Político-Administrativa y Electoral

3.- MATERIA: Derecho Administrativo

4.- TEMA:

Potestades del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (Indepabis)

5.- EXTRACTO

“...En el presente recurso de interpretación, la parte accionante solicita que el Máximo Tribunal de la República aclare el alcance jurídico de los artículos 99 numeral 6, 100, 101, 105 y de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (...) / (...) la nueva Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.358 del 1° de febrero de 2010, determina (...) en el artículo 100 (antes artículo 99), que ‘Corresponderá a la Ministra o Ministro del Poder Popular con competencia en la materia’ y seguidamente la norma señala sus atribuciones dentro de las cuales se encuentra en el numeral 1 ‘El establecimiento de las políticas de defensa de las personas en el acceso de los bienes y servicios para el cumplimiento del objetivo previsto en el artículo 1 de esta Ley’. / Establecido entonces que el Ente Rector será de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 100 de la Ley vigente de febrero de 2010, el Ministro de la materia, no existe duda en cuanto a que el nuevo Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (Indepabis), se constituye en un órgano de menor rango cuyas atribuciones están definidas en la Ley. / (...*Omissis*...) / (...) la nueva ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, no establece la supresión del Instituto (...); en su lugar, cambia la estructura organizativa, y al no darle rango de Instituto Autónomo, quiso atribuirle la función técnica de lo que significa la protección de las personas en el acceso a los bienes y servicios. / En este orden de ideas, se colige igualmente su dependencia financiera del Ministerio de la materia, por cuanto nada señala sobre esta cuestión (...) / (...) Interpreta el Ministerio Público entonces, que la Ley otorgó el carácter de Ente Rector al Ministro de la Materia, dado que el Texto Fundamental en su Artículo 242, establece que ‘los Ministros o Ministras son órganos directos del Presidente o Presidenta de la República’, en virtud de la importancia que para el Estado guarda esta función de Control de la Administración Pública. / (...) en relación a las competencias del Instituto, establecidas en el artículo 101 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, básicamente mantienen las mismas competencias que poseían con la ley derogada, por lo tanto esta Representación considera innecesaria tal interpretación (...) / (...*Omissis*...) / (...) tanto en el artículo 100 como en el artículo 106, le atribuye única y exclusivamente al Ministro del Poder Popular con competencia en la materia, la potestad de nombrar a los Directores y al personal de confianza, por tal motivo esta Representación Fiscal considera en cuanto a la remoción del personal de confianza actual, que le corresponde remover a quien asigna, por lo tanto le corresponde igualmente al Ministro antes mencionado, en virtud de la discrecionalidad que le asigna la Ley cuando se trata de cargos de libre nombramiento y remoción...”

6.- CONTENIDO

6.1.- DICTAMEN N° FPTSJ-2010-014

6.2.- FECHA: 25/02/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

"...III / Informe del Ministerio Público / Expuestos como han sido los argumentos de la parte recurrente, pasa el Ministerio Público a presentar la opinión correspondiente y en este sentido, observa: / En el presente recurso de interpretación, la parte accionante solicita que el Máximo Tribunal de la República aclare el alcance jurídico de los artículos 99 numeral 6, 100, 101, 105 y de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. / Como punto previo, debe esta representación fiscal señalar, que en el caso de autos se ha configurado la 'conversión del recurso', denominado así por la jurisprudencia, por cuanto de los autos se desprende que la interpretación se refiere a los precitados artículos de la ahora Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.889 Extraordinario del 31 de julio de 2008, la cual fue derogada, por su última reforma publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.358 del 1° de febrero de 2010; siendo que las normas cuya interpretación se solicita, mantienen el contenido anterior y sólo cambian su numeración, razón por la cual estima el Ministerio Público que el presente recurso continúa inalterable. / En cuanto a la Disposición Transitoria Segunda, en la nueva Ley fue eliminada, en virtud de lo cual resulta innecesario pronunciarse sobre la misma, al haber perdido su vigencia. / Precisado lo anterior, pasa el Ministerio Público a emitir su opinión en cuanto a la interpretación solicitada para lo cual estima necesario realizar las siguientes consideraciones sobre el Ente Rector. / Para iniciar el análisis de las normas objeto de la presente solicitud, se hace necesario destacar, que la nueva Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.358 del 1° de febrero de 2010, determina en el Título IV 'De la autoridad competente'; específicamente el Capítulo I 'Del órgano rector' en el artículo 100 (antes artículo 99), que 'Corresponderá a la Ministra o Ministro del Poder Popular con competencia en la materia' y seguidamente la norma señala sus atribuciones dentro de las cuales se encuentra en el numeral 1 'El establecimiento de las políticas de defensa de las personas en el acceso de los bienes y servicios para el cumplimiento del objetivo previsto en el artículo 1 de esta Ley.'. / Establecido entonces que el Ente Rector será de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 100 de la Ley vigente de febrero de 2010, el Ministro de la materia, no existe duda en cuanto a que el nuevo Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (Indepabis), se constituye en un órgano de menor rango cuyas atribuciones están definidas en la Ley. / Por cuanto la duda en la interpretación que se solicita, se refiere ampliamente, a la autonomía funcional del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (Indepabis), queda claro para el Ministerio Público que no corresponde al Instituto la rectoría de 'la defensa, protección, y salvaguarda de los derechos e intereses individuales y colectivos en el acceso de las personas a los bienes y servicios...'; esto es, el cumplimiento del objetivo de la Ley, previsto en el artículo 1, por cuanto la misma ha sido asignada clara e inequívocamente al Ministro de al cual se le asigne la materia. / En cuanto, al ahora artículo 101 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios que dispone la creación del referido Instituto señala el recurrente que '...nada establece acerca de su patrimonio, autonomía financiera y organizativa, administrativa y funcional, más aún no señala si el nuevo Instituto goza de personalidad jurídica, cualidades que estaban atribuidas al Indecu y que son de vital importancia para el buen funcionamiento del Instituto'. / En este sentido, el artículo 101 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, establece: / 'Artículo 101. Se crea el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios, adscrito al Ministerio del Poder Popular con competencia en la materia.' / (...)' / Para luego la norma determinar las dependencias que componen la Institución. / De otra parte observamos, que el artículo 102 que determina las competencias del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, las cuales son de carácter técnico. / En este sentido, la Carta Magna establece en el Artículo 141, los principios sobre los cuales se erige la Administración Pública como contenido primordial de la actividad que desarrolla el Poder Ejecutivo, y se refiere a las actividades de gestión, que el titular de la misma desempeña sobre los bienes del Estado para la realización de un servicio público como satisfacción de las necesidades públicas para lograr con ello el bien general, siempre sometido al marco jurídico especializado que norma su ejercicio y se concreta mediante actos. Así tenemos que establece, que "La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.'. / Tenemos entonces, que la estructura de la

Administración Pública se encuentra definida en la Carta Magna, que señala los principios en base a los cuales debe organizarse su gestión, en el presente caso, el Presidente de la República y el Ministro de la materia, quedan directamente relacionado con la actividad de defensa, protección, y salvaguarda de los derechos e individuales y colectivos en el acceso de las personas a los bienes y servicios, cuestión que le está permitida en base a los principios ya mencionados. / Igualmente en base a lo consagrado en el artículo 142 de la Carta Magna, el cual Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, no responde a las características de un Instituto Autónomo, por cuanto la Ley nada señala sobre ese particular. / Asimismo, es importante observar que el artículo 108 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (derogada), sí establecía que el Instituto gozaba de autonomía teniendo como razón la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (Indecu), gozaba de personalidad jurídica, patrimonio propio, autonomía técnica, financiera, organizativa, administrativa y funcional, y estaba adscrito al ministerio con competencia sobre protección al consumidor, su personal se regía por un estatuto especial en el cual se establecieron las disposiciones que regulaban el sistema de administración de personal. / Además, el Instituto en la Ley derogada era el organismo competente para la aplicación administrativa de la presente ley y su Reglamento y las disposiciones que el Ejecutivo Nacional dictase en el ejercicio de las funciones que le están atribuidas. / En este sentido se hace igualmente importante, señalar lo que establece la Ley Orgánica de la Administración Pública, en sus artículos 98, 99, 100 y 101 las cuales son del siguiente tenor: / 'Artículo 98. Los institutos públicos gozarán de los privilegios y prerrogativas que la ley acuerde a la República, los estados, los distritos metropolitanos o los municipios. / Artículo 99. La actividad de los institutos públicos queda sujeta a los principios y bases establecidos en la normativa que regule la actividad administrativa, así como a los lineamientos de la Planificación Centralizada. / Artículo 100. Los institutos públicos sólo podrán ser suprimidos por ley, la cual establecerá las reglas básicas de la disolución, así como las potestades necesarias para que el respectivo Ejecutivo nacional, estatal, del distrito metropolitano o municipal proceda a su liquidación. / Artículo 101. Los institutos autónomos se regularán conforme a las disposiciones previstas en la presente sección, y todas aquellas normas que les sean aplicables a los institutos públicos.' / Igualmente la Ley Orgánica de la Administración Pública, establece en el artículo 28, el Principio de Jerarquía en virtud del cual '...los órganos de inferior jerarquía estarán sometidos a la dirección, supervisión y control de los órganos superiores de la Administración Pública con competencia en la materia respectiva'. / Los razonamientos anteriores conducen a interpretar que efectivamente la nueva ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, no establece la supresión del Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario; en su lugar, cambia la estructura organizativa, y al no darle rango de Instituto Autónomo, quiso atribuirle la función técnica de lo que significa la protección de las personas en el acceso a los bienes y servicios. / En este orden de ideas, se colige igualmente su dependencia financiera del Ministerio de la materia, por cuanto nada señala sobre esta cuestión. Interpreta el Ministerio Público entonces, que la Ley otorgó el carácter de Ente Rector al Ministro de la Materia, dado que el Texto Fundamental en su Artículo 242, establece que 'los Ministros o Ministras son órganos directos del Presidente o Presidenta de la República', en virtud de la importancia que para el Estado guarda esta función de Control de la Administración Pública. / Finalmente en relación a las competencias del Instituto, establecidas en el artículo 101 de la ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, básicamente mantienen las mismas competencias que poseían con la ley derogada, por lo tanto esta Representación considera innecesaria tal interpretación. / Establecido lo anterior, cabe entonces interpretar concatenadamente el contenido del numeral 6 del ahora artículo 100 y los numerales 5 y 7 del artículo 106 (antes 105) de la Ley para la defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, los cuales disponen: / 'Artículo 100. Corresponderá a la Ministra o Ministro del Poder Popular con competencia en la materia: / (Omissis) / 6. Designar y remover los integrantes del Consejo Directivo del Instituto para la Defensa de las Personas en el acceso a los Bienes y Servicios y los demás Directores y personal de confianza adscrito a dicho Instituto. / (...)' / 'Artículo 106. La Presidenta o Presidente del Instituto para la Defensa de las Personas en el acceso a los Bienes y Servicios tendrá las siguientes atribuciones: / (Omissis) / 5. Impartir órdenes e instrucciones a las funcionarias o los funcionarios del Instituto. / (...) / 7. El régimen de personal, salvo aquellos que expresamente se encuentren sujetos al órgano rector, de conformidad con el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.' (Resaltado el Ministerio Público). / Al respecto, la ley es clara y precisa, ya que tanto en el artículo 100 como en el artículo 106, le atribuye única y exclusivamente al Ministro del Poder Popular con competencia en la materia, la potestad de nombrar a los Directores y al personal de confianza, por tal motivo esta Representación Fiscal considera en cuanto a la remoción del personal de confianza actual, que le corresponde

remover a quien asigna, por lo tanto le corresponde igualmente al Ministro antes mencionado, en virtud de la discrecionalidad que le asigna la Ley cuando se trata de cargos de libre nombramiento y remoción. / En relación a los Directores y personal de Confianza que se encuentran laborando en el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios, y que antes fueron asignados por el Presidente del Instituto, el Ministerio Público considera que el límite en el actuar del Ministro de la materia será lo consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que consagra en el artículo 87, lo siguiente: / 'Artículo 87.-Toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar. El Estado garantizará la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona puede obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho. Es fin del Estado fomentar el empleo. La ley adoptará medidas tendentes a garantizar el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras no dependientes. La libertad de trabajo no será sometida a otras restricciones que las que la ley establezca.' / En consecuencia, el personal de Confianza y Directores, en virtud del derecho al trabajo consagrado en nuestra Carta Magna, que no han sido revocados de sus cargos por el Ministro del Poder Popular con competencia en la materia, hasta la presente fecha, deben continuar ejerciendo sus funciones hasta tanto no sean revocados o ratificados en el mismo; e igualmente considera esta representación fiscal, que han quedado sometidos al cambio en su Estatuto de Personal. / IV / Conclusión / En razón de los fundamentos expuestos, estima el Ministerio Público que la solicitud de interpretación realizada por el ciudadano Eduardo Samán actuando con el carácter de Presidente del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (Indepabis) corresponde a esa Sala Político-Administrativa –como ordenadora del Proceso- indicar con precisión cómo se debe interpretar la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 20-08-10

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho procesal civil

4.- TEMA: Publicación de carteles por parte del Ministerio Público

5.- EXTRACTO

Al Ministerio Público le corresponderá impulsar la publicación de carteles y edictos, tan sólo cuando tenga un interés directo en procesos de naturaleza civil o en procesos contenciosos administrativos.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° MEMORÁNDUM N° DCJ-8-1012-2010

6.2.- FECHA: 20-08-10

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“(...) consulta a esta Dirección acerca de si corresponde al Ministerio Público realizar la publicación de carteles de notificación y edictos emanados de los órganos jurisdiccionales.

Al respecto, cabe destacar que para la publicación de carteles y edictos de notificación, debe atenderse a su contenido, por cuanto del mismo dependerá quién será el llamado a impulsar tal acción, y por ende a costear los gastos de las publicaciones que sean necesarias.

El primero de los carteles que se encuentra anexo a la consulta por usted realizada, se encuentra relacionado con una demanda de inquisición de paternidad, ejercido por la madre de un niño (menor de edad), en virtud de lo dispuesto en el artículo 227 del Código Civil venezolano, según el cual los legitimados para interponer tal acción, son el representante legal del hijo (menor de edad) y si éste no lo hiciera, podrán el Ministerio Público, los organismos públicos encargados de la protección del menor, el progenitor y los ascendientes.

En este sentido, el artículo 231 del mencionado código, señala que el Ministerio Público intervendrá en las acciones relativas a la filiación, cuyo procedimiento se sustanciará de conformidad con lo estipulado en el Código de Procedimiento Civil para el juicio ordinario.

Así, el artículo 131 del Código de Procedimiento Civil, señala que el Ministerio Público intervendrá “en las causas relativas a la rectificación de los actos del estado civil y a la filiación” (ordinal 3º), y a estos efectos, su participación se limita a promover la prueba documental y a intervenir en la evacuación de las pruebas promovidas, indicándose que no puede interponer apelación ni recurso alguno contra las decisiones dictadas en el curso de dicho proceso (artículo 133).

Ahora bien, en el caso al que se refiere el cartel objeto de análisis, la demanda fue interpuesta por la madre del niño, limitándose con ello la intervención del Ministerio Público a los casos señalados en el párrafo anterior, correspondiendo a la demandante impulsar el proceso, por cuanto para la validez del juicio es necesario que el demandado se encuentre citado, a fin de que dé contestación a la misma, y que los terceros que pueda tener interés en el asunto estén en conocimiento de la acción que se ha incoado (artículo 770 del Código de Procedimiento Civil).

/ (...)

En segundo lugar, se encuentra un cartel de notificación, a través del cual se le informa a un ciudadano de nacionalidad chilena, acerca de la demanda de daños y perjuicios incoada en su contra por dos representantes fiscales, a los fines de que pague el monto demandado o convenga los términos de la demanda.

Aquí, el Ministerio Público actúa en condición de demandante, señalando el artículo 133 del Código de Procedimiento Civil, al referirse a este organismo, que cuando "interviene en las causas que el mismo habría podido promover, tiene iguales poderes y facultades que las partes interesadas", y por tanto, con base a lo dispuesto en el artículo 650 *ejusdem*, corresponde al demandante consignar ante el tribunal los ejemplares del periódico donde haya sido publicado el cartel.

Sobre la base de lo anterior, se entiende que en este supuesto concreto, al poseer las mismas facultades de las partes interesadas, corresponderá al Ministerio Público impulsar la citación del demandante, realizando la publicación del mencionado cartel.

El último de los carteles de citación anexos a la comunicación remitida, es el relativo a la notificación de una demanda por obligación de manutención, a los fines de que el demandante dé contestación a ésta.

/ (...)

En cuanto al procedimiento para la notificación de los interesados, es decir, contra quienes obre la solicitud y contra los terceros interesados, el artículo 516 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, indica que debe publicarse un cartel en un diario de circulación nacional o local, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 461 de la misma ley especial, el cual contempla lo relativo a la notificación de cartel o edicto, de la siguiente manera: (...)

Vista la anterior transcripción, en virtud de que la consignación del cartel de notificación, a los fines de que sea agregado al expediente, corresponde a la demandante, como parte interesada, es sobre ésta en quien recae la obligación de impulsar dicha publicación, realizando con ello, las gestiones necesarias a los fines de que el demandado dé contestación a la acción incoada en su contra y de modo alguno recaerá sobre el Ministerio Público dicha obligación, ya que en este procedimiento no interviene como parte interesada.

Así las cosas, a manera de resumen, puede decirse que al Ministerio Público corresponderá impulsar la publicación de los carteles y edictos: en primer lugar, cuando se constituya en parte de procesos de naturaleza civil, en donde la ley permite su actuación con tal condición, con lo cual se sobreentiende que ejercerá los mismos derechos y atribuciones de las partes, no así, cuando simplemente asiste a una de las partes; y, en segundo lugar, cuando el Ministerio Público es parte en procesos contenciosos administrativos, como por ejemplo cuando es demandado en querellas de carácter laboral.

Es decir, que en ambos casos, el Ministerio Público tiene un interés directo, bien por ser sus propios intereses los que están en juego o bien cuando son los de terceros representados por esta Institución, en cuyo caso actúa en nombre propio.

Caso contrario ocurrirá cuando el Ministerio Público, participa en los procesos como parte buena fe, asistiendo a alguna de las partes, en cuyo caso, corresponderá el impulso de dichos procesos a las partes, y por ende la publicación de los carteles y edictos de notificación estará a cargo de los mismos, y no recaerá en esta Institución.

Por último, debe desatacarse que en aquellos casos en los que la parte interesada, no cuente con los medios económicos para la realización de la publicación del cartel o edicto correspondiente según el procedimiento que se ventile, deberá alegar tal circunstancia ante el correspondiente órgano jurisdiccional a los fines de que se proceda de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, en el Libro Primero, Título III, Capítulo IV "De la Justicia Gratuita", artículo 175 y siguientes, en donde se establece el llamado beneficio de justicia gratuita, el cual deberá ser declarado por el órgano jurisdiccional competente para ello."

"DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010"

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 28/02/2011

2.- Fiscalía REMITENTE:

Fiscalía Segunda ante el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena y ante las Salas Constitucional, Políticoadministrativa y Electoral

3.- MATERIA: Contencioso-Administrativo

4.- TEMA:

Recurso Contencioso Administrativo de Nulidad interpuesto por el ciudadano Eduardo Manuitt Carpio contra el acto administrativo dictado en fecha 23 de junio de 2008, por la Dirección de Determinación de Responsabilidades, Dirección General de Procedimientos Especiales de la Contraloría General de la República, mediante el cual se ratificó la responsabilidad tanto administrativa como civil e impuso multa al recurrente.

5.- EXTRACTO

" Observa el Ministerio Público que a juicio de esta Institución la sentencia que recaiga con ocasión de la presente audiencia de juicio, cuyo objeto es la impugnación de la inhabilitación del ciudadano Eduardo Manuitt, forzosamente debe esperar que se produzca decisión del expediente que cursa por ante esa Sala Políticoadministrativa bajo el N° 2009-604 mediante el cual impugna el acto que declaró la responsabilidad administrativa del ciudadano Manuitt, siendo el caso que con ocasión de este expediente (2009-604) el apoderado del ciudadano Manuitt solicitó nuevamente su acumulación al expediente N° 2009-135, luego de que en fecha 13 de julio de 2010, se declarara improcedente una primera solicitud de acumulación presentada por el apoderado del señor Manuitt, y a juicio del Ministerio Público esta Sala Político Administrativa le corresponde proveer respecto a esta segunda solicitud de acumulación, antes de que el Ministerio Público presente sus informes escritos en el referido caso (Expediente 2009-604)."

6.- CONTENIDO

6.1.- OPINIÓN N°

FSATSJ-39-2010-FSATSJ-65-2010-

Exp. N° 2009-1066

Exp. N° 2009-0604

6.2.- FECHA:

30/09/2010-10/11/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

"Recurso contencioso-administrativo de nulidad interpuesto por el ciudadano Eduardo Manuitt Carpio, contra el acto administrativo contenido en la Resolución N° 01-00-000063 de fecha 6 de abril de 2009, dictada por el Contralor General de la República, mediante el cual quedó inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas por un período de quince (15) años, contados a partir de la fecha de su notificación, promoción esta que hago de la siguiente manera:

PRIMERO: Promuevo el mérito favorables que arrojan los autos e invoco el principio de comunidad de la prueba.

SEGUNDO: Promuevo oficio N° F2º-MP-TSJ-SPCPAE-152-2010, de fecha 28 de septiembre de 2010, mediante el cual se solicitó a la Fiscal Undécimo del Ministerio Público del municipio Pedro Zaraza del estado Guárico, información relacionada con el caso que lleva ese Despacho, donde figura como parte el recurrente, ciudadano Eduardo Manuitt, por cuanto cursa en el expediente N° 2009-0900 que reposa ante esa Sala Político Administrativa que este fue uno de los Fiscales del Ministerio Público comisionados en la investigación penal donde figura como parte el ciudadano Eduardo Manuitt, con motivo de las presuntas irregularidades penales cometidas con ocasión de la realización del proyecto 2009-0249, correspondiente a la ampliación de la Planta Potabilizadora de Aguas Blancas del municipio

Pedro Zaraza del estado Guárico, respecto al cual se declara la responsabilidad administrativa y la inhabilitación del citado ciudadano, cuyos actos se impugnaron ante esta Sala.

TERCERO: Promuevo oficio N° F2°-MP-TSJ-SPCPAE-153-2010, de fecha 28 de Septiembre de 2010, mediante el cual se solicitó al Fiscal Quincuagésimo Quinto del Ministerio Público a Nivel Nacional con competencia plena, información respecto al caso que lleva el Despacho a su cargo donde figura como parte el recurrente, ciudadano Eduardo Manuitt, por cuanto cursa en el expediente N° 2009-0900 que reposa ante esa Sala Político Administrativa que este fue uno de los Fiscales del Ministerio Público comisionados en la investigación penal donde figura como parte el ciudadano Eduardo Manuitt, con motivo de las presuntas irregularidades penales cometidas con ocasión de la realización del proyecto 2009-0249, correspondiente a la ampliación de la Planta Potabilizadora de Aguas Blancas del municipio Pedro Zaraza del estado Guárico, respecto al cual se declara la responsabilidad administrativa y la inhabilitación del citado ciudadano, cuyos actos se impugnaron ante esta Sala.

CUARTO: Promuevo oficio N° F2°-MP-TSJ-SPCPAE-154-2010, de fecha 29 de Septiembre de 2010, mediante el cual se solicitó al ciudadano Nelsón Mejias, director de la Dirección contra la Corrupción, todo lo relacionado con el proceso penal en el cual figura como parte el ciudadano Eduardo Manuitt.

QUINTO: Promuevo oficio N° F2°-MP-TSJ-SPCPAE-155-2010, de fecha 29 de septiembre de 2010, mediante el cual se solicitó a la Fiscal 28 Nacional, ciudadana Lesbia Almarza, información respecto al caso que lleva el Despacho a su cargo donde figura como parte el recurrente, ciudadano Eduardo Manuitt.

SEXTO: Promuevo oficio N° F2°-MP-TSJ-SPCPAE-156-2010, de fecha 30 de septiembre de 2010, mediante el cual se solicitó a la Fiscal Undécimo del Ministerio Público del municipio Pedro Zaraza del estado Guárico, ciudadana Daniela Romano, alcance de la información contenida en la minuta informativa N° 12F11-0354-2010, de fecha 28 de septiembre de 2010.

SEPTIMO: Promuevo oficio N° F2°-MP-TSJ-SPCPAE-157-2010, de fecha 30 de septiembre de 2010, mediante el cual se solicitó a la Fiscal 50 Nacional, ciudadana Katherine Haringhton, información en el caso donde figura como parte el Banco Federal, si con ocasión de su investigación se han descubierto o no indicios que comprometan además de la responsabilidad de la pre-citada Institución Financiera, la del para entonces Gobernador del estado Guárico, ciudadano Eduardo Manuitt, en la ejecución de la obra proyecto 2009-0249, correspondiente a la Ampliación de la Planta Potabilizadora de Aguas Blancas del municipio Pedro Zaraza del estado Guárico.

OCTAVO: Promuevo oficio N° F2°-MP-TSJ-SPCPAE-158-2010, de fecha 30 de septiembre de 2010, mediante el cual se solicitó a la Fiscal 61 del Área Metropolitana de Caracas, ciudadana Katherine Haringhton, información en el caso donde figura como parte el Banco Federal, si con ocasión de su investigación se han descubierto o no indicios que comprometan además de la responsabilidad de la pre-citada Institución Financiera, la del para entonces Gobernador del Estado Guárico, ciudadano Eduardo Manuitt, en la ejecución de la obra proyecto 2009-0249, correspondiente a la Ampliación de la Planta Potabilizadora de Aguas Blancas del Municipio Pedro Zaraza del Estado Guárico.

NOVENO: Promuevo Oficio N° F2°-MP-TSJ-SPCPAE-159-2010, de fecha 30 de septiembre de 2010, mediante el cual se solicitó a la Fiscal 51 Nacional, ciudadana Rochely Barboza, información en el caso donde figura como parte el Banco Federal, si con ocasión de su investigación se han descubierto o no indicios que comprometan además de la responsabilidad de la pre-citada Institución Financiera, la del para entonces Gobernador del Estado Guárico, ciudadano Eduardo Manuitt, en la ejecución de la obra proyecto 2009-0249, correspondiente a la Ampliación de la Planta Potabilizadora de Aguas Blancas del Municipio Pedro Zaraza del Estado Guárico.

Ciudadanos Magistrados, los instrumentos antes promovidos tienen por finalidad, llevar al conocimiento de esa Sala, la existencia de procesos penales en curso que están íntimamente ligados, no sólo a la presente causa, donde sabemos se dilucida la sanción de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, sino a la que cursa también por ante esta digna Sala, en el expediente signado con el N° 09-0664, donde a su vez se dilucida la responsabilidad administrativa, con el único objetivo de evitar que se tomen decisiones en el ámbito penal y en el contencioso administrativo que resulten

contradictorias, al decidir cada cual de manera independiente y sin conocimiento de la existencia de tal situación jurídica.

DECIMO: Promuevo las pruebas que el recurrente considera que no tuvo oportunidad de presentar en sede administrativa, que condujeron a su inhabilitación, y que a su juicio condujeron a la violación de su derecho al debido proceso.

CONSIDERACIONES FINALES

Observa el Ministerio Público que a juicio de esta Institución la sentencia que recaiga con ocasión de la presente audiencia de juicio, cuyo objeto es la impugnación de la inhabilitación del ciudadano Eduardo Manuitt, forzosamente debe esperar que se produzca decisión del expediente que cursa por ante esa Sala Político Administrativa bajo el N° 2009-604 mediante el cual impugna el acto que declaró la responsabilidad administrativa del ciudadano Manuitt, siendo el caso que con ocasión de este expediente (2009-604) el apoderado del ciudadano Manuitt solicitó nuevamente su acumulación al expediente N° 2009-135, luego de que en fecha 13 de julio de 2010, se declarara improcedente una primera solicitud de acumulación presentada por el apoderado del señor Manuitt, y a juicio del Ministerio Público esta Sala Político Administrativa le corresponde proveer respecto a esta segunda solicitud de acumulación, antes de que el Ministerio Público presente sus informes escritos en el referido caso (Expediente 2009-604).

El Ministerio Público solicita igualmente informes orales en el presente caso.

Del Informe del Ministerio Público
Puntos previos

1.-Ratificación de solicitud de decisión de acumulación solicitada por el recurrente y de la improcedencia de que se decida el recurso interpuesto en contra de la sanción de inhabilitación para el ejercicio de cargos publico que cursa también por ante esta Sala en el expediente signado con el N° 2009-1066.

El Ministerio Público ratifica la solicitud que hizo en la audiencia de juicio del expediente que cursa por ante esta Sala bajo el N° 2009-1066, en el sentido de que para poder rendir su informe en debida forma en el presente caso es necesario que la nueva solicitud de acumulación que al expediente N° 2009-135, hiciera el recurrente se decidiera antes de la fijación del lapso de informes ello en aras de evitar la toma de decisiones contradictorias, pues para el caso de que la misma sea declarada con lugar este acto de informes debe abarcar ambas causas, cuestión que a estas alturas debería estar clara y no bajo la incertidumbre en que se encuentra.

Asimismo ratifica su solicitud en el sentido de la no procedencia de la decisión del citado recurso de inhabilitación sin que previamente se haya decidido la presente causa, pues la inhabilitación tal como se explicó en dicha oportunidad es una pena accesoria a la de establecimiento de la responsabilidad administrativa.

2.-Del orden público involucrado en la presente causa

Ciudadanos Magistrados, antes de adentrarnos al estudio del fondo de la materia que nos ocupa, el Ministerio Público quiere dejar sentado, que el interés de la presente causa reside en el orden público involucrado en el mismo, el cual está por encima del orden privado, ello en virtud de que estamos en presencia de un asunto que atañe a la correcta administración de la Hacienda Pública cuyo buen manejo involucra e interesa a la comunidad en general.

Es decir, ciudadanos Magistrados que si bien es cierto vamos a discutir en esta audiencia, derechos que presuntamente impactan la esfera jurídica del recurrente, tal derecho debe ceder ante el interés general antes indicado.

Del informe respecto al iter procesal:

De la revisión del iter procesal que se copio al inicio de este escrito el Ministerio Público observa que el mismo se cumplió en debida forma, pues aprecia el respecto al principio de constitucional

denominado debido proceso, cuya máxima expresión es el pleno ejercicio del derecho a la defensa el cual no ha sido violado, motivo por el cual no tiene ninguna objeción al respecto.

Del informe respecto al fondo de la materia de los vicios que imputó el recurrente al acto impugnado:

1.- violación del procedimiento legalmente establecido

En cuanto a esta denuncia alega el recurrente que su representado: "...es considerado civil y administrativamente responsable, en el marco de un procedimiento total y absolutamente amañado, donde el órgano investigador en todo momento, desde un principio tuvo premeditado su objetivo, lo cual quedó plasmado con su propia actuación al hacer abstracción de personas, hechos y circunstancia que guardan íntima vinculación con el hecho investigado...."

Con relación a este alegato estima el Ministerio Público que el mismo debe ser declarado sin lugar, en virtud de que no consta en autos el manejo doloso imputado al órgano contralor, ni la premeditación de imputarle por imputarle, así como tampoco la supuesta abstracción dolosa que hizo de otras personas, hechos y circunstancias.

En efecto ciudadanos Magistrados, el hecho de que el acto impugnado no abarcase a una determinada persona, hecho y circunstancia –de ser cierto- no significa que la misma quede perse exenta de ser sometida a una investigación, pues la responsabilidad administrativa es individual, es decir independiente de la que pueda corresponderle a un determinado sujeto en un momento determinado, razón esta otra para declarar sin lugar, este alegato, pues siempre cabrá la posibilidad, que revisado como sea el presente caso en el ejercicio de su función de control y fiscalización permanente, acuerde la apertura del correspondiente procedimiento administrativo, punto sobre el cual el Ministerio Público aprovecha este acto la oportunidad de llamar la atención de la Contraloría General de la República en el sentido de que preste atención a la denuncia hecha por el recurrente en este sentido y revise de nuevo el caso a fin determinar si existen indicios graves que ameriten la apertura la investigación administrativa contra las personas que señala el recurrente.

Por otro lado, cabe indicar que en el presente caso al contrario de lo indicado por el recurrente, se cumplió con el procedimiento legalmente establecido, toda vez que, el recurrente fue debidamente notificado del mismo y se le concedió oportunidad para ejercer su derecho a la defensa lo cual se evidencia de los escritos contentivos de alegatos, pruebas y recursos que constan en autos, hasta llegar al punto del ejercicio del presente recurso, constituyendo en consecuencia, este otro motivo para declarar sin lugar, el presente alegato.

Denuncia igualmente que se violó dicho derecho "...al no haber valorado correctamente los medios probatorios, (...) en nada fueron considerados los argumentos de hecho y de derecho esgrimidos (...) presenciamos atónitos la predisposición del funcionario sancionador, al imponérsenos una serie de reglas, que atentan contra el espíritu, propósito y razón de la oralidad de los actos procesales, que no es otro distinto, que el conocimiento de viva voz de los hechos, por parte de los propios investigados y como complemento de la exposición jurídica de los profesionales del derecho asistentes .."

Estima el Ministerio Público que este alegato debe igualmente ser declarado sin lugar, en virtud de que de la lectura tanto del acto administrativo de primer grado como el de segundo se evidencia, la correcta apreciación y valoración de los alegatos y pruebas ofrecidas por el recurrente.

Considera de igual forma el Ministerio Público que el alegato de la recurrente de que fue sometido por el órgano investigador a actos que atentan contra la oralidad de los actos procesales, tal como la falta de exposición oral de las partes, más allá de que ello sea cierto lo realmente importante en el caso de autos, es que el recurrente tuvo conocimiento del hecho imputado y que se le concedió la oportunidad de defenderse, lo cual igualmente se evidencia de la lectura del expediente administrativo que denota la actividad desplegada por el recurrente en el ejercicio de su derecho a la defensa, por lo que este alegato debe declararse igualmente sin lugar, prevaleciendo para este caso el principio según el cual "...no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales ...", previstos en el artículo 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, entendiéndose siempre como formalismos no esenciales, todos aquellos que no lesionen ninguna garantía constitucional, dentro de las cuales se encuentra la analizada en este estadio del informe cual es el derecho al debido proceso en lo que atañe al sagrado derecho a la defensa.

Indica asimismo respecto a este alegato que: "...La sanción (...) es el resultado de una determinación, de una imposición, y no como debe ser, de un razonamiento lógico, importantísimo en este tipo de procedimientos administrativos sancionatorios, en el cual la sanción debe ser el producto, la consecuencia de una investigación amplia y profunda, de un correcto análisis y valoración de los hechos y de los medios probatorios con los que se cuenta, para arribar a una conclusión lógica y con fundamento, (...) el razonamiento utilizado por el órgano contralor, carece de la mas elemental lógica, no tienen ilación, no tienen asidero, resulta imposible encuadrar tal razonamiento dentro del presupuesto procesal consagrado por el Legislador ...".

Opina el Ministerio Público respecto a este alegato, que el mismo debe en igual forma declararse sin lugar, en virtud de que de autos se aprecia que el acto administrativo impugnado fue el producto de la realización de un procedimiento administrativo llevado en cumplimiento del principio denominado debido proceso, donde tanto el órgano contralor como el recurrente tuvieron una participación activa y dinámica en base con la postura que le correspondió desempeñar dentro del mismo, es decir el órgano contralor cumplió con el procedimiento establecido a fin de esclarecer el hecho imputado cumpliendo con la carga de la prueba que pesaba sobre sus hombros, y el administrado cumplió con su rol cual era, como era lógico de esperar de desvirtuar el hecho imputado.

En efecto Ciudadanos Magistrados el hecho de que el recurrente no haya triunfado en dicha actividad desvirtuadora no significa que por ello estemos en presencia de un procedimiento en que no se haya hecho una investigación profunda y que no se hayan hecho un análisis concienzudo del mismo para arribar a la conclusión a la que se llegó, pues una cosa es que no se este de acuerdo con la conclusión y otra que la misma en verdad no se ajuste a derecho, pues en el presente caso el Ministerio Público opina que la misma fue dictada apegada en todo a la justicia y al derecho, razón por la cual este alegato debe ser declarado sin lugar.

2.- Falso supuesto de hecho

Con relación a esta denuncia aduce que: "...El órgano sancionador da pro demostrado, (...) que nuestro representado se concertó conjuntamente con el Alcalde del Municipio Zaraza del estado Guarico, el Representante de la empresa contratista Ingeniería Pecha, C,A, (...) y los Secretarios de Finanzas e Infraestructura de la Gobernación del estado Guarico, para en un primer momento celebrar o suscribir el Contrato N° 2002-09-070 de fecha 30 de septiembre de 2002 para la ejecución de la obra "Ampliación de la Planta Potabilizadora de Agua del municipio Zaraza del estado Guarico, y en segundo momento, cancelar el anticipo por el monto de la obra, (...) y por último, el no haber culminado el tiempo previsto la obra encomendada (...) en ningún momento nuestro representado tuvo ningún tipo de participación en la suscripción del contrato de obra licitado, (...) hecho este que (...) denota (...) la predisposición del órgano contralor de imponer a todo evento una sanción, por un hecho que jamás ocurrió (...) El Director de Determinación de Responsabilidades al igual que no lo hizo el órgano investigador, explicó, determinó en que consistió la concertación, y mucho menos, cual fue la participación de nuestro representado en esa concertación, lo cual ineludiblemente nos hacer concluir que, no se tiene la más mínima noción de lo que es la concertación. (...) La concertación o el concierto, implica un comportamiento fraudulento contrario a derecho, a la normativa, que debe demostrarse, probarse y esa obligación le corresponde a la Administración, en razón a la naturaleza de ese tipo de procedimiento administrativo sancionatorio. (...) nuestro representado nunca tuvo ningún tipo de participación en cualquiera de los hechos inherentes al caso y previos a su única actuación (...) luego de percatarse de la problemática que para entonces afectada a los habitantes y residentes del Municipio Pedro Zaraza, referida a la cantidad de agua potable que recibían, conjuntamente con el Alcalde del aludido municipio, concertan, en el buen uso y concepción del término, sus voluntades y esfuerzos en pro de la solución del problema existentes, plasmándose tal voluntad en la suscripción del convenio entre la Gobernación del estado Guarico y la Alcaldía del municipio Pedro Zaraza (...) en ningún momento tuvo ingerencia alguna en el FIDES organismo que luego de someterse a su consideración el proyecto presentado lo considero viable y aprobó los recursos económicos (...) Jamás participó en el proceso licitatorio que se adelantó para tales fines, reiteramos simplemente nuestro poderdante se limitó a orquestar un equipo técnico, especializado para solucionarle el problema a los habitantes (...) contando ya con la solución en la mano presentar el proyecto al FIDES, de allí en adelante nunca más participo, delegó su actuación en un funcionado de la gobernación (...) en todo momento se cumplió a cabalidad con el procedimiento concebido en nuestro ordenamiento jurídico y

cuya muestra más palpable, evidente, notoria es que el ciudadano Contralor Interventor del Estado Guárico emitió un dictamen favorable, donde precisó que se cumplieron todos los trámites inherentes al control previo. (...) Desconocía en todo momento, como todo funcionario de la Gobernación del Estado, que la empresa Hidropaez había objetado la obra, por considerar que el proyecto no era la mejor opción técnica y económica, posteriormente estando ya en conocimiento de la reforma del proyecto, resultado del pedimento realizado por las autoridades especializadas en materia hidráulica, fue vigilante del cumplimiento de todas las exigencias, sugerencias y modificaciones solicitadas amén de preocuparse por la obtención y disposición inmediata de los recursos para su ejecución, y de la culminación de la obra. (...) Respecto del pago del anticipo, el mismo se correspondía a lo estipulado en el contrato firmado, el cual dicho sea de paso, nunca fue objetado, ni delirado nulo, verbigracia, cumplió una obligación derivada de un contrato válido, el Contralor Interventor del estado Guarico, mediante dictamen constató el cumplimiento de los mecanismos de control previo, y para ese momento la obra estaba paralizada momentáneamente, en razón de la incertidumbre y atípica situación por la que estaba atravesando el país. (...) el tan cacareado pago de un anticipo, se hizo cuando se cumplieron a cabalidad todos los controles previos y así lo determinó el Contralor Interventor. Nunca tuvo participación alguna en el proceso licitatorio del cual, del cual emerge, surge como consecuencia forzosa la suscripción de un contrato de obras, el cual comporta una serie de obligaciones para los entes contratantes, entre ellas el pago de un anticipo, figura típica en las contrataciones con el Estado y que no está sujeto a condiciones, modalidades o términos, porque de estarlo, contraviene su naturaleza, su espíritu, propósito y razón ¿en que momento se concertó?, ¿en que consistió la concertación?, ¿Cómo puede concertarse con funcionarios que son total y absolutamente ajenos al proceso licitatorios?, ¿Por qué no se incluyó y se sancionó, al haber consumado la concertación, a los miembros del comité de licitaciones?.

Continúa el recurrente indicando que: "...el funcionario sancionador nunca valoró los medios probatorios que oportunamente promovidos, (...) omite valorar, a pesar de constar en autos y de haber sido oportunamente promovido la actuación del ciudadano Contralor Interventor del Estado Guarico (...) quien aprobó el control previo al compromiso del contrato N° 2002-09-070 ya suscrito por los entes contratantes (Gobernación-Alcaldía) y la empresa contratista (Ingeniería Pecha, C.A) en fecha 30 de septiembre de 2002 (...) oportunamente procedimos a promover pruebas, todas ellas documentales, para desvirtuar todos y cada uno de los elementos esgrimidos por la Administración, y llevar al sentenciador a la conclusión inequívoca, que los hechos ocurrieron de manera distinta a la que le ha sido planteada, (...) la Administración no valoró nuestras pruebas, ya que de haberlo hecho su decisión indiscutiblemente hubiese sido distinta y eximido de responsabilidad a nuestro representado. (...) las pruebas documentales que oportunamente promovidos, (...) no fueron debidamente valoradas, (...) han dado por ciertos hechos que no están probados en los autos, y por ende sus conclusiones no son las correctas, (...) la Administración da como un hecho probado, que todas las partes involucradas en la realización de la obra hidráulica tantas veces referida, estaban en pleno conocimiento que, (...) el proyecto no era viable por razones técnicas y económicas ..." (...) en las actas que integran el expediente administrativo, NO existe prueba alguna de que la comunicación N° 233 de fecha 07 de agosto de 2002, emanada de la Presidencia de Hidropaez, así como ninguno de los informes técnicos citados, sean del conocimiento de nuestro poderdante, el Gobernador del estado Guárico, nunca tuvo conocimiento de su existencia, jamás los vio lo que consecuentemente, implica que no está probado que exista la "presunta concertación", entre los entes contratantes al momento de suscribir el contrato de ejecución de la obra, estando ellos en conocimiento previo de que el proyecto presentado no era viable por cuestiones técnicas y económicas, como temerariamente lo señalan, afirman concluyen (...) ha dado por cierto un hecho que nunca ocurrió..."

Indica igualmente la recurrente que: "...ha incurrido la administración, en el faso supuesto de hecho, cuando de manera categórica, constante y reiterada señala que el proyecto para la ejecución de la obra (...) "...es inviable por cuestiones técnicas y económicas..." lo cual es absolutamente falso; en ninguno de los informes técnicos cursantes en autos (...) se expresa que el proyecto es inviable por cuestiones técnicas y económicas (...) en ningún momento, jamás, precisaron, sentenciaron que el proyecto era inviable, (...) al haber apreciado erróneamente los hechos.

Señala asimismo la recurrente que: "...la obra a ser ejecutada se construyó (...) la referida obra era y es en todo momento viable, tanto lo era que se realizó (...) de ser haber sido inviable, (...) jamás se hubiese podido construir y estar beneficiando como está a los habitantes de la ciudad de zaraza, (...) han sido erróneamente apreciados los hechos (...) sólo cursa en autos una comunicación suscrita por

el Presidente de la empresa hidráulica Hidropaéz, dirigida al ciudadano alcalde del Municipio Zaraza del Estado Guárico, sin número de identificación, fechada 07 de agosto de de 2002, en la cual no se observa ningún sello húmero, firma o rúbrica que evidencie que la misma fue recibida por su destinatario, observándose además que no estaba dirigida a otras persona, la cual pudiéramos considerar, (...) que es la misma comunicación N° 233, de fecha 07 de agosto de 2002, a la que se refiere la Administración, debiendo resaltar que la misma es tajante, concluyente, irrefutable e irrefutable al concluir (...) "...consideramos que la propuesta presentada no representa la mejor opción técnica y económica...", tampoco aquí se señala o se califica como inviable la obra de ampliación de la Planta de Potabilización de agua del municipio Zaraza, como de manera sesgada y deliberada pretender hacer ver la Directora de Control de Municipio, quien condujo la investigación administrativa (...) y el Director de Determinación de Responsabilidades, quien dictó la decisión recurrida (...) dado la carencia absoluta y total de fundamentos serios, contundentes, concurrentes (...) está probado que el dinero necesario para la ejecución de la tantas veces aludida obra, siempre existió, tanto es así que desde un primer momento, al conocerse ya el visto favorable que el FIDES le da al proyecto presentado, conjuntamente la Gobernación del estado Guárico y la Alcaldía del municipio Pedro Zaraza del mismo estado y las máximas autoridades en materia hidráulica, abrieron en la entidad financiera Banco Federal, un fideicomiso, por el monto total de la obra a ejecutarse (...) la Administración realiza una errónea interpretación de los hechos. No existió en ningún momento inviabilidad de la otras por razones económicas, todo lo contrario, siempre se contó con el dinero necesario para su ejecución, y tanto es así, y tanto es así que, hoy día, la Planta Potabilizadora de Agua del Municipio Zaraza del Estado Guárico, se encuentra en perfecto funcionamiento beneficiando a los habitantes de tal localidad, gracias a la ampliación y rehabilitación a la que fue sometida. (...) no existe entre los entes contratantes y el contratista "concertación alguna" como lo prende hacer ver la Administración (...) en ningún momento (...) participó en la suscripción del contrato de obras tantas veces mencionado..."

Como es del dominio del foro contencioso administrativo, el falso supuesto de derecho tiene lugar cuando el órgano decisor funda su fallo en hechos que no existieron, que habiendo existido no fueron debidamente probados o que existiendo y haber sido debidamente probados, no fueron debidamente apreciados.

En el caso de autos el Ministerio Público es del juicio, que este alegato debe ser declarado sin lugar, en virtud que de los elementos probatorios cursantes en autos se evidencia, la existencia del hecho imputado, cual fue el "...haber concertado con la Alcaldía del Municipio Pedro Zaraza del Estado Guarico y la empresa Ingeniería Pecha C.A, el otorgamiento del Contrato N° 2002-09-070 en fecha 30 de septiembre de 2002, para la Ampliación de la Planta de Potabilización de Agua ubicada en el municipio Pedro Zaraza del estado Guárico, por un monto de un mil doscientos ochenta y siete millones catorce mil cuarenta bolívares con ocho céntimos (Bs. 1.287.014.040,08, no obstante que la propuesta presentada para la ejecución de la referida obra no representaba la mejor opción técnica y económica, situación esta que se hizo del conocimiento del ente contratante por órganos de la Alcaldía a través del Oficio N° 233 de fecha 07 de agosto de 2002, (...) razón que motivó que el 28 de octubre de 2002, la obra se paralizara y posteriormente, en fecha 02 de diciembre de ese mismo años, fue suscrita otra acta de paralización motivado al cambio del proyecto solicitado por Hidropaez y aún así aprobó en agenda de cuenta el pago del anticipo del 30% estipulado en el Contrato N° 2002-09-070, a la empresa Ingeniería Pecha, C.A., por un monto de trescientos ochenta y seis millones ciento cuatro mil doscientos doce bolívares con dos céntimos (Bs. 386.104.212,02) ...", vale decir el pago de un anticipo sin que se cumplieran los requisitos de ley, la prueba de dicho pago indebido y la debida apreciación de tal hecho a la luz de las disposiciones que rigen la materia, pues para el Ministerio Público no se ajusta a derecho tal proceder del recurrente, el cual trajo como consecuencia que se tuvieran que enmendar los errores cometidos sobre la marcha, pues no basta con justificarse diciendo que dicha obra esta hoy funcionando y que presta un servicio básico a la comunidad lo cual no se discute, pues lo que está en controversia es el hecho de porque pudiendo hacerse las cosas apegado a la Ley se tengan que hacer improvisando, cuando ello a la larga perjudica el patrimonio público pues por no concluirse a tiempo suben los costos, perjudicándose más bien a la comunidad por tener que esperar más del tiempo previsto para disfrutar del servicio, solo porque no se tomaron todas las previsiones del Caso.

Ciudadanos Magistrados el Ministerio Público esta conciencia que la perfección no existe, pero la perfectibilidad si y esta última se pude lograr siendo cuidadoso con la totalidad del procedimiento que entraña la realización de una obra, motivo por el cual siendo que en este caso tal cuidado no existió,

tal conducta debe ser sancionada, razón por la cual se reitera que el alegato de existencia de falso supuesto de hecho debe ser declarado sin lugar.

2.-Falso supuesto de derecho.

En lo que concierne al falso supuesto de derecho indica la recurrente que: "...la Administración incurre en una errónea aplicación del derecho, en razón de que la Administración incurre en una errónea aplicación del derecho, al considerar que pudiéramos estar en presencia del supuesto generador de responsabilidades, previsto en el numeral 20º del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema de Control Fiscal, que tal norma es de imposible aplicación en el presente caso, en virtud de no haberse probado "la presunta concertación" entre entes contratantes y el contratista ...".

En lo que atañe al vicio de falso supuesto de derecho, también es conocido en el mundo jurídico que el mismo tiene lugar, cuando el órgano que ha de fallar en un determinado caso encuadra la conducta imputada en una norma que no se corresponde.

Considera el Ministerio Público que este alegato debe declararse sin lugar, en virtud de que de la lectura de las actuaciones que cursan en autos, se aprecia, que resulta imposible que el recurrente no haya tenido conocimiento del informe que establecía la inviabilidad técnica y económica de la obra y en el supuesto negado de que dicho desconocimiento sea cierto evidencia la negligencia con que manejo un asunto de tanta envergadura como lo fue la "ampliación de la Planta Potabilizadora de Agua, ubicada en el municipio Zaraza del estado Guárico, pues en su condición de gobernador estaba obligado a velar por la correcta ejecución de la misma, conducta esta que resulta perfectamente encuadrable en la norma que sirvió de fundamento a la decisión recurrida, cual fue el ordinal 20 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de control Fiscal, cuyo tenor parcial es el siguiente:

"Artículo 91. Sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal, y de lo que dispongan otras leyes, constituyen supuestos generadores de responsabilidad administrativa los actos, hechos u omisiones que se mencionan a continuación:

(...)

20 el concierto con los interesados para que se produzca un determinado resultado, o la utilización de maniobras o artificios conducentes a ese fin, que realice un funcionarios al intervenir, pro razón de su cargo, en la celebración de algún contrato, concesión, licitación, en la liquidación de haberes o efectos del patrimonio de un ente u organismo de los señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley."

En efecto ciudadanos Magistrados, de la lectura de la norma antes copiada se observa, que el legislador al utilizar el término concierto lo hizo en su acepción de conjunción de voluntades, independientemente del dolo o no que pueda existir en dicha concertación, lo cual sería objeto de una investigación de carácter penal que no es la materia objeto de discusión en este tipo de juicio contencioso administrativo, juicio penal este cuyos datos y demás especificaciones constan en el escrito de promoción de pruebas que fue consignado en la audiencia de juicio correspondiente al recurso que se hizo mención en el punto previo de este escrito, cual es el signado con el N° 2009-1066.

En el presente caso ciudadanos Magistrados, el Ministerio Público observa que si hubo concierto en tanto y en cuanto se conjugaron las voluntades de funcionarios que actuaron haciendo abstracción de los requisitos legales que deben preceder las contrataciones de los órganos del Estado, motivo por el cual la conducta imputada fue correctamente encuadrada en una norma que correspondía al caso de autos, aseveración esta que no puede tener otra consecuencia sino la de que se declare sin lugar, el presente alegato de falso supuesto de derecho.

3.-Violación del contradictorio o participación intersubjetiva

En criterio de la recurrente en el presente caso se han violado los citados principios en virtud de que: "...en ningún momento el órgano investigador tomó en consideración ninguna de las objeciones realizados por los interesados, nunca dio a su investigación otra inclinación distinta a la

predeterminada, obviando u omitiendo de manera consciente hechos ocurridos e importantes para arribar a la verdad real, idéntica suerte corrieron los alegatos de los investigados, así como las diligencias por ellos solicitados y los medios probatorios debidamente promovidos, pero para nada valorados...”.

Este alegato considera el Ministerio Público que debe ser declarado sin lugar, en razón de que el hecho que se explana como materializador del mismo no lo constituye perse, pues para que pueda hablarse de violación del principio contradictorio o participación ínter subjetiva se requiere, que en un proceso se le haya negado a las partes hacer sus planteamientos opuestos como es el deber ser, pues para que pueda hablarse de verdadero contradictorio necesario es, que no haya coincidencia entre las posturas de las partes en conflicto.

Por otro lado, independientemente de lo in acertado del alegato del recurrente, considera el Ministerio Público que este alegato debe ser declarado sin lugar, en virtud que la lectura tanto del acto de primer grado como el de segundo se observa, la apreciación y valoración de los alegatos y pruebas del recurrente, pues no puede considerarse que por el hecho de no haberle sido favorable dicha apreciación o valoración, estemos en presencia del vicio denunciado.

4.-Violación del principio de la congruencia

Considera la recurrente que la Administración Contralora incurrió en dicho vicio, al expedir una decisión que no contiene pronunciamiento sobre todos y cada uno de los asuntos ventilados en dicho procedimiento.

Juzga el Ministerio Público en base a lo que se aprecia de la lectura tanto del acto de primer grado como el de segundo grado que este alegato debe declararse de igual manera sin lugar, en virtud de que no es cierto que el principio de congruencia deba entenderse como que el órgano esta obligado a tocar todos y cada uno de los alegatos del recurrente en forma indiscriminada.

Para el Ministerio Público en aplicación de dicho principio, lo realmente importante y que ocurrió en el caso de autos, es que el hecho imputado fue refutado cabalmente por el recurrente y que las defensas trascendentales ofrecidas por este fueron debidamente apreciadas, valoradas y analizadas. Efectivamente ciudadanos Magistrados las defensas del recurrente se centraron en los siguientes puntos:

-Que no tuvo conocimiento de la inviabilidad de la misma, lo cual se demostró no es cierto, ni podía serlo visto la alta investidura que ostentaba cuya principal función era velar por la recta administración el erario público que le fue confiado.

-Que dicha obra esta en funcionamiento y presta un servicio efectivo a la colectividad, lo cual tal como se acotó con antelación, si bien es cierto, no justificó la forma irregular en que realizada la misma y el daño causado a la colectividad y al patrimonio público, razón por la cual este alegato debe declararse de igual manera sin lugar.

5.- Violación del principio de imparcialidad e igualdad

En lo que atañe a este vicio señala la recurrente que el mismo existe por cuanto consideran que: "...la actuación de la Administración ha sido sesgada, parcializada, reflejándose en la forma como se practicó la investigación y el razonamiento esgrimidos para justificar su decisión.

Estima el Ministerio Público que este alegato debe ser declarado sin lugar, en razón de que no consta en autos prueba alguna que demuestre la comisión de los mismos.

En efecto, no se evidencia de autos en que forma la administración sesgo y parcializó la investigación, pues tal como se ha dicho en forma reiterada en estos informes, el Ministerio Público observa que la investigación se realizó cumpliendo el debido proceso, cuya máxima expresión la constituye el pleno ejercicio del derecho a la defensa, donde todas las partes involucradas tuvieron la oportunidad de alegar y probar.

Adicional a lo anterior cabe señalar, que contrario a lo esgrimido por el recurrente, el razonamiento hecho por el órgano contralor para fundar su decisión, por el hecho de que le haya sido hostil, no significa que con ello no haya sido imparcial, pues no se imparcial significa tender a favorecer a una parte en detrimento de otra, supuesto este que no se cumple en este caso.

En lo que concierne a la violación del derecho a la igualdad, de igual manera el Ministerio Público estima que en el presente caso ello no ha tenido lugar, en virtud de que para que se pueda hablar de la violación de tal derecho se requiere de la existencia de sujetos tratados de manera diferente no obstante hallarse en iguales circunstancias y es el caso que el recurrente no señala de manera clara y precisa cual es esa circunstancia en la cual se le dio un trato diferente o discriminatorio, pues no basta con alegar sino que necesario es además probar.

6.-Violación del principio de proporcionalidad

Señala en cuanto a este vicio que la violación de dicho principio ha tenido lugar, en virtud de la desproporcionalidad entre el hecho imputado y la sanción impuesta.

Para el Ministerio Público en el caso en estudio no puede hablarse de la violación de tal derecho, en razón de que no observa que la sanción impuesta sea desmedida a la entidad del ilícito administrativo cometido, siendo por ello del criterio de que este alegato debe declararse sin lugar.

7.-Violación del principio de legalidad

Denuncia el recurrente en cuanto a este vicio que el mismo se materializa en que: "...En este caso la Administración no ajustó su actuación al marco legal, en lo que respecta a las sanciones pecuniarias que se le pretenden imponer a mi representado...".

Entendiendo el Ministerio Público el principio de legalidad como ha sido establecido de manera reiterada por esa Sala, como la fidelidad a la ley, considera que este alegato debe ser declarado sin lugar, en virtud de que de las actuaciones que cursan en autos se evidencia que la Contraloría General de la República actuó en todo momento apegado tanto a la Constitución como a las leyes que rigen la materia, tanto desde el punto de vista penal sancionatorio consistencia en la existencia de ley previa al castigo, como procesal representada por la observancia de las leyes de procedimiento.

8.-Violación del principio de motivación

Señala la recurrente en lo que atañe a este vicio que: "...el acto sancionatorio está carente de motivación, no existe la explicación, el razonamiento en virtud del cual se considera procedente la imposición de la sanción pecuniaria, solamente se limita a fijarla por ser la misma-multa-una consecuencia inmediata de la determinación de la responsabilidad administrativa, pero no constan los motivos por los cuales tales multas ascienden a esos montos. (...) nunca se demostró por algún medio probatorio cursante a los autos, en que consistió y cuando ocurrió la cacareada concertación, tampoco se determinó como, cuando, donde y de que manera participo mi representado en la concertación...". Analizado este alegato a la luz de las actuaciones que conforman la presente causa, el Ministerio Público considera que la misma debe ser declarada sin lugar, en virtud de que no es cierto que no conste en autos tanto los hechos que motivaron la decisión impugnada como las razones de derecho que le sirvieron de fundamento.

A la inversa de lo denunciado por el recurrente, de la lectura de las actuaciones que conforman la presente causa se aprecia, la existencia tanto de las razones de hecho como de derecho que llevaron al órgano contralor a dictar el acto que se impugna, elementos estos que se extraen tanto de la revisión en extenso del expediente administrativo, como de la concreción del caso plasmada en el acto impugnado.

Conclusión

Por las razones que anteceden el Ministerio Público estima que el presente recurso de nulidad debe ser declarado Sin Lugar."

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN:

28/02/2011

2.- FISCALÍA REMITENTE:

Fiscalía Segunda ante el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena y ante las Salas Constitucional, Políticoadministrativa y Electoral

3.- MATERIA:

Contencioso-Administrativo

4.- TEMA:

Recurso Contencioso Administrativo de Nulidad, interpuesto por el Instituto de Vialidad y Transporte del estado Aragua (Inviaalta) contra el acto administrativo contenido en la Resolución nº 5726, de fecha 15 de agosto de 2008, dictado por el Viceministro del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social, actuando por delegación del Ministro del Poder Popular para el Trabajo y la Seguridad Social.

5.- EXTRACTO

“Señores Magistrados, el presente caso involucra el interés social de un conglomerado de trabajadores a los cuales Inviaalta pretende negar su relación laboral a los fines de desconocer cualquier derecho que les corresponda como consecuencia de la misma, siendo el caso que para el Ministerio Público si bien no cursa ante esa Sala Políticoadministrativa expediente administrativo alguno, cuya remisión no correspondía ni depende de los trabajadores de Inviaalta, si constan en autos unas testimoniales que apreciadas y valoradas en su conjunto constituyen a juicio de esta Representación del Ministerio Público prueba de la relación laboral de los trabajadores de Inviaalta a los que se refieren tales testimoniales. (...) el Ministerio Público considera que el mismo debe ser declarado sin lugar, por cuanto las nóminas de los trabajadores de Inviaalta eran la prueba idónea y pertinente para demostrar -y esta es una carga del patrono- cuales eran los trabajadores de Inviaalta y evidenciar de no figurar en ella los trabajadores que son parte de este proceso, que cientos de trabajadores están mintiendo, porque no trabajaron para Inviaalta.

Pues bien esas nóminas, que como lo ha establecido la jurisprudencia de esa Sala Políticoadministrativa deben corresponder a los últimos seis meses desde que a Inviaalta se la notificó del procedimiento, no son consignadas por Inviaalta y no las señalan dentro de sus elementos probatorios, a pesar de que en uno de los escritos que cursan en autos, dicen que resulta una prueba fundamental.

Sumado a lo anterior, la jurisprudencia de la Sala de Casación Social de ese Máximo Tribunal de la República ha establecido que la presunción es de la relación de trabajo y la misma puede ser destruida por el patrono y ello no lo hizo Inviaalta en el caso de autos. (...) cursan en autos un cúmulo de testimoniales que evidencian la relación de trabajo existente entre Inviaalta y los trabajadores que son parte del presente proceso, además los trabajadores aluden a la existencia de informes y fotos que ellos consignaron en sede administrativa, pero cuyo expediente está extraviado, siendo que -como ya se puntualizó- su pérdida interesaba fundamentalmente a Inviaalta, para no pagarle a los trabajadores. Igualmente, los trabajadores promueven que se oficie al Seniat para probar las retenciones de impuestos que se les efectuaban y que se oficie a los bancos, a los fines de que se hagan constar los depósitos a las cuentas nóminas....”

6.- CONTENIDO

6.1.- OPINIÓN Nº

FSATSJ-28-2010

EXP. Nº 2008-0507

6.2.- FECHA:

29/06/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“...Del informe respecto a la parte procesal y procedimental desarrollada en el presente caso

1.- Del iter procesal llevado a cabo en sede jurisdiccional

De la revisión del expediente que conforma la causa que hoy nos ocupa, el Ministerio Público observó que el iter en referencia fue el siguiente:

En fecha 26 de junio de 2008, se presentó el recurso.

En fecha 01 de julio de 2008, se dio cuenta en Sala y se designó ponente a la magistrada Evelyn Marrero.

En fecha 07 de agosto de 2008, un grupo de trabajadores presentaron escrito mediante el cual se opusieron al recurso interpuesto.

En fecha 14 de agosto de 2008, la recurrente ratificó el recurso interpuesto.

En fecha 23 de agosto de 2008, un grupo de trabajadores piden que se condene a la recurrida al pago de costas y costos procesales.

En fecha 23 de octubre de 2008, la Sala admitió el recurso mediante sentencia que numeró 01285 y declaró improcedente la medida cautelar solicitada.

En fecha 01 de diciembre de 2008, se notificó al Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y la Seguridad Social.

En fecha 13 de diciembre de 2008, se dejó en correspondencia la notificación de Invalta.

En fecha 10 de diciembre de 2008, se notificó a la Procuraduría General de la República.

En fecha 14 de enero de 2009, el Juzgado de Sustanciación admitió el recurso.

En fecha 05 de febrero de 2009, se dejó constancia de haber efectuado la notificación de la recurrente a través de Ipostel.

En fecha 20 de febrero de 2009, se notificó al Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y la Seguridad Social.

En fecha 25 de febrero de 2009, se notificó al Ministerio Público.

En fecha 09 de marzo de 2009, se notificó a la Procuraduría General de la República.

En fecha 02 de abril de 2009, se libró el cartel de emplazamiento a los terceros interesados.

En fecha 02 de abril de 2009, se retiró el cartel de emplazamiento.

En fecha 06 de abril de 2009, se publicó el cartel de emplazamiento.

En fecha 14 de abril de 2009, se consignó el cartel de emplazamiento.

En fecha 05 de mayo de 2009, un grupo de trabajadores se dieron por notificados.

En fecha 06 de marzo de 2009, se abrió la causa a pruebas.

En fecha 14 de marzo de 2009, se reservó el escrito de pruebas promovido por la Procuraduría General de la República.

En fecha 19 de mayo de 2009, se agregaron a los autos las pruebas antes indicadas.

En fecha 04 de junio de 2009, se admitieron las referidas pruebas.

En fecha 11 de junio de 2009, la Procuraduría General del estado Aragua, solicitó la reposición de la causa.

En fecha 16 de junio de 2009, un grupo de trabajadores se opusieron a la solicitud de reposición de la causa realizada por la Procuraduría General del Estado Aragua.

En fecha 23 de junio de 2009, se notificó a la recurrente.

En fecha 30 de junio de 2009, un grupo de trabajadores consignaron notas de prensa.

En fecha 29 de junio de 2009, se notificó al Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y la Seguridad Social.

En fecha 21 de julio de 2009, se notificó a la Procuraduría General de la República.

En fecha 21 de julio de 2009, se declaró Sin Lugar la solicitud de reposición de la causa realizada por la Procuraduría General del estado Aragua.

En fecha 06 de agosto de 2009, se dejó en el Departamento de Correspondencia del Tribunal la notificación dirigida al Juez Suplente.

En fecha 27 de octubre de 2009, se pasó a Sala el expediente.

En fecha 28 de octubre de 2009, un grupo de trabajadores consignaron escrito contentivo de inspección que demuestra que el expediente administrativo no reposa en la Inspectoría del Trabajo, aunque el Ministerio del Trabajo, según inspección judicial a ese Despacho que consta en autos, de fecha 13 de octubre de 2009, se dejó constancia de que ese expediente está en la Inspectoría del Trabajo y no en el Ministerio del Trabajo.

En fecha 11 de noviembre de 2009, se dio cuenta en Sala del expediente y se designó como ponente a la magistrada Evelyn Marrero.

En fecha 11 de noviembre de 2009, un grupo de trabajadores solicitó se prescindiera del acto de informes.

En fecha 10 de diciembre de 2009, se difirió el acto de informes para el día 03 de junio de 2010, a las 10:30 a.m.

En fecha 01 de marzo de 2010, se notificó al Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y la Seguridad Social.

En fecha 17 de marzo de 2010, se notificó a la Procuraduría General de la República.

En fecha 19 de marzo de 2010, se notificó a la recurrente.

En fecha 07 de abril de 2010, un grupo de trabajadores pidieron que se les permitiera intervenir en forma oral.

En fecha 13 de abril de 2010, se difirió el acto de informes para el día 06 de mayo de 2010.

2.- Del iter procedimental desarrollado en sede administrativa

En fecha 26 de abril de 2007, un grupo de trabajadores del Instituto de Vialidad y Transporte del estado Aragua (Invalta), concurren por ante la Inspectoría del Trabajo en Maracay, estado Aragua, y denunciaron un presunto despido masivo del cual habían sido objeto por parte de su citado patrono, alegando que dicho despido se había realizado en forma injustificada, y reclamando en tal virtud su reenganche y pago de salarios caídos.

En fecha 27 de abril de 2007, se admitió la citada solicitud y se ordenó verificar la existencia real de los citados despidos masivos.

En fecha 03 de mayo de 2007, se notificó al patrono.

En fecha 07 de mayo de 2007, tuvo lugar el acto de contestación a la denuncia de presunto despido masivo, oportunidad en la cual se le formuló al patrono las interrogantes a que se contrae el artículo 40 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, y los trabajadores insistieron en su solicitud de reenganche y pago de salarios caídos.

En fecha 07 de mayo de 2007, se ordenó la apertura del lapso probatorio, de conformidad con el artículo 41 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.

En fecha 09 de mayo de 2007, el abogado Carlos Romero, Inspector Jefe del Trabajo en el estado Aragua, se avocó al conocimiento de la causa.

En fecha 10 de mayo de 2007, tanto el patrono como los trabajadores reclamantes, presentaron escritos contentivos de la promoción de sus respectivas pruebas.

En fecha 14 de mayo de 2007, la citada Inspectoría admitió las pruebas promovidas.

En fecha 17 de mayo de 2007, tuvo lugar el acto de declaración de testigos.

En fecha 18 de mayo de 2007, el patrono consignó escrito mediante el cual solicitó a la Inspectoría pronunciamiento acerca de su competencia para conocer del caso en cuestión.

En fecha 18 de mayo tuvo lugar el acto de declaración de testigos.

En fecha 21 de mayo de 2007, tuvo lugar la continuación del acto de declaración de testigos.

En fecha 21 de mayo de 2007, la representación patronal impugnó las pruebas documentales consignadas por los reclamantes.

En fecha 19 de noviembre de 2007, el pre-citado Inspector elaboró el informe a que se refiere el artículo 42 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.

En fecha 15 de febrero de 2008, el Viceministro del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social, por delegación del Ministro del Trabajo, declaró con lugar la solicitud de suspensión de despido masivo, ordenando la cancelación de los salarios y demás beneficios que correspondan y que se hayan dejado de percibir desde el momento en que realizó el despido hasta la fecha de su reincorporación al trabajo.

3.-Del libramiento, retiro, publicación y consignación del cartel de emplazamiento

Del iter desplegado en sede jurisdiccional, el cual se copió con antelación, se aprecia que en fecha 02 de abril de 2009, se libró el cartel de emplazamiento a los terceros interesados.

En fecha 02 de abril de 2009, se retiró el cartel de emplazamiento.

En fecha 06 de abril de 2009, se publicó el cartel de emplazamiento.

En fecha 14 de abril de 2009, se consignó el cartel de emplazamiento.

Respecto al cumplimiento del proceso relativo a la emisión, retiro y consignación del cartel de emplazamiento que riel a los autos, el Ministerio Público se percata tal y como se evidencia de la anterior relación o detalle de los actos procesales realizados al respecto, que el mismo se llevó a cabo

en debida forma procesal, razón por la cual tampoco tiene ninguna objeción en cuanto a ello concierne.

4.- De la tempestividad del recurso contencioso- administrativo interpuesto y que nos ocupa

En el presente caso se observa que la recurrente interpuso tempestivamente el presente recurso, motivo por el cual el Ministerio Público no tiene ninguna objeción respecto a la admisibilidad que del mismo se hizo.

5.- Del lapso probatorio

En lo que concierne a esta etapa del proceso, observa el Ministerio Público, que la misma se llevó a cabo ajustado a la norma que rige la materia, pues se abrió el respectivo lapso de promoción de pruebas, durante el cual promovieron pruebas el ciudadano José Melo y la Procuraduría General de la República, las cuales se reservaron, y una vez vencido dicho lapso, se agregaron a los autos, siendo admitidas en cuanto ha lugar en derecho, salvo su apreciación en la definitiva, motivo por el cual el Ministerio Público de igual manera no tiene ninguna objeción en este sentido.

Precisado lo anterior, pasa a continuación el Ministerio Público a pronunciarse sobre el fondo del recurso interpuesto, lo cual hace de la siguiente manera:

Puntos Previos

1.- De la supresión y liquidación de la recurrida

Observa el Ministerio Público que tal como se evidencia de la Gaceta Oficial del Estado Aragua Nº 1507, ordinaria, de fecha 10 de junio de 2009, la recurrida ha sido suprimida.

Asimismo se observa, que las obligaciones que pesaban sobre la recurrente, en virtud de tal liquidación, pasaron a formar parte del patrimonio de la Gobernación del estado Aragua.

Por otro lado, cabe señalar que para el Ministerio Público la revisión del proceso de supresión y liquidación de Invalta resultaría importante a los fines de la decisión de la presente causa, pues es posible que la misma se haya realizado ajustada a derecho, pero también es posible que se haya echo en fraude a los derechos de los trabajadores, motivo por el cual hubiese resultado importante disponer a través de la Gobernación del Estado Aragua de la copia certificada del expediente contentivo de dicho procedimiento de supresión y liquidación.

De igual forma, observa el Ministerio Público de la lectura de la citada Gaceta Oficial, que en la misma si bien es cierto que se traspa a la Gobernación del Estado los derechos y obligaciones de INVIALTA, es el caso que en la misma no se habla de reenganche de trabajador alguno, sino de traslado, constituyendo esto una razón que hubiese justificado la utilidad de revisar dicho proceso de supresión y liquidación, ello independientemente de que exista la posibilidad de que esa Sala ordene, de ser el caso, dicho reenganche, pero en la Gobernación del Estado Aragua, vista la desaparición de INVIALTA. Por otra parte, debe señalarse que para el momento en el cual se publicó el cartel de emplazamiento, esto es, para el 06 de abril de 2009, la Gobernación del Estado Aragua aún no había asumido los compromisos de Invalta, por cuanto la misma no había sido suprimida, en razón de lo cual no tenía la condición de interesada en el presente proceso.

2.-Del expediente administrativo, como instrumento indispensable para pronunciarse en el presente juicio:

Ciudadanos Magistrados, con el debido respeto he de indicarles, el Ministerio Público tal como se evidencia de la relación contenida en el iter procesal que se copió con antelación, constató que el Juzgado de Sustanciación ordenó la solicitud de remisión al Tribunal del expediente administrativo.

Que en cumplimiento de dicha orden se procedió a librar oficio que se signó con el número 0119, y se fechó 21 de enero de 2009, dirigido al Ministro del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social.

Ahora bien, ciudadanos Magistrados, es el caso que posterior a la emisión de dicho oficio, el Ministerio Público no observa de autos que efectivamente el mismo haya sido entregado a su destinatario.

Ante tal situación, el Ministerio Público procedió a investigar cual había sido el paradero de dicho oficio, para lo cual procedió a preguntar al respecto tanto en la Secretaría como en el Juzgado de Sustanciación, obteniendo como resultado que el Juzgado de Sustanciación lo había remitido a través del Alguacilazgo a la Oficina de Ipostel que funciona en el planta baja de ese Alto Tribunal.

En tal virtud, el Ministerio Público se trasladó a dicha oficina donde le fue informado que dicho oficio efectivamente había sido recibido en el Ministerio del Poder Popular para el Trabajo en fecha 19 de febrero de 2009, entregando al respecto fotocopia de dicho acuse de recibo.

Al respecto cabe indicar ciudadanos Magistrados, con todo respeto, que llama la atención del Ministerio Público que las resultas de tal gestión no cursen en autos, pues lo que no costa en autos no tiene valor procesal, hecho este que afecta la buena marca del proceso judicial.

En virtud de lo antes expuesto, el Ministerio Público solicita de la manera más respetuosa a esa Sala se sirva, acordar que se incorpore al expediente judicial las resultas de las diligencias efectuadas por el Alguacil en cuanto a la entrega del citado oficio de solicitud del expediente administrativo, así como la verificación de las razones por las cuales dicho expediente no fue remitido a esa Sala.

La anterior solicitud obedece, ciudadanos Magistrados, al hecho de que el Ministerio Público comparte el criterio sentado por esa Sala, respecto a la trascendental importancia del expediente administrativo en los recursos contencioso administrativos para la consecución de la justicia, expediente administrativo sin el cual el Ministerio Público no puede ilustrar debidamente su criterio e informar en éste, magno acto con la certeza y seriedad que todo juicio amerita y muy especialmente en este en el que están en juego no sólo los derechos patrimoniales de la Nación, sino también un grupo de trabajadores, los cuales son ciudadanos venezolanos que tienen derecho a obtener una respuesta veráz y oportuna respecto a su solicitud.

Finalmente debe indicarse a esa digna Sala, que si bien la falta de remisión del expediente administrativo, o en todo caso, la ausencia de causa justificada para su no remisión, la cual no está acreditada en autos, trae como consecuencia, tal como lo ha dejado sentado esa misma Sala en anteriores decisiones, una presunción grave a favor de la recurrente, presunción esta que en el presente caso solo es posible desvirtuarse si surgen elementos que se pueden encontrar en el expediente principal y/o administrativo, no puede dejar de señalarse que en tal caso la ausencia de expediente administrativo favorecería en tal caso a la pretensión de la recurrente, de constar en tal expediente pruebas adicionales, además de las que ya constan en el expediente que cursan ante esa Sala Políticoadministrativa, a favor de los extrabajadores de Invalta.

3.-De la falta de notificación "formal" a la procuraduría general del estado Aragua

Por otro lado ciudadanos Magistrados, observa el Ministerio Público que no consta en autos la notificación formal del Procurador o Procuradora del estado Aragua.

Sin embargo, corre inserta a los autos diligencia de fecha 11 de junio de 2009, mediante la cual la Procuraduría de dicho Estado, solicitó la reposición de la causa.

Para el Ministerio Público tal intervención de dicha Procuraduría al igual que su intervención en la audiencia oral y pública que se celebró ante esa Sala Políticoadministrativa, convalidó y subsanó la falta de notificación formal, motivo por el cual no obstante la ausencia de tal notificación, estima que la misma se encuentra a derecho en el expediente, y pudo en consecuencia ejercer debidamente la defensa de los intereses patrimoniales del Estado que representa.

Por otra parte observa el Ministerio Público que consta en autos que la Inspectoría del Trabajo del Estado Aragua repuso el procedimiento de imposición de multa a Invalta, por ausencia de notificación a la Procuraduría del Estado Aragua, lo cual a juicio de esta Representación del Ministerio Público constituyó una reposición inútil, en virtud de que tal y como consta en autos antes de que se ordenase tal reposición la situación de Invalta y de sus trabajadores era un hecho notorio comunicacional.

No obstante lo antes expuesto ciudadanos Magistrados, y muy especialmente considerando la no remisión del expediente administrativo, el Ministerio Público aplicará la justicia, con los elementos que

efectivamente constan en autos, constituidos por los anexos al libelo, sin que ello implique aceptación de la resolución de este juicio sin el expediente administrativo, pues el Ministerio Público como parte de buena fe debe velar por el recto cumplimiento tanto de las normas sustantivas como adjetivas que conforman todo juicio, en razón de lo cual el Ministerio Público remitirá los recaudos del presente caso al Fiscal Superior del Área Metropolitana de Caracas, a los fines de que de considerarlo procedente ordenen abrir la averiguación penal correspondiente.

4.- Del interés social involucrado en el presente caso

Ciudadanos Magistrados, tal y como lo expresó el Magistrado Jesús Eduardo Cabrera en decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el interés social se evidencia en el caso de autos por cuanto se lleva a los trabajadores de Invalta a padecer en perjuicio patrimonial o una calidad de vida ínfima, lo cual causaría tensiones sociales, tal interés social va unido al Estado social que establece la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, e implica la protección de los derechos de los más débiles, como es en este caso, el de los trabajadores, frente a los más poderosos como lo era la empresa Invalta.

Señores Magistrados, el presente caso involucra el interés social de un conglomerado de trabajadores a los cuales Invalta pretende negar su relación laboral a los fines de desconocer cualquier derecho que les corresponda como consecuencia de la misma, siendo el caso que para el Ministerio Público si bien no cursa ante esa Sala Políticoadministrativa expediente administrativo alguno, cuya remisión no correspondía ni depende de los trabajadores de Invalta, si constan en autos unas testimoniales que apreciadas y valoradas en su conjunto constituyen a juicio de esta Representación del Ministerio Público prueba de la relación laboral de los trabajadores de Invalta a los que se refieren tales testimoniales.

Lo anterior, se vincula al interés social y se relaciona con el Estado Social de Derecho y de Justicia que propugna el Constituyente en el artículo 2, pues no se concibe que en un Estado social donde debe prevalecer el interés social y colectivo por encima de los intereses individuales, una empresa como lo era Invalta, pretenda desconocer los derechos sociales de un conglomerado de trabajadores.

5.- Del interés del estado en el presente caso: representado en la dualidad de lo solicitado por la representación de la Procuraduría General de la República y por la la Procuraduría General del estado Aragua

Ciudadanos Magistrados, contrariamente a los postulados -más teóricos que prácticos- conforme a los cuales: "El Estado es uno sólo", y "El interés del Estado es uno sólo", el presente caso evidencia que en el mismo los intereses del Estado no se conjugan en uno sólo, pues como se expuso en la audiencia oral y pública que se celebró ante esa Sala Políticoadministrativa con ocasión del acto de informes orales, la Representación de la Procuraduría General de la República al estar a favor de los trabajadores de Invalta, representaba el interés del Estado social constitucionalmente establecido en la República Bolivariana de Venezuela desde 1999; mientras que la Representación de la Procuraduría General del Estado Aragua, al alegar -como consta de la grabación de tal audiencia oral- que no hay relación laboral entre Invalta y los trabajadores que son parte del presente proceso, lejos de favorecer al Estado, al pretender favorecer a la Gobernación del Estado Aragua para que no proceda el pago a los trabajadores de Invalta, lo desfavorece con una posición no ajustada a la Constitución, a sus valores, a sus principios, ni tampoco a la verdad que se desprende de los autos que cursan ante esa Sala Políticoadministrativa.

Por otra parte, la afirmación de la Representación de la Procuraduría General del Estado Aragua -que consta igualmente en cinta magnetofónica-, en el sentido de que: Las actuaciones constan en el expediente administrativo "...llevado por esta Sala..." es un alegato que carece de veracidad pues tal expediente no consta en autos.

6.- Del desacato de una decisión ministerial, (acto administrativo) firme en sede administrativa

Ciudadanos Magistrados, observa el Ministerio Público que el presente caso evidencia una utilización errónea y fraudulenta del recurso contencioso-administrativo por parte de la recurrente, por cuanto el ejercicio del mismo no autoriza -como se ha pretendido- desacatar una decisión del Estado que quedó firme en sede administrativa, respecto a la cual se ejerció una medida cautelar de amparo y de

suspensión de efectos que fue negada por la Sala Político Administrativa. Por tanto resulta contrario a derecho la utilización para estos fines de la vía contencioso-administrativa, por cuanto si bien la decisión ministerial es recurrible ello no implica que deba desacatarse hasta que se decida mediante sentencia definitivamente firme su conformidad o no a derecho, pues de ser así, la jurisdicción contencioso-administrativa se convertiría en el subterfugio perfecto para evadir, al menos temporal e injustamente, las obligaciones impuestas por la Administración y la ejecución del acto administrativo estaría supeditado a la resolución del asunto en sede contencioso-administrativa, lo cual resulta particularmente grave en casos como el de autos, donde están en juego derechos laborales que constituyen el sustento de vida de un grupo de trabajadores.

Por otra parte, el alegato de la recurrente de que el acto recurrido resultaba inejecutable por indeterminación de los sujetos, resulta falso, pues el referido acto establece claramente cuales son sus destinatarios.

De los vicios que imputó la recurrente al acto administrativo impugnado

1.-Violación del derecho a la defensa y al debido proceso

Con relación a esta denuncia, el Ministerio Público observa, que la recurrente la fundamenta en la presunta imposibilidad que tuvo de ejercer su derecho a la defensa en el marco del procedimiento desarrollado en sede administrativa.

Tal imposibilidad la fundamenta en la presunta: '...indeterminación de los solicitantes de la medida de suspensión de despido masivo (...) esa indeterminación se ha verificado tanto desde el punto numérico, como en su identificación, pues los nombres del acta que inicia el procedimiento no concuerdan con los números de cédula que respectivamente debían corresponderle. (...) Existen ciento cincuenta y nueve (159) nombres repetidos. (...) Existen más números de cédulas que nombres listados, (...) Existen números de cédula repetidos. (...) Las firmas que soportan esta acta se encuentran repetidas con diferentes letras. (...) Hay nombres y números de cédulas de identidad mal escritos, lo que pone en manifiesto, que esas firmas no fueron realizadas por sus verdaderos titulares, quienes mal podrían equivocarse escribiendo su propio nombre y cédula de identidad. (...) esta situación fue alegada (...) en muchas oportunidades durante el procedimiento y aparece referida tanto en el informe del Inspector, como en la propia Resolución. Sin embargo, nunca hubo un pronunciamiento sobre ella. (...) cada uno de los referidos funcionarios que participaron en el procedimiento elaboró un listado diferente de solicitantes, (...) cabría preguntarse cual es el listado correcto que se debe tomar en cuenta a los efectos de la defensa de Inviaalta en el marco del procedimiento administrativo. (...) Resulta así evidente que nuestra representada no podía defenderse de tal supuesto, si nunca estuvo claro ni lo está hasta la presente fecha quienes, y cuanto son los denunciantes del supuesto despido masivo...!'

Continúa indicando la recurrente al respecto, que: '...Sería importante determinar lo que sustenta los diferentes listados que se presentan con posterioridad al Acta que da inicio al procedimiento, ya que como se comprobó, la misma no presenta ningún orden lógico que permita ordenarla sin la intervención de los propios denunciantes o sus apoderados. (...) no obstante estas circunstancias existen listados posteriores con una gran cantidad de aciertos en los nombres y cédulas de identidad, sin que se justifique en ningún momento los métodos utilizados para tal corrección, dejando a INVIALTA en claro estado de indefensión y violando de manera notoria el debido proceso, (...) De modo que existen tres (3) listados, lo que pudiera representar que los denunciantes que no estén incluidos expresamente en la Resolución recurrida, podían exigir igualmente el pago con posterioridad, debido a que la autoridad no motivo su exclusión de la decisión. (...) se desconoce desde cuando se le deben pagar los salarios caídos a los sujetos mencionados en la Resolución, pues el Viceministro dio fe de la veracidad del contenido del Informe presentado por la Unidad de Supervisión, que señala que los denunciantes (sin especificar quienes) tienen una antigüedad de 3 a 14 años, sin que recibieran éstos los debidos beneficios laborales. (...) debido al desorden presentado en el procedimiento, existen sujetos cuya reincorporación se ordena en la Resolución recurrida, que en realidad trabajan para entes públicos y privados (en algunos casos con más de treinta años de servicios, (...) lo que desvirtúa cualquier grado de credibilidad de la mencionada Resolución (...) el número de cédula no coincide con los Nombres y Apellidos, (...) se incurrió en indeterminaciones de los sujetos denunciantes de manera reiterada, desde su inicio hasta su efectiva culminación con el acto que se recurre, todo lo cual derivó en la imposibilidad de Inviaalta de ejercer de manera justa, debida y adecuado su derecho a la defensa...!'

En tal sentido, considera el Ministerio Público que el acto recurrido establece cuales son sus destinatarios, los cuales por lo demás, son perfectamente identificables por la recurrente, pues ella tiene pleno conocimiento de los trabajadores a los que despidió masivamente, que son los mismos a los que luego pretendió desconocer de toda relación laboral con su empresa.

Sumado a lo anterior, debe decirse que Invalta no dejó de cumplir sus obligaciones laborales con sus trabajadores asumiendo como fundamento principal que la orden administrativa adolecía del vicio de indeterminación de los destinatarios de tal acto administrativo, sino que hizo reposar el peso específico de su impugnación en desconocimiento de la relación laboral de Invalta con esos trabajadores, lo cual por lo demás, resulta contradictorio pues no se puede desconocer o reconocer una relación laboral respecto a unos sujetos indeterminados e imprecisos según Invalta.

Señala igualmente la recurrente en lo que respecta a esta denuncia, que de igual forma le fue violado su derecho a la defensa por la falta que tuvo de acceso al expediente de manera oportuna.

Indica en este sentido, que: '...para la oportunidad de promoción de pruebas (...) le fue negado indebidamente el acceso al expediente administrativo, por lo que no pudo ejercer el debido control de las pruebas que habían sido aportadas al expediente por los supuestos trabajadores (...) sin justificación alguna, sólo le fue permitido el acceso al expediente administrativo cuando se estaba en fase de evacuación de pruebas, lo cual vale señalar fue únicamente motivado porque oportunamente nuestra representada dejó expresa constancia de esa circunstancia mediante diligencia en la cual se expresó la negativa de la Administración de permitir el acceso al expediente administrativo...'

En lo que concierne a este alegato, observa el Ministerio Público de los anexos que fueron acompañados al libelo, que el mismo debe ser declarado sin lugar, en virtud de que no se evidencia de ellos prueba de que efectivamente se le haya negado a la recurrente el acceso al expediente, y antes por el contrario, se percibe el ejercicio pleno de su derecho a la defensa, lo cual no hubiera podido realizar sin dicho acceso.

Alega igualmente la recurrente, la violación de su derecho a la defensa, por considerar que no fueron analizadas las pruebas por ella promovidas en el procedimiento administrativo, (...) el Viceministro no valoró, sino por el contrario silenció muchas de las pruebas promovidas (...) la Administración no valoró las pruebas bajo el pretexto que las mismas eran emanadas de terceros, lo cual es falso, porque las pruebas promovidas se refieren a las sociedades (microempresas) de las cuales son socios los solicitantes y mediante las cuales según los funcionarios instructores supuestamente Invalta pretendía encubrir una relación laboral. (...) nuestra representada promovió copia de documentos públicos y documentos administrativos que no fueron impugnados o atacados por los denunciados, como lo son las copias de las Actas constitutivas debidamente registradas de las microempresas con las cuales nuestra representada celebraba las contrataciones y donde se evidenciaba claramente que los reclamantes pertenecían a las mismas por ser miembros activos de ellas, y que estas microempresas prestaban servicios de manera coetánea a otros entes públicos y privados (...) la Administración pretende enervar el valor de los documentos y demás pruebas promovidas por nuestra representada en el transcurso del procedimiento, cuestión que no fue plantada por los solicitantes, pues estos no impugnaron ni atacaron dichas pruebas, por lo que las mismas debieron ser valoradas en toda su extensión por la Administración quien violó el principio de imparcialidad y congruencia que debe informar su actuación ...'

En lo que concierne a este alegato, el Ministerio Público estima que el mismo debe ser declarado sin lugar, por las razones siguientes:

Primera: Porque los recurrentes incurrir en contradicción, al señalar que la Administración incurrió en el vicio de silencio de pruebas aduciendo que estas eran emanadas de terceros, por cuanto tal motivación, -con independencia de lo correcta o no que la misma pueda resultar-, implica que no hubo silencio por parte de la Administración respecto a tales pruebas.

Segunda: La Sala Constitucional de ese Máximo Tribunal de la República ha establecido que que el silencio de pruebas se produce con relación a una prueba esencial del proceso y es el caso que el hecho de que la recurrente demostrara -como en efecto lo hizo y así lo constato el Ministerio Público- que varios de los trabajadores de Invalta eran socios de microempresas no desvirtúa que fuesen

trabajadores de Invalta, es decir, esa no constituye una prueba idónea para desvirtuar la relación laboral de tales trabajadores con Invalta.

2.-Violación del derecho a obtener una oportuna respuesta

Considera la recurrente que en el presente caso le ha sido violada la citada garantía, en virtud de que: '...consta en el expediente administrativo que nuestra representada al momento de contestar la solicitud (...) requirió fuera subsanada la omisión en que había incurrido la Administración, en cuanto a la indeterminación de los solicitantes en virtud que ello violaba su derecho a la defensa, al no precisar de forma correcta y adecuada el número y la identificación de los accionantes, asimismo fue ratificada la mencionada solicitud en diferentes oportunidades del procedimiento, en el escrito de promoción de pruebas, en el de impugnación, en diferentes diligencias a las que nunca se obtuvo respuesta, lo que no permitió la oportuna y eficaz defensa de nuestra representada. (...) aún cuando ello fue solicitado en diversas oportunidades, esta no procedió a dar respuesta o bien a subsanar la omisión que afectaba el derecho constitucional a la defensa, como era la determinación concreta de los solicitantes y su adecuado número e identificación, lo cual resultaba a todas luces imprescindible para poder ejercer su derecho a la defensa de manera cabal...'

Estima el Ministerio Público que igualmente este alegato debe ser declarado con lugar, en virtud de que no consta en autos prueba alguna de la contraparte, a los fines de desvirtuar la presente defensa, vale decir, que si contestó dicha petición.

3.-Violación del derecho a ser juzgado por el juez natural

Observa la recurrente violada la citada garantía: "...por cuanto la Inspectoría del Trabajo y el Ministerio del Poder Popular para el Trabajo se pronunciaron sobre la existencia de la relación laboral, aun cuando tal asunto '...solo podía ser determinado por el Juez laboral...', quien es el Juez Natural en atención a sus competencias para determinar la existencia y naturaleza de esa relación en caso de que la condición de trabajadores alegada por los sujetos solicitantes fuese controvertida.(...) cuando el Inspector del Trabajo o el Ministerio del Poder Popular para el Trabajo determinan la existencia de una relación de laboral cuando consta en autos del expediente administrativo que tal calificación ha sido controvertida desde el primer momento por Invalta usurpa funciones que son propias del Poder Judicial y en concreto de los tribunales laborales. (...) la Administración (...) ha invadido claras competencias de los órganos jurisdiccionales laborales para calificar de laboral una relación que sido controvertida por nuestra representada en todo momento, pues nunca ha existido tal relación. (...) era evidente la condición controvertida de los solicitantes, ni el Ministerio ni la Inspectoría tenían competencia alguna para entrar a calificar la misma como laboral y en consecuencia, ordenar el reenganche de los supuestos trabajadores...".

En criterio del Ministerio Público, este alegato debe ser declarado sin lugar, en virtud de que no es cierto que la Inspectoría del Trabajo sea incompetente para establecer la existencia o no de una relación de trabajo, ello en virtud de que dicha competencia le ha sido atribuida de manera indirecta en el interrogatorio a que se contrae el artículo del Reglamento de la Ley del Trabajo, donde la primera pregunta esta dirigida a establecer la relación laboral, es decir el artículo 40 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo establece la competencia del Inspector del Trabajo para calificar relaciones laborales.

4.-Incompetencia manifiesta

En lo que concierne a esta denuncia, aprecia el Ministerio Público que la recurrente aduce que: '...el Ministerio del Poder Popular para el Trabajo es manifiestamente incompetente para pronunciarse en sede administrativa sobre la existencia de una relación laboral que ha sido controvertida por una de las partes (...) es competencia de los tribunales del trabajo conocer sobre la determinación de existe o no una relación de trabajo, por ser a todas luces, un asunto contencioso suscitado por el trabajo como hecho social (...) en el procedimiento se ha dictado un acto con incompetencia manifiesta, ya que el funcionarioa que dictó el acto recurrido usurpó funciones que en realidad le corresponden a los órganos jurisdiccionales del trabajo (...) ya que fue demostrado (...) que los solicitantes no eran ni fueron trabajadores de Invalta, y que en todo caso su condición de trabajadores era discutida desde el el inicio del procedimiento tanto la Inspectoría como el Ministerio carecían de competencia para dictar el acto, debido a que se está en presencia de un asunto contencioso no susceptible de ser dilucidado en sede administrativa, por lo cual este asunto debía ser conocido por los Tribunales

laborales, quienes deben decidir sobre la existencia o no de una relación de trabajo y ordenar, en todo caso, el pago de beneficios laborales.(...) la Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece en su artículo 29 que los tribunales del trabajo son competentes para sustanciar y decidir los asuntos contenciosos del trabajo, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje. (...) tanto el Inspector del Trabajo como el Viceministro del Trabajo eran incompetentes para emitir una decisión que entraña el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, cuya inexistencia fue alegada y debidamente demostrada por nuestra representada (...) la elaboración del Informe por parte de la Unidad de Supervisión, constituye una violación directa a la competencia que tienen dadas los Tribunales del Trabajo, pues en éste se concluyó que nuestra representada: 'Vulnera los derechos de los Trabajadores, al procurar encubrir la existencia real de contratos de trabajo bajo la apariencia simulada de otro negocio "Microempresa", con el propósito de evadir la aplicación laboral (...) Existe incompetencia manifiesta, por violación expresa de la Constitución y la Ley Especial que regula la materia...'

Este alegato considera el Ministerio Público que debe ser declarado sin lugar, en base a las mismas razones que se adujeron en el análisis de la denuncia anterior, pues tal como se indicó en dicha oportunidad el Inspector del Trabajo sí es competente para establecer la existencia o no de la relación laboral en el procedimiento administrativo, de despidos masivos.

5.-Vicios del objeto del acto por contradicción

Indica en este aspecto la recurrente, que la Resolución recurrida adolece del vicio indicado, en virtud de que por un lado reconoce que el órgano competente para pronunciarse sobre la existencia o no de la relación laboral son los tribunales laborales y sin embargo, se pronuncia al respecto en la misma.

Señala asimismo, que la Resolución recurrida es contradictoria, en virtud de que establece: '...que se observa que los denunciados trabajan para otras empresas y posteriormente concluye tomando en cuenta la mencionada aseveración que son trabajadores de nuestra representada, (...) totalmente contradictorio e irracional...'

En lo que atañe a este alegato, el Ministerio Público estima que el mismo debe de igual forma ser declarado sin lugar, en virtud de que tal afirmación del Inspector del Trabajo no resulta contradictoria por cuanto, el mismo por una parte, ejerció su competencia para establecer la existencia de dicha relación laboral y por la otra, por cuanto el señalamiento atinente a que los trabajadores denunciados trabajan para otras empresas, no es obice -como ya se refirió- para desvirtuar su relación laboral con Invalta.

6.- Imposible ejecución: La ausencia de las nóminas jurídicamente pertinentes y la presunción de la relación laboral

Considera la recurrente que el acto impugnado es de imposible cumplimiento, en virtud de que jurídicamente es inejecutable, por cuanto no se puede reincorporar a la nómina del Instituto de Vialidad y Transporte del estado Aragua a los solicitantes, por cuanto éstos nunca estuvieron en ella, además de que no existen en el expediente elementos que permitan determinar cuánto ganaba cada uno de los solicitantes, que cargo ocupaban, fecha de ingreso y egreso, deudas pendientes, parámetros a considerar.

Respecto al alegato anterior el Ministerio Público considera que el mismo debe ser declarado sin lugar, por cuanto las nóminas de los trabajadores de Invalta eran la prueba idónea y pertinente para demostrar -y esta es una carga del patrono- cuales eran los trabajadores de Invalta y evidenciar de no figurar en ella los trabajadores que son parte de este proceso, que cientos de trabajadores están mintiendo, porque no trabajaron para Invalta.

Pues bien esas nóminas, que como lo ha establecido la jurisprudencia de esa Sala Política Administrativa deben corresponder a los últimos seis meses desde que a Invalta se la notificó del procedimiento, no son consignadas por Invalta y no las señalan dentro de sus elementos probatorios, a pesar de que en uno de los escritos que cursan en autos, dicen que resulta una prueba fundamental. Sumado a lo anterior, la jurisprudencia de la Sala de Casación Social de ese Máximo Tribunal de la República ha establecido que la presunción es de la relación de trabajo y la misma puede ser destruida por el patrono y ello no lo hizo Invalta en el caso de autos.

7.- Falso supuesto de hecho

Esta argumentación la fundamenta la recurrente en su particular consideración, de que los solicitantes nunca han sido trabajadores de , sino en todo caso microempresarios contratistas de Inviaalta y que la Resolución se fundamentó en la falsa apreciación de que los sujetos denunciados tenían condición de trabajadores de cuando en realidad: '...ninguno de ellos tiene esa condición de trabajador y, en todo caso, ninguno de ellos ha trabajado para Inviaalta ni ha formado parte de su nómina (...) ninguno de los sujetos es en realidad trabajador de ese Instituto Autónomo (...) se trata de sujetos que representan a microempresas que han sido contratistas de nuestra representada (...) son estas las que han desarrollado actividades pactadas con de obras, servicios y suministro de bienes muebles ...'

Basa igualmente esta denuncia en que la determinación de los denunciados es imprecisa, por cuanto en la Resolución se identifican por nombre y alfabéticamente a los trabajadores solicitantes y en el acta que se levantó el 26 de abril de 2007, se indican otros que no guardan relación con la primera identificación en cuanto a cantidad, identificación y números de cédula, de donde se evidencia que en su mayoría los nombres no coinciden con los números de cédulas plasmados en la Resolución, tampoco coinciden en cantidad, incurriendo en falso supuesto al dar como un hecho cierto que las personas que incluye en la Resolución aquí recurrida son las mismas que interpusieron la solicitud mediante acta realizada en fecha 26 de abril de 2007, siendo falso tal como se demuestra de comparar los dos actos administrativos, que un número significativo de denunciados que forman parte del acta de 26 de abril, no se encuentra dentro de la Resolución, que se evidencia del acta mediante el cual se acuerda abrir el procedimiento de despidos masivo, que el número de solicitantes repetidos en el texto de las actas, asciende a la cantidad de 159 de los 391, los solicitantes que aparecen repetidos en las hojas de firmas que soportan el acta, asciende a la cantidad de 21, los solicitantes que aparecen en el texto del acta y no están en las hojas de firma anexas al acta, asciende a la cantidad de 51 y los números de cédulas relacionados en el texto son de 390 de los cuales 63 están repetidos y no tienen ningún orden lógico con el texto del acta , que el acto que inicia el procedimiento no determina, ni identifica a los solicitantes, que la indeterminación de los solicitantes se verifica desde inicio del procedimiento hasta su culminación.

Respecto a tales alegatos, ya el Ministerio Público ha realizado sus consideraciones en el presente informe, en aval de que el mismo debe ser declarado sin lugar.

8.-Falta de valoración de pruebas, las pruebas que constan en autos a favor de los trabajadores: y el principio *in dubio pro operario*

Señala que la recurrida incurre en dicho vicio, cuando el Viceministro desestima todas las pruebas promovidas, bajo el falso supuesto de que las mismas emanan de un tercero, vale decir, las microempresas, que están siendo utilizadas a su decir, para encubrir una relación perfecta de trabajo, a nombre de las cuales saldrían los pagos, además de que no valoró las otras pruebas promovidas.

Aduce igualmente la recurrente, que la recurrida incurre en el referido vicio cuando señala que: "...las pruebas de nuestra representada son documentos privados, cuando en su mayoría son copias de documentos públicos (actas constitutivas y sus reformas, copia certificadas de documentos administrativos (la nómina que es la prueba fundamental, ordenes de trabajo, ordenes de pago, valuaciones, los cuales tiene establecido expresamente su valor, y la forma de atacarlos en un procedimiento, cuestión que ratificó nunca fue realizada por los denunciados, por lo tanto, el Viceministro debió valorarlas de conformidad con lo establecido en la ley, no declararlas inadmisibles, bajo el falso supuesto que son documentos privados (...) es falso lo expresado por el Viceministro en el sentido que los 'reclamantes prestaban servicios para Inviaalta, antes de la creación de las prenombradas microempresas y continuaron prestando los mismos servicios después de la creación de la misma', siendo lo más grave que de ella deriva una conclusión también errada y fundamental en la resolución del procedimiento como es que 'los reclamantes prestaron servicios a '...'

Denuncia asimismo la recurrente, que la recurrida incurrió en falso supuesto en la interpretación de las pruebas de las cuentas individuales del seguro social.

Al respecto, indica que el Viceministro señala en la Resolución recurrida que Inviaalta manifestó ante el organismo administrativo, que según consta del registro llevado por el IVSS aparecen inscritas las microempresas como tales y los denunciados como sus trabajadores.

Contra tal afirmación, señalan que nunca realizaron tal aseveración y que lo alegado por ella con respecto a las cuentas individuales fue consignaba relación de cuenta individual del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales de varios socios de microempresas que se encuentran solicitando el reenganche y salarios caídos por despido masivo, los cuales se encuentran activos trabajando para otras empresas, de donde se evidenciaba que no podían ser trabajadores de Inviaalta, debido a que

prestaban sus servicios para otras compañías, que el Viceministro señaló alegatos supuestamente expresados por ella que jamás fueron realizados, en el sentido que las microempresas eran patrono de los denunciantes, por el contrario lo que se sostuvo fue que los denunciantes trabajaban para empresas diferentes como es el caso de Lactuaro Maracay, Recyclecom.C.A, Granjas la Caridad, Alfarería Maracay, e, incluso otros entes públicos como el Ministerio de Educación INCES, Inderibas, alcaldías, ente otras, las afirmaciones del Ministro provienen de hechos falsos no probados ni señalados en el expediente, sino de una mala y errónea interpretación que dicho funcionario realizó de las pruebas promovidas por nuestra representada.

Señala asimismo la recurrente, que el informe preparado por la Unidad de Supervisión de la Inspectoría del estado Aragua se basa en supuestos fácticos falsos, pues la funcionaria que levantó dicha acta no indicó en ningún momento la identificación de quienes y cuantos son los supuestos trabajadores y en que lugar se llevó a cabo la entrevista, que no existe prueba en el expediente de existencia de la relación laboral que dice dicha funcionaria evidenció en dicho Informe, que los solicitantes jamás han estado a disposición de Invalta y mucho menos perciben o percibieron un salario, que es jurídicamente imposible que mediante una inspección se pueda determinar si existe o no una relación encubierta, que los accionantes del despido masivo jamás han estado incluidos en la nómina de trabajadores de Invalta por lo tanto mal puede incluir a esos supuestos trabajadores a una nómina a la cual jamás han pertenecido, y menos aún puede emitir recibos de pago sobre salarios no causados o pagar beneficios laborales no generados, que no tiene asidero la afirmación formulada por la Administración en el sentido en que los solicitantes representan el cuarenta y cuatro por ciento (44%) del personal que estaba al servicio de Invalta , por cuanto su nómina se ha mantenido casi inalterable, desde hace meses y no existe prueba alguna de una disminución significativa de la misma y menos como lo afirma el Viceministro de un cuarenta por ciento (40%).

Considera el Ministerio Público que este alegato debe ser declarado sin lugar, en virtud de que se observa que por el contrario, del dicho de la recurrente se aprecia la valoración de dichas pruebas, pues el hecho de que el resultado de dicha apreciación no haya sido favorable a sus aspiraciones, no constituye falta de valoración.

Sumado a lo anterior, como ya se estableció en este informe debe decirse que Invalta no consignó en autos la nómina de los últimos seis (6) meses y que por las razones precedentemente expuestas, los documentos constitutivos de las microempresas, no constituyen una prueba idónea a juicio del Ministerio Público.

En contraposición a lo anterior, cursan en autos un cúmulo de testimoniales que evidencian la relación de trabajo existente entre Invalta y los trabajadores que son parte del presente proceso, además los trabajadores aluden a la existencia de informes y fotos que ellos consignaron en sede administrativa, pero cuyo expediente está extraviado, siendo que -como ya se puntualizó- su pérdida interesaba fundamentalmente a Invalta, para no pagarle a los trabajadores.

Igualmente, los trabajadores promueven que se oficie al Seniat para probar las retenciones de impuestos que se les efectuaban y que se oficie a los bancos, a los fines de que se hagan constar los depósitos a las cuentas nóminas.

9.-Falso supuesto de derecho

Aduce la recurrente en cuanto a este vicio, que el mismo se configuró cuando: '...el Viceministro ha aplicado las normas que regulan el despido masivo sin que ellas sean aplicables o se subsuman en modo alguno en el supuesto de hecho planteado (...) al aplicarse las disposiciones de despido masivo previstas en la Ley Orgánica del Trabajo (Art. 32) a un supuesto que claramente no era (...) ni de trabajadores (...) ni de despido masivo (...) los sujetos que solicitaron la suspensión del despido masivo nunca formaron parte de la nómina de Invalta y no eran tampoco trabajadores de ese Instituto (...) ha procedido a aplicar normas que no se adecuaba al supuesto de hecho planteado (...) calificó de forma absolutamente ilegal y sin tener competencia para ello, como laboral la relación existente entre los reclamantes e Invalta, lo cual es absolutamente improcedente (...) ha citado erróneamente la norma que regula el despido masivo de la LOT, cual es el artículo 34 y no el artículo 32 (...) deben darse como requisito indispensable los supuestos que configuran la procedencia del despido y posteriormente queda a discrecionalidad del Ministro del Trabajo , la suspensión de los efectos del mismo, si considera que existen razones de interés social que justifiquen esa medida, en el presente caso, el Viceministro no tomó en cuenta la norma rectora que de manera expresa señala los supuestos necesarios para que proceda el despido masivo, para poder pasar a la parte discrecional, como lo es si existe o no interés social para suspenderlo. (...) el despido masivo es una figura

contemplada en la ley, cuya verificación requiere de la concurrencia de ciertos requisitos, conforme lo prevé el mencionado artículo 34 de la Ley del Trabajo, según su discrecionalidad, esto es 'si considera que existen razones de interés social que justifique esa medida', lo cual no ocurrió en el presente caso, tal como ha sido plasmado (...) se aplicaron normas que no se ajustaban a los hechos que alegados, las cuales además fueron apreciadas de manera errónea...'

Esta argumentación apreciada en concordancia con lo que se entiende como falso supuesto de derecho debe ser declarada en criterio fiscal sin lugar, en razón que se aprecia que la Inspectoría del Trabajo independientemente de que su decisión sea justa o no en criterio de la recurrente, subsumió la conducta imputada en la norma que se correspondía.

Conclusión

Por la razones precedentemente expuestas, el Ministerio Público solicita que el presente recurso contencioso-administrativo de nulidad se declare Sin Lugar, y procede a remitir las actuaciones correspondientes al presente caso, al Fiscal Superior del Área Metropolitana de Caracas, y al Fiscal Superior del estado Aragua a los fines de que se determine el destino del expediente administrativo y se ordene, de ser procedente, la apertura de la averiguación penal correspondiente, tendente a la determinación de las responsabilidades a que hubiere lugar.

Señores Magistrados, el Ministerio Público considera que en el presente caso debe prevalecer el principio de legalidad y legitimidad del acto administrativo recurrido y fundamentalmente que frente a la presunción en contra de la Administración por no constar en sede jurisdiccional el expediente administrativo, deben prevalecer el cúmulo de pruebas testimoniales que constan en autos y que permiten evidenciar la relación de trabajo entre Invalta y los trabajadores partes en este proceso y el cúmulo de indicios que no pueden constatarse por la falta de expediente administrativo, y que si aún así existiesen dudas debe aplicarse el principio *in dubio pro operario* cónsono con el Estado social que propugna nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que, ya que el reenganche *-strictu sensu-* en virtud de la desaparición jurídica de Invalta, se proceda al traslado de esos trabajadores, conforme al numeral 5 del artículo 4 de la Ley de Supresión de Invalta y al pago de lo que jurídicamente les corresponde.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 24/02/2011

2.- FISCALÍA
REMITENTE:

Fiscalía Primera del Ministerio Público ante el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena y ante sus Salas Constitucional, Político-Administrativa y Electoral

3.- MATERIA: Derecho Administrativo

4.- TEMA: Registro de marcas

5.- EXTRACTO

“...La presente acción persigue la nulidad del acto administrativo denegatorio producido en virtud del silencio administrativo que se verificó al no emitir respuesta el Ministerio del Poder Popular para el Comercio, en virtud del recurso jerárquico interpuesto en fecha 2 de diciembre de 2003 y ratificado el 12 de noviembre de 2008, contra la Resolución N° 1070 dictada por el ciudadano Registrador de la Propiedad Industrial el 21 de octubre de 2003 y publicada en el Boletín de la Propiedad Industrial N° 460 de fecha 14 de noviembre de 2003, Tomo II, pág. 300, que declaró ‘Sin Lugar el recurso de reconsideración ejercido contra la Resolución N° 2206, publicada en el Boletín de la Propiedad Industrial N° 449 de fecha 22 de febrero de 2002, Tomo XII, pág. 68, que negó la inscripción de la solicitud de registro del signo Jerocen, en clase 5, solicitado el 26 de octubre de 2000 bajo el N° 00-19.816, por la existencia previa del Registro N° F70956 de la marca Gerocien en clase 6’. / (...Omissis...) / Es indudable, que la Resolución N° 1070, publicada en la página 300 del tomo II del Boletín Oficial de la Propiedad Industrial N° 460 del 14 de noviembre de 2003, dictada por el Registrador de la Propiedad Industrial, negó la solicitud de registro de la inscripción del signo JEROCEN por cuanto existía para ese momento el registro N° F70956 correspondiente a la marca GEROCIEN. / Ahora bien, la sociedad mercantil recurrente quien indiscutiblemente actuó en base a un interés calificado, cual es, obtener el registro de la inscripción del signo Jerocen,; interpuso ante el Registro de la Propiedad Industrial, la solicitud de Cancelación por Falta de Uso del Registro N° F-70956 correspondiente a la marca Gerocien, la cual fue efectivamente declarada por el Registrador de la Propiedad Industrial, tal como se evidencia de la Resolución N° 633, lo que a criterio de esta representación fiscal, significa el decaimiento del fundamento de la negativa al registro del signo Jerocen sostenido en la Resolución 1070 hoy impugnada, en virtud de lo cual considera el Ministerio Público, que se ha verificado el vicio de falso supuesto de hecho denunciado, y ello acarrea la nulidad absoluta del acto impugnado, por cuanto se ha producido un vicio en la causa.”

6.- CONTENIDO

6.1.- DICTAMEN N° FPTSJ-2010-055

6.2.- FECHA: 12/08/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“...**Informe del Ministerio Público** / La presente acción persigue la nulidad del acto administrativo denegatorio producido en virtud del silencio administrativo que se verificó al no emitir respuesta el Ministerio del Poder Popular para el Comercio, en virtud del recurso jerárquico interpuesto en fecha 2 de diciembre de 2003 y ratificado el 12 de noviembre de 2008, contra la Resolución N° 1070 dictada por el ciudadano Registrador de la Propiedad Industrial el 21 de octubre de 2003 y publicada en el Boletín de la Propiedad Industrial N° 460 de fecha 14 de noviembre de 2003, Tomo II, pág. 300, que

declaró 'Sin Lugar el recurso de reconsideración ejercido contra la Resolución N° 2206, publicada en el Boletín de la Propiedad Industrial N° 449 de fecha 22 de febrero de 2002, Tomo XII, pág. 68, que negó la inscripción de la solicitud de registro del signo Jerocen, en clase 5, solicitado el 26 de octubre de 2000 bajo el N° 00-19.816, por la existencia previa del Registro N° F70956 de la marca Gerocien en clase 6'. / Expuestos como han sido los argumentos de la parte recurrente, pasa el Ministerio Público a emitir la opinión correspondiente y en este sentido observa que: / El punto medular del presente asunto, es determinar si efectivamente el acto administrativo contenido en la Resolución N° 633, mediante el cual el Registrador de la Propiedad Industrial declaró con lugar la solicitud de cancelación por falta de uso del Registro del signo Gerocien, constituye una razón suficiente para que el acto hoy impugnado sea anulado por cuanto incurre en el vicio de falso supuesto. / Ahora bien, el acto impugnado es el contenido en la Resolución N° 1070 del 21 de octubre de 2003, el cual se ha confirmado en virtud del silencio administrativo con efecto denegatorio generado por el Ministro del Poder Popular para el Comercio, mediante el cual en definitiva el Registrador de la Propiedad Industrial negó la solicitud del registro del signo Jerocen, en Clase 5, para distinguir 'Preparaciones y sustancias farmacéuticas para ser usadas en el tratamiento de enfermedades y trastornos del sistema nervioso central, el sistema nervioso periférico, el sistema urológico y el sistema cardiovascular; preparaciones y sustancias farmacéuticas para el control del dolor y anestesia'. / El acto impugnado que niega el registro de la marca Jerocen, entra al análisis de su negativa, en base al siguiente fundamento: / '...atendiendo a una simple y rápida visión de conjunto de ambos signos, en base a la facultad revisora de la administración en los procedimientos administrativos emanados de ella, a la hora de llevar a cabo el análisis comparativo del signo Jerocen (solicitado) y el signo Gerocien (marca registrada), esta Oficina observa que entre ellos efectivamente existe semejanza o parecido, en especial a la hora de pronunciarse o al escucharse, en virtud de que ambos comparten la misma carga fonética, con la sólo e insuficiente diferencia de la vocal 'I' en la sílaba final de la marca registrada, lo cual no aleja la semejanza existente entre dichos signos, ni tampoco la posibilidad de que el público consumidor incurra en confusión y por ende en error a la hora de identificar los productos amparados por dichos signos y de hacer su elección. / (...) / Es por todo lo anteriormente dicho que este Despacho considera que al existir tanto relación estrecha con los productos que distingue la marca registrada, como similitud gráfica y fonética con esta, se mantiene de esta manera el cumplimiento del supuesto de hecho del literal a) del artículo 136 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, y por lo tanto, no es posible la coexistencia pacífica de ambos signos en el mercado.' (Subrayado del Texto Original). / Es indudable, que la Resolución N° 1070, publicada en la página 300 del tomo II del Boletín Oficial de la Propiedad Industrial N° 460 del 14 de noviembre de 2003, dictada por el Registrador de la Propiedad Industrial, negó la solicitud de registro de la inscripción del signo Jerocen por cuanto existía para ese momento el registro N° F70956 correspondiente a la marca Gerocien. / Ahora bien, la sociedad mercantil recurrente quien indiscutiblemente actuó en base a un interés calificado, cual es, obtener el registro de la inscripción del signo Jerocen,; interpuso ante el Registro de la Propiedad Industrial, la solicitud de cancelación por falta de uso del Registro N° F-70956 correspondiente a la marca Gerocien, la cual fue efectivamente declarada por el Registrador de la Propiedad Industrial, tal como se evidencia de la Resolución N° 633, lo que a criterio de esta representación fiscal, significa el decaimiento del fundamento de la negativa al registro del signo Jerocen sostenido en la Resolución 1070 hoy impugnada, en virtud de lo cual considera el Ministerio Público, que se ha verificado el vicio de falso supuesto de hecho denunciado, y ello acarrea la nulidad absoluta del acto impugnado, por cuanto se ha producido un vicio en la causa. / III / CONCLUSIÓN / En razón de los fundamentos antes expuestos, estima el Ministerio Público que la acción de nulidad interpuesta por los Apoderados Judiciales de la sociedad mercantil Astrazeneca AB contra la Resolución N° 1070 dictada por el ciudadano Registrador de la Propiedad Industrial el 21 de octubre de 2003 y publicada en el Boletín de la Propiedad Industrial N° 460 de fecha 14 de noviembre de 2003, Tomo II, pág. 300, debe ser declarada Con Lugar por ese Supremo Tribunal y así se solicita respetuosamente."

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 24/02/2010

2.- FISCALIA
REMITENTE:

Fiscalía Tercera del Ministerio Público ante el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena y ante las Salas Constitucional, Político Administrativo y Electoral

3.- MATERIA:

Derecho Administrativo – Servicio público

4.- TEMA:

Vicio del falso supuesto de derecho

5.- EXTRACTO

“Señala el recurrente (Etelix.Com, CA), que la ley prevé que la ausencia de notificación relativa a la interrupción del servicio es objeto de sanción de multa y no con la revocatoria de la habilitación administrativa, no mucho menos aún, con la inhabilitación por cinco (5) años.

Iniciado el procedimiento sancionatorio por Conatel este organismo verificó que la empresa Etelix.Com, CA, interrumpió el servicio de telefonía de larga distancia internacional desde el año 2003, en contravención a la obligación que tenía de prestar servicio en forma continua, uniforme y eficiente (artículo 171 numeral 2 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones) e igualmente verificó que tal interrupción no fue notificada al ente controlador de las telecomunicaciones, y constató que la empresa sancionada hubiere interrumpido el servicio por causas ajenas a su voluntad, con lo cual evidenció el Ministerio Público que las sanciones aplicadas al recurrente en nulidad se ajustan a lo previsto en la normativa legal de telecomunicaciones siendo adecuadas y proporcionales a los incumplimientos de la empresa recurrente (artículos 169,171 y 172 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones)“.

6.- CONTENIDO6.1.- OPINION
FISCAL N°

FTTSJ-2010-024

Sociedad Mercantil Etelix. Com C.A. contra MPP para las Telecomunicaciones y la Informática (hoy Obras Publicas y vivienda)

6.2.- FECHA:

10/08/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN**OPINIÓN DE LA FISCAL DEL MINISTERIO PÚBLICO**

“En el libelo del recurso presentado por la apoderada judicial de la sociedad mercantil Etelix.Com, C.A., se pretende la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución s/n de fecha 10 de noviembre de 2008 dictada por el Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática (hoy Ministerio del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda), que declaró Sin Lugar el recurso jerárquico interpuesto contra la Providencia No. PADS-1.095 No. 006800 del 10 de mayo de 2008, emanada de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (ConateL), mediante la cual se le revocó la “Habilitación General N° HGTS-00007”, se le impuso a su representada una multa de Dos Mil Quinientas Unidades Tributarias (2.500 U.T) y se le inhabilitó por un lapso de cinco (5) años “para obtener habilitación administrativa”.

A los fines de fundamentar dicha solicitud, la representante legal de la recurrente alega, en primer lugar, que el acto recurrido viola el derecho al debido proceso de su representada, específicamente su derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 49, numeral 2, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que le fue impuesta la sanción sin que mediara prueba alguna en su contra.

Al respecto, esa Sala ha reiterado en su jurisprudencia, los atributos del derecho al debido proceso, señalando lo siguiente:

“...ha sido criterio de esta Sala que el debido proceso previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, constituye una expresión del derecho a la defensa, el cual comprende tanto la posibilidad de acceder al expediente, el derecho a ser oído (audiencia del interesado), a obtener una decisión motivada y su impugnación.

Se ha establecido también que lo esencial a constatar por el juzgado previamente a declarar la violación del derecho consagrado en el aludido artículo 49 de la Carta Magna, es que la Administración haya resuelto un asunto sin cumplir con el procedimiento legalmente establecido o que haya impedido de manera absoluta a los particulares su participación en la formación del acto administrativo, que pudiera afectar sus derechos o intereses, (ver entre otras, sentencias de esta Sala Nros. 4.904 del 13 de julio de 2005 y 00827 del 31 de mayo de 2007)”¹⁶⁶.

Ahora bien, en el presente caso se observa, que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (Conatel) ordenó la apertura del procedimiento administrativo sancionatorio contra la sociedad mercantil Etelix. Com C.A., mediante Providencia Administrativa N° PADS-962 de fecha 3 de julio de 2007, de conformidad con lo dispuesto en la Sección Segunda, Capítulo II, Título XII de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, “...con el fin de determinar si la conducta presuntamente desplegada por la referida sociedad mercantil se (enmarcaba) en las infracciones administrativas tipificadas y sancionadas en el numeral 1 del artículo 164, en el numeral 2 del artículo 171 y el artículo 172 de esta Ley”.

Asimismo, Conatel ordenó la notificación de los representantes de la empresa, a fin de que en un lapso no mayor de quince (15) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la constancia de notificación, ejercieran su derecho a la defensa, mediante la consignación de los alegatos y pruebas que consideraran pertinentes, y a tal efecto, libró el oficio N° CJ/001247, de fecha 3 de julio de 2007.

Igualmente consta en el expediente administrativo, que por auto de fecha 11 de julio de 2007, la ciudadana Yosmary García Moreno, en su condición de Consultora Jurídica de Conatel, dejó constancia de que: “...En fecha 10 de julio de 2007 a las 4:15 p.m. Funcionarios de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (Conatel) se presentaron en la avenida Solano, Centro Empresarial Sabana Grande, Piso 10, Oficina 10-3, Sabana Grande, Caracas, dirección de la sociedad mercantil **Etelix.com, C.A.**, según los documentos que reposan en el Archivo Central de Conatel, con la finalidad de notificar a la referida sociedad mercantil el inicio de un procedimiento administrativo sancionatorio en su contra (...*Omissis*...) Vista la imposibilidad de funcionarios de (esa) Comisión de notificar personalmente a los representantes de la mencionada sociedad mercantil (...) se procedió a levantar acta firmada por dos testigos, donde se deja constancia del agotamiento de la citación personal...”.

Como consecuencia de tal circunstancia, por auto de fecha 12 de julio de 2007, la Consultoría Jurídica de Conatel, ordenó publicar el cartel de emplazamiento en un diario de circulación nacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 76 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Dicho cartel fue publicado en el Diario “Últimas Noticias” el 14 de julio de 2007, e incorporado al expediente por auto de fecha 16 de julio de 2007, en virtud de lo cual, se asume que la sociedad

¹⁶⁶ [Sentencia N° 01509, emanada de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fecha -21/10/09, en el expediente N° 2007-0666.](#)

mercantil Etelix.Com quedó notificada en fecha 7 de agosto de 2007, es decir, transcurridos quince (15) días hábiles, tal como lo establece la referida norma.

En ese sentido, entre el 7 y el 27 de agosto de 2007, transcurrieron los quince (15) días hábiles para la presentación de los alegatos y pruebas, previstos en el artículo 179 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones

Al respecto, sostiene la apoderada de la empresa Etelix.Com, que desde un inicio a su representada se le presumió culpable y que su ausencia de participación durante la tramitación del procedimiento determinó que las pruebas en su contra hayan sido insuficientes.

Sobre este particular, esta Representación se permite observar, que el acto administrativo que resolvió el procedimiento administrativo dictado primigeniamente fue dictado como consecuencia de la apertura y tramitación del correspondiente procedimiento administrativo sancionatorio, previsto en los artículos 176 y siguientes de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, así como, en atención a las normas supletorias de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En ese orden de ideas, la recurrente no puede pretender fundamentar la nulidad el acto recurrido en la violación de su derecho al debido proceso, ya que en todo caso le fueron garantizados sus derechos, al haberse agotado la notificación personal y luego procedido a efectuar la notificación por carteles, según lo previsto en el artículo 76 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de manera que el hecho de que no haya intervenido durante la tramitación del procedimiento de primer grado, es únicamente imputable a la propia recurrente.

Asimismo cabe resaltar, que en todo caso, la Administración fundamentó la sanción en la documentación cursante en sus propios archivos, lo que no constituye violación alguna de los principios en materia probatoria, ni implica la inexistencia de actividad probatoria alegada por la recurrente.

Por otra parte, es evidente que la recurrente tuvo conocimiento del acto administrativo decisorio, y en consecuencia, pudo ejercer el correspondiente recurso jerárquico impropio contra el mismo en fecha 30 de abril de 2008, ante el Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones e Infraestructura, el cual, durante la tramitación de dicho recurso, y en aras de salvaguardar el derecho a la defensa y al debido proceso de la empresa Etelix.Com y en ejercicio de la actividad probatoria, procedió a solicitar información en relación con los hechos que dieron lugar a la sanción impuesta.

En ese sentido, mediante comunicación recibida en fecha 1º de septiembre de 2008, la sociedad mercantil Etelix.Com procedió a contestar el requerimiento realizado por dicho Ministerio, exponiendo las circunstancias que dieron lugar a la apertura del procedimiento sancionatorio en su contra.

De acuerdo con lo antes expuesto, en criterio del Ministerio Público, el derecho a la defensa y al debido proceso de la empresa recurrente fueron garantizados en todo momento, tanto por Conatel, como por el Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones e Infraestructura, tanto por su debida notificación en el procedimiento de primer grado, como mediante el ejercicio del correspondiente recurso administrativo, así como su participación a los fines de su decisión, lo que determina la improcedencia del vicio alegado, y así solicito respetuosamente que lo declare esa Sala.

En segundo lugar, la recurrente aduce que el acto impugnado se encuentra viciado de falso supuesto de derecho, de conformidad con el artículo 19, numeral 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, pues la ley prevé que la ausencia de notificación sobre la suspensión del servicio es sancionada con multa de cinco mil unidades tributarias (5.000 U.T.), pero no con la revocatoria de la habilitación administrativa y mucho menos, con la inhabilitación por cinco (5) años.

Ahora bien, el falso supuesto de derecho ha sido definido por la jurisprudencia en los siguientes términos:

"...el falso supuesto de derecho tiene lugar cuando (el acto administrativo) se fundamenta en una norma que no es aplicable al caso concreto o cuando se le da un sentido que ésta no tiene..."¹⁶⁷

En ese contexto, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (Conatel) ordenó la apertura del procedimiento administrativo sancionatorio contra la sociedad mercantil Etelix.Com C.A., "...con el fin de determinar si la conducta presuntamente desplegada por la referida sociedad mercantil se (enmarcaba) en las infracciones administrativas tipificadas y sancionadas en el numeral 1 del artículo 164, en el numeral 2 del artículo 171 y el artículo 172 de esta Ley".

Las referidas normas establecen lo siguiente:

Artículo 164.-

Será sancionado con multa de hasta cinco mil unidades tributarias (5000 U.T.), de conformidad con lo que prevea el Reglamento de esta Ley:

1. La falta de notificación a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones por parte de un operador sobre la interrupción total o parcial de un servicio de telecomunicaciones, en los casos, forma y plazos establecidos en esta Ley.

Artículo 171.-

Sin perjuicio de las multas que corresponda aplicar de conformidad con lo previsto en esta Ley, será sancionado con la revocatoria de la habilitación administrativa o concesión, según el caso:

(...*Omissis*...)

2. El que incumpla los parámetros de calidad, cobertura y eficiencia que determine la Comisión Nacional de Telecomunicaciones..."

Artículo 172.-

La revocatoria de la habilitación administrativa o concesión a personas naturales o jurídicas acarreará a éstas la inhabilitación por espacio de cinco años para obtener otra, directa o indirectamente. Dicho lapso se contará a partir del momento en que el acto administrativo quede definitivamente firme..."

Ahora bien, en el caso de autos, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (Conatel) le otorgó a la empresa Etelix.Com C.A., la Habilitación General N° HGTS-00007, de fecha 22 de enero de 2001, para realizar actividades de telecomunicaciones determinadas, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás instrumentos normativos pertinentes, incorporando a dicha habilitación, los atributos de "Establecimiento y Explotación de Red de Telecomunicaciones" y "Servicios de Internet".

Posteriormente, mediante Habilitación General N° HGTS-00007, de fecha 27 de septiembre de 2001, se incorporó el atributo de "Telefonía de Larga Distancia Internacional", estableciéndose en dicho instrumento, en el numeral 8, relativo a la "Prestación del servicio de telefonía de larga distancia internacional", literales "a" y "e", lo siguiente:

"...a. La prestación del servicio de telefonía de larga distancia internacional deberá llevarse a cabo en forma continua, regular, uniforme, eficiente y no discriminatoria, conforme a los términos establecidos en el proyecto, las obligaciones derivadas de las leyes, los reglamentos y demás disposiciones administrativas.

(...*Omissis*...)

¹⁶⁷ Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 2127 del 27/09/06, en el expediente N° 04-0827.

e. La sociedad mercantil Etelix.Com, C.A., sólo podrá interrumpir o suspender total o parcialmente la prestación del servicio de telefonía de larga distancia internacional con autorización de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones...”.

En ese orden de ideas, a lo largo del procedimiento sustanciado en contra de la empresa recurrente, se pretendían demostrar dos hechos distintos; por una parte, si efectivamente la sociedad mercantil Etelix.Com interrumpió el servicio de telefonía de larga distancia internacional para cuya prestación fue habilitada, y en segundo lugar, y en caso de que se haya verificado dicha situación, si la empresa notificó a Conatel de dicha interrupción.

Al respecto, cabe resaltar que mediante acta levantada por Conatel en fecha 03/12/2003, con motivo de la inspección realizada en las instalaciones de la empresa Etelix.Com, se dejó constancia de lo siguiente:

“...los funcionarios de CONATEL, procedieron a realizar al representante de la empresa las siguientes preguntas: PRIMERA: ¿Cuáles servicios de telecomunicaciones se encuentra prestando su representada? RESPONDIÓ: El servicio de Internet con acceso discado y el Servicio de Telefonía de Larga Distancia Internacional. Con respecto a este último servicio, tenemos problemas con la plataforma de acceso de última milla, la cual se realiza vía número no geográfico suministrado por la empresa CANTV (08008000102). Este número no se puede acceder desde la plataforma de teléfonos públicos de CANTV, como tampoco desde la plataforma de telefonía fija local de esta empresa, lo que ha causado la suspensión de la venta del producto (calling cards); para lo cual se solicitó a los distribuidores que mantuvieran el inventario, hasta tanto se subsane la falla. En caso de que la misma persista, la empresa procederá al reintegro del dinero a los usuarios y a la recolección definitiva de las tarjetas del mercado. SEGUNDA: ¿ETELIX notificó a CONATEL la suspensión del servicio de Telefonía de Larga Distancia Internacional? RESPONDIÓ: No...”.(Subrayado de la Representante del Ministerio Público).

Por otra parte, en el propio escrito contentivo del recurso jerárquico interpuesto ante el Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones e Infraestructura, la recurrente realizó los siguientes señalamientos:

“...vale decir que si bien es cierto que no existió una notificación en la cual la empresa comunicara formalmente a CONATEL la suspensión de los servicios; dicha suspensión quedó constatada por CONATEL en el Acta de Inspección efectuada en fecha 03/12/03...”.

“...para nuestra representada era imposible prestar el servicio de LDI de manera continua, regular, uniforme, eficiente y no discriminatoria...”.

“...si bien es cierto que nuestra representada suspendió sus servicios desde el año 2003 por las razones técnicas (...) expuestas, (...) la suspensión del servicio, no guarda relación alguna con el cumplimiento de los parámetros de calidad y cobertura...”.

Aunado a lo anterior, en la oportunidad de la tramitación del recurso jerárquico interpuesto, el Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones e Infraestructura, a los fines de mejor proveer, solicitó información a la empresa recurrente, quien contestó a tal requerimiento mediante comunicación de fecha 01/09/2008, en la cual afirmó:

“...En la actualidad no tenemos abonados, como consecuencia de la suspensión temporal de la actividad comercial.”

“En efecto, la actividad comercial de servicios de telecomunicaciones fue interrumpida temporalmente por nuestra representada como consecuencia

de las múltiples barreras de entrada que impusieron los operadores dominantes”.

“En lo atinente a la notificación a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones de la suspensión comercial de los servicios de telecomunicaciones, vale decir que la suspensión quedó constatada por CONATEL en el Acta de Inspección efectuada en fecha 03/12/03 (...) En este punto queda claro que CONATEL tenía conocimiento de la suspensión de los servicios y que tal conocimiento lo recibe por declaración expresa de nuestra representada.”

De acuerdo con las anteriores consideraciones, esta Fiscalía observa, que efectivamente se verificó una interrupción del servicio de Telefonía de Larga Distancia desde el año 2003, en contravención a la obligación que tenía la recurrente de prestar el servicio en forma continua, uniforme y eficiente, lo que encuadra en el supuesto de hecho contemplado en el numeral 2 del artículo 171 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, relativo al incumplimiento de los parámetros de calidad, cobertura y eficiencia que determinó la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en la habilitación otorgada. Así, sobre tales hechos la recurrente no logró probar que tanto la interrupción del servicio, como la prestación del mismo en forma no eficiente, uniforme y continua, se hubiese producido por causas ajenas a su voluntad.

Asimismo constata el Ministerio Público, que la recurrente en ningún momento notificó a Conatel de la interrupción del servicio, tal y como lo admite en el acta de verificación levantada por Conatel, incumpliendo con la obligación que le impusiera la propia habilitación otorgada, situación que encaja en el supuesto de hecho previsto en el artículo 169, numeral 1, de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en virtud de lo cual, el alegato de falso supuesto de derecho resulta improcedente y así solicito respetuosamente que lo declare ese Tribunal.

Finalmente, en relación con alegato de la empresa recurrente relativo a la desproporcionalidad de la sanción impuesta, ya que excede la prevista en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, para el supuesto de hecho que le fue imputado, violentado con ello el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, resulta evidente en criterio de esta Representación, que las normas en las que encuadran las faltas en que incurrió la empresa Etelix.Com establecen de forma clara y sin lugar a dudas, las sanciones aplicables.

En ese sentido, siendo que el límite máximo previsto en el artículo 169 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, es de cinco mil unidades tributarias (5.000 U.T.), la aplicación por parte de Conatel de la multa por dos mil quinientas unidades tributarias (2.500 U.T.), se corresponde con la media de la cantidad máxima.

Por otra parte, la revocatoria de la habilitación y la inhabilitación por cinco años para obtener otra, están expresamente previstas en los artículos 171 y 172 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sin que quepa discrecionalidad alguna por parte de la Administración reguladora para la imposición de la sanción, en virtud de lo cual, esta Fiscalía opina que dicho alegato debe desestimarse y así lo solicita respetuosamente.

III CONCLUSIÓN

Por los razonamientos antes expuestos, esta representación del Ministerio Público, considera que el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto por la sociedad mercantil Etelix.Com, C.A., contra el acto administrativo contenido en la Resolución s/n de fecha 10 de noviembre de 2008 dictada por el Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática (hoy Ministerio del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda), debe ser declarado SIN LUGAR, y así lo solicito respetuosamente a ese Máximo Tribunal de la República”.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”**1.- FECHA DE ELABORACIÓN:** 24/02/2010**2.- FISCALIA REMITENTE:**

Fiscalía Tercera del Ministerio Público ante el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena y ante las Salas Constitucional, Político Administrativa y Electoral

3.- MATERIA:

Derecho Administrativo –ordenación urbanística (paralización de obra)

4.- TEMA:

Vicio de falso supuesto de derecho

5.- EXTRACTO

“En el presente recurso de nulidad se discute la aplicación del Decreto Presidencial N° 3.413 de fecha 11 de enero de 2005, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 5758 del 27 de enero de 2005, que estableció el Plan de Ordenamiento y Reglamento de Uso del Área de Protección y recuperación Ambiental del estado Vargas. En dicho Decreto se establecieron los requisitos a cumplir para el trámite y otorgamiento de variables urbanas, por ello se discute dicha normativa debiendo ser aplicada a la Oficina Técnica Rodríguez Aznar, S.A. (Otera); no obstante que ésta había solicitado autorización para ejecutar la construcción de las residencias Soniamar en el estado Vargas en el año 1992, oportunidad en que sólo se encontraba vigente única y exclusivamente La Ley Orgánica de Ordenación Urbanística discute dicha normativa conformidad del proyecto ante la Alcaldía del municipio Vargas.

En razón de ello la Empresa Oficina Técnica Rodríguez Aznar, S.A. (Otera), impugna el acto administrativo dictado por la Autoridad Única de Área del estado Vargas, que ordenó la paralización de la construcción de las Residencias Soniamar por el incumplimiento y le impuso la multa correspondiente. Así en la opinión fiscal se determinó que el acto administrativo impugnado no incurrió en los vicios de falso supuesto por violación al derecho a la defensa y al debido proceso, como tampoco se transgredió el principio de irretroactividad de las leyes, pues tanto la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística como el Decreto N°3.413 concentran en un solo procedimiento el control sobre la ejecución de edificaciones en el estado Vargas”.

6.- CONTENIDO**6.1.- OPINION FISCAL N°**

FTTSJ-2010-014

6.2.- FECHA:

10/06/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN**“ OPINIÓN DE LA FISCAL DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El objeto del presente recurso de nulidad lo constituye el acto administrativo identificado con el N° 003 de fecha 10 de noviembre de 2008, dictado por el Ministerio del Poder Popular para la Planificación y Desarrollo, mediante el cual declaró sin lugar el recurso Jerárquico interpuesto por la empresa mercantil “Oficina Técnica Rodríguez Aznar Otera, S.A.” y en consecuencia ratificó el acto administrativo contenido en la Providencia Administrativa N° 0105-03631-08, emanada de la Autoridad Única de Área para el Estado Vargas de fecha 28 de julio de 2008, que ordenó la paralización de la construcción del edificio Residencias Soniamar.

Plantea el recurrente en nulidad que en fecha 3 de junio de 2008, la Autoridad Única de Área del Estado Vargas (AUAEV), dictó una providencia administrativa mediante la cual ordenó la paralización de las actividades de construcción del edificio Residencias Soniamar, ubicado en la urbanización Playa Grande y le impone una multa de doscientos bolívares, con fundamento en que la empresa Otera incurrió en infracción del artículo 64 del Decreto Presidencial N° 3.413 del 11 de enero de 2005, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.758 de fecha 27 de enero de 2005, el cual establece el Plan de Ordenamiento y Reglamento de Uso del Área de Protección y Recuperación Ambiental del estado Vargas, Providencia Administrativa ratificada por el Ministerio del Poder Popular para la Planificación y Desarrollo.

A tal efecto, considera el recurrente, que el acto recurrido adolece del vicio de falso supuesto de derecho en virtud de que el Decreto N° 3.413 del 11 de Enero de 2005 fue erróneamente interpretado.

En este sentido afirma, que el artículo 64 del Decreto N°3.413 se refiere a los requisitos que deben cumplirse para la tramitación y otorgamiento de las variables urbanas y el mismo no podía serle aplicado en virtud de que dichas variables fueron tramitadas 13 años antes de entrar en vigencia el mencionado Decreto, ello por cuanto para el año 1992, sólo estaba en vigencia la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística.

Así mismo afirma, que para el año 1999, específicamente el 8 de noviembre solicitó la constancia de conformidad del proyecto de construcción, por lo que las exigencias previstas en el artículo 64 del Decreto N° 3.413 no le podían ser exigidas a su representada, en virtud de que el Decreto presuntamente infringido es posterior no sólo a la concesión de las variables urbanas, sino a la oportunidad de iniciar los trámites de solicitud de la constancia de conformidad del proyecto ante la Alcaldía del municipio Vargas.

Igualmente aduce, que la constancia de construcción fue otorgada en fecha 20 de diciembre de 2007, por lo que cuando el Ministro del Poder Popular de Planificación y Desarrollo afirma que la "Dirección de Control Urbano de la Alcaldía del municipio Vargas debió al momento de otorgar la constancia de construcción (...) en fecha 20/12/2007, revisar y apegarse al marco de la normativa vigente" viola el principio de irretroactividad de los actos administrativos.

Al respecto es necesario hacer los siguientes señalamientos:

El artículo 64 del Decreto N° . 3.413, señala:

"En las zonas urbanas ubicadas dentro de la poligonal del Área de Protección y Recuperación Ambiental del estado Vargas (Eje Arrecife-Los Caracas), se tramitarán las correspondientes variables urbanas fundamentales por ante el organismo municipal competente, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística.

En todo caso, para la tramitación y otorgamiento de las variables urbanas fundamentales en las unidades de ordenamiento de cauces (uc): ordenamiento, protección y manejo del borde Urbano-Costero (UBUC) y ordenamiento, protección y conservación ambiental, (UPCA), el organismo municipal competente requerirá de una conformidad técnica previa, emitida por la Autoridad Única de Área para el estado Vargas, como instrumento para verificar el cumplimiento de las previsiones del presente Plan de Ordenamiento y Reglamento de Uso y demás disposiciones legales vigentes en la materia. "

En este sentido y dado que la autorización para la construcción de la edificación proyectada por la recurrente fue otorgada en el año 2007, evidentemente que tenía que ser permitada conforme a lo

dispuesto en el artículo 64 del Decreto N°. 3.413, pues para el año 2007, estaba en plena vigencia el Decreto señalado.

Aunado a lo anterior, el organismo municipal no podía dejar de observar las disposiciones contenidas en dicho Decreto, máxime cuando cualquier aprobación y autorización después del año 2005, requería de la tramitación de la conformación técnica, correspondiéndole a los interesados la presentación de la documentación exigida en el artículo 65 del referido Decreto, pues al no haber realizado la recurrente ninguna actividad de desarrollo de edificación en terrenos de su propiedad desde el año 1992, no podía pretender evadir su responsabilidad alegando que ya había presentado el proyecto y había cancelado el impuesto referido a la inspección urbanística, todo ello en virtud de que, habían transcurrido más de diez (10) años sin haber efectuado trabajos en el referido terreno y sin haber demostrado la ejecución del proyecto.

Aunado a lo anterior es necesario señalar, que la aprobación del anteproyecto para la construcción de edificaciones constituye un acto de trámite en el proceso formativo del permiso de construcción, siendo éste último el acto definitivo, el cual, al haber sido otorgado en el año 2007, sin que se cumpliera con las exigencias previstas en el Decreto N° 3.413 evidentemente está viciado de nulidad absoluta, por lo que la providencia administrativa dictada por la Autoridad Única de Área del Estado Vargas no adolece del vicio de falso supuesto de derecho.

Por otra parte, alega el recurrente que el acto administrativo recurrido incurre en violación abierta y flagrante del derecho a la defensa y al debido proceso, pues el objeto del procedimiento administrativo instaurado en su contra tenía como fin, determinar la presunta infracción del artículo 64 del señalado Decreto N° 3.413 del 11 de enero de 2005, sin embargo, la Autoridad Única del Área decidió sobre aspectos distintos a la presunta infracción señalada.

En este contexto afirma el recurrente que la Autoridad Única hace referencia a una supuesta violación por parte de la Alcaldía del municipio Vargas al rezonificar el terreno en cuestión, hecho que no fue mencionado en la orden de proceder, por lo que la recurrente empresa Otera no pudo presentar sus alegatos de defensa.

Al respecto, la orden de proceder a la que se refiere el recurrente se sustenta en la información suministrada por el Ministerio del Poder Popular para la Defensa, mediante la cual informa sobre la realización de un movimiento de tierra en un terreno (...) de donde se desprenden suficientes indicios de la presunta comisión de una infracción al artículo 64 del decreto N° 3.413 del 11 de Enero de 2005; (...).

Así, en la referida orden se acordó abrir el procedimiento administrativo sancionatorio; se designa el funcionario sustanciador del procedimiento; se ordena la paralización temporal inmediata de las obras; la incorporación tanto de la orden de proceder como de todas las diligencias preliminares efectuadas, así como las que se realicen a partir de la fecha de la orden de proceder y finalmente se ordena la notificación de los interesados.

Es evidente que la orden de proceder antes descrita sólo se refiere a la empresa Otera y no a la Alcaldía del municipio Vargas, por lo que la decisión en lo que respecta a la empresa Otera, se encuentra ajustada a lo investigado por lo que no violenta ningún derecho constitucional del recurrente, dado que como éste lo admite en el escrito recursivo, fue debidamente notificado y pudo alegar los hechos que consideró convenientes en mejor defensa de sus derechos.

Ahora bien, en cuanto a la denuncia planteada por el recurrente, relativa a que no se mencionó en la Orden de Proceder lo referente al cambio de zonificación dictado por el Municipio Vargas, no obstante lo confuso del planteamiento, esta fiscalía observa:

El acto administrativo N° 003 emitido por el Ministerio del Poder Popular para la Planificación y Desarrollo en fecha 10 de noviembre de 2008, señala entre otras lo siguiente:

"(...) Respecto a la competencia de la Autoridad Única de Área para el Estado Vargas (AUAEV) o inclusive de esta instancia para

reestablecer si el cambio de zonificación fue aislado o no, es de resaltar que lo pretendido no es establecer responsabilidades por las infracciones cometidas por la Cámara Municipal hace años, sino por el contrario, es mejorar la actividad administrativa emitiendo opinión al respecto, dando a conocer al organismo respectivo las faltas anteriores, con la finalidad de ser corregidas en futuras ocasiones (...).”.

Del anterior se deduce que a la empresa recurrente no se le está haciendo responsable del cambio de zonificación, sino se le hace el llamado se hace a la Alcaldía del municipio Vargas, ello en virtud, de que es a la Dirección de Control Urbano del ente municipal a quien corresponde exigirle a la empresa Otera que cumpla con lo requerido por el Decreto, esto es, el cumplimiento de los requisitos necesarios relativos a la conformidad técnica de la Autoridad Única de Área del Estado Vargas.

Es por ello que el incumplimiento de la empresa Otera de la normativa prevista en el Decreto N° 3.413, y obviada por la Alcaldía del municipio Vargas, es lo que dio origen a la decisión recurrida y no el cambio de zonificación del área.

En este sentido, tanto la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, como el Decreto otras veces aludido, concentran en un solo procedimiento todo el control sobre la ejecución de edificaciones en el estado Vargas.

No puede dejar de señalar el Ministerio Público, que el procedimiento aludido es de naturaleza compleja, compuesto de varias fases.

La fase inicial que comienza con la notificación por parte del propietario de dar inicio a la obra, formulada ante la autoridad municipal de control urbanístico, fase que cumplió el recurrente, pero años antes de la creación de la Autoridad Única de Área para el Estado Vargas. Durante esta fase el interesado presenta el correspondiente proyecto el cual se debe ajustar a las variables urbanas fundamentales aplicables al caso.

Una fase intermedia o de control, en la que la administración tiene conocimiento de que las obras han comenzado y en la que la administración ejerce el control sobre las mismas a fin de evaluar si cumple con las variables fundamentales y si las obras se ejecutan conforme al proyecto presentado inicialmente.

En el presente caso, esta fase no se ejecutó en los años anteriores a la creación de la Autoridad Única de Área del Estado Vargas, sino que la misma comenzó a ejecutarse en el año 2008, con la limpieza del terreno por parte de la recurrente.

Siendo así tanto, la decisión de la Autoridad Única de iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio contra la empresa recurrente, como, la decisión de exigirle la conformidad técnica para la construcción de la edificación, así como la decisión emitida por el Ministerio para el Poder Popular para la Planificación y Desarrollo que ratifica la anterior, se encuentran ajustadas a derecho.

CONCLUSIÓN

Por los razonamientos antes expuestos, esta representación del Ministerio Público, considera que el recurso de nulidad intentado por el ciudadano José Vicente Rodríguez Aznar, administrador y apoderado judicial de la Sociedad Mercantil Oficina Técnica Rodríguez Aznar contra el acto administrativo contenido en la Providencia N° 003 de fecha 10-11-2008, dictada por el ciudadano Ministro del Poder Popular para la Planificación y Desarrollo, debe ser declarado Sin Lugar”.

4. DERECHO ADMINISTRATIVO FUNCIONARIAL

"DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010"

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 25-10-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Administrativo

4.- TEMA: Antigüedad

5.- EXTRACTO

No procede el tiempo desempeñado como pasante en un organismo de la Administración Pública para el cálculo del beneficio de antigüedad.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° MEMORANDUM N° DCJ-11-1360-2010

6.2.- FECHA: 25-10-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

"Se recibió comunicación suscrita por la ciudadana (...), quien se desempeña como Fiscal (...), en la cual expone lo siguiente:

"Desde el 1° de enero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 1997 suscribí convenio Beca-Pasantía con la Procuraduría General de la República de Venezuela, cabe destacar que dicho contrato señala en la Cláusula Segunda el compromiso de la pasante a realizar las labores de contenido práctico y de investigación en la Dirección de Bienes y Derechos Patrimoniales; Cláusula Tercera indica el horario que la pasante se obliga a cumplir con regularidad a la Procuraduría General de la República comprendido de 1:30 pm a 4:30 pm; Cláusula Cuarta la Procuraduría se obliga a cancelar a la pasante la cantidad de dieciocho mil bolívares sin céntimos (Bs. 18.00,00). Igualmente establece el Contrato en la Cláusula Séptima la vigencia de dicho convenio el cual se realizó desde el 01 de enero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 1997, decir (sic), durante un año consecutivo e ininterrumpido. / (...) / En consecuencia, pido que se estudie jurídicamente la procedencia o no de la 'relación laboral' soportada en un contrato de trabajo, que anexo marcada (sic) con la letra 'A', continuo e ininterrumpido durante un (01) año de servicio. Solicitud que hago con fundamento en el principio de favor o *indubio pro operario* previsto en el artículo 59 de la Ley Orgánica del Trabajo".

Se desprende de la solicitud efectuada por la ciudadana (...), que esta aspira que le sea computado como tiempo de antigüedad en la Administración Pública, el tiempo de servicio que prestó como pasante en la Procuraduría General de la República, ya que de acuerdo a sus dichos, la relación que sostuvo con el referido Organismo tuvo naturaleza laboral, fundamentado en el contrato de trabajo que suscribió al efecto.

En tal sentido, debe advertirse que la opinión requerida a esta Dirección de Consultoría Jurídica es formulada por una Fiscal Auxiliar de este Organismo, en atención a una situación particular que le afecta, razón por la cual, debe precisarse que las solicitudes de opinión formuladas por los Fiscales del Ministerio Público, son procesadas por este Órgano Asesor, solo cuando guarden relación con los casos que conocen de manera oficial. Por tanto, aquellos asuntos de índole personal en los cuales éstos estimen que se les

vulnera algún derecho derivado de su relación laboral con esta Institución, deben ser tramitados a través de los canales regulares, el cual en este caso debe ser esa Dirección de Recursos Humanos.

No obstante, a pesar de que la petición formulada por la ciudadana (...), debería ser resuelta por esa Dirección de Recursos Humanos, en atención al contenido de la solicitud formulada por referida ciudadana, este Órgano Asesor se permite efectuar algunas consideraciones que estima serán de utilidad para esa Dependencia.

El primer aspecto que debe indicarse, es que la pasantía y en especial si ésta tiene o no un carácter laboral, no se encuentra establecido en la Ley Orgánica del Trabajo.

Sin embargo, en la práctica ha sido la jurisprudencia la que ha venido desarrollando lo que debe entenderse por pasantía, y en especial, determinar si tiene o no carácter laboral.

En tal sentido, esta Dirección de Consultoría Jurídica estima pertinente hacer referencia a una sentencia que da respuesta al planteamiento efectuado por la peticionaria, emanada de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, caso Douglas Mendoza Vs. Asamblea Nacional, de fecha 16 de octubre de 2009, en la cual se expuso lo siguiente:

"(...omissis...)

Ahora bien, visto el tema principal en discusión, es necesario aclarar, lo que se entiende por pasantías. En primer término, las 'pasantías', refieren a una actividad de obligatorio cumplimiento para estudiantes que a nivel de pre-grado aspiran el ejercicio de una determinada profesión.

(...)

Las pasantías, en tal sentido, deben ejecutarse sin remuneración alguna, pero es de acotar, que ello no ha obstado para que en la práctica algunas instituciones o empresas privadas, otorguen a los pasantes algún tipo de ayuda o ventaja en el orden económico, lo cual no encuentra un sentido distinto a una repuesta solidaria, y de cooperación por parte del ente donde se proyecta la actuación del alumno-pasante.

También es de resaltar, que las pasantías, por su naturaleza, suponen un período de constante supervisión, principalmente por parte del ente donde el pasante se desenvuelve como tal, lo cual involucra por razones obvias, tener que recibir instrucciones y por supuesto, el cumplimiento de horarios, aunque ello requiera, la adaptación de la prestación del servicio al régimen académico.

Por tanto, al constituirse la pasantía en una actividad de obligatorio cumplimiento para el estudiante que aspira la obtención de un título universitario, cuyo significado se traduce en un compromiso social para los entes donde los pasantes proyectan su actuación con carácter de servicio, las pasantías, puede concluirse, no crean derechos ni obligaciones de carácter laboral.

(...)

De manera pues, que la Alzada incurrió en uno de los vicios que se le imputan, infracción de los artículos 133 y 135 de la Ley Orgánica del Trabajo, al darle carácter salarial a la ayuda económica prestada por la Asamblea; y considerar como laboral a las pasantías ejecutadas por el actor en el período 01/09/04 hasta el 31/12/04, lo que conlleva a declarar forzosamente con lugar el presente recurso de control de la legalidad y anular la sentencia recurrida, por tal razón, la Sala de conformidad con el artículo 175 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo corresponde decidir el fondo del asunto...". (Énfasis añadido).

Así pues, en atención a la sentencia antes citada, es improcedente considerar que la relación que se deriva entre una pasante y el Organismo en el cual prestó sus servicios pueda tener carácter laboral y por ende pueda computarse el tiempo de servicio prestado bajo la condición de pasante a los efectos de la antigüedad."

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 20-07-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho constitucional y funcional

4.- TEMA: Inamovilidad laboral por protección a la maternidad

5.- EXTRACTO

“No obstante, a pesar de que la revocatoria del nombramiento debe ser la consecuencia jurídica aplicable a este caso, no puede dejar de advertirse que al encontrarse embarazada la ciudadana (...), no se podría ,en principio, separarla del cargo que ocupa en este Organismo, esto en razón de que salvo mejor criterio, estima esta Dirección de Consultoría Jurídica que en este caso privan principios de rango constitucional como lo es la protección a la maternidad y a la familia contenidos en el artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° MEMORÁNDUM N° DCJ-11-701-2010

6.2.- FECHA: 20-07-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

Al analizarse el caso de la ciudadana (...), se observa que ésta se encuentra sometida a período de prueba de conformidad con lo previsto en el artículo 8 del Estatuto de Personal del Ministerio Público, habiendo obtenido a la fecha una evaluación de desempeño negativa, circunstancia que de acuerdo a lo previsto en el artículo antes señalado, sería el fundamento para que la Fiscal General de la República proceda a revocar el nombramiento que se le otorgó para desempeñar el cargo de Oficinista adscrita a la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado (...), sin que deba mediar para ello la instrucción previa de procedimiento disciplinario alguno.

No obstante, a pesar de que la revocatoria del nombramiento debe ser la consecuencia jurídica aplicable a este caso, no puede dejar de advertirse que al encontrarse embarazada la ciudadana (...), no se podría, en principio, separarla del cargo que ocupa en este Organismo, esto en razón de que salvo mejor criterio, estima esta Dirección de Consultoría Jurídica que en este caso privan principios de rango constitucional como lo es la protección a la maternidad y a la familia contenidos en el artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Así pues, al revisar el caso sometido a la consideración de este Órgano Asesor a la luz de los principios constitucionales, las disposiciones legales y las normas contenidas en tratados internacionales, debe concluirse que la protección integral de la maternidad prevé una inamovilidad absoluta de la mujer embarazada, cualquiera que sea la condición que revista.

Ahora bien, dicha protección debe extenderse de conformidad con la norma constitucional “... a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio...”, el cual se prologa hasta un año después del parto, por lo que considera esta Dirección de Consultoría Jurídica que en el

caso de la ciudadana (...), por un lado, se materializó el supuesto para que la Fiscal General de la República proceda a revocar el nombramiento que le confirió a la referida ciudadana, y por el otro, existe una protección absoluta de rango constitucional a la maternidad, lo cual conllevaría, que salvo mejor criterio, la referida ciudadana permanezca en el cargo hasta el vencimiento del período de inamovilidad, ya que proceder en este momento a su retiro de la Institución por la vía de la revocatoria del nombramiento, implicaría que la Máxima Autoridad de este Organismo tome una decisión al margen de la Constitución y las leyes.

Como conclusión general, debe indicarse que si bien es cierto, el constituyente otorgó a la maternidad una protección especial, no es menos cierto, que tal protección no es absoluta, ya que por un lado, abarca sólo el período de tiempo establecido en la Ley, es decir, durante el embarazo y hasta un año después del parto, y por la otra, tal protección no significa que una funcionaria embarazada que incurra en actuaciones que sean contrarias a los deberes y obligaciones que tenga asignadas en el desempeño del cargo respectivo, no pueda eventualmente ser sancionada ya que tal inamovilidad no es perpetua, y ante tal supuesto puede el patrono someter a esa funcionaria amparada por el fuero maternal, al procedimiento disciplinario correspondiente en el cual se resguardarán sus derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso, entre otros.

Ahora bien, una vez concluido el procedimiento disciplinario respectivo, y en el caso que llegara a comprobarse que efectivamente está comprometida la responsabilidad disciplinaria de la funcionaria investigada, debe advertirse que sólo en los casos donde aplique el fuero maternal, la notificación de esa sanción quedará sometida a una condición suspensiva, esto es, que sólo podrá ser notificada luego de expirar el fuero maternal, pero bajo ninguna consideración puede estimarse que una funcionaria embarazada no sea susceptible de ser sancionada.

Iguales consideraciones aplican para el caso bajo análisis, en el sentido de que una funcionaria que ejerza un cargo de manera provisoria sometida a un período de prueba y que se encuentre amparada por el fuero maternal, puede ser separada del cargo que ocupa, siempre y cuando se haya materializado el requisito exigido en el artículo 8 del Estatuto de Personal del Ministerio Público, a saber, que se haya obtenido una evaluación negativa, supuesto en el cual tal y como se expresó, en líneas anteriores operará una condición suspensiva para poder notificar la revocatoria del ingreso, hasta tanto culmine la protección constitucional por fuero maternal.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN:

01-09-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Recurso administrativo de reconsideración

4.- TEMA: Protección a la maternidad

5.- EXTRACTO

Funcionaria a quien se le aplicó medida de remoción y retiro, quien ejerció recurso de reconsideración solicitando su reincorporación en virtud de que para la fecha en que fue notificada del referido acto administrativo se encontraba embarazada.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº RESOLUCIÓN Nº 1324

6.2.- FECHA: 01-09-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Visto el recurso de reconsideración ejercido por la ciudadana (...), titular de la cédula de identidad Nº (...), contra el acto administrativo contenido en la Resolución Nº (...) de fecha 20 de enero de 2010, emanada de este Despacho, a través de la cual se le remueve y retira del cargo de Fiscal Auxiliar Interino en la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado (...), con sede en (...), que le fue notificada en fecha 23 de enero de 2010, mediante oficio Nº DSG- (...) de la misma data, se exponen a continuación los argumentos presentados por la recurrente a los fines del análisis respectivo.

Señala la ciudadana (...), fundamentalmente, lo siguiente:

“(...) tengo el agrado de dirigirme a usted, (...) en tal sentido cumpro en remitirle anexo al presente, constante de tres (3) folios útiles, informe médico suscrito por el Dr. (...) en la cual deja constancia que esta profesional del Derecho (sic) presenta un (sic) gestación de siete (7) semanas y dos (2) días, desconociendo esta profesional del Derecho (sic) su estado de gravidez hasta la presente fecha, por lo que en este estado se encuentra amparada bajo el contenido del artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...) / (...) se evidencia que la suscrita se encontraba ejerciendo el cargo de Fiscal Auxiliar Interino (...) del Ministerio Público en la Circunscripción Judicial del Estado (sic) (...), siendo que para la fecha 23 de Enero (sic) de 2010, se hallaba en estado de gravidez (...) / esta profesional del Derecho (sic) desconocía su estado de gravidez...”.

En relación con los argumentos expuestos por la recurrente, es pertinente efectuar las siguientes consideraciones:

Los artículos 3 y 25, numerales 1 y 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, establecen respectivamente, lo siguiente:

“Artículo 3. El Ministerio Público se regirá por lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes nacionales y sus reglamentos, y tratados internacionales en materia de derechos humanos, suscritos y ratificados por la República. ”.

“Artículo 25. Son deberes y atribuciones del Fiscal o la Fiscal General de la República:

1. Dirigir el Ministerio Público en los términos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la presente Ley, en sus reglamentos internos y en las demás leyes.

(...)

3. Designar (...) a los o a las fiscales, sus auxiliares y demás funcionarios o funcionarias del Ministerio Público, según el procedimiento establecido en esta Ley y en el Estatuto de Personal del Ministerio Público. (...)”.

Se desprende de los artículos antes señalados, que el o la Fiscal General de la República es la máxima autoridad jerárquica del Ministerio Público, con deberes y atribuciones, entre las cuales se cuentan la de dirigir dicho Organismo así como designar a los fiscales y demás empleados del mismo. Es por ello, que con fundamento en las citadas normas y por conducto de la Resolución N° (...) de fecha 29 de enero de 2009, se resolvió designar a la ciudadana (...), en el cargo de Fiscal Auxiliar Interino en la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado (...), con sede en (...), la cual le fue notificada con oficio N° DSG(...), de la misma data, designación que le fue extendida hasta “ (...) nuevas instrucciones de esta Superioridad”.

Sobre el particular, se observa que la ciudadana (...), tenía pleno conocimiento que ocuparía el mencionado cargo “... hasta nuevas instrucciones de esta Superioridad”, y en su caso, se estimó pertinente impartir tales instrucciones a través de la Resolución N° (...) de fecha 20 de enero de 2010, a través de la cual se acordó el cese de sus funciones en el mencionado cargo.

Ahora bien, ha establecido este Despacho la naturaleza interina del cargo desempeñado por la recurrente, a los fines de establecer la potestad de la Fiscal General de la República para removerla y retirarla del mismo.

No obstante, se estima pertinente, con el propósito de disipar cualquier duda respecto de los requisitos que debe cumplir el aspirante a ingresar a la carrera como Fiscal, señalar que:

Por un lado, el artículo 146 de la Constitución de la República dispone, lo siguiente:

“Artículo 146. Los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y contratadas, los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la Ley. El ingreso de los funcionarios públicos y las funcionarias públicas a los cargos de carrera será por concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia. El ascenso estará sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos, y el traslado, suspensión y retiro será de acuerdo con su desempeño”.

Por el otro, el artículo 7 del Estatuto de Personal del Ministerio Público, que regula lo relativo al ingreso de los fiscales, funcionarios y empleados a esta Institución, establece:

“Para ingresar al Ministerio Público se requerirá, según los casos, haber aprobado las evaluaciones correspondientes, que permitan calificar la destreza, aptitud y conocimiento del aspirante para desempeñar el cargo. / (...) La designación para el ejercicio de los cargos de Fiscal Superior del Ministerio Público, Fiscales del Ministerio Público... deberá ser necesariamente producto de concurso de oposición, de conformidad con las regulaciones contenidas en la Ley Orgánica del Ministerio Público y en el presente Estatuto.”.

Mientras que el artículo 8 del referido Estatuto, prevé:

“Todo aspirante a ingresar al Ministerio Público, quedará sometido a un período de prueba de dos (2) años, durante el cual será evaluado por su superior inmediato...”.

Así entonces, la persona aspirante a ingresar a la carrera como Fiscal del Ministerio Público deberá cumplir en primer lugar, con la aprobación del concurso de oposición y en segundo lugar, superar el período de prueba de dos (2) años, de conformidad con el artículo antes citado, para lo cual debe obtener un resultado positivo en cada una de las evaluaciones que se le hagan durante ese lapso, requisitos con los cuales no ha cumplido la ciudadana (...), razón por la cual podía ser removida y retirada del cargo que ocupaba en el Ministerio Público tal y como se acordó. **Y ASÍ SE DECLARA.**

No obstante, advierte esta Decisora que posteriormente de haber sido formalmente notificada la recurrente de la medida de remoción y retiro del cargo que venía desempeñando en este Organismo, la cual se le informó a través de oficio N° DSG(...) de la misma fecha y que fue recibido por la interesada el 23 del mismo mes y año, ejerció el pasado 3 de febrero de 2010 recurso de reconsideración mediante el cual solicita que este Despacho revise la medida que le fue aplicada, consignando posteriormente el 10 de febrero del mismo año, alcance al recurso interpuesto en el cual fundamentalmente expresó que "(...) esta profesional del Derecho (sic) desconocía su estado de gravedad...".

Se desprende de los argumentos esgrimidos por la ciudadana (...), que esta alega estar embarazada, razón por la cual solicita a este Despacho que ordene su reincorporación al cargo que venía desempeñando en este Organismo.

Al efecto, debe esta Decisora verificar la situación alegada por la recurrente y en tal sentido se observa que como fundamento de sus alegatos anexó copia del informe médico de fecha 8 de febrero de 2010 suscrito por el Dr.(...), en el cual se deja constancia de lo siguiente: " (...) se evaluó paciente 0+ de 27a IGOP quien consulta para control prenatal, actualmente satisfactoria con Gestación (sic) de Siete (sic) (07) Semanas (sic) + 2 días por ultima (sic) Menstruación (sic)..." (Énfasis añadido).

Se desprende del documento antes referido, que la recurrente para el 8 de febrero de 2010 contaba con siete (07) semanas y dos (2) días de embarazo, es decir, que para el 23 de enero de 2010 (fecha en la cual se le notificó de la medida de remoción y retiro) ya se encontraba en estado de gravedad.

Determinado lo anterior, es menester verificar qué dispone la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sobre la protección a la maternidad, observándose que su artículo 76 dispone lo siguiente:

"Artículo 76. La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos. El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas, y éstos o éstas tienen el deber de asistirlos o asistirlos cuando aquel o aquella no puedan hacerlo por sí mismos o por sí mismas. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria". (Énfasis añadido)

Respecto del artículo constitucional antes transcrito, el Juzgado Superior Sexto de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital en fecha 20 de julio de 2009, expediente N° 09-2535, al hacer referencia al mismo, precisó lo siguiente:

"(...) La norma transcrita, consagra la protección especial a la maternidad y a la paternidad, independientemente del estado civil de la persona (...) Prevé además, la protección de la maternidad, desde el momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio (término conocido coloquialmente como cuarentena), protección ésta última que, entre otras cosas se concreta con la estabilidad que debe gozar la madre trabajadora, desde el momento de la concepción y durante las etapas que la misma señala. Sin embargo, la protección Constitucional a la madre, se encuentra desarrollada antes de que entrara en vigencia la Constitución vigente, en otras leyes que alcanzan dicha protección hasta un año después del parto, tal como lo recoge la Ley Orgánica del Trabajo en su artículo 384, norma esta que se aplica a las funcionarias de acuerdo a las previsiones del artículo 29

de la Ley del Estatuto de la Función Pública. En tal sentido deben respetarse los principios normativos constitucionales que amparan no sólo a la persona individualmente considerada, sino que ampara a la persona humana desde su concepción con la protección acordada a la mujer en estado de gravidez o una vez que haya dado a luz hasta un año después del parto, que ha obtenido igualmente desarrollo legal, en ejecución directa del mandato constitucional, lo cual deviene en la noción del 'fuero maternal'. Esta protección determina en principio que la empleada, no podrá ser retirada, removida, despedida, trasladada o desmejorada en alguna forma de sus condiciones de trabajo, pues la protección trasciende a la de la propia mujer embarazada, para proteger al niño en gestación, nacido y la noción de familia...".

Así mismo, este derecho constitucional se encuentra desarrollado en los artículos 379 y 384 de la Ley Orgánica del Trabajo, en los siguientes términos:

"Artículo 379. La mujer trabajadora gozará de todos los derechos garantizados en esta Ley y su reglamentación a los trabajadores en general y no podrá ser objeto de diferencias en cuanto a la remuneración y demás condiciones de trabajo. Se exceptúan las normas dictadas específicamente para protegerla en su vida familiar, su salud, su embarazo y su maternidad". (Énfasis añadido).

"Artículo 384. La mujer trabajadora en estado de gravidez gozará de inamovilidad durante el embarazo y hasta un (1) año después del parto. Cuando incurra en alguna de las causas establecidas en el artículo 102 de esta Ley, para su despido será necesaria la calificación previa del Inspector del Trabajo mediante el procedimiento establecido en el Capítulo II del Título VII. Parágrafo Único: La inamovilidad prevista en este artículo se aplicará a la trabajadora durante el período de suspensión previsto en el artículo siguiente, así como también durante el año siguiente a la adopción, si fuere el caso del artículo 387 de esta Ley".

De igual forma, es necesario considerar que estas previsiones de nuestro derecho interno son cónsonas con instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, tales como el Convenio 103 sobre los Derechos a la Maternidad y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer.

Establecido lo anterior, considera este Despacho que si bien es cierto que el o la Fiscal General de la República como máximo representante del Ministerio Público, puede resolver la remoción y retiro de los fiscales adscritos a este Organismo, sin que para ello se requiera de un procedimiento previo; no es menos cierto, que esta facultad está limitada por normas constitucionales entendidas como superiores, que protegen unos bienes jurídicos esenciales dentro de un Estado Social de Derecho, como es la maternidad y la familia, caso que nos ocupa.

En consecuencia, con fundamento en las razones antes expuestas, de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, resuelvo:

PRIMERO: Revocar el acto administrativo contenido en la Resolución N° (...) de fecha 20 de enero de 2010, mediante la cual se resolvió remover y retirar a la ciudadana (...), titular de la cédula de identidad N° (...), del cargo de Fiscal Auxiliar Interino en la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado (...), con sede en (...).

SEGUNDO: Se ordena su reincorporación a dicho cargo o en otro igual jerarquía en esa Circunscripción Judicial.

TERCERO: Se ordena le sean cancelados los sueldos dejados de percibir desde su retiro hasta la fecha en que se produzca efectivamente su reincorporación al mencionado cargo.

Se comisiona a la Dirección de Recursos Humanos para que notifique a la recurrente, sobre el contenido de esta Resolución.

Comuníquese,"

LUISA ORTEGA DÍAZ
Fiscal General de la República

Doctrina del Ministerio Público 2010

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”**1.- FECHA DE ELABORACIÓN:** 21-01-2010**2.- DIRECCIÓN REMITENTE:** Dirección de Consultoría Jurídica**3.- MATERIA:** Derecho administrativo**4.- TEMA:** Recurso administrativo de reconsideración. Evaluación de desempeño.**5.- EXTRACTO**

Se ejerce recurso de reconsideración contra el acto administrativo de evaluación de desempeño correspondiente al período que va desde el 01 de julio de 2008 hasta el 30 de junio de 2009, alegando fundamentalmente la falta de la aplicación de entrevista exigida en las normas dictadas por la Fiscal General de la República, así como en los trípticos elaborados por la Dirección de Recursos Humanos para aplicar la referida evaluación.

6.- CONTENIDO**6.1.- COMUNICACIÓN** RESOLUCIÓN N° 64**6.2.- FECHA:** 21-01-2010**6.3.- TRANSCRIPCIÓN**

“2.- En otro orden de ideas, la recurrente señala que “el acto administrativo recurrido (...) adolece del vicio de Inmotivación (sic), por cuanto el mismo no señala expresamente, no describe los aspectos a mejorar, ni presenta observaciones o comentarios del evaluador en relación a mi desempeño, (...) siendo que (...) el evaluador debe expresar las fortalezas y aspectos a mejorar el (sic) evaluado, así como emitir en forma clara sus comentarios finales sobre su apreciación respecto de la evaluación o examen practicado; (...)”. Igualmente expresó que se prescindió de la entrevista que debió sostener con su evaluador, lo cual considera esencial ya que a través de ella se ejerce el efectivo derecho a la defensa y a ser oída.

Con relación a este aspecto, expone este Despacho que en la planilla de evaluación de desempeño aplicada a la ciudadana (...) no se observa señalamiento alguno en el renglón correspondiente a la “Entrevista de Evaluación” en el que se distinguen dos subrenglones que son “Fortalezas del Evaluado” y “Aspectos a Mejorar del Evaluado”. Tampoco se observa alguna mención en el renglón destinado a “Comentarios” por parte del evaluador.

En este sentido, es preciso considerar la disposición N° 12 de las Normas para la Aplicación del Sistema de Evaluación de Desempeño del Personal del Ministerio Público, Período 2008-2009, que consagra lo siguiente:

“12. El evaluador deberá realizar una entrevista personal y en privado para informar al evaluado los resultados obtenidos en cada una de las competencias de la `Evaluación de Desempeño´, antes de su remisión a la Dirección de Recursos Humanos.”

Esta disposición debe ser concordada con lo previsto en el instructivo contenido en la planilla de evaluación de desempeño que establece en la instrucción N° V, lo que se transcribe a continuación:

“V.- Entrevista de Evaluación. / Se realiza con la finalidad de revisar el desempeño laboral del trabajador durante el período de evaluación, indicarle las fortalezas que se destacan en él, así como los aspectos a mejorar.”

A su vez, ambas disposiciones deben ser interpretadas a la luz del desarrollo que sobre la entrevista de evaluación, ha efectuado la Dirección de Recursos Humanos como instancia responsable de asesorar y orientar en el manejo de los formatos a utilizar para realizar la evaluación de desempeño. En tal sentido, la mencionada dependencia, a través de la División Técnica y de Desarrollo, estableció en el tríptico informativo que ha circulado en esta Institución, lo que a continuación se transcribe:

“¿qué es la entrevista de evaluación?

es la conversación que sostienen supervisor y supervisado, al menos una vez al año, para revisar el trabajo efectuado por dicho supervisado durante un período determinado.

Objetivos de la entrevista de evaluación

- destacar fortalezas.
- identificar aspectos a mejorar.
- proponer la solución de fallas.
- planificar la actuación futura inmediata.

Principios claves

- informar con antelación al supervisado fecha y hora de la entrevista.
- realizar la entrevista en privado y en el lugar de trabajo.
- crear un clima de confianza y cordialidad que permita facilitar la entrevista.
- destacar los méritos y cualidades del supervisado para que se sienta bien consigo mismo.
- conversar acerca de los aspectos a mejorar del supervisado y acordar como (sic) superarlas (sic).
- escuchar con interés los planteamientos del supervisado y responder con empatía.
- firmar el formulario en señal de haber realizado la entrevista.
- pasos para la preparación y desarrollo de la entrevista.

Planificación

- involucrar al supervisado informándole el motivo de la entrevista, fecha y hora en que se llevará a cabo.
- reunir información relacionada con acuerdos previamente establecidos: controles periódicos, datos estadísticos, objetivos, metas, evaluaciones anteriores, etc.
- Desarrollo
- hacer que se sienta cómodo el supervisado. (...)
- agradecerle su asistencia a la entrevista de evaluación.
- destacar fortalezas, conversar acerca de los aspectos a mejorar y como (sic) superarlos.
- revisar el desempeño laboral durante el periodo de evaluación.
- hacer preguntas abiertas al supervisado sobre la ejecución de su trabajo y los inconvenientes presentados.
- permitir al supervisado expresar sus opiniones, escucharlo con atención y tomar en cuenta sus planteamientos.
- acordar nuevos compromisos, metas para el futuro inmediato y escribirlas.
- procurar un cierre en ambiente tranquilo y armónico donde el supervisado manifieste su compromiso por superar los aspectos a mejorar y mantener las fortalezas.

Recomendaciones

- orientar el desarrollo del trabajo del supervisado.
- evaluar periódicamente las actividades realizadas y corregir fallas que se representen, con el fin de alcanzar las metas propuestas.
- reforzar positivamente los logros alcanzados.
- informar claramente al supervisado en el proceso de entrevista sobre la evaluación de desempeño, lo cual permitirá que el supervisor y el supervisado lleguen a acuerdos, en cuanto a sus fortalezas y aspectos a mejorar encontrados.” (énfasis añadido).

Del análisis de la disposición N° 12 de las Normas para la Aplicación del Sistema de Evaluación de Desempeño del Personal del Ministerio Público, período 2008-2009, en concordancia con la instrucción N° V del Instructivo contenido en la planilla de evaluación de desempeño y en correspondencia con el tríptico informativo que ha efectuado la Dirección de Recursos Humanos antes referido, se colige que la entrevista es un acto esencial del procedimiento de evaluación de desempeño, cuyo fin no es solamente darle a conocer al evaluado la calificación obtenida en cada una de las competencias sino también revisar propiamente el desempeño laboral del supervisado durante el período de evaluación.

En este sentido, la entrevista constituye una instancia de comunicación y retroalimentación entre el evaluador y el evaluado, de carácter obligatorio, en la que se materializa el derecho de éste último de expresar sus opiniones, con el correlativo deber, a cargo del supervisor, de escucharlo con atención y tomar en cuenta sus planteamientos.

De esta manera, con la entrevista se garantiza al evaluado el derecho al debido proceso en esta primera etapa del procedimiento de evaluación, fundamentalmente en lo atinente al derecho a la defensa y a ser oído, tal como lo contempla nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 49, numerales 1 y 3, pues se permite al examinado conocer la opinión del evaluador sobre su desempeño, y bajo el supuesto que ésta no sea del todo favorable, el supervisado puede alegar lo que a su beneficio considere.

La jurisprudencia patria ha expresado de manera pacífica y uniforme que el derecho a ser oído se encuentra vinculado íntimamente con el principio de contradicción, lo cual implica que la Administración debe abstenerse de decidir unilateralmente los asuntos en los que puedan verse afectados los derechos de los particulares, estableciendo la existencia de hechos o circunstancias constitutivas de situaciones que menoscaben o incidan en su esfera jurídica. Antes bien, la Administración al adoptar cualquier decisión en relación con éstos, debe garantizarles el derecho a ser oídos, así como el derecho de aportar las pruebas que consideren pertinentes para su defensa.

En este orden de ideas, debe destacarse que la evaluación de desempeño tiene una incidencia directa en la esfera jurídica del evaluado, pues el resultado de la misma "será considerado a los fines de tomar decisiones en materia de administración y desarrollo de recursos humanos", al tiempo que la Fiscal General de la República, "con base a la disponibilidad presupuestaria, podrá otorgar un bono único de reconocimiento por méritos individuales a los fiscales, funcionarios y empleados", cuyo monto dependerá del resultado obtenido en la evaluación.

De allí que la evaluación de desempeño constituye un sistema integrado por un conjunto de normas y procedimientos tendentes a garantizar que la calificación de la actuación del funcionario se efectúe con objetividad, imparcialidad y transparencia, y que en el proceso respectivo éste tenga participación, al tiempo que cuente con los mecanismos idóneos a los fines de hacer valer sus derechos e intereses en caso de considerarlos afectados.

En este contexto, la entrevista en la evaluación de desempeño es la materialización de la participación del evaluado en el procedimiento y es el acto en el cual éste puede exponer verbalmente sus consideraciones frente a las calificaciones obtenidas, lo que supone la concreción del derecho a ser oído, entendido éste como una de las manifestaciones del derecho al debido proceso.

En el caso bajo estudio, no se evidencia que efectivamente se haya efectuado la entrevista concerniente a la evaluación de desempeño de la ciudadana Nora Josefina Farías Guilarte, vulnerándose de esta manera una de las normas del procedimiento consagrada en la disposición N° 12 de las Normas para la Aplicación del Sistema de Evaluación de Desempeño del Personal del Ministerio Público, Período 2008-2009, así como la instrucción N° V contenida en la planilla de evaluación respectiva, situación que forzosamente acarrea la nulidad de la evaluación practicada al omitirse uno de los actos esenciales del procedimiento correspondiente, en perjuicio del derecho constitucional de la recurrente a ser oída y **Así se decide**.

En fuerza de las consideraciones que anteceden, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, resuelvo:

Primero: Declarar parcialmente con lugar el recurso jerárquico interpuesto por la ciudadana (...), titular de la cédula de identidad N° (...), contra la evaluación de desempeño que le fue practicada, correspondiente al período que va desde el 01 de julio de 2008 hasta el 30 de junio de 2009.

Segundo: Anular la evaluación de desempeño practicada a la ciudadana (...) correspondiente al período que va desde el 01 de julio de 2008 hasta el 30 de junio de 2009.

Tercero: Practicar una nueva evaluación de desempeño a la ciudadana (...) correspondiente al período que va desde el 01 de julio de 2008 hasta el 30 de junio de 2009, efectuando la entrevista consagrada en la disposición N° 12 de las Normas para la Aplicación del Sistema de Evaluación de Desempeño del Personal del Ministerio Público, Período 2008-2009, y en la instrucción N° V prevista en la planilla de evaluación respectiva, cumpliendo con las pautas que sobre dicho acto ha realizado la Dirección de Recursos Humanos de esta Institución, contenidas en el tríptico informativo transcrito parcialmente en la presente Resolución.

Cuarto: Se ordena a las ciudadanas (...) y (...), Directora de (...) y Fiscal Superior del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado (...), respectivamente, que conjuntamente practiquen la nueva evaluación de desempeño a la ciudadana (...), como supervisoras de ésta, de conformidad con lo establecido en la disposición N° 7 de las Normas para la Aplicación del Sistema de Evaluación de Desempeño del Personal del Ministerio Público, Período 2008-2009.

Quinto: Comisionar a la Dirección de Recursos Humanos para que notifique a la recurrente y a las ciudadanas (...) y (...), Directora de (...) y Fiscal Superior del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado (...), respectivamente, sobre el contenido de esta Resolución.

Comuníquese,"

LUISA ORTEGA DÍAZ
Fiscal General de la República

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 26-03-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Administrativo

4.- TEMA: Recurso administrativo de reconsideración. Remoción retiro de fiscal provisorio

5.- EXTRACTO

Se ejerce recurso de reconsideración contra la Resolución n° (...) de fecha (...) de agosto de 2009, emanada de este despacho, a través de la cual se le remueve y retira del cargo de fiscal provisorio en la Fiscalía Vigésima (...) del Ministerio Público de la circunscripción judicial del (...)

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° RESOLUCIÓN N° 354

6.2.- FECHA: 26-03-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Visto el recurso de reconsideración ejercido por la ciudadana (...), titular de la cédula de identidad N°(...) contra el acto administrativo contenido en la Resolución N° (...) de fecha (...) de agosto de 2009, emanada de este Despacho, a través de la cual se le remueve y retira del cargo de Fiscal Provisorio en la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del (...), se exponen a continuación los argumentos presentados por la recurrente a los fines del análisis respectivo.

Señala la ciudadana (...), lo siguiente:

“Razones de hecho y de derecho que motivan el ejercicio del presente recurso/ Las razones que fundamentan el presente recurso, son las que de seguidas se exponen: / La ciudadana Fiscal General de la República procede a remover y a retirar del cargo de Fiscal Vigésima Séptima del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial de Área Metropolitana de Caracas, a quien suscribe, conforme a interpretaciones colegidas de la Carta Magna, así como de sentencia emanada de la Corte Primera (sic) Contencioso Administrativa (sic), deduciendo lo siguiente, con relación a nuestra situación jurídica como funcionaria del Ministerio Público: / (...) El cargo es ejercido de manera interina o provisorio; / (...) El régimen de concursos de oposición para ingresar a la carrera del Ministerio Público, no ha sido aplicado para optar al cargo de Fiscal Vigésima Séptima del Ministerio Público; / (...) La estabilidad y los derechos derivados de esta no resultan aplicables a un funcionario que ingrese a la Institución en los términos que se nos designo (sic). / Sobre estas falsas premisas descansa el razonamiento de la ciudadana Fiscal General de la República para resolver removerme y retirarme. Incurre la ciudadana Fiscal General de la República al dictar el inconstitucional e ilegal acto administrativo de remoción y retiro sobre las premisas ya indicadas en una tergiversación de los hechos o falso supuesto...”.

Ante los argumentos esgrimidos por la ciudadana (...), esta decisora analizará por separado cada uno de los supuestos que según sus dichos, vician el acto recurrido de falso supuesto, como sigue:

Respecto a que “El cargo es ejercido de manera interina o provisorio”, para responder a este argumento, es menester verificar de qué manera venía ocupando la ciudadana (...) el cargo de fiscal del Ministerio

Público, y en tal sentido, pudo constatar esta decisora que a la recurrente le fueron conferidas las siguientes designaciones:

1°.- Resolución N° (...) de fecha (...) de febrero de 1999, a través de la cual el entonces Fiscal General de la República, Dr. Iván Darío Badell González, decidió:

"1°.- Nombro Fiscal del Ministerio Público a la abogada (...), titular de la cédula de identidad N° (...). El presente nombramiento se hace por el resto del período constitucional en curso, de conformidad con lo que al efecto establece el artículo 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público. (...) / 3°.- Hasta nueva Resolución, el Fiscal del Ministerio Público a que se refiere el ordinal 1° de esta Resolución, ejercerá el cargo de Fiscal (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Estado (sic) (...)"

2°.- Resolución N° (...) de fecha (...) de julio de 1999, a través de la cual el entonces Fiscal General de la República, Dr. Rafael Pérez Perdomo vista la solicitud de traslado efectuada por la ciudadana (...), resolvió:

"1°.- La abogada (...), titular de la cédula de identidad N° (...), pasará a partir del 01-08-99, a desempeñar el cargo de Fiscal (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del (...) y competencia plena, cargo vacante. (...) / 3°.- Hasta nueva Resolución, el mencionado Fiscal ejercerá su ministerio en el cargo señalado."

3°.- Resolución N° (...) de fecha (...) de agosto de 2000, mediante la cual el entonces Fiscal General de la República, Dr. Javier Elechiguerra Naranjo, en vista de que la designación efectuada a la referida ciudadana a través de la Resolución N° (...) de fecha (...) de julio de 1999 se había extendido "(...) hasta nueva Resolución", acordó:

"1°.- La abogada (...), titular de la cédula de identidad N° (...), pasará a partir del 21-08-2000, a desempeñar el cargo de Fiscal (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del (...) y competencia plena... / 2° Hasta nueva Resolución, el mencionado Fiscal ejercerá su ministerio en el cargo señalado."

Del contenido de las Resoluciones parcialmente transcritas, se desprende que la primera de las designaciones que se le confirió a la recurrente fue la que se extendió a través de la Resolución N° 57 de fecha 26 de febrero de 1999, en la cual con fundamento en el artículo 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1970, vigente para el momento del ingreso de la recurrente a esta Institución, se le designó para ocupar el cargo de Fiscal (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado (...) y competencia en materia de familia, en la cual expresamente se le indicó que el referido nombramiento se efectuaba "...por el resto del período constitucional en curso...", razón por la cual, era sólo bajo el referido período que podría considerarse que existiera a su favor una estabilidad relativa en el desempeño del cargo, pero una vez vencido éste podía válidamente este Despacho separarla del cargo.

A mayor abundamiento sobre el tema, es propicio hacer referencia a la sentencia emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 26 de febrero de 2002, en ocasión del recurso de nulidad interpuesto por razones de inconstitucionalidad contra la norma contenida en el artículo 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, publicada en la Gaceta Oficial N° 1.434 de fecha 16 de septiembre de 1970 por la ciudadana Raiza Coromoto Rodríguez, en la cual la Sala acotó lo siguiente:

"(...) Al respecto observa la Sala que la finalidad de la norma impugnada era asegurar la relación entre el Fiscal General de la República y sus auxiliares. No debe olvidarse que, según la propia Constitución –tanto el artículo 218 de la 1961 como el 284 de la vigente– el Ministerio Público está bajo la dirección y responsabilidad del Fiscal General de la República y que él se encuentra asistido por los funcionarios que establezca la ley. Así ha sido la propia Constitución la que ha puesto de relieve que el Ministerio Público se encuentra sujeto al Fiscal General (...). De manera que, siendo ello así, efectivamente constata esta Sala que en la oportunidad en que fue removida del cargo de Fiscal Tercero del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy **ya se encontraba vencido el período constitucional para el cual la recurrente fue postulada, por lo cual la estabilidad**

que la amparaba había cesado y por lo tanto le era dable al Fiscal General de la República removerla del cargo, como en efecto sucedió, sin que transgrediera dispositivo legal alguno... " (Negritas de quien suscribe).

De conformidad con lo expuesto anteriormente, puede concluir este Despacho señalando, que para los fiscales que ingresaron a esta Institución bajo la vigencia de la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1970, designados dentro de un período constitucional determinado (entre los cuales se encuentra la ciudadana...), al finalizar el mismo, también finalizaba su desempeño en el cargo para el cual habían sido designados.

Sin embargo, es propicio indicar que si dichos fiscales continuaban en el ejercicio de sus funciones, ello no significaba que habían ingresado a la carrera fiscal del Ministerio Público, en virtud que su permanencia en este Organismo fue establecida para un período determinado; entendiéndose entonces que su condición a partir de ese momento era de fiscales provisorios o interinos y por consiguiente, podían ser sustituidos, removidos o retirados de sus cargos, por el o la Fiscal General de la República.

Sobre el particular es pertinente señalar, que el término provisorio se refiere al adjetivo provisional, el cual significa: eventual, temporal, circunstancial, accidental. Y el adverbio provisionalmente hace mención a: temporalmente, por ahora o por el momento. Aplicándose generalmente a las personas el vocablo interino.

Asimismo, el diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas y Sociales del autor Manuel Osorio, define el vocablo interino, como "Calidad de interino. Tiempo que dura el desempeño interino de un cargo. Que sirve por algún tiempo supliendo la falta de otro. Aplicase más comúnmente al que ejerce un cargo o empleo por ausencia o falta de otro".

De tal manera que la permanencia de la recurrente en este Organismo, luego de vencido el período constitucional para el fue designada es con el carácter de provisorio o interino, toda vez que la titularidad de los cargos fiscales dentro del Ministerio Público se obtiene una vez cumplido con el requisito constitucional y legal de aprobación del respectivo concurso de oposición, razón por la cual, hasta tanto se de cumplimiento a dicha exigencia, estas designaciones deben entenderse que son temporales o transitorias y **Así se declara.**

En relación con el argumento esgrimido por la recurrente referido a: "El régimen de concursos de oposición para ingresar a la carrera del Ministerio Público, no ha sido aplicado para optar al cargo de Fiscal Vigésima Séptima del Ministerio Público".

Al efecto, dispone el segundo aparte del artículo 7 del Estatuto de Personal del Ministerio Público, publicado en Gaceta Oficial N° 36.654 del 04 de marzo de 1999, que "(...) La designación para el ejercicio de los cargos de Fiscal Superior del Ministerio Público, Fiscales del Ministerio Público y Procuradores de Menores, deberá ser necesariamente producto de concurso de oposición, de conformidad con las regulaciones contenidas en la Ley Orgánica del Ministerio Público y en el presente Estatuto".

De igual modo, el referido concurso se encuentra contemplado en el artículo 94 de la vigente Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual establece que "(...) Para ingresar a la carrera se requiere aprobar un concurso público de credenciales y de oposición..."; es decir, que para ingresar a la carrera fiscal se deberá aprobar el concurso de credenciales y de oposición e igualmente cumplir con lo previsto en los artículos 7 y siguientes del Estatuto de Personal del Ministerio Público.

Por otra parte, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en relación con el ingreso de los funcionarios públicos a los cargos de carrera, establece en su artículo 146 lo siguiente:

"Los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y contratadas, los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la Ley. / **El ingreso de los funcionarios públicos y las funcionarias públicas a los cargos de carrera será por concurso**

público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia...".(Negritas de quien suscribe).

De la normativa antes transcrita, se desprende que la única vía, constitucionalmente establecida para el ingreso como funcionario de carrera es a través del concurso público, requisito este que se encuentra consagrado igualmente tanto en la Ley Orgánica del Ministerio Público como en el Estatuto de Personal de este Organismo.

En tal sentido, es conveniente destacar que de la revisión del expediente administrativo de la recurrente, pudo constatar esta Decisora que en ningún momento la ciudadana (...) se sometió al concurso público que refiere el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para optar al cargo de Fiscal, por lo tanto, no adquirió la condición de funcionaria de carrera que otorga el cumplimiento de este requisito y **Así se declara.**

Por otro lado, en relación con el argumento referido por la ciudadana (...), en el cual señala "(...) La estabilidad y los derechos derivados de esta no resultan aplicables a un funcionario que ingrese a la Institución en los términos que se nos designo (sic)."

Ante el argumento esgrimido por la recurrente, debe comenzar por indicarse que efectivamente a la fecha en este Organismo no se han efectuado los concursos públicos para el ingreso de los Fiscales.

No obstante, esta situación no puede servir de fundamento a la recurrente para pretender ampararse bajo un beneficio de estabilidad que no le corresponde, ya que desde que ingresó a este Organismo para ocupar el cargo de Fiscal (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado (...) y competencia en materia de familia, se le comunicó expresamente que tal designación se efectuaba hasta el vencimiento del período constitucional en curso, y en la última designación que se le extendió para ocupar el cargo Fiscal (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del (...) y competencia plena... se le notificó que el referido cargo sería desempeñado "(...) Hasta nueva Resolución...", circunstancias que colocaron siempre a la ciudadana (...) en situación de provisionalidad, razón por la cual puede este Despacho removerla y retirarla del cargo que desempeñaba en este Organismo en virtud de que no goza de estabilidad.

Por otro lado, es preciso señalar que de acuerdo a la revisión del expediente administrativo de la ciudadana (...), se pudo constatar que su ingreso a este Organismo se efectuó bajo la vigencia de la derogada Ley Orgánica del Ministerio Público de 1970, y de acuerdo al análisis que se efectuó en líneas anteriores, se concluyó que de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la referida Ley, la designación que se efectuaba para desempeñar el cargo de fiscal del Ministerio Público, se confería por un período de tiempo determinado, y una vez vencido éste se entendía que la persona pasaba a ocupar el cargo de manera provisoria, y por lo tanto, sujeta a cualquier decisión que respecto al ejercicio del cargo pudiese tomar este Despacho.

Asimismo, debe esta Decisora precisar que para que un fiscal del Ministerio Público tenga estabilidad en el desempeño del cargo, debe, por un lado, ocupar un cargo de carrera, y, por la otra, haberlo obtenido tal y como lo exigen los artículos 146 constitucional y 99 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, es decir, previa aprobación del concurso público de credenciales y de oposición, así como haber cumplido con los requisitos establecidos en las normas contenidas en el Estatuto de Personal del Ministerio Público, Título II, los cuales específicamente se refieren a la aprobación de las evaluaciones correspondientes que permitan calificar la destreza, aptitud y conocimientos del aspirante para desempeñar el cargo, así como el sometimiento y aprobación del período de prueba respectivo; requisitos que no han sido cumplidos por la recurrente.

Con fundamento en las consideraciones antes señaladas, y al no haber ingresado la ciudadana (...) al cargo de fiscal del Ministerio Público, a través de la vía del concurso público, no tiene el carácter de fiscal de carrera y al no tener tal status no goza de estabilidad y en consecuencia, puede este Despacho removerla y retirarla del cargo y **Así se declara.**

Los argumentos antes esgrimidos permiten a esta decisora señalar que el acto recurrido no se encuentra viciado de falso supuesto tal y como lo alegó la recurrente y **Así se declara**.

Continúa la recurrente esgrimiendo, lo siguiente:

“Ahora bien, de conformidad con el artículo 1° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, este organismo (sic) esta a cargo y bajo la responsabilidad del Fiscal General de la República y será este alto funcionario quien determinará, a través del Estatuto de Personal del Ministerio Público los cargos cuyos titulares serán de libre nombramiento y remoción, en atención al nivel o naturaleza de sus funciones (Segundo párrafo del artículo 13 de la Ley Orgánica del Ministerio Público)./ En este mismo sentido, no cabe duda pues, que corresponde al Fiscal General de la República designar a los fiscales y demás empleados de su dependencia, según el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Ministerio Público y en la reglamentación interna, de conformidad con lo preceptuado en el numeral 3° del artículo 21 *ejusdem*./ El artículo 100 es categórico al expresar que los cargos de Fiscal del Ministerio Público saldrían a concurso en un plazo no mayor de un año a partir de la entrada en vigencia de esa Ley, estableciendo también de forma indubitable que, '(...) Mientras ello ocurre (la convocatoria al concurso y su efectiva celebración), quienes estén ocupando tales posiciones continuarán en ellas'. (...) / Ahora bien, en el caso que nos ocupa, ingresé al Ministerio Público con el régimen anterior de designación de los Fiscales por el periodo constitucional. Sin embargo, es importante resaltar que la administración pretende aplicar retroactivamente la normativa derogada antes de la reforma de la Ley Orgánica del Ministerio Público, relacionada con la celebración de los concursos de oposición de los fiscales del Ministerio Público que tienen, como es el caso concreto, diez años o por lo menos una fracción superior a los nueve años, visto que el ingreso se produjo el 1° de marzo de 1999 hasta el momento de su egreso por la inconstitucional remoción de la cual fuí objeto el día 02 de octubre de 2009, periodo que una vez realizada una simple operación aritmética arroja como resultado diez (10) años y siete (7) meses de servicio ininterrumpidos prestados al Ministerio Público. / (...) La ciudadana Fiscal General de la República considera que el periodo constitucional 1994-1999, para el cual fueron designados los fiscales del Ministerio Público, venció en el mes de enero de 1999, por lo que no gozan de estabilidad y son susceptibles de remoción, aplicando criterios de la ley anterior. Al asentar este criterio y aplicar esta interpretación, se evidencia que incurre la ciudadana Fiscal General de la República en un verdadero falso supuesto de derecho y errónea interpretación de la Ley, al estimar que los Fiscales del Ministerio Público no gozan de estabilidad por no haber ingresado a la carrera, mediante concurso de oposición...”.

Se desprende de los argumentos esgrimidos por la ciudadana (...), que ésta estima que la decisión emanada de este Despacho de resolver removerla y retirarla del cargo que desempeñaba en este Organismo se fundamentó en un falso supuesto de derecho, en virtud de que la Fiscal General de la República aplicó retroactivamente la exigencia del concurso de oposición, siendo que en su caso tal exigencia no debe aplicar en virtud de que ingresó al Organismo cuando los fiscales eran designados para el ejercicio del cargo respectivo dentro de un periodo constitucional determinado, aunado al hecho que de conformidad con lo previsto en el artículo 100 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1998, ya había acumulado diez (10) años y siete (7) meses de servicios ininterrumpidos para esta Institución.

En virtud del argumento esgrimido por la recurrente, es oportuno hacer referencia a la sentencia N° 660 de fecha 30 de marzo de 2006, expediente N° 06-0289, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia de la magistrada Luisa Estella Morales Lamuño, en la cual se estableció lo siguiente:

“(...) Así pues, se aprecia que ciertamente el contenido del artículo 100 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, la cual fue publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.262 Extraordinario del 11 de septiembre de 1998, existe una evidente contradicción con lo dispuesto en el artículo 146 del Texto Constitucional, a lo cual hay que añadir que la Ley Orgánica del Ministerio Público, en la cual se fundamentó la decisión impugnada es una ley preconstitucional (...) En tal sentido, se aprecia que ciertamente conforme a la Disposición Transitoria Única de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda norma preconstitucional que colida con el Texto Constitucional debe ser desaplicada o declarada inconstitucional, sea mediante el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad o el control concentrado ante esta

Sala, respectivamente (...) De manera que, se advierte que dicha Corte incurrió en una omisión al no desaplicar la referida normativa de la Ley Orgánica del Ministerio Público, cometiendo una errónea interpretación del Texto Constitucional en el sentido expuesto, por lo que, en consecuencia debe ser declarada ha lugar la revisión constitucional...”
(Negritas de quien suscribe).

Se desprende de la sentencia antes citada, que la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en virtud del contenido del artículo 100 de la Ley Orgánica del Ministerio Público fue la de ordenar desaplicar todas las normas preconstitucionales que colidieran con las normas contenidas en la Constitución, siendo que en el caso del artículo 100 de la Ley Orgánica del Ministerio Público estaba en franca contradicción con el artículo 146 constitucional ya que no puede obtenerse la condición de funcionario de carrera por el simple transcurso del tiempo, sino que tal status solo podrá adquirirse por vía del concurso.

En tal sentido, visto que el fundamento legal del argumento esgrimido por la ciudadana (...), lo constituye el artículo 100 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en aplicación de la sentencia parcialmente transcrita a través de la cual se ordenó la desaplicación del referido artículo, considera este Despacho que en relación a este punto no hay materia sobre la cual decidir y **Así se declara.**

Asimismo, esgrimió la ciudadana (...), lo siguiente:

“En criterios de avanzada han sido desconocidos por la funcionaria que dicta la resolución 767 del 21 de agosto de 2009, Fiscal General de la República, pues decide el írrito acto que se demanda, quien de conformidad con el artículo 285 de la Carta Magna, es el encargado de velar por el debido proceso, el cual no sólo se aplica a nivel jurisdiccional sino también en sede administrativa, por disposición expresa del artículo 49 constitucional./ Remover a un Fiscal del Ministerio Público sin que se diese cumplimiento al procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Ministerio Público y en el Estatuto de Personal del Ministerio Público, esto, es sin la realización del procedimiento administrativo sancionatorio correspondiente, hace incurrir a la administración en el vicio de nulidad absoluta, de conformidad con lo previsto en el artículo 19 numeral 4º(sic) de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, relativo a la actuación con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.”.

En virtud de los argumentos esgrimidos por la ciudadana (...), debe precisar esta Decisora que para que el Fiscal General de la República dicte el acto administrativo correspondiente, con la finalidad de remover de sus funciones a un representante del Ministerio Público que no tiene estabilidad laboral por estar desempeñando un cargo bajo la condición de interino o provisorio, no es necesario sustanciar previamente ningún procedimiento administrativo, pues justamente la garantía de estabilidad del representante fiscal, y, por ende, el derecho a ser sometido al procedimiento respectivo, se alcanza cuando su ingreso a este Organismo se produzca como consecuencia de haber aprobado un concurso de oposición, lo cual no ocurrió en el caso del recurrente.

Al respecto, es conveniente resaltar que el procedimiento disciplinario sólo se sustancia contra los funcionarios o funcionarias de carrera cuando hubiesen cometido alguna de las faltas disciplinarias previstas en la ley.

Por consiguiente, en el caso que nos ocupa no se requiere instruir un procedimiento disciplinario en contra de la ciudadana (...) para removerla del cargo que ocupaba dentro del Ministerio Público.

A mayor abundamiento, es propicio, referirse a la sentencia emanada del Juzgado Superior Sexto de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, de fecha 29 de septiembre de 2004, contenida en el Expediente N° 04-614, en la cual expresamente se señaló, lo siguiente:

“(...) Al respecto se tiene que, el artículo 21 numeral 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público establece: ‘Son deberes y atribuciones del Fiscal General de la República: 3. Designar a los fiscales del Ministerio Público y demás empleados de su dependencia, según el procedimiento establecido en esta Ley y en la reglamentación interna’. De la norma transcrita, se **desprende la potestad que tiene el Fiscal del Ministerio Público, así como las atribuciones de removerlos, sin que sea**

necesario iniciar procedimiento administrativo alguno, por cuanto los Fiscales son designados interinamente en los cargos hasta nuevas instrucciones, lo cual conlleva entre otras cosas el cese en las funciones de los mismos, sin que se requiera procedimiento disciplinario...” (Negritas de quien suscribe).

Con fundamento en las consideraciones antes expresadas, debe esta decisora desechar el alegato esgrimido por el recurrente ya que el acto recurrido no está viciado de nulidad absoluta y **Así de decide.**

Sobre la base de las consideraciones que anteceden, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, resuelvo:

Primero: Confirmar en todas sus partes la Resolución N° (...) de fecha (...) de agosto de 2009, a través de la cual se resolvió remover y retirar a la ciudadana (...) del cargo de Fiscal Provisorio en la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del (...).

Segundo: Comisionar a la Dirección de Recursos Humanos para que notifique a la recurrente sobre el contenido de esta Resolución.

Notifíquese a la ciudadana (...), de conformidad con lo establecido en el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, aplicable supletoriamente al presente caso, que dispone de tres (3) meses contados a partir de la fecha en que se produzca la notificación de este acto administrativo, para ejercer la querrela funcional correspondiente ante el Tribunal Superior Contencioso Administrativo, si lo considera procedente.

Comuníquese,”

LUISA ORTEGA DÍAZ
Fiscal General de la República

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 03-11-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Administrativo

4.- TEMA: Recurso administrativo de reconsideración

5.- EXTRACTO

Se ejerce recurso de reconsideración contra el acto administrativo contenido en la resolución de fecha 09 de agosto de 2010, mediante la cual se declaró inadmisibile y concluido el procedimiento con motivo de la recusación interpuesta.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº RESOLUCIÓN Nº 1590

6.2.- FECHA: 03-11-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Visto el recurso de reconsideración ejercido por el ciudadano (...), en su carácter de abogado defensor del ciudadano (...), titular de la cédula de identidad Nº (...), contra el acto administrativo contenido en la Resolución de fecha 09 de agosto de 2010, mediante la cual se declaró inadmisibile y concluido el procedimiento con motivo de la recusación interpuesta en contra de la ciudadana (...), Fiscal Vigésima (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado (...), en la causa Nº (...), al efecto para su análisis se pasa a transcribir los argumentos esgrimidos por el recurrente de la siguiente manera:

El ciudadano (...), señaló en su escrito recursivo, lo siguiente:

“Todo de conformidad a resolución de la recusación efectuada por mi conducto contra la ciudadana (...), Fiscal Titular (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial Penal (sic) del Estado (sic) (...), realizada y emanada de su despacho (sic) en fecha 13 de Agosto (sic) del año 2010, realizo recurso de reconsideración establecido en el artículo 50 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y lo efectuó en los siguientes términos: / El Leiv motiv de la recusación interpuesta tuvo, tiene y tendrá una razón de ser: intentar, a través de su despacho (sic) IMPARCIALIDAD ANTE LA INVESTIGACIÓN / Comenzó estableciendo esta premisa fundamental ya que aun cuando la Fiscal de marras emitió opinión sobre la causa de la cual es Directora de la investigación, probarlo requiere una articulación probatoria fehaciente, conteste, ya que esta opinión sesgada y carente de toda objetividad la realizó en las puertas de su despacho fiscal, frente al ciudadano imputado, frente a la defensa saliente y entrante y frente a un conjunto de familiares y ciudadanos, situación por demás irregular y carente de total ética profesional ya que no puedo sopesar efectivamente una actuación tan grotesca de parte de un funcionario público representante del estado (sic) Venezolano (sic), parte de buena fe y garante de la constitución y las leyes./ (...) / Ciudadana Fiscal General lo que queremos es imparcialidad ante la investigación, de hecho explanamos formal denuncia contra la Fiscal Recusada (sic) en cuestión y actualmente se procesa esta investigación por ante la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Estado (sic) (...) con competencia en materia anticorrupción, lo que agrava aún más el Minimun (sic) o quantum de imparcialidad requerida a la representante de la vindicta pública / (...) / Máxima representante de la vindicta pública, lo único que nos motiva al efectuar este recurso de reconsideración es nuestro legitimo (sic) derecho a que se imparta justicia,

que haya un representante Fiscal probo no visceral, no tendencioso, no parcializado, no objetivo: es lo único que encarecidamente pedimos...”.

Ahora bien, vistos los argumentos expuestos por el ciudadano (...), esta Superioridad pasa a resolver sobre la admisibilidad del recurso de reconsideración interpuesto, en atención a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Ministerio Público vigente, en los siguientes términos:

El artículo 73 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, señala de manera expresa la improcedencia de recurso alguno contra las decisiones que se dicten en las incidencias de recusación.

La norma legal antes referida, es cónsona con el criterio sostenido por este Organismo bajo la vigencia de la Ley Orgánica del Ministerio Público del año 1.998 y que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 20 de septiembre de 2002, expediente N° N.02-1455, caso Miguel Ángel Flores Perdomo y otros contra el ciudadano Julián Isaías Rodríguez en su carácter de Fiscal General de la República, interpretó de la siguiente manera:

“Ahora bien, son dichos instrumentos jurídicos los aplicables al producirse las faltas accidentales de fiscales del Ministerio Público, en los cuales no se contempla el recurso de reconsideración para impugnar la decisión que se tome al respecto, por lo que, en el caso concreto el Fiscal General de la República, no podía considerar la posibilidad de cambiar la decisión que declaró la improcedencia de la recusación del fiscal del Ministerio Público que actuó en la causa seguida a los defendidos del accionante, a través de un recurso de reconsideración, por cuanto éste no está previsto en la normativa que rige la materia de inhibición y recusación.

(...)

En virtud de lo anteriormente expuesto, resulta imposible la violación de los derechos invocados por el accionante por parte del Fiscal General de la República, por cuanto, con base en sus atribuciones declaró conforme a las disposiciones contenidas en el Código Orgánico Procesal Penal y la Ley Orgánica del Ministerio Público la improcedencia de la recusación planteada, decisión que se produjo en el curso de un proceso penal ordinario, para surtir sus efectos dentro de dicho proceso judicial para la cual no está previsto el recurso de reconsideración, por lo que, el accionado carece de la atribución para acordar la revisión de su decisión a través de un recurso de esa naturaleza”.

En orden a lo anteriormente expuesto, este Despacho se ve en la obligación de ratificar la inexistencia de recursos administrativos contra las decisiones dictadas por el o la Fiscal General de la República con ocasión a las incidencias de recusación, por ende, se declara la inadmisibilidad del recurso de reconsideración interpuesto por el ciudadano (...), en su carácter de abogado defensor del ciudadano (...), titular de la cédula de identidad N° (...). y **Así se decide**.

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, resuelvo:

Primero: Declarar inadmisibile el recurso de reconsideración interpuesto por el ciudadano (...), en su carácter de abogado defensor del ciudadano (...), contra la Resolución de fecha 09 de agosto de 2010, a través de la cual se declaró inadmisibile y concluido el procedimiento correspondiente a la recusación planteada por el ciudadano (...), contra la ciudadana (...), Fiscal Vigésima (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial de estado (...), en la causa N° (...).

Segundo: Se comisiona a la Dirección de Consultoría Jurídica, para que notifique al recurrente sobre el contenido de esta Resolución.

Notifíquese a al ciudadano (...), que de conformidad con lo establecido en el artículo 23 numeral 5 en concordancia con el artículo 32 numeral 1 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, aplicable supletoriamente al presente caso, dispone de ciento ochenta (180) días continuos contados a partir de la fecha en que se produzca la notificación de este acto administrativo, para ejercer el recurso contencioso administrativo de nulidad correspondiente ante la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, si lo considera procedente.

Comuníquese,”

LUISA ORTEGA DÍAZ
Fiscal General de la República

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 06-08-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Administrativo

4.- TEMA: Seguridad social

5.- EXTRACTO

Un grupo de funcionarios (abogados) que no cotizan al Seguro Social Obligatorio y ante la inminencia de cumplir con el requisito de edad para hacerse acreedores del beneficio de pensión de incapacidad previstos en la Ley del Seguro Social Obligatorio, solicitan al Ministerio Público efectúe los descuentos respectivos a objeto de poder reunir con las cotizaciones exigidas en la referida ley.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº MEMORANDO DCJ-16-805-2010

6.2.- FECHA: 06-08-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Se solicitó opinión a esta Dirección de Consultoría Jurídica con relación a la situación que se viene presentando en este Organismo, con muchos abogados que no cotizan el Seguro Social, quienes en la actualidad han manifestado su interés en que se les realice el descuento correspondiente.

La solicitud en referencia se planteó de la siguiente manera:

“(...) si los abogados deben cotizar al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales I.V.S.S., paralelamente al sistema de seguridad social del Instituto de Previsión Social del Abogado (...) /. La consulta obedece, a que de acuerdo a lo contemplado en esta última ley, un porcentaje de los abogados del Ministerio Público, ha solicitado en alguna oportunidad, que no se les realice la deducción del S.S.O. y Paro Forzoso, tal como se hace actualmente. Sin embargo, a medida que han pasado los años y en virtud de alcanzar la edad para ser beneficiario (sic) de la pensión de vejez que otorga el I.V.S.S., estos mismos abogados, han solicitado que se les inicie la referida retención, lo que ha traído como consecuencia los (sic) siguientes situaciones: / 1.- Al solicitar el señalado descuento, plantean que se les tome como fecha de ingreso el día, mes y año que tomaron posesión del cargo y no de la solicitud actual, teniendo como consecuencia que el Ministerio Público asuma el pago, tanto del aporte patronal como del trabajador, con retroactividad de esos años. / 2.- Solicitan, al cumplir la edad para la pensión del I.V.S.S., que se les elabore un oficio mediante el cual se haga constar que el Ministerio Público reconoce la fecha de ingreso real del trabajador, solicitando se consideren todos esos años de cotización. / 3. Es oportuno señalar que el IMPREABOGADO (sic) no pensiona, ni cancela la indemnización prevista del paro forzoso, cuando un trabajador es despedido. / Por lo antes expuesto, esta Dirección recomienda, descontar a partir de la presente fecha a todos los trabajadores que ocupan cargos de abogados con reconocimiento de su fecha real de ingreso, asumiendo la deuda, tanto patronal como del trabajador (...).”

A los fines de efectuar el análisis del asunto objeto de la presente consulta, se hace necesario revisar la normativa constitucional y legal que regula la materia, en los siguientes términos:

La Ley de Abogados, pauta en el artículo 1 que:

"(...) La profesión de abogado y su ejercicio se regirá por la presente Ley y su Reglamento, los reglamentos internos y el código de ética profesional que dictare la Federación de Colegios de Abogados (...)."

Por su parte, la Ley del Seguro Social, dispone en el artículo 3º, lo que de seguidas se señala:

"Las personas que presten servicios a la Nación, estados, territorio, Distrito Capital, Municipios, Institutos Autónomos y en general a las personas morales de carácter público, quedan cubiertas por el régimen del Seguro Social Obligatorio en los casos de prestaciones en dinero por invalidez o incapacidad parcial, vejez, sobrevivientes y nupcias (...)."

Así mismo, el artículo 61 *eiusdem* establece:

"Los empleadores y empleadoras y los trabajadores y trabajadoras, sujetos al régimen del Seguro Social Obligatorio, **están en la obligación de pagar la parte de cotización que determine el Ejecutivo Nacional para unas y para otros**" (Énfasis añadido).

De igual forma, el Reglamento de la Ley del Seguro Social, establece en cuanto a la condición de los asegurados, lo que sigue:

"Son asegurados, conforme a lo que dispone la Ley del Seguro Social, las personas que presten sus servicios en virtud de un contrato o relación de trabajo, cualquiera que sea su duración y el monto del salario devengado y aquellas que hagan uso del derecho que les acuerda el artículo 6 de la Ley. Sin embargo, mientras el Ejecutivo Nacional establece las medidas y condiciones bajo las cuales deben estar asegurados, no están sujetos al Régimen del Seguro Social Obligatorio / a) Los trabajadores a domicilio cuyas condiciones de trabajo no puedan asimilarse a la de los trabajadores ordinarios; b) Los trabajadores temporeros, entendiéndose por tales las personas cuyo trabajo con el mismo patrono no exceda de tres (3) días a la semana, pero, si por cualquier circunstancia continuasen prestando iguales servicios en las semanas subsiguientes, no se reputarán temporeros si exceden de diez (10) días el cómputo de sus jornadas diarias en el transcurso de un mes; c) quienes ejecutan trabajos ocasionales, extraños a la empresa o actividad del patrono".

En este orden de ideas, el artículo 2 de dicho Reglamento establece como relación laboral a los efectos de la aplicación de la Ley del Seguro Social, lo siguiente, se entiende por relación de trabajo, "la vinculación jurídica que existe entre quien presta un servicio personal subordinado y quien lo recibe, mediante la percepción de un salario".

De la interpretación de las normas parcialmente transcritas, se evidencia que es una obligación para las personas comprendidas dentro del artículo 3º de la ley en comento, inscribirse y pagar la cotización correspondiente al Seguro Social, lo cual incluye a los abogados que prestan servicios como funcionarios públicos en cualquiera de los entes determinados en el aludido artículo, independientemente que cotizen en el Instituto de Previsión Social del Abogado (Inpreabogado).

Determinado lo anterior, es oportuno señalar lo que establece la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el artículo 86, referido a la seguridad social, al indicar:

(...).

En este mismo sentido, el artículo 147 *eiusdem*, 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 el 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.

Establecida esta premisa, este Órgano Asesor del Despacho de la Fiscal General de la República, pasa a pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a su consideración, de la siguiente manera:

En cuanto al planteamiento referido al hecho que un porcentaje de los abogados que laboran en el Ministerio Público, han solicitado en alguna oportunidad que no se les deduzca el aporte por concepto de Seguro Social y Paro Forzoso, dado que cotizan en el Instituto de Previsión Social del Abogado (Inpreabogado), pero que al pasar los años y tener la posibilidad de obtener la pensión de vejez que otorga el referido Instituto, han pedido que se les inicie la mencionada retención.

Sobre el particular, observa este Órgano Consultivo que no señala en su comunicación si los abogados en cuestión al momento de efectuar su solicitud, ya estaban inscritos en el Seguro Social o si por el contrario, no habían sido inscritos en dicho Instituto.

En el primer supuesto, es necesario puntualizar que el Ministerio Público no puede ni debe dejar de retener el aporte de un trabajador inscrito en el Seguro Social, por el sólo hecho que éste manifieste su intención que no se le siga realizando el citado descuento.

Este razonamiento tiene su génesis, en el hecho que tal manifestación de voluntad- en este caso particular- carece de valor, pues al tener los trabajadores el derecho legítimo de ser inscritos en el Seguro Social para así tener el derecho a recibir la correspondiente pensión, una vez cumplidos los requisitos de ley, no les permite elegir una opción distinta que signifique una renuncia a ese derecho, en la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas en beneficio propio, pues ello resulta contrario con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 3º de la Ley del Seguro Social.

En este mismo contexto, el artículo 63 *ibidem*, dispone que:

“El empleador o empleadora podrá, al efectuar el pago del salario o sueldo del asegurado o asegurada, retener la parte de cotización que éste o ésta deba cubrir y si no la retuviere en la oportunidad señalada en este artículo **no podrá hacerlo después** /. Todo pago de salario hecho por un empleador o empleadora a su trabajador o trabajadora, hace presumir que aquél o aquella ha retenido la parte de cotización”. (Destacado nuestro).

De igual manera, el artículo 62 de la Ley en comento, dispone que:

“El empleador o empleadora está obligado u obligada a enterar al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales su cuota y la de sus trabajadores y trabajadoras por concepto de cotizaciones en la oportunidad y condiciones que establezcan esta Ley y su Reglamento (...)”.

Ahora bien, si por el contrario, estos abogados no habían sido inscritos en el Seguro Social, es oportuno señalar que de conformidad con la precitada Ley, es obligatorio para el patrono inscribir en el citado Instituto a cada nuevo trabajador dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio de la relación laboral.

El incumplimiento de este mandato el cual deviene de una norma constitucional, resulta contrario a derecho, máxime si se toma en cuenta que la finalidad del mismo es garantizar al asegurado durante su vejez o (invalidez), la obtención de un ingreso periódico que le permita satisfacer sus necesidades básicas.

En lo referido al planteamiento realizado en el sentido que a dichos abogados se les considere como fecha de ingreso al Seguro Social, el día mes y año que tomaron posesión del respectivo cargo en este Organismo, asumiendo el Ministerio Público retroactivamente tanto la deuda de los trabajadores como la del patrono, se aprecia:

Como se dijo anteriormente, si el patrono al momento de pagarle su sueldo o salario al trabajador inscrito en el Seguro Social, no le descuenta el respectivo aporte por cotización, no podrá hacerlo posteriormente. Sin embargo, ello no obsta a que continúe reteniéndole dicho aporte, una vez solventada la causa que motivó la suspensión. Por otra parte, cabe señalar que el patrono no puede hacerle ningún descuento por esa razón, al trabajador que no está inscrito en el seguro.

Igualmente, considera esta Dirección de Consultoría Jurídica que aun cuando el Ministerio Público a los fines de subsanar la problemática planteada, proceda a inscribir en el Seguro Social a este grupo de abogados en el supuesto que no lo estén, tomando en cuenta para ello la fecha de su ingreso a este Organismo, no puede asumir el pago de ninguna cotización anterior a la fecha de la inscripción, toda vez que los aportes al Seguro Social tanto del patrono como del trabajador, surgen después que este último es inscrito en el referido Organismo. Además, la obligación para el empleador o empleadora de enterar al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales su cuota y la de sus trabajadores, debe llevarse a cabo en la oportunidad que establece la citada Ley y su Reglamento.

En armonía con lo antes expuesto, es bueno precisar que el sistema de pago de sueldos y salarios en el Ministerio Público se realiza a través de una nómina, por consiguiente, pretender retrotraer el aporte de cada uno de estos trabajadores desde su ingreso a este Organismo hasta la actualidad con el propósito de cubrir presuntas cuotas insolutas del Seguro Social, no solo resulta contrario a la norma legal antes señalada, sino que también, es contraproducente y prácticamente inviable administrativamente.

En lo que atañe a lo señalado en su comunicación, con relación que aquellos trabajadores que han cumplido la edad para hacerse acreedores a la pensión del Seguro Social, "solicitan se les elabore un oficio donde se haga constar que el Ministerio Público reconoce la fecha de ingreso real del trabajador, solicitando se consideren todos esos años de cotización".

Al respecto, esta Dirección observa que el punto expuesto resulta algo confuso, sin embargo, entiende que lo que se quiso decir, es que trabajadores que no cotizan el Seguro Social, solicitan se les reconozca de manera escrita a lo fines de su registro en dicho Organismo, la fecha de su ingreso a esta Institución y no la del momento que realizan su petición. En este sentido, es necesario precisar que la inscripción del trabajador en el Seguro Social está sujeta a un procedimiento previsto tanto en la Ley del Seguro Social como en su Reglamento, mediante el cual el patrono elabora una planilla o forma (14-02), en la cual entre otros, deja constancia de la fecha de inicio de la relación laboral, y luego de esto procede a consignarla en el referido Instituto a objeto del registro del respectivo trabajador. Por tanto, es improcedente pretender que a través de una comunicación se pueda sustituir este procedimiento.

En consecuencia de los razonamientos antes expuestos, estima esta Dirección de Consultoría Jurídica que no puede ni debe el Ministerio Público asumir de manera retroactiva el pago de los aportes de aquellos trabajadores a quienes se les dejó de retener oportunamente, las correspondientes cuotas de cotización al Seguro Social y Paro Forzoso.

Asímismo, no es factible que esta Institución reconozca y pague retroactivamente aportes al Seguro Social de aquellos trabajadores que no estaban inscritos en el mismo, dado que la propia Ley del Seguro Social establece el procedimiento a seguir y la sanción a aplicar, en los casos de omisión o infracción por parte del patrono de alguna de las normas contenidas en la aludida Ley o en su Reglamento, tal como lo prevén los artículos 90, 85 y siguientes de la aludida Ley.

También resulta inviable que esta Institución emita un oficio dirigido a aquellos trabajadores que no están inscritos en el Seguro Social, donde se haga constar que a los fines de su inscripción en dicho Organismo se les reconoce todos los años de cotización desde su ingreso al Ministerio Público.

Finalmente, considera este Órgano Asesor del Despacho de la Fiscal General de la República, que en aras de evitar seguir incurriendo en las situaciones señaladas en la presente consulta, se sugiere que todo nuevo ingreso sea instruido en la obligación que tiene de ser inscrito en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, independientemente que cotice en algún otro organismo de previsión social. "

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 21-09-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Derecho Administrativo

4.- TEMA: Solicitud de permiso para cumplir medida de abrigo

5.- EXTRACTO

Funcionaria que solicita el permiso al que se refiere el artículo 387 de la Ley Orgánica del Trabajo, en virtud de que el Consejo de Protección (...) resolvió aprobar medida de abrigo en familia sustituta a favor de la niña (...), medida que deberá ser cumplida por la referida funcionaria.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° MEMORANDO No. DCJ-11-1279-2010

6.2.- FECHA: 21-09-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Se remitió para la consideración, análisis y opinión de este Órgano Consultor solicitud de permiso efectuada por la ciudadana (...), quien se desempeña como Fiscal (...) de la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado (...).

El permiso requerido por la ciudadana antes referida, se fundamenta en el artículo 387 de la Ley Orgánica del Trabajo, en virtud de que le fue entregada una niña bajo la figura de la medida de protección de abrigo en familia sustituta, a los fines de que esta Dirección de Consultoría Jurídica evalúe la viabilidad del referido permiso.

Al efecto, remitió anexo a la comunicación antes señalada copia de la decisión contenida en el expediente N° (...) de fecha (...) 2010, a través del cual los miembros del Consejo de Protección del Niño, Niña y Adolescente de la Alcaldía del Municipio Bolivariano Libertador, resolvieron lo siguiente:

“(...*omissis*...)”

PRIMERO: De acuerdo a los artículos 160, literal 'b', y 126 literal 'h' de la Ley Orgánica Para la Protección del Niño y del Adolescente, en CONSECUENCIA, se DECIDE DICTAR MEDIDA DE PROTECCIÓN DE ABIGO (sic) en FAMILIA SUSTITUTA a favor de la niña (...), integrada por la ciudadana MAYRA YANIRA ROMERO QUIJADA, venezolana, mayor de edad, titular de la Cédula de Identidad N° 6.327.326...

(...)

La presente Medida de Protección podrá ser sustituida, revocada o modificada por la autoridad que la impuso siempre que las circunstancias que las originaron varíen o cesen. Todo esto como forma de transición hacia una medida administrativa de protección acorde al interés superior del niño y del adolescente que garantice el disfrute pleno de sus derechos y garantías.”

En tal sentido, la ciudadana (...), a través de comunicación de fecha (...) de 2010, se dirigió al Fiscal Superior del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado (...), a los fines de solicitar:

"(...) trámite y otorgamiento del Permiso Post-Natal establecido en el Título VI De la Protección Laboral de la Maternidad y la Familia, artículo 387 de la Ley Orgánica del Trabajo.

(...)

En tal sentido, la licencia de maternidad que solicito es de diez (10) semanas, a los fines de asumir el acontecimiento y las obligaciones y responsabilidades derivadas del cuidado y asistencia de la niña, ya que por su corta edad requiere una atención individualizada y el fortalecimiento de lazos afectivos materno filiales estables...".

Al efecto, a los fines de analizar el asunto planteado a la consideración de esta Dirección de Consultoría Jurídica, se pasan a efectuar las siguientes consideraciones:

Efectivamente, los miembros del Consejo de Protección del Niño y Adolescente del municipio Bolivariano Libertador, dictaron "(...) MEDIDA DE PROTECCIÓN DE ABIGO (sic) en FAMILIA SUSTITUTA a favor de la niña (...), integrada por la ciudadana (...)", razón por la cual, la referida ciudadana solicitada por conducto del Fiscal Superior del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado (...), se efectúen los trámites correspondientes a fin de que se le confiera el permiso regulado en el artículo 387 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Ahora bien, vista la solicitud efectuada por la referida ciudadana, es menester verifica qué regula el artículo 387 de la Ley Orgánica del Trabajo, pudiéndose constatar que señala lo siguiente:

"Artículo 387. La trabajadora a quien se le conceda la adopción de un niño menor de tres (3) años tendrá derecho a un descanso de maternidad durante un período máximo de diez (10) semanas, contadas a partir de la fecha en que le sea dado en colocación familiar autorizada por el Instituto Nacional del Menor con miras a la adopción." (Énfasis y subrayado de quien suscribe).

Se desprende del artículo antes citado, que el legislador reguló el otorgamiento de un descanso de maternidad para aquella trabajadora a quien se le confiera la adopción de un niño.

Sin embargo, en el caso de la ciudadana (...), se observa que ella fue la persona seleccionada por el Consejo de Protección del Niño y Adolescente del Municipio Bolivariano Libertador, para ejecutar la medida de abrigo en familia sustituta dictada a favor de la niña (...), razón por la cual, es necesario verificar cómo está regulada esta medida de protección en la Ley Orgánica para la Protección del Niños, Niñas y Adolescentes.

Al efecto, el artículo 127 de la ley eiusdem, dispone lo siguiente:

(...)

Se desprende del artículo antes citado, que la medida de abrigo, es una medida de protección dictada en sede administrativa por el Consejo de Protección respectivo, cuyas características primordiales son la provisionalidad y excepcionalidad de la misma, toda vez, que es sólo una forma transitoria de protección para aplicar posteriormente una de mayor estabilidad en el tiempo, tal y como es el caso de la medidas de protección dictadas en vía judicial.

Las características antes referidas, tienen su fundamento en el hecho de que esa medida de protección de abrigo, puede ser revisada o revocada por el órgano administrativo que la confirió, esto en atención a lo previsto en el artículo 131 de la Ley en comento, el cual dispone lo siguiente:

(...)

Sobre el tema analizado, conviene hacer referencia a la intervención de Cristóbal Cornieles, corredactor del proyecto de reforma de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en el marco del VI Foro Derecho de la Infancia y de la Adolescencia que se llevó a cabo

el pasado mes de noviembre del año 2009, en la sede del Tribunal Supremo de Justicia, se desarrolló el Panel: "La Medida de Abrigo en la Reforma de la Lopna", en el cual señaló lo siguiente

"(...) dicha medida es transitoria, excepcional, provisional y de último recurso, mientras se consigue una solución a la situación planteada, por lo que no debe extenderse por más de 30 días continuos y no debe entenderse como una medida de colocación familiar, ya que se estaría afectando un principio fundamental de la doctrina de protección integral, que es el rol primordial de las familias en la crianza de los niños, niñas y adolescentes."

Se ha hecho énfasis en todo la normativa antes señalada, para indicar que de conformidad con lo previsto en el artículo 387 de la Ley Orgánica del Trabajo, el permiso a que se hace referencia en ese artículo, es aquel que procede cuando a la mujer trabajadora "(...) se le conceda la adopción de un niño...", y en el caso bajo análisis, tal requisito no se ha materializado, toda vez, que de acuerdo con los soportes que fueron remitidos a esta Dirección de Consultoría Jurídica, a la fecha, sólo se ha dictado una medida de protección de carácter administrativa, para que posterior a ella se dicte la colocación familiar, para luego concluir con el último trámite de carácter judicial que es la adopción del niño o niña.

En virtud de las consideraciones antes expresadas, es por lo que debe concluir este Órgano Asesor señalado, que el caso bajo análisis no es procedente conferir a la ciudadana (...), el permiso solicitado, ya que tal y como se precisó no se ha cumplido con el requisito fundamental para que este proceda que es la concesión de la adopción de la niña (...).

No obstante, salvo mejor criterio de esa Dirección, estima este Órgano Asesor que en atención al cuidado que efectivamente requiere la niña que bajo la medida de abrigo le fue entregada a la referida ciudadana, y tomando en consideración el interés superior que le asiste a la niña¹⁶⁸, lo recomendable en este caso, sería que se trámite ante la Máxima Autoridad del Organismo el permiso correspondiente, a los fines de que evalúe la pertinencia de otorgarlo o no de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 99 del Estatuto de Personal del Ministerio Público."

168 "Artículo 8. Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes.

El Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías." (Énfasis añadido).

5. DERECHO CONSTITUCIONAL

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 31/01/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección Constitucional y Contencioso Administrativo

3.- MATERIA: Amparo Constitucional

4.- TEMA: Acción de amparo constitucional

5.- EXTRACTO

Opinión de del Ministerio Público en relación con la Acción de Amparo Constitucional interpuesta por la Sociedad Mercantil Depositaria Judicial Venezuela, C.A. (Depoven) contra la sentencia de fecha 07 de Enero de 2009, dictada por el Juzgado Séptimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas (Expediente Nº 09-10296).

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº EXP. No.09-10296

6.2.- FECHA: Junio 2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

[...omissis...]

“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 03 de diciembre de 2008, el Tribunal Supremo de Justicia, mediante Resolución N° 2008-0059, acordó el traslado de los Juzgados de Primera instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de esta Circunscripción Judicial, con sede en edificio José María Vargas al edificio Norte del Centro Simón Bolívar, resolviendo que no darían despacho los mencionados juzgados, no obstante a ello, en fecha 07 de enero de 2009, el Juzgado Séptimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, declaró Parcialmente Con Lugar la objeción formulada por el Banco Mercantil, C.A., Banco Universal, a la cuenta presentada por el ciudadano Jorge Luis D'lima Lapenta, lesionando sus derechos y garantías constitucionales.

Sobre el particular, observa el Ministerio Público que la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia mediante Resolución N° 2008-0059 de fecha 3 de diciembre de 2008, en vista de que concluyó la obra para el funcionamiento de los Tribunales de Primera Instancia Civil en el Centro Simón Bolívar, resolvió:

Primero: El traslado de dichos juzgados al Centro Simón Bolívar.

Segundo: La publicación de dicha Resolución en Gaceta Oficial.

Tercero: La Dirección Ejecutiva de la Magistratura queda encargada de la ejecución de la Resolución.

Cuarto: La resolución tendrá vigencia a partir de su aprobación por Sala Plena.

Asimismo, en copia del Libro Diario llevado por el Juzgado presuntamente agravante se constató que no se dio despacho 08 de enero de 2009, en virtud de visita efectuada por la ciudadana Johana Guerrero, quien se identificó como funcionaria adscrita a la DEM Central.

Ahora bien, la Rectoría Civil de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante Resolución N° 001-2009 de fecha 12 de enero de 2009, resolvió que los Tribunales de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, no darían despacho en el período comprendido entre el día 12 de enero de 2009 y el día 23 de enero de 2009, ambas fechas inclusive, y sólo el Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, tribunal distribuidor para la fecha, recibiría acciones de amparo constitucional, en virtud, que la Sala Plena de Tribunal Supremo de Justicia, acordó mediante Resolución N° 2008-0059, de fecha 03 de diciembre de 2008, el traslado de los doce (12) Juzgados de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, con sede en el edificio José María Vargas al edificio Norte del Centro Simón Bolívar.

Asimismo, en fecha 23 de enero de 2009, la Rectoría Civil de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante Resolución N° 002-2009, resolvió que Tribunales de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, no darían despacho en el período comprendido entre el día 27 de enero de 2009 y el día 27 de febrero de 2009, ambas fechas inclusive, y sólo el Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, tribunal distribuidor para la fecha, recibiría acciones de amparo constitucional, en virtud, que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, Institución encargada de dar cumplimiento a la Resolución N° 2008-0059, emanada de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, que acordó en fecha 03 de diciembre de 2008, el traslado de los doce (12) Juzgados de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, con sede en el Edificio José María Vargas al Edificio Norte del Centro Simón Bolívar, solicitó a través de Oficio N° 14, la suspensión del

despacho durante los mencionados días, por cuanto se estaría realizando la implementación del sistema juris.

Igualmente, en fecha 02 de marzo de 2009, la Rectoría Civil de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante Resolución N° 003-2009, prorrogó el lapso de suspensión del despacho de los Tribunales de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, desde el día 02 de marzo de 2009 hasta el día viernes 13 de marzo de 2009, ambas fechas inclusive, por cuanto se estaría realizando la implementación del sistema juris.

Posteriormente, en fecha 16 de marzo de 2009, se iniciaron las labores de despacho en el Circuito Judicial de los Tribunales Civiles, Mercantiles, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Ahora bien, en el caso bajo examen, para quien suscribe, la Juez Séptima de Primera Instancia, en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, al dictar sentencia en fecha 07 de enero de 2009, lesionó las garantías constitucionales de la accionante a una tutela judicial efectiva, al debido proceso y a la seguridad jurídica, toda vez que durante ese lapso la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia ya había resuelto el traslado de los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de esta Circunscripción Judicial del edificio José María Vargas al edificio Norte del Centro Simón Bolívar, por lo que durante esos días el acceso a los pisos donde funcionaban dichos Juzgados se encontraba restringido, toda vez que los Despachos se encontraban en inventario, aunado al hecho de que las actividades judiciales durante el mes de diciembre se realizaron de manera intermitente en virtud del mal funcionamiento de los ascensores, la paralización del personal y finalmente el asueto por navidad y fin de año, el cual finalizó el 5 de enero de 2009, lo que evidentemente dificultaba la revisión de los expedientes durante ese período, por cuanto fueron pocos los días de despacho.

En ese sentido, tenemos que 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.” Cursivas del Ministerio Público.

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. Nº 5 fecha 24-01-01. Caso: Supermercado Fátima, S.R.L. Cursivas y Subrayado del Ministerio Público.

Asimismo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Decisión Nº 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 instaure*". Cursivas Nuestras.

Con respecto al derecho a la seguridad jurídica, es una función primordial del Estado, garantizar el bienestar social, la seguridad jurídica y la igualdad. La seguridad jurídica es uno de los elementos fundamentales del Estado de Derecho, los ciudadanos tienen que ser capaces de prever posibles injerencias de la parte del Estado que les puedan afectar y de comportarse de manera adecuada. Seguridad Jurídica significa para el ciudadano en primer lugar la protección de la confianza legítima.

De allí que, en criterio de quien suscribe la Juez Séptima de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, se extralimitó en sus funciones al dictar sentencia en fecha 07 de enero de 2009, en un clima de inseguridad jurídica para los justiciables, toda vez que el acceso al edificio José María Vargas se encontraba restringido en virtud del traslado de los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de esta Circunscripción Judicial al Centro Simón Bolívar, de acuerdo a Resolución Nº 2008-0059, emanada de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, lesionando con su actuación sus derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, a la defensa, a la seguridad jurídica, al

no permitir que la accionante conociera oportunamente de la decisión judicial de fecha 07 de enero de 2009, para ejercer el recurso ordinario pertinente, pues no pudo tener acceso al expediente hasta el día 16 de marzo de 2009, cuando se inició el despacho en el Circuito Judicial de los Tribunales Civiles, Mercantiles, Tránsito y Bancario de esta Circunscripción Judicial.

Por otra parte, se observa que la sociedad mercantil accionante también denuncia que la presunta agravante vulneró sus derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y a la defensa al proceder a dictar sentencia sin esperar los resultados de las pruebas de informes, las cuales llegaron al Tribunal el día 8 de enero de 2009, es decir, un día después de dictada la sentencia.

Sobre el particular, estima esta Representación Fiscal que las pruebas de Informes a la que hace referencia el apoderado judicial de la accionante constituyen pruebas esenciales al proceso, por lo que con su actuación el Juzgado presuntamente agravante vulneró los derechos denunciados por la accionante al impedirle con su actuación la oportunidad de que se oyeran y analizaran oportunamente sus alegatos y pruebas.

Observa esta representante del Ministerio Público al analizar la posible violación del derecho al debido proceso, que resulta importante destacar que la infracción del derecho a la defensa o al debido proceso, por actuación u omisión judicial no se produce con toda infracción de reglas procesales, solo cuando la infracción impida a una parte ejercer su defensa, enervándole las oportunidades para alegar y probar, cercenándole la contradicción y el control de las pruebas de su contraparte, o impidiéndole conocer lo que se imputa o se pretende de él, o negándole el uso de los medios que la Ley adjetiva establece en desarrollo de la garantía jurisdiccional, cuando ocurra la infracción constitucional materia de la acción de amparo; quien accione en amparo, contra una decisión judicial deberá alegar cómo y de que manera la infracción procesal denunciada le impide o menoscaba el ejercicio de sus derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso o a la tutela judicial efectiva, indicando, en principio expresamente, la actividad procesal concreta a la que tenía o tendría derechos constitucionales, que le ha sido impedida por la violación procesal o de que manera la infracción cometida por el Juez le menoscaba el ejercicio de algún otro derecho constitucional.

Finalmente, a juicio de quien suscribe, la Sociedad Mercantil Depositaria Judicial Venezuela, C.A. no contó dentro del juicio con las garantías procesales suficientes que le permitieran probar sus dichos, así como ejercer los recursos que la ley le otorga, toda vez que la sentencia cuestionada fue dictada el día 7 de enero de 2009, es decir, un día antes de que se recibieran los Informes solicitados, los cuales constituían pruebas fundamentales dentro del proceso, sin obviar el hecho que en virtud de la mudanza de los Tribunales de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito dichos Juzgados se encontraban en su mayoría sin dar despacho ese día dada la realización de inventarios para el correspondiente traslado, lo que dificultaba el acceso al Edificio José María Vargas, al menos para los pisos donde se ubicaban los Juzgados de Primera Instancia, y aunado a las dificultades, bien conocidas dentro del gremio de abogados, que se vivieron en el Circuito Judicial de los Tribunales de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de esta Circunscripción Judicial, una vez reanudado el despacho, el 16 de marzo de 2009, así como los días subsiguientes para la revisión de los expedientes.

Si bien es cierto que es deber de un abogado actuar con diligencia en las causas que tramita, no se puede pretender una actuación estoica para la revisión de un expediente, así como para la interposición de los recursos correspondientes, un ejercicio del Derecho en esos términos, en criterio del Ministerio Público, evidentemente contradice las garantías constitucionales a una tutela judicial efectiva y a un debido proceso.

En consecuencia, se estima que el planteamiento realizado por el ciudadano Jorge Luis D'lima Lapenta, en su carácter de Presidente de la Sociedad Mercantil Depositaria Judicial Venezuela, C.A. (Depoven), 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.”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 31/01/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección Constitucional y Contencioso Administrativo

3.- MATERIA: Amparo Constitucional

4.- TEMA: Acción de Amparo Constitucional conjuntamente con Medida Cautelar Innominada.

5.- EXTRACTO

Opinión del Ministerio Público en relación con la «acción» autónoma de Amparo Constitucional incoada conjuntamente con solicitud de Medida Cautelar Innominada en fecha 15 de octubre de 2009 por la ciudadana Zoraida Del Valle Gonzalez Paredes, asistida por el abogado Javier Martin Boscan Camacho, en su condición de Procurador Especial de Trabajadores, contra el Concejo del municipio Barinas del estado Barinas, en virtud del supuesto «despido injustificado» del cual fue objeto al momento en que se desempeñaba en el cargo de «Asesora» del referido cuerpo edilicio.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° EXP. No.7793-09

6.2.- FECHA: Feb. 2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

[...*omissis*...]

“En el presente caso, ha sido incoada pretensión autónoma de amparo constitucional conjuntamente con solicitud de medida cautelar innominada por la ciudadana Zoraida Del Valle González Paredes, asistida de abogado, contra el Concejo del municipio Barinas del estado Barinas, en virtud del supuesto «despido injustificado» del cual fue objeto justo cuando desempeñaba el cargo de «Asesora» del referido cuerpo edilicio, en estado de gravidez, por lo cual denuncia la presunta violación del contenido de los artículos 131, 75, 76, 87, 89, 91 y 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referidos al deber de acatar los actos del Poder Público; al derecho a la protección de la familia; derecho a la protección integral de la maternidad; derecho al trabajo; derecho a la protección oficial del mismo; derecho al salario; y derecho a la estabilidad laboral, correspondientemente.

Así las cosas, antes de emitir cualquier consideración sobre el caso sub examine, constata esta representación Fiscal, tal como lo advirtió la quejosa en el debate oral, que ante la falta de comparecencia de la parte presuntamente agravante a la audiencia constitucional, efectivamente se impone observar la consecuencia jurídica prevista en el artículo 23 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esto es, que se tengan como ciertos los hechos narrados por la actora, sin que ello implique fatalmente la aceptación tácita de las violaciones constitucionales alegadas, por lo que así pedimos sea decidido por este Juzgado.

En este marco, pasa el Ministerio Público a analizar de inmediato el fondo del asunto planteado, y al respecto observa:

Denuncia la accionante que el «despido» del cargo de «Asesora» del Concejo del municipio Barinas del estado Barinas se efectuó sin justa causa y sin que se diera cumplimiento a un procedimiento de calificación de falta ante ningún órgano administrativo o judicial competente, visto que se encontraba amparada de inamovilidad laboral por fuero maternal, en cuyo caso afirma que el mencionado «despido» resulta ilegal.

Delimitado el tema central de la presente controversia, este Ministerio Fiscal aprecia que la pretensión deducida en el caso de autos se fundamenta -entre otros- en la infracción del derecho consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuya protección se materializa a través de la llamada inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada y de su derecho a disfrutar del descanso pre y post natal, el cual si bien no aparece expresamente recogido en la Carta Magna, es inherente a la persona humana (esto es, a la dignidad de la mujer, a su seguridad, salud física y mental) y, como tal, se concibe como un derecho fundamental perfectamente tutelable por el amparo conforme a lo previsto en los artículos 22¹⁶⁹ y 27¹⁷⁰ de la propia Constitución.

De allí que en atención a la trascendencia o entidad de la denuncia formulada, no obstante el resto de las violaciones constitucionales alegadas, está plenamente consciente esta representación Fiscal del alto contenido social y axiológico, y la elevada responsabilidad compartida que pesa sobre el Estado y la sociedad en materia de protección a la maternidad y la familia, lo cual involucra evidentemente al orden público, considerando que las disposiciones protectoras contenidas en los artículos 75 y 76 constitucionales tienen como destinatarias directas no sólo a la mujer encinta, en tanto madre perteneciente a un grupo o segmento de la población sujeto a un proceso biológico natural que entraña un riesgo específico, sino también a su vástago o neonato, quien tiene derecho a vivir, a criarse y a desarrollarse felizmente dentro del seno de su familia de origen.

Por ello el Constituyente Patrio no sólo salvaguardó el alumbramiento, sino todo el período pre y post-natal (puerperio), el tiempo de amamantamiento, que pudiera o no coincidir con el año posterior al parto y durante el cual rige la inamovilidad de la mujer trabajadora en estado de gravidez.

En este orden de ideas y aun cuando se trata en principio de una materia ajena al presente amparo, resulta impermisible remitirse a mayor abundamiento a lo dispuesto por el legislador en el artículo 29¹⁷¹ de la Ley del Estatuto de la Función Pública, el cual es del siguiente tenor:

“Artículo 29. Las funcionarias públicas [en sentido lato] en estado de gravidez gozarán de la protección integral a la maternidad en los términos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela **y en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento**. No obstante, las controversias a las cuales pudiera dar lugar la presente disposición serán sustanciadas y decididas por los tribunales con competencia en lo contencioso administrativo funcional”. (Destacado y corchetes del Ministerio Público).

Luego, ello nos conecta con lo establecido en los artículos 384 y 385 de la Ley Orgánica del Trabajo, cuyos textos se reproducen del modo que sigue:

“Artículo 384. La mujer trabajadora en estado de gravidez gozará de inamovilidad durante el embarazo y hasta un (1) año después del parto. (...)”.

“Artículo 385. **La trabajadora en estado de gravidez tendrá derecho a un descanso durante seis (6) semanas antes del parto y doce (12) semanas después**, o por un tiempo mayor a causa de una enfermedad que según dictamen médico sea consecuencia del embarazo o del parto y que la incapacite para el trabajo. (...)”. (Destacado del Ministerio Público).

Ahora bien, congruente con el contenido de las normas transcritas y aun cuando en el presente caso no cursa en autos acto formal de nombramiento que atribuya de un modo fehaciente la condición de

¹⁶⁹ Artículo 22. “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

¹⁷⁰ Artículo 27. “Todos tienen derecho a ser amparados por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, **aún de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución** o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. (...)”. (Destacado del Ministerio Público).

¹⁷¹ El cual, dicho sea de paso, se encuentra enmarcado dentro del Capítulo II, intitulado “De los Derechos de los Funcionarios o Funcionarias Públicos”, en general, por lo que en modo alguno se trata de un derecho exclusivo de las funcionarias públicas de carrera, quienes gozan de suyo de una estabilidad absoluta permanente o propiamente tal, por oposición a las funcionarias públicas de libre nombramiento y remoción, en estado de gravidez, quienes también gozan de una estabilidad absoluta, pero de tipo temporal, derivada del fuero maternal, como en efecto sucede en el caso bajo estudio.

funcionaria pública a la hoy accionante en amparo, es lo cierto que atendiendo a la denominación del cargo (Asesor) y al contenido del acta de conciliación suscrita entre la ciudadana (quejosa) Zoraida Del Valle González Paredes y el Consultor Jurídico del Concejo Municipal accionado, abogado Ricardo Da' Silva, conjuntamente con el Jefe de la Sala Laboral de la Inspectoría del Trabajo en el Estado Barinas (folio 17 del expediente), emerge la convicción de dicha circunstancia fáctica luego de que la Administración empleadora reconociera en ese acto haber efectuado el nombramiento de la hoy accionante en fecha 9 de enero de 2009 para ocupar el cargo de Asesora adscrita a la Presidencia del Concejo Municipal; en cuyo caso debe tenerse simplemente como cierto su status de funcionaria pública municipal habida cuenta de la aceptación tácita de los hechos incriminados por parte de la accionada, según quedó anotado supra.

De otra parte, se observa también que corre inserto al folio 16 del presente expediente, en original y constante de un (1) folio útil, acta de nacimiento de un niño, quien es hijo de la ciudadana Zoraida Del Valle González Paredes (hoy accionante), cuyo alumbramiento ocurrió en fecha 14 de septiembre de 2009, a las seis y diez minutos de la tarde (6:10 p.m.); de lo que se infiere que la referida ciudadana se encontraba investida de inamovilidad laboral por fuero maternal para el momento en que fue objeto de la separación de hecho, independientemente de su condición de funcionaria pública de libre nombramiento y remoción, pues para el instante en que ejerció la «acción» de amparo constitucional (15 de octubre de 2009) continuaba estando amparada por la inamovilidad laboral postnatal de un (1) año a partir del parto y sin perjuicio del disfrute de los permisos por razones de maternidad, lapso éste que a la fecha de consignación del presente informe, aún no se ha consumado por completo.

Lo anterior encuentra respaldo en el criterio pacífico y reiterado de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentado con ocasión a un caso bastante similar al de autos. En concreto, la referida Sala apuntó, con carácter vinculante, lo que se trasunta de inmediato:

(...omissis...)

"Al respecto, ha sido criterio de esta Sala que para **toda remoción a cualquier cargo o puesto de trabajo, se debe esperar que culmine el estado de gravidez o embarazo y se hayan extinguido los correspondientes permisos pre y post-natal**. En otras palabras, la desvinculación del servicio debe posponerse por el lapso que falte del embarazo y una vez verificado el agotamiento de los permisos que la legislación especial prevé (vid sentencia No.64/2002).

Siendo ello así, esta Sala considera que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, **debió aperturar un procedimiento administrativo si había causa justificada de despido, o de ser el caso dejar transcurrir el período de un (1) año establecido en la Ley Orgánica del Trabajo, para luego ponerle fin a la relación laboral, y siendo que en el caso de autos, se removió del cargo como "Secretaria del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira"**, a la accionante, sin haber expirado el tiempo citado, se le lesionaron sus derechos constitucionales señalados como infringidos, ya que tal proceder contraviene la protección a la maternidad, establecida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en lo dispuesto en el artículo 384 de la Ley Orgánica del Trabajo".¹⁷² (Subrayado y destacado del Ministerio Público).

Ahora bien, de una lectura del fallo transcrito emerge incontrovertiblemente, que lo allí decidido, aplica íntegramente al caso bajo examen en el entendido de que la Administración agravante debió instruir previamente un expediente administrativo disciplinario a fin de calificar la presunta falta imputada en sede administrativa, si este era el caso, como garantía derivada de la estabilidad absoluta temporal de toda funcionaria pública en estado de gravidez; o, a falta de ello, haber esperado que transcurriera in totum el lapso de un (1) año ininterrumpido de inamovilidad laboral, además de la extinción de los permisos pre y post natal para luego proceder a la culminación de la relación de empleo público, lo que en modo alguno se respetó en el supuesto de marras, pues por el contrario se vaciaron de contenido los derechos fundamentales previstos en los artículos 75, 76, 87 y 91 de la Constitución de la República

¹⁷² Vid. s. S.C. N° 742 del 5-04-2006, caso: Wendy Coromoto García Guevara; ratificada, más recientemente, por la misma Sala mediante su fallo N° 789 del 12-06-2009, caso: Wendy Coromoto García Guevara; ambas disponibles en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>.

Bolivariana de Venezuela, de suerte tal que ello es suficiente para que en definitiva prospere la pretensión de amparo propuesta y así pedimos finalmente declarado por este Juzgado Superior, con la consiguiente reincorporación al cargo y el respectivo pago de los salarios dejados de percibir.

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 Con Lugar, y así formalmente solicita sea proferido por este Juzgado Superior.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”**1.- FECHA DE ELABORACIÓN:** 25/02/2011**2.- DIRECCIÓN REMITENTE:** Fiscalía Quinta del Ministerio Público en Salas de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia**3.- MATERIA:** Derecho Constitucional**4.- TEMA:** Carácter de la Notificación a la Procuraduría General de la República en los procesos donde la República tenga interés.**5.- EXTRACTO**

“Dentro de aquellos procedimientos jurisdiccionales, en donde se vea directa o indirectamente afectada la República en sus intereses, bien en positivo o en negativo, ésta debe ser informada del desarrollo de esos procesos, pues se encuentran en juego bienes e intereses patrimoniales del Estado, y de los cuales todos los administrados nos vemos directamente afectados, pues son situaciones que atañen al patrimonio público.”

6.- CONTENIDO**6.1.- COMUNICACIÓN Nº** DGAJ-2006-85191 Comitente: Dirección General de Apoyo Jurídico**6.2.- FECHA:** 28/12/2006**6.3.- TRANSCRIPCIÓN**

“...Éste tipo de situaciones se presenta cuando tenemos demandas judiciales en contra de empresas en cuyo capital accionado se encuentre involucrada la República. En este orden de ideas, la República debe ser enterada de todos aquellos procesos, por el conducto regular institucional competente para ello, es decir, del denominado “Abogado del Estado” o la Procuraduría General de la República, ente perteneciente al Poder Ejecutivo y quien funge como un Órgano de defensa de las situaciones jurídicas en las que se vea afectada la República, desde el punto de vista patrimonial y todo aquello en el que se vea involucrada la Nación Venezolana. El fundamento de esta situación, encuentra asidero en la facultad garantista de los dineros y bienes públicos pertenecientes a la República Bolivariana de Venezuela, tal y como ha sido consagrado en la exposición de motivos de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República...”

“...la Procuraduría General de la República, cumple una función vigilante de los derechos, bienes e intereses del patrimonio atribuido a la República, con lo cual todos los organismos público (inclusive judiciales) deben dar cuenta de ello a éste Órgano Ejecutivo del Estado Venezolano, con la finalidad que esté enterado de su afectación y de considerarse perdidoso en dicha situación, poder ejercer todos los controles constitucionales y legales que atribuye o confiere el Ordenamiento Jurídico Venezolano, ello en preserva de su derecho a la defensa en el que ostenta la posibilidad de alegar, probar y recurrir de aquellas decisiones en las que se considere agraviado o en desacuerdo...”

“...todos los funcionarios que tengan a cargo la facultad de dictar providencias, sentencias o cualquier tipo de acto que afecte los derechos, bienes e intereses de la República, están obligados a notificar de sus actos a la Procuraduría General de la República, habida cuenta de su función garantista de éstos derechos e intereses, pues, se reitera forman parte del patrimonio público de la Nación y ello debe ser hecho del conocimiento de ese Órgano, a los fines procesales correspondientes. Y la propia legislación trae consigo un remedio procesal cuando se verifica la falta de este requisito esencia, como lo es la

reposición al estado en que sea observada la falta de notificación, en el estado procesal en que se encuentre...”

“...constituye una prerrogativa para el Estado, el hecho que sea notificado de todos los actos en donde se vean afectados los derechos e intereses de la Nación para las demandas judiciales que son interpuestas en contra de éste, con la finalidad de tener conocimiento de dichos procesos y de este modo, tener la posibilidad de ejercer los controles procesales correspondientes...”

“...resulta una necesidad capital la notificación de la Procuraduría General de la República de los procesos judiciales en los que se encuentren afectados bienes pertenecientes al Estado, pues dicha notificación tiene como primordial sentido, que éste se entere de la existencia oportuna de un proceso judicial, en la que pudieran verse afectado de manera directa o indirecta intereses patrimoniales de la República, para así poder ponderar la posibilidad de ejercer en contra de la resolución judicial, los recursos que las leyes establecen, en caso de disentir del fallo...”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 28-02-2011

2.- FISCALÍA REMITENTE: Fiscalía Segunda ante el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena y ante las Salas Constitucional, Político Administrativa y Electoral

3.- MATERIA: Constitucional

4.- TEMA: Intereses Colectivos

5.- EXTRACTO

“...el Ministerio Público solicita a esa honorable Sala Constitucional que mediante experticia practicada a través de expertos designados por la Sala Constitucional se determine que porcentaje de las empresas constructoras entregan a los sindicatos para cumplir con los beneficios económicos que se establecen en la contratación colectiva de los trabajadores de este sector, se destinan efectivamente a tales beneficios económicos de los trabajadores y los que por el contrario, se les descuentan a estos por concepto de afiliación al sindicato, etc. (...) Por ello el Ministerio Público solicita a esa Sala Constitucional que oficie a Indepabis para que consigne en autos todas las actuaciones que ha realizado ese organismo con ocasión de las denuncias que ante él se han realizado y que constan en autos. (...) Finalmente, el Ministerio Público no comparte, por incierta, la afirmación realizada en la audiencia oral celebrada en fecha 05 de noviembre de 2009, ante esa Sala Constitucional, por el representante de la Cámara Venezolana de la Construcción en el sentido de que las afirmaciones realizadas en la demanda interpuesta son genéricas y no se atribuyen a personas específicas, al igual que considera que respecto a su alegato formulado en esa misma audiencia oral en relación a que en todos los ámbitos del país esta previsto el ajuste por inflación, el mismo no debe ser evaluado genéricamente sino referido al sector de las viviendas, particularmente sensible a los consumidores y al cual se refiere el caso de autos...”

6.- CONTENIDO

6.1.- OPINIÓN Nº FSATSJ-48-2009 EXP. Nº 2008-1245

6.2.- FECHA: 12/11/2009

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

I

“De la cualidad del Ministerio Público en el presente caso

Ante todo el Ministerio Público debe aclarar que su participación en el presente proceso no es en calidad de coadyuvante, ni de la demandante ni de los demandados, sino que su intervención se hace como parte de buena fe, como garante de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

ii

Del orden público involucrado en el presente caso

El presente caso involucra el orden público constitucional el cual se presenta como el orden que requiere la colectividad, el pueblo, la mayoría para poder vivir en paz social, y no como el orden que pueden alegar sectores minoritarios para el logro de sus fines, pues ello desnaturalizaría su condición

de "público" y se correspondería más bien con un orden privado, contrarío a la esencia que inspiran las demandas por intereses colectivos y difusos.

II.I

Del alegato del representante sindical de los trabajadores de las empresas demandadas en cuanto a la multiplicidad de los intereses colectivos presentes en este caso

El representante sindical de los trabajadores de las empresas demandadas alegó en la audiencia oral, pública y preliminar que se celebró el 05 de noviembre de 2009, ante la sala Constitucional, que en el presente caso hay varios intereses colectivos.

Lo anterior, no resulta cierto a juicio del Ministerio Público en virtud de que el interés colectivo es uno sólo, el de la mayoría, no siendo incluso tal el de los trabajadores a los que representan los gremios sindicales, por cuanto tal y como consta en autos de la Convención Colectiva de la Industria de la Construcción 2007-2009, consignada en el expediente, los trabajadores del sector de la construcción conforme a la cláusula 29 de dicha Convención, tienen preferencia en la adjudicación de viviendas por parte de las empresas constructoras y tienen otras pre-ventas, beneficios, que por contrato colectivo les deben otorgar tales empresas; beneficios de los que no dispone el sector mayoritario, los consumidores, el colectivo, que espera a obtener una vivienda.

III

De lo que se encuentra probado en autos a juicio del ministerio público, hasta el presente

Ciudadanos Magistrados, haciendo uso de lo que compete realizar en esta audiencia preliminar, conforme a la jurisprudencia de esa Sala Constitucional, y por tanto, sin que ello constituya un adelanto de opinión por parte de esta Representante del Ministerio Público, hasta el presente, se encuentra probado de los autos:

- 1.- El abuso de la posición de dominio y el monopolio de las demandantes: siendo siempre el mismo grupo de empresas constructoras las que ofertan sus planes de adquisición de viviendas y constando en autos que ese abuso, se materializa a su vez, en ofertas engañosas: por cuanto las contrataciones no señalan fecha cierta de culminación de la obra o de la protocolización del documento, y porque a veces la vivienda ofertada no se corresponde con la efectivamente entregada.
- 2.- La usura: ya que los contratos que cursan en autos evidencian lo que la jurisprudencia de esa Sala Constitucional ha definido como inconformidad contractual, ventaja desproporcionada a la contraprestación que se realiza, por parte de la contratante (empresa constructora) y respecto al contratado (consumidor).
- 3.- El enriquecimiento ilícito por parte de las empresas constructoras ya que según la Resolución N° 98 de noviembre de 2008, que consta en autos el cobro del índice de precios al consumidor era legal hasta la fecha de la culminación de la obra o la protocolización del documento y el fraude a la ley se evidenciaba en que tales fechas no se establecen en los contratos que cursan en autos, sino que más bien se refieren a "fechas indefinidas".

Además en la mayoría de los casos tampoco consta en autos el reintegro a que están obligadas las empresas constructoras por el cobro ilegal del índice de precios al consumidor conforme a la Resolución N° 110 que cursa en autos.

IV

De lo que no se encuentra probado en autos a juicio del Ministerio Público hasta el presente y de las pruebas que solicita el ministerio público

No se encuentra probado en autos hasta el presente:

- 1.- El alegato de los Sindicatos de los Trabajadores de la Construcción de que el setenta por ciento (70%) de los trabajadores de la construcción están afiliados a los sindicatos que se acreditan en autos, en razón de lo cual el Ministerio Público solicita respetuosamente a esa honorable Sala Constitucional, que se oficie al Ministerio del Ramo (del Poder Popular para el Trabajo) a los fines de constatar la veracidad o no de tal afirmación, para evidenciar el grupo (cuantificable) de trabajadores del sector de la construcción afiliados a sindicatos en contraposición a los no afiliados.
- 2.- Que los trabajadores de la industria de la construcción sufrirían pérdidas en los beneficios que han obtenido por contrato colectivo, de anularse el cobro del índice de precios al consumidor para la adquisición de viviendas: lo cual el Ministerio Público solicita que esa honorable Sala constate como verdadero o no, a través de la prueba de experticia realizada por expertos designados por esa Sala. Como corolario de lo anterior el Ministerio Público solicita a esa honorable Sala Constitucional que mediante experticia practicada a través de expertos designados por la Sala Constitucional se

determine que porcentaje del que las empresas constructoras entregan a los sindicatos para cumplir con los beneficios económicos que se establecen en la contratación colectiva de los trabajadores de este sector, se destinan efectivamente a tales beneficios económicos de los trabajadores y los que por el contrario, se les descuentan a estos por concepto de afiliación al sindicato, etc.

3.- Que como lo alegó el Indepabis (pero no consta en autos), ese Instituto a hecho todo lo que este a su alcance respecto al caso de autos, pues a diferencia de lo alegado por su representante en la audiencia oral celebrada en fecha 05 de noviembre de 2009, en autos no constan decisiones administrativas que resuelvan las denuncias de los demandantes en el caso de autos, ni tampoco consta en autos que Indepabis haya ejercido su potestad sancionatoria administrativa prevista en el numeral 2. del artículo 110 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, conforme al cual ese organismo debe imponer sanciones ante la violación de esa Ley, lo cual acontece si se viola el artículo 87 ejusdem conforme al cual son nulas las cláusulas injustas o exageradamente gravosas para los consumidores, y las cuales están presentes en los contratos que constan en autos, cuando entre otras no establecen el plazo de entrega de la vivienda, lo cual aumenta el cobro de intereses al consumidor y lo deja en manos del demandado y aumenta el cobro del índice de precios al consumidor incluso cuando estaba legalmente permitido.

Además, resulta grave a juicio del Ministerio Público la afirmación realizada por la representante de Indepabis en la audiencia oral celebrada ante esa Sala Constitucional en fecha 05 de noviembre de 2009, en el sentido de que ese organismo: tampoco puede limitar la libertad de contratación de las partes, pues consta en autos que tal libertad resulta una falacia respecto a los consumidores, los cuales no son libres en puridad de criterios cuando contratan la adquisición de una vivienda, pues los constriñen sus necesidades derivadas de ser un sector popular de trabajadores, de personas que no poseen el dominio de bienes de producción, que depositan en virtud de tal contratación, los ahorros de toda su vida que se endeudan, y de allí que no sea casual que conste en autos que las viviendas se encuentran ubicadas en sectores populares.

Por ello el Ministerio Público solicita a esa Sala Constitucional que oficie a Indepabis para que consigne en autos todas las actuaciones que ha realizado ese organismo con ocasión de las denuncias que ante él se han realizado y que constan en autos.

4.- Que las empresas constructoras podrían llegar a la quiebra si se anula el índice de precios al consumidor: En razón de lo cual el Ministerio Público solicita que la Sala Constitucional, a través de la prueba de experticia practicada a través de expertos por ella designada, se constate la veracidad o no de tal premisa.

5.- Que los sindicatos acreditados en autos tienen alguna vinculación con la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV), para lo cual el Ministerio Público solicita a esa Sala Constitucional la prueba testimonial que permita a través de testigos calificados con experiencia en materia sindical y laboral, traídos a juicio por la Sala Constitucional, constatar si los sindicatos acreditados en autos tienen o no alguna vinculación con la referida CTV.

Finalmente, el Ministerio Público no comparte, por incierta, la afirmación realizada en la audiencia oral celebrada en fecha 05 de noviembre de 2009, ante esa Sala Constitucional, por el representante de la Cámara Venezolana de la Construcción en el sentido de que las afirmaciones realizadas en la demanda interpuesta son genéricas y no se atribuyen a personas específicas, al igual que considera que respecto a su alegato formulado en esa misma audiencia oral en relación a que en todos los ámbitos del país esta previsto el ajuste por inflación, el mismo no debe ser evaluado genéricamente sino referido al sector de las viviendas, particularmente sensible a los consumidores y al cual se refiere el caso de autos.”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 03/03/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Fiscalía Primera del Ministerio Público en Salas de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

3.- MATERIA: Protección de Niños, Niñas y Adolescentes

4.- TEMA: Interés Superior del Niño.

5.- EXTRACTO

“En el caso de la Acción de Amparo Constitucional intentada por la ciudadana Mercedes del Carmen Negron, (Exp. 2008-0855. Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia), se plantea el caso que el Tribunal de Protección del Niño, Niña y Adolescente del estado Lara, admitió la solicitud de Tutela interpuesta por el ciudadano Germán Ananías Hernández, quien fue designado tutor interino del adolescente y de los niños, cuyas identidades se omiten de conformidad con el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, razón por la cual el 14 de agosto de 2007, ordenó a la ciudadana Mercedes del Carmen Negron, la entrega de la niña a su tutor interino, para posteriormente el 17 de septiembre de 2007, revocar la orden impartida acordando que la niña debía permanecer en el hogar de la referida ciudadana, de cuya decisión apeló el tutor interino designado y el 28 de febrero de 2008, el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y Menores de la Circunscripción Judicial del estado Lara, declaró con lugar el recurso de apelación y revocó la decisión impugnada, bajo el argumento de que la decisión de la primera instancia infringe el artículo 310 del Código Civil, al considerar que no es posible quitarle al tutor interino su función de guarda sin antes haberle revocado tal condición, decisión esta impugnada porque según la accionada fue violatoria del Interés Superior del Niño, previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niñas y Adolescentes y del Derecho a la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, consagrado en el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El Ministerio Público opinó que la decisión accionada, acertada hasta cierto punto pese a su escasa motivación, resolvió con apego a dicha norma pero con marcado descontexto con la normativa contemplada en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, ya que llega a tal conclusión sin mencionar la situación que sufría la adolescente, puesto que en la resolución de este tipo de conflictos además de evaluarse lo invocado por las partes se deben analizar los efectos y el provecho que esa decisión le brindará a los niños, niñas y adolescentes, ya que debe hacerse una interpretación que resguarde la integridad de la familia, la integridad moral, psíquica y estructural de los niños y adolescentes dado el impacto y consecuencias que le ocasionen. Estimó además el Ministerio Público que al ser silenciada por completo la situación que sufría la adolescente conculcó sus intereses, provechos y beneficios porque la accionada se limitó a estudiar la institución de la Tutela sin hacer mérito si la aplicación de ésta le era favorable, por tanto debió la Alzada hacer una valoración del asunto con fundamento en el Interés Superior del Niño, para obtener una decisión que resguardara la legalidad presuntamente subvertida en consonancia con los derechos atribuidos a los niños, niñas y adolescentes, ya que en este caso existen una serie de circunstancias que no fueron tomadas en consideración por el Juzgado Superior cuando dictó su decisión, lo cual era de obligatorio cumplimiento en Interés Superior del Niño a los fines de tomar una decisión justa y adecuada a la realidad, en aplicación no solo al interés superior alegado sino también al Principio de la Primacía de la Realidad, dispuesto en el literal “j” del artículo 450 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, actuación ésta por parte del Juzgador de la Segunda Instancia que vulneró el

derecho constitucional previsto en el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° Escrito S/N.

6.2.- FECHA: 20/05/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

"Quien suscribe, Nestor Luis Castellano Molero, actuando en este acto en mi carácter de Fiscal Primero del Ministerio Público ante las Salas de Casación y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, conforme a lo dispuesto en los artículos 285 numerales 1 y 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 15 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en concordancia con los artículos 31 numerales 1 y 2, 35 numerales 3 y 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en virtud de notificación N° 09-0039, de fecha 24 de marzo de 2009, efectuada por esa Sala a la Fiscal General de la República, quien a su vez comisionó a este Representante del Ministerio Público, mediante comunicación N° DGAJ-6-669-119-2009-15754, de fecha 3 de abril de 2009, a los fines de intervenir en la acción de amparo intentada por la ciudadana Mercedes Del Carmen Negrón, en fecha 2 de julio de 2008, asistida del abog. Lenin José Colmenarez Leal, en contra de la decisión de fecha 28 de febrero de 2008, dictada por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y Menores de la Circunscripción Judicial del estado Lara, que declaró CON LUGAR la apelación ejercida por la apoderada del ciudadano German Ananías Hernández (tutor interino), y acordó la entrega de la niña Haydee Solangel Lobo Hernández, actualmente adolescente (omitida su identidad en audiencia), al mencionado tutor, y revocó el auto dictado por la Sala N° 3 del Juzgado de Protección del Niño y del Adolescente de esa jurisdicción, en fecha 17 de septiembre de 2007, que había ordenado la permanencia de la niña, con la ciudadana Mercedes del Carmen Negrón. En aras de ello, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes vigentes en el ordenamiento jurídico venezolano, ante ustedes respetuosamente ocurro y expongo:

I

ANTECEDENTES

En fecha 25 de junio de 2007, el ciudadano Germán Ananías Hernández mediante escrito solicitó al Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Lara el inicio de un procedimiento de tutela en beneficio de los 3 hijos menores de edad, de quienes en vida respondieran al nombre de Jacqueline del Carmen Hernández y Jesús Alfonso Lobo, a saber: un adolescente y dos niños. En dicha solicitud requirió se le designe como Tutor Interino y luego como Tutor Definitivo, e igualmente propuso a un grupo de personas a fin de desempeñar el cargo de protutor y miembros del consejo de tutela.

En esa misma fecha, el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Lara, admitió la solicitud, y en consecuencia acordó:

1. "...Abrir consejo de tutela permanente, de conformidad con lo previsto en el artículo 324 del Código Civil, para lo que se requiere que al (sic) solicitante consigne nombre de cuatro personas familiares o amigos que puedan integrar el mismo, quienes deberán a su vez emitir opinión acerca de las personas a ser designadas Tutor, Protutor y Suplentes..."

2. "...Designar tutor interino del prenombrado adolescente y los niños al ciudadano German Ananías Hernández, (...), en su condición de tío materno del adolescente y niños, a quien se le notificará de su designación para que manifieste su aceptación o excusa a tal designación y, en primer caso, preste el juramento de Ley..."

3. "...Oír la opinión de los beneficiarios de autos, de conformidad con el artículo 80 de la Ley Orgánica Para la Protección del Niño y del Adolescente..."

4. "...Se le requiere al solicitante consigne copia certificada del acta de defunción del *de cujus* Jesus Alfonso Lobo, debidamente expedida por la autoridad Civil correspondiente; así como la declaración de Únicos Universales Herederos..."

5. "...Notificar a la Fiscal del Ministerio Público..."

En fecha 27 de junio de 2007, el adolescente y el niño, manifestaron querer permanecer con su tío German Ananías Hernández (tío materno) y el resto de la familia materna. En esa misma fecha el precitado ciudadano declaró estar conforme y en consecuencia, aceptó el cargo de tutor interino.

El 29 de junio de 2007, la Fiscal Décima Cuarta del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Lara, quedó notificada de la iniciación del procedimiento de tutela.

El 9 de julio de 2007, la niña de 11 años de edad, se presentó ante el Juez de Juicio Tercero de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, con el fin de emitir su opinión en cuanto a la solicitud de tutela realizada, al respecto, la niña manifestó: "...vivo con mi madrastra Mercedes, su mama (sic) y su hija en la Urbanización El Paraíso, Cabudare. Yo antes vivía (sic) con mi mama (sic) y mi padrastro y a veces mi papa (sic) me iba a buscar y yo pasaba una semana con el y mi madrastra y luego volvía (sic) a la casa de mi mama (sic). Después que mi mama (sic) murió me fui a vivir con mi papa (sic) y mi madrastra pero mi papa (sic) también murió y actualmente vivo con mi madrastra mercedes (sic). Yo me siento bien viviendo con ella, por que (sic) se encarga de todas mis necesidades. Yo quiero seguir viviendo con ella por que (sic) me trata bien. Los bienes que dejó mi mama (sic) es una casa en la Urbanización Copacoa y mi papa (sic) dejó un Colegio que se llama Repúblicas Bolivarianas"

En esa misma fecha, se presentó ante el Tribunal de la causa la ciudadana Mercedes del Carmen Negrón, para informar al órgano jurisdiccional, con ocasión del proceso de tutela seguido, que había mantenido una relación concubinaría con quien en vida respondiera al nombre de Jesús Alfonso Lobo durante seis años, tiempo durante el cual mantuvo frecuente contacto con los tres niños, no obstante al morir el padre, la familia materna procedió a llevárselos inmediatamente, y transcurridos cuatro días de dicho traslado, la niña regresó al cuidado de la referida ciudadana y por voluntad propia.

Aunado a lo anterior, señaló la ciudadana Mercedes del Carmen Negrón al mencionado Tribunal de Protección, que su objetivo principal era el bienestar socio-emocional y la estabilidad económica de los niños, y agregó: "...he tratado de conciliar con las dos familias materna y paterna pero lamentablemente la familia materna no me lo ha permitido, quiero que los niños tomen la decisión de con quien (sic) vivir, que lo decidan ellos, no los adultos y respetándonos ya aunque yo no tengo su sangre durante seis años aprendí a quererlos y hacerlos parte de mi vida, la idea principal es conciliar no pelear que todo vaya en función de la estabilidad emocional de ellos y que sean ellos quien (sic) decidan."

Posteriormente y mediante escrito consignado, el ciudadano Germán Ananías Hernández solicitó al Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, negara la solicitud de tutela propuesta por la ciudadana Mercedes del Carmen Negrón, en virtud que dicha ciudadana no había demostrado la supuesta relación concubinaría que llevó con el fallecido padre de los niños; que resultaba falso que ésta hubiese cuidado desde hace años a los niños y que luego de la desaparición física de quién en vida respondiera al nombre de Jesús Alfonso Lobo la referida ciudadana ha requerido al grupo familiar, a través de su abogado, que se le reconozca o pague el 50% de los bienes dejados por el de cujus más una cuarta parte del restante 50% del valor total de los bienes dejados por el causante a sus herederos legítimos.

El 16 de julio de 2007, la apoderada judicial de la ciudadana Mercedes del Carmen Negrón, solicitó a la Sala N° 3 del Tribunal de Protección, realizar una audiencia de conciliación entre los solicitantes de

la tutela.

En fecha 20 de julio de 2007, se celebró una audiencia especial ante el Tribunal de Protección, oportunidad en la cual fueron escuchados el adolescente y los niños, y asimismo se ordenó la realización de un Informe Integral a los solicitantes de la tutela, es decir, ciudadanos Juan Carlos Mier y Teran (parientes paternos), Germán Hernández, Mercedes del Carmen Negrón, a los miembros del consejo de Tutela y a los beneficiarios.

Mediante escrito de fecha 25 de julio de 2007, la abog. María Lastenia Palacios, apoderada judicial de los ciudadanos Juan Carlos Mier y Teran Lobo (primo hermano y tío de los hermanos Lobo Hernández), Emiliano Lobo (tío segundo), Olinto Lobo (tío segundo) y Cora Lobo (tía segunda), se opuso al nombramiento de tutor interino del ciudadano German Ananías Hernández, al nombramiento de protutor de la ciudadana Pastora Hernández, y a la designación del consejo de tutela por el ciudadano antes mencionado. Asimismo, solicitó en su escrito, que sus representados fuesen considerados a fin de cubrir los cargos previstos en la ley, de tutor interino, protutor, protutor suplente y consejo de tutela. Finalmente, pidieron que los hermanos Lobo Hernández, sean valorados a través del equipo multidisciplinario del Tribunal.

El 14 de agosto de 2007, el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, ordenó a la ciudadana Mercedes del Carmen Negrón la entrega inmediata de la niña al tutor interino, ciudadano Germán Ananias Hernández, mandato que tenía un carácter temporal, es decir, hasta que se conforme el Consejo de Tutela.

El 24 de agosto de 2007, vista la denuncia realizada por la ciudadana Mercedes del Carmen Negrón, contra la ciudadana Luigia Passariello–apoderada judicial del ciudadano Germán Ananias Hernández por la presunta comisión del delito de Violencia Psicológica, previsto en la Ley Orgánica sobre los Derechos de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, perpetrado en perjuicio de la niña, la Fiscal Vigésima del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Abog. Reina Victoria Vidoza Lozano, dictó como medidas de protección y seguridad: la prohibición de acercamiento del agresor a la víctima, a su lugar de trabajo, estudio y residencia, la prohibición al agresor o por interpuestas personas de realizar actos de persecución, intimidación o acoso a la víctima o al grupo familiar en el cual se encuentra la niña, y el apostamiento policial en el sitio donde comparten residencia la ciudadana Mercedes del Carmen Negrón y la niña.

El 17 de septiembre de 2007, el Tribunal de la causa celebró una audiencia especial en el procedimiento de tutela instaurado, y luego de oídas las manifestaciones de las partes, las recomendaciones de los especialistas –psiquiatra (Panaced) y psicólogo (Equipo multidisciplinario del Tribunal)- así como la opinión de la niña acordó: a) oír nuevamente la opinión de los otros dos niños involucrados en el proceso; b) ratificó la realización de un informe integral por parte del equipo multidisciplinario de ese órgano jurisdiccional con colaboración del equipo multidisciplinario de Panaced y; c) vista la opinión de los especialistas y a los fines de garantizar los derechos a la salud, a la educación y la integridad psicológica de la niña, revocó la orden impartida por ese Tribunal el 14 de agosto de 2007, por lo que la niña debía permanecer en el hogar de la ciudadana Mercedes del Carmen Negrón y cursando sus estudios en el colegio José Gregorio Bastidas.

El 18 de septiembre de 2007, el ciudadano Germán Ananias Hernández interpuso, mediante su apoderada judicial, recurso de apelación contra la anterior decisión, correspondiéndole el conocimiento del caso al Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y Menores de la Circunscripción Judicial del estado Lara.

II DE LA DECISIÓN ACCIONADA

En fecha 28 de febrero de 2008, el referido Juzgado Superior declaró Con Lugar el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del ciudadano German Ananías Hernández, revocando en consecuencia la decisión dictada el 17 de septiembre de 2007, por el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Lara, que acordó entre otras cosas que

la niña, debía permanecer en el hogar de la ciudadana Mercedes del Carmen Negrón.

En fecha 3 de junio de 2008, el Equipo Multidisciplinario del Tribunal de Protección y Responsabilidad Penal de Niños y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Lara, hizo entrega del Informe Social de Idoneidad en cuanto a la situación de los hermanos Lobo Hernández. Asimismo, dicho equipo realizó un Informe Psiquiátrico a los ciudadanos Mercedes del Carmen Negrón, German Ananías Hernández y Juan Carlos Mier Teran Lobo, entre otros familiares.

Mediante auto de fecha 4 de junio de 2008, el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Lara, ordenó a la ciudadana Mercedes del Carmen Negrón, entregar a la niña, para lo cual se le concedió un lapso de 48 horas.

En fecha 13 de junio de 2008, el apoderado judicial de la ciudadana Mercedes del Carmen Negrón, mediante escrito solicitó la suspensión de los efectos de la decisión del 4 de junio de 2008, y se fije oportunidad para escuchar a la niña, a fin de garantizar su bienestar emocional.

Visto que el 13 de junio de 2008, se cumplieron las 48 horas para la ejecución voluntaria, en fecha 16 de junio de 2008, el Tribunal de la causa ordenó la ejecución forzosa del fallo dictado el 28 de febrero de 2008, por el mencionado Juzgado Superior, con el fin de que se materializara la entrega formal de la niña a su tutor el ciudadano Germán Ananías Hernández, entrega que se realizaría el 17 de junio de 2008, mediante traslado de ese Tribunal a la Unidad Educativa colegio José Gregorio Bastidas, por ser éste el centro de estudios donde recibe educación la niña.

Conforme a lo anterior, el aludido Tribunal de Protección, se trasladó a la sede de la Unidad Educativa José Gregorio Bastidas, en fecha 17 de junio de 2008, a fin de realizar la ejecución forzosa, sin embargo, no pudo efectuarse por cuanto la niña, no se encontraba en dicho colegio.

En fecha 2 de julio de 2008, la ciudadana Mercedes del Carmen Negrón, asistida de abogado, interpuso Acción de Amparo, en contra de la sentencia del 28 de febrero de 2008, en la cual el Juzgado Superior Segundo declaró Con Lugar el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del ciudadano German Ananías Hernández, y acordó que la niña (identidad omitida) debía permanecer en el hogar de la ciudadana Mercedes del Carmen Negrón, alegando la vulneración del artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los artículos 8 y 12 de la Ley Orgánica para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes.

En fecha 10 de febrero de 2009, el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Lara, declaró integrado el Consejo de Tutela y juramentó al protutor y al suplente, oídas las opiniones del adolescente y del niño, prescindiendo de la declaración de la adolescente.

Mediante auto N° 237, de fecha 16 de marzo de 2009, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán, admitió la presente acción de amparo y ordenó comunicar al ciudadano German Ananías Hernández (tutor interino), que deberá hacer comparecer a la niña, a fin de ser escuchada por la Sala Constitucional, mediante acto separado y previo a dicha celebración.

De conformidad con el interés superior del niño, previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 80 ejusdem, el Tribunal de Protección, fijó el día 27 de marzo de 2009, a fin de oír la opinión de la Adolescente (identidad omitida), para lo cual acordó constituirse en el domicilio de la ciudadana Mercedes del Carmen Negrón, oportunidad en la cual no pudo realizarse el acto debido a que no se encontraba la adolescente en dicho lugar. Posteriormente, en fecha 30 de marzo de 2009, el Tribunal se constituyó en el domicilio de la adolescente a fin de oírla, quien en todo momento manifestó que quería permanecer bajo el cuidado de Mercedes del Carmen Negrón.

El Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Lara,

mediante decisión de fecha 2 de abril de 2009, en beneficio de los hermanos (identidad omitida), dictó decisión de discernimiento, y a tales efectos designó tutor al ciudadano Germán Ananías Hernández, protutor a la ciudadana Luisa Victoria Valera Zambrano, y suplente del protutor al ciudadano Germán Antonio Hernández Escalona, así como a los miembros del Consejo de Tutela.

III

DE LA ACCIÓN DE AMPARO INTENTADA

En fecha 2 de julio de 2008, la ciudadana Mercedes del Carmen Negrón, asistida del abogado Lenin José Colmenarez Leal, ejerció Acción de Amparo en contra de la sentencia de fecha 28 de febrero de 2008, dictada por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y Menores de la Circunscripción Judicial del estado Lara, que declaró Con Lugar el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del ciudadano German Ananías Hernández, por cuyo conducto revocó la decisión dictada el 17 de septiembre de 2007, por el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, que acordó entre otras cosas que la niña, debía permanecer en el hogar de la ciudadana Mercedes Del Carmen Negrón, por considerarla violatoria del Interés Superior del Niño, previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, y del Derecho a la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, previsto en el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. A tales efectos refirió:

-Que la niña es fruto de la relación del ciudadano Jesús Alfonso Lobo y Jacqueline del Carmen Hernández, que cuando dicha pareja se separó en el año 2002, que los niños (varones) comenzaron a vivir con la madre, pero la niña vivía en ambos hogares, hasta que falleció la madre por homicidio cometido por su pareja en fecha 8 de octubre de 2006, momento en el cual los hermanos Lobo Hernández, fueron a vivir con la accionante y el padre de los niños, también occiso Jesús Alfonso Lobo.

-Continuó narrando que, cuando el padre de los niños muere en fecha 14 de junio de 2007, a consecuencia de un accidente de tránsito, los niños fueron a vivir con los parientes de la madre, y la niña permaneció con la accionante y su hija "...ambiente donde la niña ha desarrollado su vida de relación, donde recibe toda su atención, mantiene sus amistades, conserva su propio espacio y acude a la escuela, observando un buen desarrollo y rendimiento...".

-Señaló que "Al permanecer la niña conmigo, por ser ese su deseo y sentirse en nuestro hogar segura y querida, la familia materna de la niña procedió a reclamarla, instaurando a tales fines el respectivo procedimiento de tutela, luego de haber fallecido ambos padres y haberse producido uno de los supuestos que trajeron como consecuencia la extinción de la patria potestad (por muerte de ambos padres)".

-Continuó narrando que, iniciado el proceso de tutela, el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del la Circunscripción Judicial del Estado Lara, el 14 de agosto de 2007, designó como tutor interino al ciudadano Germán Ananías Hernández y acordó la entrega de la niña a éste, lo que en palabras de la accionante "(...) devino en un estado de terrible crisis emotiva con adición de ataque y acceso de asma en la niña por su deseo de permanecer conmigo y su hermana, que es de edad muy cercana, en el hogar que hemos mantenido desde hace varios años, manifestando su interés de no ser sacada de ese entorno con el que se siente identificada y apreciada".

-Alegó que, se está en presencia de circunstancias muy particulares, un grupo de niños en situación de duelo, huérfanos en una etapa de desarrollo fundamental, expuestos sucesivamente a la separación de sus padres, a la posterior trágica muerte de ambos, al sometimiento a evaluaciones y tratamientos, y por si fuera poco, el conflicto entre familiares a fin de obtener la tutela "...e inclusive al criterio diferenciado de los jueces especializados que han atendido a la legalidad de las formas, mas que a la aplicación de los criterios de los especialistas y al respeto de los derechos y garantías de esos menores (sic)...".

-Resaltó la especial situación de la niña, que siempre ha manifestado su deseo invariable de permanecer en el mismo entorno de la accionante, estudiar en su colegio y no vivir con la persona designada como su tutor el ciudadano German Ananías Hernández.

-Explicó que los especialistas han recomendado que la niña permanezca con la accionante, debido a la situación de angustia y de miedo que se produce cuando debe ser trasladada con su familia materna, todo lo cual ha afectado su estabilidad emocional.

-Agregó que la decisión dictada por el Juzgado Superior (sentencia accionada), no tomó en cuenta la circunstancia particular de la niña y los graves daños que podía ocasionar en su salud, así como tampoco observó cuál resultaba la decisión más adecuada en función de su interés superior.

-Luego de citar los artículos 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 78 de la Carta Magna y 8 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, afirmó que el concepto de "interés superior del niño", constituye un principio de interpretación del Derecho de Menores, estructurado bajo la forma de concepto jurídico indeterminado, y que tiene por objetivo principal la protección integral del niño, debido a la ausencia de madurez física y mental.

-Adujo que, en sentencia de la Sala Constitucional N° 1917/2003, se había determinado que el interés superior del niño establecido en el artículo 8 de la entonces vigente Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente "(...) viene a excluir y no a limitar la libertad individual de establecer y perseguir fines individuales, pues cuando se trata de la protección y cuidado de los niños se persiguen fines que van más allá de los personales. Así, el interés individual es sustituido por un interés superior, que es del niño, porque las necesidades de éste subviene la tutela jurídica con la cual se obtiene el fin superior de la comunidad social (...)".

-Arguyó que la decisión accionada no valoró "(...) la situación mas [sic] conveniente o beneficiosa para la niña, en función de lo expresado por ella misma y a lo recomendado por el equipo de especialistas que han venido manejando y conociendo el caso, sino que el juez se limitó a verificar la legalidad de lo acontecido, como si no estuviera dilucidando la vida, salud y estabilidad de una niña, y de su interés superior concebido como un derecho humano fundamental, sino como si estuviere tratando con formas y figuras legales que no obstante tener un determinado valor en derecho, al entrar en conflicto con el interés superior de la niña, han debido ser dejadas de lado, prevaleciendo el mismo".

-Sostuvo la accionante que su trato con la niña se originó por la relación de pareja que ésta mantuvo con quien fue el padre de la niña en vida, por lo que se produjo entre ambas un fuerte vínculo afectivo que las ha llevado a entenderse como madre e hija, vínculo, que, en opinión de la parte actora, es tan fuerte que logró que la referida niña manifestara en todo momento su deseo consciente de permanecer con la accionante.

-Resaltó que es necesario considerar que de conformidad con el artículo 12 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y del Adolescente, las normas que establecen derechos y garantías de los niños y adolescentes, son de orden público, intransigibles, irrenunciables, interdependientes entre sí e indivisibles.

-Alegó que "...la Sala Constitucional ha sido clara (...) en el caso de conflicto entre los derechos e intereses de los niños, frente a otros derechos igualmente legítimos, prevalecerán los primeros, de forma tal que la normativa que aplicó el Juzgador Superior de hacer prevalecer lo establecido en el artículo 310 del Código Civil respecto a la figura de la tutela, debió ser desaplicado por cuanto colide con la norma constitucional a que se refiere el artículo 78 (...) 8 y 12 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente...".

-Finalmente, solicitó se declare Con Lugar la acción de amparo, y quede vigente la decisión dictada el 17 de septiembre de 2007, mediante la cual el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de esa Circunscripción Judicial acordó la permanencia de la niña en el hogar de la hoy accionante ciudadana Mercedes del Carmen Negrón.

IV

DE LA OPINIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La presente acción de amparo está dirigida contra una decisión judicial, por lo que su fundamento lo encontramos previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.¹⁷³ Ahora bien, de acuerdo a la citada norma, así como a la jurisprudencia de este Máximo Tribunal,¹⁷⁴ para su procedencia, debe existir en ese fallo, una actuación fuera de la competencia en sentido amplio,¹⁷⁵ por parte del sentenciador y esa actuación incompetente debe violentar alguna de las garantías constitucionales denunciadas como infringidas.

En base a las anteriores premisas y visto que la presente acción de amparo fue interpuesta –como ya se dijo– en contra del pronunciamiento proferido en fecha 28 de febrero de 2008, por parte del Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y Menores de la Circunscripción Judicial del estado Lara, en consecuencia lo que debe estudiarse y resolverse, es si cuando ese operador de justicia de segunda instancia emitió tal decisión, lo hizo actuando fuera de su competencia en sentido amplio, es decir, abusando de su poder como juzgador, extralimitándose en sus atribuciones o usurpando funciones que no le correspondían, y que con esa actuación incompetente, haya violentado a su vez alguna de las garantías constitucionales señaladas por los accionantes.

Ahora bien, a los fines de constatar tales extremos, se exponen las siguientes consideraciones:

En fecha 25 de junio de 2007, el Tribunal de Protección del Niño, Niña y Adolescente del estado Lara, admitió la solicitud de tutela interpuesta por el ciudadano Germán Ananías Hernández, iniciándose así dicho procedimiento, y siendo designado el solicitante como tutor interino del adolescente y los dos niños.

En vista de lo anterior, el 14 de agosto de 2007 dicho tribunal ordenó a la accionante la entrega de la niña (hoy adolescente y cuya identidad se omite) a su tutor interino, para posteriormente, y luego de haberse celebrado una audiencia especial en el procedimiento de tutela, en fecha 17 de septiembre de 2007, revocar la orden impartida con anterioridad, acordando que la niña debía permanecer en el hogar de la accionante Mercedes del Carmen Negrón. De esta decisión apeló en fecha 18 de septiembre de 2007, el tutor interino designado, por lo que el 28 de febrero de 2008, el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y Menores de la Circunscripción Judicial del estado Lara, declaró Con Lugar el recurso y revocó la decisión impugnada, que se había dictado en fecha 17 de septiembre de 2007.

En la aludida oportunidad, la decisión accionada a los fines de resolver la apelación intentada por el tutor interino expresó:

“...Que el punto a resolver en el presente caso es determinar si el auto de fecha 17 de Septiembre de 2007, dictado por el a quo está o no ajustado a derecho y para ello considera quien juzga, que el quid del problema a resolver está en determinar la siguiente interrogante ¿Es posible dictar alguna medida que imposibilite al tutor ejercer las funciones sin revocarle el nombramiento? Al respecto tenemos; se considera que previamente al análisis del

173 “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 que decidirá en forma breve, sumaria y efectiva”.

174 Sala Constitucional. Sentencias. Nos. 01 del 21-1-01 y 1990 del 25/7/2005, entre otras.

175 Es decir, abusando de su poder como juzgador, extralimitándose en sus atribuciones o usurpando funciones que no le correspondían.

caso se debe establecer en qué consiste la tutela y cuáles son las atribuciones del tutor; y para ello es pertinente señalar, que el autor patrio Emilio Calvo Vacca, en su obra Código Civil Venezolano comentado y concordado Ediciones Libra, define a la tutela así: "Es una institución del derecho de la familia cuya finalidad esencial es la guarda de la persona y bienes de los menores de 18 años que no tiene padres o que teniéndolos carecen de la patria potestad. Constituye un conjunto de poderes, llamados a la potestad titular", que es más restringida que la patria potestad. / Por su parte el Código Civil contempla en su artículo 313 la tutela interina y a su vez señala cuales son las atribuciones del tutor en ese supuesto cuando preceptúa: / Artículo 313.- Mientras dure el procedimiento de la tutela, y si el Juez lo encontrare conveniente, nombrará un tutor interino. Las funciones de este tutor se limitarán a la guarda del menor y a los actos de administración y de conservación indispensables. El Juez dictará, además, las medidas que crea oportunas para evitar todo perjuicio. / Cuando haya necesidad urgente de ejecutar un acto que exceda de la simple administración o de intentar una acción contra el menor, el Juez autorizará especialmente al tutor interino..."

Luego de hacer referencia a la institución jurídica de la tutela, la accionada hizo referencia a las decisiones tomadas en fechas 14 de agosto de 2007 y 17 de septiembre de 2007, por el Tribunal de Protección del estado Lara, y al respecto evidenció:

"...Ahora bien, al analizar ambos autos se evidencia, que en el primero ordena a la ciudadana Mercedes del Carmen Negron, la entrega inmediata y voluntaria de la niña (identidad omitida), a su tutor interino, Germán Ananias Hernández, aquí apelante, mientras que en el auto apelado (17/09/2007), revoca la orden de entregar la niña acordada en el auto de fecha 14/08/2007; revocatoria está que infringe el artículo 310 del Código Civil ut supra transcrito, por cuanto no se puede quitar al tutor interino la función de guarda de la niña, sin haberle revocado su condición de tutor; ya que admitir lo contrario sería llegar a lo absurdo, de admitir que el tutor no ejerza la función de guarda que es el contenido y esencia de dicha institución, mientras que esa atribución la ejerza quien no es el tutor; motivo por el cual, en criterio de éste Jurisdicente la apelación interpuesta por el tutor interino Germán Ananias Hernández, contra el auto de fecha 17 de Septiembre de 2007, dictado por el a quo debe ser declarado con lugar, revocándose en consecuencia el mismo, y así se decide. / Finalmente, no puede dejar pasar por alto éste Jurisdicente, la irregularidad e ilegalidad cometida por el a quo al certificar copias del auto de fecha 17 de Septiembre del 2007, que cursa en autos del folio 486 al 490 con alteraciones manuscritas lo cual puede configurar un presunto delito de forjamiento de documento; motivo por el cual se le apercibe que determine las responsabilidades del caso y oficie a la Fiscalía del Ministerio Público sobre la pertinencia de la apertura de una averiguación penal al respecto, y así se decide. / Decisión / Por virtud de las consideraciones precedentemente señaladas, este Juzgado Superior

Segundo en la Civil, Mercantil y Menores del Estado Lara, actuando en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, declara con lugar la apelación realizada por la abogada Magaly Álvarez Silva, en su carácter de apoderada judicial del ciudadano Germán Ananías Hernández. Queda así revocado el auto dictado por el Juzgado de Protección del Niño y del Adolescente de la circunscripción judicial del estado Lara, Sala de Juicio no. 3, en fecha 17 de Septiembre de 2007...". (subrayado nuestro).

La decisión antes transcrita, concluyó que no es posible quitarle al tutor interino su función de guarda sin antes haberle revocado tal condición, ya que dicha función constituye la esencia de la institución de tutela, que se aplica en ausencia de representante legal, de conformidad con el artículo 301 del Código Civil.

Ahora bien, entre las atribuciones del Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y Menores de la Circunscripción Judicial del estado Lara, ciertamente se encontraba la facultad de decidir acerca de la apelación interpuesta, pronunciamiento que en definitiva incidió en el ejercicio de la tutela acordada al ciudadano Germán Ananías Hernández, al acordar el tribunal que la adolescente (identidad omitida) estuviera bajo la guarda de dicho ciudadano, quien previamente había sido designado tutor interino.

En este sentido, observa esta Representante del Ministerio Público que dicha actuación no se encontraba fuera de su competencia, ya que de conformidad con los artículos 309, 310 y 313 del Código Civil, corresponde al tribunal el nombramiento del tutor definitivo y del tutor interino, así como dictar las medidas que considere oportunas a los fines de evitar perjuicios en el ejercicio de la tutela.

Sin embargo, advierte quien suscribe lo siguiente:

La Alzada accionada, resolvió el asunto sometido a su consideración explanando en una motivación escasa, lo siguiente: "...revocatoria está que infringe el artículo 310 del Código Civil ut supra transcrito, por cuanto no se puede quitar al tutor interino la función de guarda de la niña, sin haberle revocado su condición de tutor; ya que admitir lo contrario sería llegar a lo absurdo, de admitir que el tutor no ejerza la función de guarda que es el contenido y esencia de dicha institución...".

Se constata como en un riguroso apego al derecho, el Jurisdicente de Alzada en un breve análisis del contenido del artículo 310 del Código Civil, estimó que era inviable en derecho, o absurdo para evocar sus palabras, entender que al tutor interino previamente nombrado por la primera instancia, se le privase de ejercer fielmente la función de guarda de la adolescente (identidad omitida), sin que ello no suponga la desnaturalización de la aludida institución.

No obstante, y si bien hasta cierto punto es acertada la motivación que aunque poca, resuelve la relación material controvertida con apego a la norma invocada, llama poderosamente la atención, como, en un marcado descontexto con la normativa contemplada en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, arriba la accionada a dichas conclusiones sin hacer mención absoluta en cuanto y en tanto a la situación que sufría, y sufre aún la adolescente (identidad omitida).

En este sentido es preciso referir, que cuando los jurisdicentes deban emitir un pronunciamiento en donde se encuentre en juego la suerte de niños, niñas o adolescentes, la resolución del conflicto debe evaluar en primer lugar, lo invocado por las partes con relación al derecho que se reputa, pero además, debe aún de oficio, analizar los efectos y el provecho que esa decisión le brindara a los aludidos niños, niñas o adolescentes.

Es decir, debe hacerse una interpretación que resguarde la integridad de la familia, la integridad moral, psíquica y estructural de los niños y adolescentes, mediante el dictamen de una sentencia que enarbole en todo momento y ante cualquier derecho, su bienestar global, dado pues, al impacto y consecuencias que en su provecho o desprovecho le ocasionaran.

Se obliga pues a los jurisdicentes a ser responsables, diáfanos, razonables y rigurosamente sutiles en el dominio de las instituciones familiares, ello a los fines de llegar a conclusiones que respondan a las verdaderas necesidades de los niños, niñas y adolescentes.

Partiendo de ésta premisa, observa este Representante Fiscal, que al silenciar por completo la situación que sufre la adolescente (identidad omitida), conculcó con creces sus intereses, provechos y beneficios. Del contexto de la accionada se constata los límites que el propio jurisdicente se trazó para resolver la controversia. Se limitó a estudiar rigurosamente la institución de la Tutela y si efectivamente la recurrida había trastocado sus bases, sin hacer mérito, como debía, a si su aplicación en este estadio del proceso, le era favorable a la adolescente (identidad omitida)

A juicio del Ministerio Público, debió la accionada hacer una valoración del asunto puesto a su consideración con fundamento en el sistema interpretativo del Interés Superior del Niño, para así obtener una decisión que resguardara la legalidad presuntamente subvertida, en franca consonancia con los derechos atribuidos a los Niños, Niñas y Adolescentes.

En este sentido, traemos a colación la sentencia signada con el N° 2.176 proferida en fecha 16 de noviembre de 2.007 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia de la Dra. Carmen Zuleta de Merchán, en donde con relación al Interés Superior del Niño, se estatuyó lo siguiente:

“...Al respecto, considera esta Sala que el Juez a quo constitucional efectuó un somero análisis de la situación, sin atender a los principios rectores que dominan la materia relativa a niños y adolescentes, y que deben servir de guía en la labor jurisdiccional de aquellos jueces que ejercen tal delicada competencia....En ese sentido, no existe por ejemplo, en el fallo apelado ningún tipo de ejercicio argumentativo que refleje que se haya tomado en cuenta el interés superior del niño, instrumento de interpretación que debe ser aplicado y evaluado en todo momento que se conozca una causa en la que deba decidirse algún procedimiento en materia de niños y adolescentes...”

Dicho lo propio, se observa que efectivamente el Juzgado de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Estado Lara profiere dos decisiones que regulaban una misma situación jurídica, a saber, la dictada en fecha 14 de agosto de 2.007, mediante la cual, con vista el nombramiento de tutor interino, le constreñía a la ciudadana Mercedes del Carmen Negron a hacerle entrega de la adolescente (identidad omitida), y la otra, dictada el 17 de septiembre del mismo año, en franca contra posición a la primera, luego de celebrada la audiencia especial fijada, en la que intervienen la adolescente (identidad omitida), especialistas adscritos a Panaced y el equipo multidisciplinario del

Juzgado, en donde revocó su primer pronunciamiento, y en aplicación del Interés Superior del Niño, acordó que la adolescente (identidad omitida) debía permanecer en el hogar de la accionante, la ciudadana Mercedes del Carmen Negrón.

En este sentido, podríamos afirmar bajo la frialdad del derecho, que la actuación del Juzgado de Protección de Niños, Niñas y Adolescente del estado Lara, al dictaminar antagónicamente sobre un mismo particular, constituye un yerro procesal, sin embargo a la luz del Interés Superior del Niño, y en este caso significativo, en interés de la adolescente (identidad omitida) constituyó más que una irracionalidad o arbitrariedad, la restitución momentánea, de su integridad como sujeto de derecho.

La decisión revocada (17 de septiembre de 2007) por la sentencia accionada (28 de febrero de 2008), se fundó en el análisis que se hizo de las opiniones rendidas por los especialistas, el equipo multidisciplinario constituido y la misma exposición de la adolescente, quién a lo largo del trajinar del proceso principal, ha sostenido que quiere vivir con la hoy accionante, circunstancia ésta que la motivó, en interés de la adolescente y para garantizarle su derecho a la Salud, a la Educación y a la Integridad Psicológica, a dictaminar que lo ajustado a derecho era que la adolescente permaneciera temporalmente y hasta la finalización del proceso, en el hogar de la ciudadana Mercedes del Carmen Negrón.

Respecto del interés superior del niño, niña y adolescente, se cita nuevamente, una decisión de esta Sala Constitucional signada con el número 1687, de fecha 6 de noviembre de 2.008, con ponencia de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán, mediante la cual se acordó que, en aplicación del principio del interés superior, el niño debía permanecer con quien había sido su madre de crianza, lo cual se enfatizó en los siguientes términos:

“...Preocupa a esta Sala lo sucedido, ya que, sin aguardar –como legalmente correspondía- la decisión del órgano jurisdiccional, la madre biológica del niño lo separó de manera intempestiva de la ciudadana Nancy Omaira Espinoza Sánchez, a quien -según lo manifestado por los expertos consultados- el niño reconoce como su madre, aun cuando en realidad no sea su madre biológica.(...) / Ciertamente, la separación intempestiva del niño de su madre de crianza sería contraria al interés superior del niño porque al haberse prolongado en el tiempo la situación de hecho de su convivencia con la ciudadana Nancy Omaira Espinoza Sánchez durante sus primeros años de vida, generó sin lugar a dudas, vínculos afectivos muy fuertes, de forma tal que no resulta conveniente su ruptura, pues ello pudiese repercutir negativamente en su desarrollo, como lo apreció la sentencia impugnada, con base en los informes sociales y psicológicos que cursan en autos, máxime cuando no consta en autos prueba alguna de que el niño haya sido víctima de maltratos. Antes por el contrario, se evidencia que las dos madres en disputa mantuvieron al inicio una pacífica relación en torno al niño dejado en guarda voluntariamente por su madre biológica. / Estas convicciones han privado en la Sala en la búsqueda del interés superior del niño como fuente de validación primaria de las decisiones que involucran la niñez y adolescencia. / En relación con el interés superior del niño, esta Sala Constitucional en sentencia N° 1917 del 14 de julio de 2003 (caso: José Fernando Coromoto Angulo y otra) estableció: / ‘El concepto ‘interés superior del niño’ constituye un principio de interpretación del Derecho de Menores, estructurado bajo la forma de un concepto jurídico indeterminado. La Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, en el

caso RCTV-Hola Juventud, decisión del 5 de mayo de 1983, caracterizó los conceptos jurídicos indeterminados como ‘... conceptos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que se conforme con el espíritu, propósito y razón de la norma.’ (...) / El ‘interés superior del niño’, en tanto concepto jurídico indeterminado, tiene por objetivo principal el que se proteja de forma integral al niño por su falta de madurez física y mental, pues requiere protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento. A título ejemplificativo, el niño debe ser protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares’.(...) / Asimismo, en sentencia N° 2320 del 18 de diciembre de 2007 (caso: Pedro Elías Alcalá) esta Sala juzgó, con motivo de una acción de amparo contra una decisión judicial dictada con ocasión de una solicitud de revisión de guarda y custodia, y que, resulta aplicable, en general, a cualquier procedimiento judicial en los que pudiesen estar involucrados los derechos e intereses de niños, niñas y adolescentes, lo siguiente: / ‘Casos como el presente exigen mucha prudencia, responsabilidad y razonabilidad, gran ponderación, un dominio impecable de las instituciones familiares, con sus efectos y consecuencias sociales; además, de una especial sensibilidad y un manejo de los distintos institutos procesales, toda vez que las decisiones que se dictan en torno a los niños, niñas y adolescente producen e inciden de manera decisiva en su desarrollo y formación integral. Cuando se dictan medidas judiciales que los afectan se produce una innovación sentimental y afectiva; pero además, éstas repercuten en el aspecto social y estilo de vida; de tal manera, que no pueden los jueces y juezas disponer de los niños, niñas y adolescentes como si de objetos se tratara; ellos no sólo son sujetos de derecho, sino que debe tenerse presente cómo sienten y padecen de manera significativa a consecuencia de un proceso judicial, y cómo una decisión judicial puede llegar a ser fundamental en su existencia; por tanto, no puede ordenarse trasladar de un lado para otro, sin mediar y ponderar las transformaciones de vida que ello implica’. / Observa la Sala que siendo el interés superior del niño un concepto jurídico indeterminado, el margen de discrecionalidad razonable que tiene el Juez o la Jueza que lo aplica a un caso concreto es muy amplio; y ello es así, por cuanto la libertad del Juez o Jueza para apreciar qué es lo más beneficioso o conveniente para el niño, niña o adolescente permite que dicho concepto sea operativo y justo, sin que ello implique arbitrariedad ni irracionalidad porque la propia Ley y el control judicial imponen los límites que reducen la discrecionalidad de los jueces. / En el caso concreto, la Jueza que dictó la sentencia impugnada realizó un análisis de la situación real del niño, los lazos emocionales ya afianzados con la ciudadana Nancy Omaira Espinoza Sánchez, su medio cultural y entorno social, y a su vez evaluó la relación que igualmente de manera pacífica sostenía con la ciudadana Rosana Barreto Gómez; en fin, de lo que hasta ese entonces había sido la historia de vida del niño, en virtud de lo cual concluyó que lo más conveniente a su interés superior era su reintegración al seno de la que había sido su familia, decisión que esta Sala no encuentra arbitraria e irracional en atención a las particulares circunstancias del caso, en especial...”. (subrayado nuestro).

Dicha decisión estableció que en atención al interés superior del niño, y habiéndose realizado un análisis de la especial situación que rodeaba la relación existente entre el niño y su madre de crianza, a saber, el entorno, las relaciones personales, los vínculos afectivos, entre otros, consideró que el niño debía permanecer con ella antes que con la propia biológica, lo cual era lo más conveniente, en criterio de la Sala para el interés del niño afectado.

Asimismo, esta sentencia citando otra de fecha 18 de diciembre de 2007, puso de relieve que las decisiones que se tomen respecto de los niños, niñas y adolescentes, inciden en su desarrollo y formación integral, por lo que, en consecuencia, no pueden ser tratados como objetos, ya que los mismos son sujetos de derechos, y por tanto, cualquier decisión en este sentido, debe ser tomada con apego a la especial situación que los rodea, ya que las mismas inciden directamente en su forma y estilo de vida.

Es por ello que, aplicando los criterios esgrimidos por la sentencia ya citada, al caso en particular, se observan varias circunstancias que resulta importante destacar:

-A lo largo de este proceso, se observa que en todas las opiniones realizadas por la adolescente (identidad omitida), ha sido conteste en manifestar que desea permanecer con la ciudadana Mercedes del Carmen Negrón, quien fue pareja de su padre y con quien ha venido compartiendo durante mucho tiempo; ello se deriva de la opinión expresada en fecha 9 de julio de 2007, opinión dada en la audiencia del 20 de julio de 2007, opinión expresada en la audiencia del 17 de septiembre de 2007, opinión dada en fecha 19 de marzo de 2009, mediante escrito dirigido al tribunal, y más recientemente opinión el 30 de marzo de 2009, en donde el Tribunal, en conformidad con el artículo 80 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, dejó constancia de lo expresado por la adolescente de la siguiente manera: "...yo quiero quedarme con Mercedes, desde que yo tengo 7 años conozco a Mercedes, y yo me quiero quedar con ella, y yo estoy con ella (...) siempre me ha gustado estar con ella (...) no me gusta estar así como si fuera una ladrona, porque me da miedo salir, porque si me agarran y me llevan, ya llevo 2 años en este problema y ya quiero terminar (...) ellos piensan que es fácil todo lo que yo estoy pasando y no es fácil yo apenas tengo 13 años para estar viviendo esto...".

Y, en cuanto a lo expresado por la adolescente, el tribunal indicó que "...esta Juzgadora observa a la adolescente con pleno conocimiento de las causas incoadas ante el tribunal tanto por la tutela, como el reconocimiento de la relación concubiniaria, manifestando libre y sin coacción su opinión de sus vivencias personales, e igualmente se observó angustiada por la pronta solución de las causas, se denota igualmente ansiosa en relación a la permanencia en el hogar de la señora Mercedes Negrón de quien expresó mantener una excelente relación familiar...".

Todas estas opiniones, constituyen el ejercicio por parte de la adolescente (identidad omitida), del derecho a opinar que se contempla en el artículo 80 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, cuyo parágrafo primero lo garantiza en los procedimientos judiciales que conduzcan a una decisión que afecte sus derechos, garantías e intereses, sin más límites que los derivados de su interés superior.

-La adolescente según su propio dicho manifestó el 30 de marzo de 2009, estar estudiando séptimo grado en el colegio Andrés Eloy Blanco.

-Los informes psiquiátricos que constan en el expediente de fechas 9 de noviembre de 2007 (realizado en el Hospital Pediátrico Agustín Zubillaga), 23 de agosto de 2007, y 6 de agosto de 2007 (elaborados por el psiquiatra Dr. César Isaacura López, Policlínica de Cabudare), recomiendan la permanencia de la adolescente en el núcleo de convivencia actual, es decir, el hogar de la ciudadana Mercedes del Carmen Negrón, asimismo, refieren que el acoso psicológico recibido por parte de la familia materna (el tío materno Germán Ananías Rodríguez, es el tutor de la adolescente) puede poner en riesgo la estabilidad emocional de la paciente.

-Asimismo, el Informe Social de Idoneidad de fecha 3 de junio de 2008, elaborado por el equipo multidisciplinario designado por el Tribunal, concluyó que el consejo de tutela debía estar integrado por familiares maternos y paternos, que debía propiciarse la integración de las partes, acordando convivencia familiar que permita mayor contacto y comunicación, y se consideró conveniente que los tres hermanos realicen terapia familiar a fin de compartir y superar el proceso de duelo e integración a los grupos familiares actuales. Dicho equipo realizó igualmente un examen psiquiátrico, a los hermanos, al tutor ciudadano Germán Ananías Hernández y a la accionante entre otros, concluyendo en el informe que "...c. (...) impresiona que cada niño haya logrado apoyo en el hogar donde se encuentra. / d. Es recomendable que se busque la manera de facilitar el contacto de los niños entre sí. / e. Igualmente, es imprescindible, tomando en cuenta la orfandad de ellos, ubicarlos en el hogar que le preste apoyo constante, aunque sean hogares separados. Necesitan conseguir familiares sustitutos donde puedan superar la nostalgia de al (sic) pérdida de su (sic) padres...".

Las anteriores circunstancias no fueron tomadas en consideración por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y Menores de la Circunscripción Judicial del estado Lara, a los fines de dictar una decisión en cuanto al destino de la adolescente, todo lo cual resultaba obligatorio para el sentenciador en el presente caso, visto que el Interés Superior del Niño aconsejaba valorar todas las situaciones de hecho que rodeaban su especial situación, a fin de tomar una decisión más justa y adecuada a la realidad, en obsequio del Interés Superior alegado y en aplicación del principio de la Primacía de la Realidad, dispuesto en el literal j, del artículo 450 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

En virtud de ello, estima el Ministerio Público que la decisión accionada vulneró lo dispuesto en el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece:

"Artículo 78. Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes".

La accionada no consideró como prioridad absoluta, aunque debía en su provecho, que la adolescente siempre había manifestado su querencia en cuanto a convivir con la accionante ciudadana Mercedes del Carmen Negrón, existiendo entre ellas vínculos afectivos importantes derivados de la interrelación y el cariño mutuo (lo cual se refleja en el deseo de la adolescente de estar con la accionante), de manera que vistas las anteriores argumentaciones, considera quien suscribe, que aun cuando mediante decisión de fecha 2 de abril de 2009, el ciudadano Germán Ananías Hernández, fue designado tutor de los hermanos (identidad omitida), la adolescente podría permanecer con la accionante ciudadana Mercedes del Carmen Negrón, vista la primacía de la realidad y el interés superior de la adolescente (identidad omitida) involucrada en el presente caso, y que deben prevalecer en la toma de decisiones por parte de los Tribunales de la República.

De todo lo antes expuesto se colige que la decisión dictada por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y Menores de la Circunscripción Judicial del estado Lara, en fecha 28 de febrero de 2008, que declaró Con Lugar la apelación ejercida por la apoderada del ciudadano German Ananías Hernández (tutor interino), acordó la entrega de la adolescente al mencionado tutor, y revocó el auto

dictado por la Sala N° 3 del Juzgado de Protección del Niño, Niña y Adolescente de esa jurisdicción, en fecha 17 de septiembre de 2007, que había ordenado la permanencia de la adolescente (identidad omitida), con la ciudadana Mercedes del Carmen Negrón, vulneró el derecho constitucional previsto en el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al no haber tomado en consideración el interés superior del niño, al momento de emitir su decisión, por lo cual la presente acción de amparo debe ser declarada Con Lugar.

Es justicia, en Caracas a los veinte (20) días del mes de mayo de dos mil diez (2010). ”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 24/02/2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE:

Fiscalía Cuarta del Ministerio Público ante las Salas de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

3.- MATERIA: Amparo constitucional

4.- TEMA: Inmotivación

5.- EXTRACTO

...“cabe destacar, que el mencionado Tribunal de Alzada al modificar su decisión publicada en el Sistema Juris 2000, les vulneró los derechos constitucionales a la empresa Sps Risk, al debido proceso, a la defensa, a la tutela judicial efectiva y principalmente a la confianza legítima, pues la dejó en una situación de inseguridad jurídica, al no conocer efectivamente cual fue el fallo que emitió, cuando confiaban en una decisión que se encontraba publicada en el Sistema Juris 2000, en la que se declaraba Con Lugar el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Ruben Dario Lander y condenaba a la empresa Sps Risk a pagar a dicho ciudadano, pero en base a conceptos diferentes, situación que alarma a esta Representante del Ministerio Público, pues con actuaciones como la antes referida, se atenta contra el principio de intangibilidad de las decisiones judiciales y principalmente con la estabilidad de los derechos de los particular, así como con la transparencia e imparcialidad que deben contener las decisiones judiciales. Asimismo, opina quien suscribe, que la sentencia impugnada incurre en el vicio de contradicción, al señalar por una parte, que la empresa Sps Risk era contratista de Bp Venezuela Holdings Limited y por otra que el ciudadano Ruben Dario Lander siendo un trabajador de inspección y vigilancia de dicha empresa, tenía los mismos derechos en la Convención Colectiva Petrolera de los cuales se beneficiaban los trabajadores de la empresa Bp Venezuela Holdings Limited, en virtud de que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 54 de la Ley Orgánica del Trabajo, únicamente los trabajadores de las empresas intermediarias, disfrutaran de los mismos beneficios que correspondan a los trabajadores contratados directamente por el patrono beneficiario, que en este caso es Bp Venezuela Holdings Limited, por lo que dicho Tribunal de Alzada, al afirmar en su sentencia, que el trabajador de la empresa Sps Risk, Ruben Dario Lander, goza de los mismos beneficios que los de la empresa Bp Venezuela Holdings Limited, por cuanto se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Convención Colectiva Petrolera, esta señalando que la empresa Sps Risk es una intermediaria de la empresa Bp Venezuela Holdings Limited y no una contratista, tal como se evidencia del Capítulo denominado Consideraciones para Decidir, en el que se señala que de la declaración de la parte demandada y de las pruebas aportadas a los autos, se desprendía que los instrumentos y herramientas con que el ciudadano Ruben Dario Lander desempeñaba su labor, pertenecía a Bp Venezuela Holdings Limited...”

6.1.- COMUNICACIÓN N° FTSJ-4-0053-09/AC-184

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Maria Cristina Vispo Lopez, Fiscal Cuarta del Ministerio Público ante las Salas de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, comisionada por la Dirección General de Apoyo Jurídico del Despacho de la Fiscal General de la República, mediante oficio número DGAJ-5-2381-478-2009-58861, de fecha 01 de diciembre de 2009, para intervenir en la causa número 2009-0885, que cursa ante esa

Honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, contentiva de la acción de amparo constitucional ejercida por los abogados Ramón Escovar León, Ramón Escovar Alvarado, Andrés Carrasquero Stolk, Juan Enrique Croes Campell y Juan Andrés Suárez Otaola, apoderados judiciales de la Sociedad Mercantil Sps Risk, C.A., en contra del fallo proferido en fecha 20 de octubre 2008, por el Juzgado Tercero Superior del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en el juicio por cobro de diferencia de prestaciones sociales intentado por el ciudadano Rubén Dario Lander Colmenares, que declaró, primero con lugar el recurso de apelación interpuesto por el abogado Arnaldo Gutiérrez, apoderado judicial del ciudadano Rubén Dario Lander Colmenares, contra la sentencia dictada en fecha 18 de junio de 2008, por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, segundo revoca la sentencia dictada por el referido Juzgado Primera Instancia de Juicio, tercero con lugar la demanda incoada por el ciudadano Rubén Dario Lander Colmenares, contra las empresas Sps Risk C.A. y Bp Venezuela Holdings Limited, y sin lugar la demanda incoada por el ciudadano Rubén Dario Lander Colmenares, contra la empresa Bp Oil Venezuela Limited; ocurro ante ustedes cumpliendo con los deberes y atribuciones que me confieren el artículo 285 numerales 1, 2 y 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los artículos 31 numerales 1, 2 y 13 y, 35 numerales 3 y 4, ambos de la Ley Orgánica del Ministerio Público así como el artículo 15 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, a los fines de exponer y solicitar:

I ANTECEDENTES

El juicio que dio origen a la presente causa, se inicio el 9 de marzo de 2006, con motivo de la demanda por cobro de diferencia de prestaciones sociales interpuesta por el ciudadano Ruben Dario Lander Colmenares, representado por el abogado Arnaldo Gutiérrez, contra la empresa SPS RISK, C.A., solidaria y conjuntamente con las empresas British Petroleum Venezuela Holding Limited (Bpvh) y Bpoil Venezuela Limited (Bpoil).

En fecha 13 de marzo de 2006, el Juzgado Noveno de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, admitió la demanda y ordenó el emplazamiento de la parte demandada, a los efectos de que tenga lugar la audiencia preliminar.

En fecha 23 de febrero de 2007, se dio inicio a la audiencia preliminar, la cual fue prolongada hasta el 24 de abril de 2007, fecha en la cual concluyó sin lograrse mediación o conciliación entre las partes.

En fecha 2 de mayo de 2007, los abogados Félix Rodríguez Martínez, Nuris Medina Rivero y Antonio Noguera Bordoy, apoderados judiciales de la empresa Sps Risk, C.A., y la abogada Eiriz Mata Marcano, apoderada judicial de las empresas Bp Venezuela Holdings Ltd y Bp Oil Venezuela Limited, presentaron contestación a la demanda.

En fecha 3 de octubre de 2007, el Juzgado Cuarto de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, se pronunció respecto a la admisión de las pruebas promovidas por las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

En fecha 18 de febrero de 2008, la Dra. Aixira Álvarez, designada como Juez Temporal del Tribunal Cuarto de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, se avocó al conocimiento de la causa.

En fecha 5 de marzo de 2008, el Juzgado Cuarto de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, dicta auto fijando la audiencia oral de juicio para el 5 de junio de 2008.

En fecha 5 de junio de 2008, se dio inicio a la audiencia oral de juicio y en fecha 11 de junio de 2008, fue pronunciado el dispositivo del fallo, declarando sin lugar la demanda incoada por el ciudadano Ruben Lander, contra las empresas Sps Risk, Bp Oil Venezuela Holdings Ltd y Bp Oil Venezuela Limited.

El 18 de junio de 2008, el Juzgado Cuarto de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Área Metropolitana de Caracas, publica la sentencia definitiva en la que se declaró sin lugar la demanda incoada por el ciudadano Ruben Lander, en contra de las empresas Sps Risk C.A, Bp Oil Venezuela Holdings Ltd y Bp Oil Venezuela Limited, y en fecha 25 de junio de 2008, el ciudadano Ruben Lander, consigna diligencia mediante la cual interpone recurso de apelación en contra de la referida sentencia, el cual fue fundamentado en fecha 8 de agosto de 2010.

En fecha 9 de octubre de 2008, se celebró la audiencia oral y pública para decidir el recurso de apelación, ante el Juzgado Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en la cual se declaró Con Lugar el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Ruben Lander, contra la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia de Juicio del Trabajo del mismo Circuito Judicial, se revocó la sentencia dictada el 18 de junio de 2008 por el referido Juzgado, se declara con lugar la demanda interpuesta por el ciudadano Ruben Lander, contra las empresas Sps Risk C.A y Bp Venezuela Holdings Limited y sin lugar la demanda incoada por el ciudadano Ruben Lander, en contra de la empresa Bp Oil Venezuela Limited; se condena a la parte demandada a pagar a la parte actora los conceptos determinados en la parte motiva de la decisión; se condena en costas a las partes codemandadas Sps Risk C.A y Bp Venezuela Holdings Limited; se condena a pagar los intereses de mora consagrados en el artículo 92 de la Carta Magna; y se declara procedente la indexación de las cantidades a pagar, las cuales se calcularán mediante experticia complementaria del fallo, a realizar por un experto contable designado por el Tribunal.

El 20 de octubre de 2008, el Juzgado Tercero Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, publicó el texto íntegro de dicha sentencia.

Contra dicha sentencia, en fecha 27 de octubre de 2008, el Abogado Ramón Escovar, apoderado judicial de la empresa Sps Risk, C.A, consignó Recurso de Control de Legalidad, ante el Tribunal Superior Laboral del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas.

En fecha 1 de diciembre de 2008, el Juzgado Tercero Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, remitió el expediente contentivo del juicio seguido por el ciudadano Ruben Dario Lander, contra las empresas Sps Risk, C.A, British Petroleum Venezuela Holding Limited (Bpvh) y Bpoil Venezuela Limited (Bpoil), a la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, el cual fue recibido el 15 de diciembre de ese mismo año, la cual en fecha 6 de febrero de 2009, declaró Inadmisibile dicho recurso.

El 12 de mayo de 2009, se recibe en el Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, escrito del apoderado judicial de la parte demandada, mediante el cual solicita la suspensión de la ejecución de la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, de fecha 20 de octubre de 2008.

En fecha 25 de mayo de 2009, los apoderados judiciales de la empresa Sps Risk, C.A, consignan escrito ante la Notaría Pública Cuadragésima Cuarta del Municipio Libertador del Distrito Capital, mediante el cual solicitan que la Notaría se traslade a la sede de los Tribunales Laborales de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, específicamente a la sala del sistema Juris, con el objeto de dar fe pública de los siguientes hechos: 1) Que se diga cuales son las partes actuantes en el expediente signado con el número y letras AP21-L-2006-001064, 2) Que el Jefe de este Departamento indique cual es el procedimiento para incorporar una sentencia en dicho sistema, 3) En que fecha se incorporó al sistema Juris, la sentencia dictada y publicada por el Juzgado Tercero Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, 4) Que se de cuenta ante esa Notaría, de los Registros electrónicos que se han hecho en el expediente de la causa, desde el 20 de octubre de 2008 hasta el día 25 de mayo de 2009, 5) Que se le otorguen a la Notaría tres copias certificadas de la reproducción electrónica de la sentencia publicada por el Juzgado Tercero Superior del Trabajo, 6) Que se informe sobre la inviolabilidad de acceso al sistema Juris, 7) Que se verifique en la computadora del Juzgado Tercero Superior del Trabajo, el contenido de la sentencia dictada en el asunto AP21-R-2008-000976, en fecha 20 de octubre de 2008 y si esta igual a la publicada en el sistema Juris.

El 27 de julio de 2009, los apoderados judiciales de la empresa Sps Risk, C.A, consignaron ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la acción de amparo constitucional interpuesta en contra de la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Superior del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, a la cual se le dio entrada y se designó como Ponente al Magistrado Francisco Antonio Carrasquero López.

En fecha 3 de noviembre de 2009, la Sala Constitucional de ese Máximo Tribunal de la República admitió la presente acción de amparo, mediante auto número 1413, de fecha 3 de noviembre de 2009, a la cual de seguidas se va a referir esta Representante del Ministerio Público.

II

DE LA ACCION DE AMPARO

Señalaron los accionantes, que la sentencia impugnada de fecha 20 de octubre de 2008, proferida por el Juzgado Tercero Superior del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, infringe los derechos y garantías constitucionales referidos a la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa, el debido proceso y a la confianza legítima, consagrados en los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al modificar su propia decisión, con posterioridad a la consignación por parte de la empresa Sps Risk, del recurso de control de legalidad.

Aducen, que en fecha 20 de octubre de 2008, el Tribunal de Alzada publicó sentencia original, contra la cual Spk Risk interpuso recurso de control de legalidad, respecto de lo cual cabe destacar, que dicho Tribunal remitió el expediente a la Sala de Casación Social de ese Máximo Tribunal de la República, en fecha 1 de octubre de 2008, cuando había transcurrido más de un mes desde que se había interpuesto el recurso y dicha Sala declaró Inadmisibile el recurso de control de legalidad interpuesto, con fundamento en la potestad discrecional de la Sala de Casación Social de admitir o no recursos de control de legalidad.

Señalan, que en fase de ejecución constataron que la sentencia lesiva que aparece adjuntada al expediente que fue remitido a la Sala de Casación Social, no corresponde con la sentencia original que fue publicada el 20 de octubre de 2008 y contra la cual ejercieron recurso de control de legalidad, cuyas diferencias no son simples correcciones de forma, sino diferencias esenciales y de fondo. En efecto el Tribunal cuya decisión se impugna, efectuó las siguientes modificaciones a la sentencia original:

Sentencia Original	Sentencia Lesiva
No condena a pagar lo estipulado en la Cláusula 68 de la Convención Colectiva Petrolera (en lo sucesivo la "CCP") sobre la jornada 7x7	Condena a pagar lo estipulado en el Cláusula 68 de la Convención Colectiva Petrolera sobre la jornada 7x7
No condena a pagar recargo por trabajo en días domingos, feriados y prima dominical	Condena a pagar recargo por trabajo en días domingos, feriados y prima dominical
No menciona supuesto incumplimiento de dotación de uniformes	Menciona el supuesto incumplimiento de la dotación de uniformes
No condena a pagar diferencia de prestación de antigüedad	Condena a pagar diferencia de prestación de antigüedad
No condena a pagar diferencia por indemnización por despido injustificado	Condena a pagar diferencia por indemnización por despido injustificado
No condena a pagar indemnización sustituta del preaviso	Condena a pagar indemnización sustitutiva del preaviso
No condena a pagar indemnización por	Condena a pagar indemnización por

antigüedad adicional	antigüedad adicional
No condena al pago por alimentación	Condena al pago por alimentación
No condena a pagar ayuda especial única por ciudad	Condena a pagar ayuda especial única por ciudad
No condena a pagar horas extras	Condena a pagar horas extras
No condena a pagar horas de reposo por comida	Condena a pagar horas de reposo por comida
No condena a pagar diferencias en vacaciones vencidas, vacaciones fraccionadas y ayuda vacacional	Condena a pagar diferencias en vacaciones vencidas, vacaciones fraccionadas y ayuda vacacional
No condena a pagar diferencia por utilidades fraccionadas	Condena a pagar diferencia por utilidades fraccionadas
No condena al pago de uniformes y lavandería	Condena al pago de uniformes y lavandería
No condena al pago de bono nocturno	Condena al pago de bono nocturno
No condena a la indemnización prevista en la Cláusula 69.11 de la CCP	Condena a la indemnización prevista en la Cláusula 69.11 de la CCP
No condena al pago de intereses sobre prestación de antigüedad	Condena al pago de intereses sobre prestación de antigüedad

competencia, al extralimitarse en sus atribuciones, violando los derechos constitucionales de SPS RISK, a la Tutela Judicial Efectiva, al Derecho a la Defensa, al Debido Proceso y el Principio de Confianza Legítima.

Finalmente, solicitó como medida cautelar, la suspensión de los efectos de la sentencia proferida en fecha 20 de octubre de Manifiestan que las referidas diferencias, se aprecian en seis páginas adicionales que agregó el Tribunal de Alzada en la Sentencia Lesiva y que no estaban en la sentencia original.

Sostienen que el Tribunal Superior del Trabajo, al incorporar más de seis páginas en la sentencia lesiva, que no se encontraban en la decisión original, intentó corregir dos de las denuncias que contenía el control de legalidad que tuvo a su vista antes de remitir el expediente a la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia y condenó a pagar en la sentencia impugnada, 16 conceptos que no habían sido condenados en la decisión original.

Por otra parte, sostienen, que la sentencia dictada por el referido Tribunal Superior, al analizar las pruebas promovidas por Sps Risk, establece: "...contrato original N° CC05001 entre Bp Venezuela Holdings Limited y Sps Risk, C.A. de agosto de 2005. El cual se valora de acuerdo con lo establecido en el art. 10 de la LOPT, evidenciándose del mismo, que la empresa SPS RISK era contratista de Bp Venezuela Holdings Limited..." y más adelante en la misma decisión señala, que SPS RISK no era contratista sino intermediario. En el Capítulo IV de la sentencia lesiva, se señala: "se configura el supuesto de hecho establecido en la norma del artículo 54 de la Ley Orgánica del Trabajo – intermediario- y en consecuencia...tiene el derecho a disfrutar los mismos beneficios y condiciones de trabajo que corresponden a los trabajadores contratados directamente por Bp Holdings Ltd...".

Por lo que en criterio de los demandantes de amparo, los motivos son contradictorios y se destruyen entre sí, al establecer el Tribunal de Alzada en su sentencia nociva, que Sps Risk era intermediario, cuando había determinado en el análisis probatorio del caso, que dicha empresa era contratista, ordenando con fundamento en dicho razonamiento, la aplicación de la Convención Colectiva del Trabajo

a un trabajador de vigilancia, sin analizar la inherencia o conexidad de las actividades de las codemandadas, lo cual en su criterio fue un error determinante del dispositivo de la sentencia impugnada y violatorio de los derechos a la tutela judicial efectiva, la defensa y el debido proceso, ya que de corregir la contradicción en los motivos, el Tribunal querellado hubiese mantenido que Sps Risk era contratista y que no aplicaba dicha Convención a sus trabajadores, incluyendo el señor Rubén Lander, toda vez que sus actividades no son inherentes ni conexas con las de Bp Venezuela Holdings Limited.

En cuanto a la incongruencia indicaron los accionantes, que la sentencia se extralimitó de lo debatido y consideró que si formaba parte del debate, el hecho de la propiedad de los elementos por parte de Sps Risk, lo cual constituye un vicio de incongruencia por parte de dicha decisión, que viola el derecho a la tutela judicial efectiva de SPS RISK, previsto en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este sentido sostienen, que con fundamento en un hecho no debatido, la sentencia que cercena sus derechos, establece la carga probatoria de las demandadas de demostrar que Sps Risk utilizaba sus propios elementos y con fundamento en este vicio, decide que las codemandadas no cumplieron su carga probatoria, Sps Risk era intermediaria y no contratista, y aplica la Convención Colectiva del Trabajo al señor Rubén Lander, cuando en el juicio por diferencia de prestaciones sociales, para las partes era un hecho admitido que Sps Risk utilizaba sus propios elementos, por lo que no era un intermediario sino un contratista y que obvió el debate de las partes y se excedió del límite de lo controvertido, violando el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que la incongruencia es determinante del dispositivo, pues su corrección centrará la decisión en lo realmente debatido: si las actividades de las codemandadas eran inherentes o conexas. Como los servicios de vigilancia y el negocio petrolero no son inherentes ni conexas, la decisión consistirá en que los trabajadores de Sps Risk no tienen derecho a los mismos beneficios de los trabajadores de Bp Venezuela Holdings Limited, trayendo como consecuencia la improcedencia de la demanda.

De igual forma, alegan su pretensión en que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, conozca y decida sobre la infracción de sus derechos constitucionales, debido a que modificó la sentencia original, no informó a las partes que la había modificado, remitió a la Sala de Casación Social el expediente con la sentencia objeto de la demanda de amparo y no la sentencia original, incurriendo en los vicios de inmotivación e incongruencia, actuando fuera de su 2008, por el Juzgado Tercero Superior del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

III

OPINIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Definimos el amparo constitucional como el mecanismo por medio del cual se protegen las garantías y derechos fundamentales que la Constitución reconoce a las personas, a través de un procedimiento breve, destinado al restablecimiento de la situación jurídica infringida, conforme a las previsiones que para ello regula la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Este restablecimiento de la situación jurídica infringida se produce como consecuencia de una acción u omisión del operador de justicia, presuntamente lesiva, que es susceptible de ser corregida por vía de amparo, siempre y cuando ese juzgador emita tal pronunciamiento con abuso de poder o cuando se extralimite en sus atribuciones.

En este caso, la acción de amparo está dirigida contra una acción del operador de justicia, es decir, una decisión judicial, por lo que su fundamento lo encontramos previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que 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, que decidirá en forma breve, sumaria y efectiva".

En torno a esto esa Honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo Justicia, en sentencia número 01, de fecha 24 de Enero de 2001, con ponencia del magistrado Iván Rincón Urdaneta, indicó lo siguiente:

"...la acción propuesta ha sido intentada con base en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Dicha norma prevé la procedencia de la acción de amparo constitucional 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. Ahora bien, la doctrina de la extinta Corte Suprema de Justicia ha interpretado reiteradamente el citado artículo 4 y, específicamente, la expresión –actuando fuera de su competencia- no tiene sentido procesal estricto como requisito del artículo 4 de la ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por cuanto no se refiere sólo a la incompetencia por la materia, valor o territorio, sino también corresponde a los conceptos de abuso de poder o extralimitación de atribuciones..."

Conforme con los términos expresados en las premisas anteriores, es discutible que la procedencia de la acción de amparo contra resoluciones o sentencias de los Tribunales de la República, como es el caso que nos ocupa, está sometida a la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1) Que el Juez haya actuado fuera de su competencia;
- 2) Que en virtud de tal actuación se haya lesionado un derecho constitucional.

En lo relativo a la expresión "actuando fuera de su competencia", como ya vimos, es criterio reiterado de esta Honorable Sala Constitucional del Máximo Tribunal de la República, que esa expresión no se refiere sólo a incompetencia por la materia, valor o territorio, sino que también corresponde a los conceptos de abuso de poder, usurpación de funciones o extralimitación de atribuciones y que, consecuentemente, esa actuación vulnera derechos o garantías constitucionales.

Es decir, que puede ocurrir que el Juzgador actuando dentro de su competencia, entendida esta en el sentido procesal estricto, puede hacer uso indebido de las facultades que le están atribuidas para fines totalmente distintos al que se le confirió, o actuar haciendo uso indebido de ese poder independientemente del fin logrado, o peor aún, atribuirse funciones que no le corresponden; y mediante alguno de estos supuestos dicte una resolución o sentencia que lesione un derecho constitucional.

En este sentido, se pasa de seguidas a verificar si en el presente caso procede la tutela constitucional solicitada, ante lo cual debemos analizar si la sentencia dictada el 20 de octubre de 2008, fue emitida por el Juzgado Tercero Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, actuando fuera de los límites de su competencia (abuso de poder, usurpación de funciones o extralimitación de atribuciones) y si con tal actuación, vulneró los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, derecho a la defensa, debido proceso y a la confianza legítima, consagrados en los artículos 26 y 49 ambos del Texto Fundamental.

Al respecto se observa, que al Juzgado Tercero Superior del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, le correspondió conocer como Tribunal de Alzada, del recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Ruben Dario Lander, en contra de la sentencia emitida por el Tribunal Cuarto de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, el 18 de junio de 2008, que declaró sin lugar la demanda incoada por dicho ciudadano en contra de las empresas Sps Risk C.A; Bp Venezuela Holdings Limite Y Bp Oil Venezuela Limited.

Ahora bien, los demandantes de la tutela constitucional alegan, que la sentencia dictada en fecha 20 de octubre de 2008 por el referido Juzgado Tercero Superior del Trabajo, le infringió a la empresa SPS RISK, los derechos constitucionales concernientes a la Tutela Judicial Efectiva, Derecho a la Defensa, el Debido Proceso y a la Confianza Legítima, consagrados en los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, **al modificar su propia decisión**, con posterioridad a la consignación del recurso de control de legalidad, por parte de la empresa Sps Risk y **cuyas diferencias son esenciales y de fondo, condenando a pagar en la sentencia impugnada, 16 conceptos que no habían sido dispuestos en la decisión original**. Así mismo revelan, que al analizar las pruebas promovidas por Sps Risk, establece: "...contrato original N° CC05001 entre Bp Venezuela Holdings Limited y Sps Risk, C.A. de agosto de 2005, evidencia que la empresa Sps Risk era contratista de Bp Venezuela Holdings Limited y en la misma decisión señala, que Sps Risk no era contratista sino intermediario, y en el Capítulo IV, muestra que "se configura el supuesto de hecho establecido en la norma del artículo 54 de la Ley Orgánica del Trabajo –intermediario- y en consecuencia...tiene el derecho a disfrutar los mismos beneficios y condiciones de trabajo que corresponden a los trabajadores contratados directamente por Bp Holdings Ltd...". Y que **los motivos contradictorios** al establecer que Sps Risk **era intermediario, cuando había determinado en el análisis probatorio del caso, que dicha empresa era contratista, ordenando con fundamento en dicho razonamiento, la aplicación de la Convención Colectiva del Trabajo a un trabajador de vigilancia;** y en cuanto a la incongruencia se extralimitó de lo debatido al considerar que si formaba parte del debate, el hecho de la propiedad de los elementos por parte de Sps Risk, y que establece la carga probatoria de las demandadas de demostrar que Sps Risk utilizaba sus propios elementos y decide que las codemandadas no cumplieron su carga probatoria, para aseverar que Sps Risk era intermediaria y no contratista, aplicando la Convención Colectiva del Trabajo al señor Rubén Lander, incurriendo en los vicios de inmotivación e incongruencia, para aseverar que actuó fuera de su competencia.

En este orden tenemos, en cuanto a lo argüido por los accionantes que Tribunal Superior del Trabajo, **modificó su propia decisión**, cabe destacar, que de las sentencias consignadas por los accionantes, como anexos en el expediente contentivo de la presente acción de amparo, marcadas con las letras "C" y "E", respecto de las cuales aducen que la marcada con la letra "C" corresponde a la sentencia lesiva de los derechos constitucionales de la empresa Sps Risk, que fue modificada luego de que consignaron su recurso de control de legalidad, mientras que la decisión marcada con la letra "E", que el accionante anexa conjuntamente con documento de la Notaría Pública Cuadragésima Cuarta del Municipio Libertador del Distrito Capital, corresponde a la "sentencia original", que esta acompañada inspección extrajudicial; se observa, que dichas decisiones efectivamente tienen diferencias en el Capítulo IV denominado Consideraciones para Decidir.

En este orden, a continuación se transcribe extractos de la sentencia dictada el 20 de octubre de 2008, por el Juzgado Tercero Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, específicamente los concernientes al Capítulo IV Consideraciones para Decidir, en los cuales se destacan con negrillas por quien suscribe, los pronunciamientos que no se encuentran en la decisión señalada como "original" por los accionantes y que la identifican con la letra "E":

"Capitulo IV Consideraciones para decidir. /En materia del trabajo la carga de la prueba se distribuye según la forma como la demanda de contestación a la demanda. En el caso de autos la parte demandada contestó la demanda en tiempo oportuno en la que indica que SPS RISK no tenía el carácter de intermediario, sino de contratista, porque mediante un contrato se encargó de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos para las Beneficiarias del Servicio; por otra parte; Bp Holdings Ltd Y Bp Oil Venezuela Ltd, no conforman un grupo de empresas pues no tienen control accionario, ni directivas comunes, y sus actividades no están integradas; y el actor, desempeñaba labores como supervisor para Sps Risk, así que en ningún caso le corresponde la aplicación de la Convención Colectiva Petrolera, y su jornada era de 11 horas diarias, por lo que no se le adeudan horas extras; y en virtud de las labores desempeñadas, el actor debía ser considerado trabajador de inspección y vigilancia, El artículo 54 de la Ley Orgánica del Trabajo establece:...En el caso que, de la declaración de parte de la demandada, así como también de las pruebas aportadas a los autos, se desprende que, los instrumentos y herramientas con que desempeñaba su labor el accionante, pertenecían a Bp Holdings Ltd, ubicados en...donde se aprecia que se desempeñaba en un departamento

denominado "Centro de Control Maestro (Cecom)", con el cargo de "Controlador", adscrito a la Gerencia de Seguridad de Bp Holdings Ltd, tal y como es reconocido por las propias codemandadas cuando afirman en sus escritos de contestación de demanda que, que admiten como cierto que el actor suscribió contrato de trabajo con su patrono, que el patrono es una empresa que se dedica a prestar servicios de seguridad, protección y vigilancia de personas y bienes, que el actor debía reportar las actividades realizadas fuera y dentro de las oficinas de las beneficiarias del servicio, que las funciones del actor mientras duró la relación de trabajo estuvo circunscrita a la vigilancia y seguridad de las personas y bienes; que el actor desempeñaba el cargo de contralor y su actividad pertenecía Área de seguridad, y que al Folio 345 marcado con letra E corre inserta Constancia de Trabajo de fecha 23/09/2005; al folio 346 marcado con letra F, corre inserta carta dirigida al Actor donde le informan que se le ha asignado la plaza de contralor en el Departamento de Seguridad de BP; **y es así, que la empresa codemandada Sps Risk, en el contrato suscrito con Bp Venezuela Holdings Ltd, en la cláusula 6.8 y la 1.5 del Anexo A, (ambas del contrato), la empresa Sps Risk se obliga a proveer el uniforme (vestigo y calzado) a los trabajadores contratados por ésta para prestar servicios para Bp Venezuela Holdings Ltd, y, de las pruebas aportadas al proceso por la demandada, ésta no demostró que hubiese cumplido con la correspondiente dotación, por lo que al no haber cumplido la parte codemandada con su carga probatoria de demostrar que los instrumentos con que realizaba la labor el actor, pertenecían a Sps Risk, y conforme al artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y las funciones desempeñadas por el accionante, aprecia este Juzgador, que los teléfonos, ordenadores, equipos electrónicos, papeles, videos y cámaras, locales y demás instrumentos que conforman el "Centro de Control Maestro (Cecom)", en la Gerencia de Seguridad de Bp Holdings Ltd, pertenecían a ésta última, y por tanto, Sps Risk no se encargaba de ejecutar con sus propios elementos el servicio previsto en el Contrato suscrito con Bp Holdings Ltd, y en razón de ello, se comprometió la responsabilidad laboral del beneficiario del servicio, esto es, Bp Holdings Ltd, cuando éste recibía los servicios prestados por el hoy demandante ciudadano Ruben Dario Lander Linares como Controlador en el "Centro de Control Maestro (Cecom)" en la Gerencia de Seguridad de Bp Holdings Ltd, ubicado en..., por ello se configura el supuesto de hecho establecido en la norma del artículo 54 de la Ley Orgánica del Trabajo y en consecuencia, el ciudadano Ruben Dario Lander Linares tiene el derecho a disfrutar de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que corresponden a los trabajadores contratados directamente por Bp Holdings Ltd, para laborar como empleados y/o trabajadores de seguridad y vigilancia, en las oficinas ubicadas en...Por otra parte, conforme al artículo 47 de la Ley Orgánica del Trabajo, la calificación de un cargo como de confianza obedece a la naturaleza real de los servicios prestados, independientemente de la denominación que se le atribuya...es así que, conforme a la descripción de servicios que corresponde a labor de un agente controlador tal y como aparece descrita en el Anexo A del Contrato suscrito entre Sps Risk y Bp Venezuela Holdings Ltd (ver folio 19 cuaderno IV)...y como la propia parte codemandada reconoce en su contestación de la demanda que, el ciudadano Ruben Dario Lander Linares, como controlador en el 'Centro de Control Maestro (Cecom)' en la Gerencia de Seguridad de Bp Holdings Ltd, este se encargaba de: **Monitorear las video cámaras que controlan el acceso a las oficinas de BP, observando constantemente los monitores; Atender las llamadas de emergencia responder las mismas y reportarlas a su supervisor de seguridad; Atender las llamadas de servicio; Llevar a cabo rondas nocturnas para inspeccionar los tres pisos, así como controlar los objetos perdidos y encontrados en las oficinas de BP; Asistir y coordinar todo servicio especial requerido, (esto es, el transporte mediante taxis de personal de BP); Monitorear los sistemas de alarma, así como el sistema central de alarma de las residencias de los expatriados; Reportar los incendios de seguridad; Mantener actualizados los archivos de seguridad; Hacer los carnets de identificación de los empleados y controlar el acceso a las oficinas entre las 7 am y 7 pm; Y para todo lo anterior, se llevaba un registro mediante el libro de novedades cuando le correspondía la jornada a laborar (guardia), y que en la audiencia de apelación, ambas partes estuvieron contestes en las funciones que desempeñaba el actor, y en los registros del libro de novedades que cursa inserto a los cuadernos de recaudos II y III, así que dicha labor, aprecia este juzgador se corresponden a las de un trabajador de inspección y vigilancia,****

conforme al artículo 46 de la Ley Orgánica del Trabajo, y no a la de un trabajador de confianza, por lo que las funciones que desempeñó no lo excluyen del ámbito de aplicación de la Convención Colectiva Petrolera... De los registros anotados en el libro de novedades se comprueba que el esquema laboral del ciudadano Ruben Dario Lander Linares como agente controlador, en el Cecom (Centro de Operaciones de Seguridad) era de cuatro días laborados por dos de descanso, y de esos cuatro días laborados, dos correspondían a jornada diurna y los otros dos a jornada nocturna, además, conforme a lo afirmado en el libelo de la demanda y lo establecido en el Contrato suscrito entre Sps Risk y Bp Venezuela Holdings Ltd (Anexo A, descripción de los servicios folio 19), cada jornada era de 12 horas, y por haber laborado el trabajador por turnos que rotan en dos guardias en actividades continuas bajo el sistema de trabajo denominado siete por siete (7x7), y conforme a lo establecido en el artículo 198 de la Ley Orgánica del Trabajo en función de la labor desempeñada por el actor, de seguridad y vigilancia, las horas extras que laboró el hoy accionante fue de 2 horas por cada jornada laborada (la empresa no demostró que pudiese ausentarse del lugar de trabajo), siendo 2 horas extras diurnas por cada jornada diurna (7am a 7 pm), y 2 horas extras nocturnas por cada jornada nocturna (7pm a 7am), durante todo el período en que perduró la relación laboral, esto es, desde el 17/04/2004 y el 03/11/2005, que por lo que, observa este juzgador le es aplicable lo señalado en la cláusula 68 de la Convención Colectiva sobre la denominada jornada 7 x 7, y los cálculos correspondientes conforme a los conceptos reclamados por el actor en su libelo de la demanda. Así se Decide. Siendo así, y como quiera que la codemandada Bp Holdings Ltd en su escrito de contestación a la demanda, admite que su actividad esta dedicada a la industria de Hidrocarburos, y es una contratista de PDVSA, es de presumir que las condiciones laborales y beneficios de sus empleados se corresponden a los establecidos en la Convención Colectiva Petrolera, lo cual se deduca también de las cláusulas contenidas en el Contrato N° CC05001 suscrito entre Sps Risk y Bp Venezuela Holdings Ltd, en la cláusula 3.9; por lo que las condiciones de trabajo de Ruben Dario Lander Linares deben regirse por la Convención Colectiva Petrolera de PDVSA. ASI SE DECIDE. Es de observar por este juzgador, que la codemandada Sps Risk, al momento de liquidar las prestaciones sociales del trabajador, le canceló la cantidad de 60 y 45 días por despido injustificado (artículo 125 LOT) e indemnización sustitutiva de preaviso, en base a un salario básico diario de Bs. 30.000,00, es decir, que ni tan siquiera tomó en cuenta, las alícuotas que por utilidades y bono vacacional le correspondía para los efectos de establecer el salario base de cálculo; lo cual de por sí ya implica un incumplimiento de la normativa legal. Por el tipo de jornada semanal que le correspondió laborar, lo cual queda demostrado de los libros de novedad anexos a los cuadernos de recaudos 2 y 3, de 2 jornadas diarias de 12 horas de 7 pm a 7am, y luego 2 días, de descanso, se hace evidente que al trabajador le correspondió entre el período de tiempo comprendido entre el 17/04/2004 y el 03/11/2005, laborar los días domingos, por lo que es procedente la reclamación en ese sentido. Asimismo, la empresa no incorporo pruebas a los autos de haber cumplido con la dotación de uniformes a que se comprometió conforme a la cláusula 6.8 del contrato suscrito entre Sps Risk y Bp Venezuela Holdings Ltd. Así se establece. Evidenciado como se encuentra que existe una diferencia a favor del trabajador en cuanto a la aplicación de los beneficios estipulados en la Convención Colectiva Clausula 69, en cuanto le son aplicables, es así que, le corresponde por una antigüedad de 1 año, 6 meses y 17 días, y un salario básico mensual de Bs. 958.800 (equivalente a BsF. 958,90) al finalizar la relación de trabajo, el pago de: 1.- Diferencia de prestación de antigüedad, conforme a lo establecido en el artículo 108 de la LOT y la cláusula 9.1b de la Convención Colectiva, derivada de la diferencia que hubo entre el salario que devengaba el trabajador y el salario básico mensual establecido en la Convención Colectiva Petrolera, conforme a la cláusula 6, esto es, Bs. 28.800 (equivalentes a BsF. 28,80), entre el 21/10/2004 y el 30/04/2005M y Bs, 58.000 (equivalentes a BsF. 58 mensuales), entre el 01/05/2005 y el 03/11/2005; 2.- Despido injustificado por 60 días, la diferencia que le corresponde por el salario base de cálculo, partiendo del hecho que la liquidación se realiza en base a un

salario básico de Bs. 900.000,00 (equivalentes a BsF.900) y le correspondía como salario básico mensual al finalizar la relación de trabajo la cantidad de Bs. 958.800, (equivalentes a BsF. 958,80);3.- Preaviso por 45 días, tomando en cuenta la diferencia que le corresponde por el salario base de cálculo, partiendo del hecho que la liquidación se realiza en base a un salario básico de Bs. 900.000,00 (equivalentes a BsF. 900) y le correspondía como salario básico mensual al finalizar la relación de trabajo la cantidad de Bs. 958.800, (equivalentes a BsF. 958,80); 4.-Indemnización de Antigüedad Adicional en 30 días, conforme a la cláusula 9.1c; 5.- Pago por alimentación conforme a la cláusula 12 de la Convención Colectiva; 8.-Pago por domingos y feriados laborados, Prima dominical, durante el período de tiempo comprendido entre el 17/04/2004 y el 03/11/2005, conforme al régimen de guardias que realizaba: cuatro días laborados y dos de descanso, calculados conforme a la cláusula 7 d de la Convención Colectiva; 9.- Horas extras, conforme a la cláusula 7 y 68 de la Convención Colectiva, y tomando en cuenta que su jornada diaria era de 10 horas efectivas de labor conforme al artículo 198 LOT; 10.-Hora de reposo y comida, conforme a la cláusula 64b, por las jornadas laboradas durante el período comprendido entre el 17/04/2004 y el 03/11/2005; 11.-Diferencia por vacaciones anuales (34 días), y vacaciones fraccionadas (17 días) y ayuda vacacional (30,82 días), conforme a la cláusula 8a, 8b y 8c, de la Convención Colectiva; 10.- Diferencia por utilidades fraccionadas por 80 días, (calculadas en base a 60 días por año), tomando en cuenta que, le correspondía devengar un salario básico mensual de Bs. 928.800 (equivalentes a BsF. 928,80), entre el 21/10/2004 y el 30/04/2005; y Bs. 958.000 (equivalentes a BsF. 958 mensuales), entre el 01/05/2005 y el 03/11/2005. 11.- Uniformes y lavandería, conforme a la cláusula 35 de la Convención Colectiva; 12.- Bono nocturno, conforme a la cláusula 7c de la Convención Colectiva, por las jornadas nocturnas laboradas en el periodo comprendido entre el 17/04/2005 y 03/11/2005, conforme al régimen de guardias que realizaba: dos días laborados en jornada diurna, dos días laborados en jornada nocturna y dos días de descanso; 13.- Indemnización prevista en la cláusula 69.11 de la Convención Colectiva; El experto debe deducir las cantidades que le fuesen canceladas en la liquidación y los recibos de pago, por los conceptos antes indicados, para lo cual la empresa SPS RISK, deberá colocar a la disposición y consulta, todos los recibos de pago, liquidación y registro de jornadas laboradas, correspondientes al ciudadano Ruben Dario Lander Colmenares (CI N° 6.306.021), de no cumplir la empresa demandada con lo aquí ordenado, el experto deberá realizar los cálculos conforme a los montos y días alegados en el libelo de la demanda. Experticia complementaria del fallo: Se ordena una experticia complementaria del fallo a cargo del único experto de conformidad con los artículos 59 y 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, cuyos gastos serán sufragados por la parte demandada. De conformidad con lo establecido en los artículos 249 del Código de Procedimiento Civil y 185 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se ordena la práctica de una experticia complementaria del fallo por un solo experto, elegido de común acuerdo entre las partes o en su defecto designado por el Tribunal ejecutor. Así se decide. Finalmente, se ordena la corrección monetaria, desde la oportunidad del decreto de ejecución forzosa, conforme al artículo 185 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, hasta la oportunidad efectiva del pago, excluyendo de dicho cálculo los lapsos sobre los cuales la causa haya quedado paralizada por acuerdo entre las partes, hecho fortuito o fuerza mayor, vacaciones judiciales y huelga de los funcionarios judiciales, para lo cual se ordena una experticia complementaria del fallo. Así se decide. Se ordena el pago de los intereses sobre la prestación de antigüedad durante el tiempo que duró la relación laboral, sobre la tasa promedio para el cálculo de intereses de prestaciones sociales establecida en el Banco Central de Venezuela, de conformidad con el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo. Así se decide. Se ordena el pago de los intereses de mora de las prestaciones sociales, conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo de Justicia para su cálculo, los cuales deberán ser cuantificados a través de experticia complementaria

del fallo antes ordenada, conforme lo establece el artículo 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, rigiéndose la misma bajo los siguientes parámetros: a) El perito deberá servirse de la tasa fijada por el Banco Central de Venezuela, de conformidad con el literal c) del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, c) Será realizado antes de indexar la cantidad condenada a pagar, y e) Para el cálculo de los enunciados intereses de mora no operará el sistema de capitalización de los propios intereses, ni serán objeto de indexación. Así se decide...". (Subrayado y negrillas de la Fiscal).

De lo antes transcrito, se aprecia que el Juzgado Tercero Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, efectuó modificaciones sustanciales en la parte motiva de la sentencia, que inciden en el dispositivo del fallo, tales como las relativas a la obligación de la empresa Sps Risk de proveer el uniforme a los trabajadores contratados para prestar servicios para Bp Venezuela Holdings Ltd; que de acuerdo a la descripción de servicios que corresponde a la labor de un agente controlador, el ciudadano Ruben Dario Lander se encargaba de monitorear las video cámaras que controlan el acceso a las oficinas de BP, observando constantemente los monitores, atender las llamadas de emergencia responder las mismas y reportarlas a su supervisor de seguridad, atender las llamadas de servicio, llevar a cabo rondas nocturnas para inspeccionar los tres pisos, así como controlar los objetos perdidos y encontrados en las oficinas de BP, asistir y coordinar todo servicio especial requerido, monitorear los sistemas de alarma, así como el sistema central de alarma de las residencias de los expatriados, reportar los incendios de seguridad, mantener actualizados los archivos de seguridad, hacer los carnets de identificación de los empleados y controlar el acceso a las oficinas entre las 7 am y 7 pm, para todo lo cual se llevaba un registro mediante el libro de novedades cuando le correspondía la jornada a laborar (guardia); que en función de la labor de seguridad y vigilancia desempeñada por el ciudadano Ruben Dario Lander, le es aplicable lo dispuesto en la cláusula 68 de la Convención Colectiva sobre la denominada jornada 7 x 7 y los cálculos correspondientes conforme a los conceptos reclamados por dicho ciudadano en su libelo de la demanda; el pago que le corresponde cancelar a la empresa Sps Risk al ciudadano Ruben Dario Lander, por antigüedad al finalizar la relación de trabajo; la experticia complementaria del fallo; la corrección monetaria desde la oportunidad del decreto de ejecución forzosa, de conformidad con el artículo 185 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, hasta la oportunidad efectiva del pago; y el pago de intereses sobre la prestación de antigüedad, durante el tiempo que duró la relación laboral; así como el pago de los intereses de mora de las prestaciones sociales, conforme a la doctrina establecida por ese Máximo Tribunal de la República para su cálculo.

Por lo tanto, considera quien suscribe, que dicho Juzgado Tercero Superior del Trabajo, le conculcó a la empresa SPS RISK, sus derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y a la confianza legítima, contemplados en los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Al respecto, ese Máximo Tribunal de la República, ha señalado lo siguiente:

"...Así las cosas, observa la Sala que por medio de la decisión de fecha 27 de julio de 1999, el Juzgado Séptimo de Primera Instancia efectivamente modificó el dispositivo del fallo de fecha 1º de junio de 1999, cuando ya no se encontraba en la posición de hacerlo, en virtud de que un Tribunal de la República no puede revocar por contrario imperio una decisión dictada en ejecución de un fallo definitivamente firme, pues tal actuación atenta contra el principio del debido proceso, consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y por ello vulnera el principio de intangibilidad de las decisiones judiciales y con ello la estabilidad de los derechos de los particulares. En tal sentido, observa la Sala que el debido proceso encuentra en este caso su concreción legislativa en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil...". Sentencia número 556, dictada por la Sala Constitucional, el 19 de

junio de 2000, Ponente: Magistrado Iván Rincón Urdaneta. (Negrillas y subrayado de la Fiscal).

"...Justamente, en obsequio al valor seguridad jurídica y a la garantía de transparencia e imparcialidad de las decisiones judiciales que, como manifestaciones específicas del derecho fundamental a la tutela judicial eficaz, reconoce el artículo 26 de la Constitución, tanto el Código de Procedimiento Civil (artículo 252) como el Orgánico Procesal Penal (artículo 176) proscriben la reforma de los actos jurisdiccionales, por parte del mismo tribunal que lo haya expedido, salvo que se trate de autos de mero trámite o de corrección de omisiones o errores que no constituyan modificaciones de fondo esenciales. Así, el precitado artículo 176, el cual concierne particularmente a la situación sub examine, preceptúa: Después de dictada una sentencia o auto, la decisión no podrá ser revocada ni reformada por el tribunal que la haya pronunciado, salvo que sea admisible el recurso de revocación...". Sentencia número 1068, dictada por la Sala Constitucional, el 31 de julio de 2009, Ponente: Magistrado Pedro Rondón Haaz. (Negrillas y subrayado de la Fiscal).

Sobre el particular, es importante resaltar, que la confianza legítima constituye la garantía de transparencia e imparcialidad de las decisiones, que por ende se traduce en la seguridad jurídica que de las mismas debe derivar para las partes del proceso y que al ser conculcada, atenta contra su derecho a la Tutela Judicial Efectiva, consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tal como se evidencia del caso de autos, en el cual el Juzgado Tercero Superior del Trabajo luego de ingresar en el Sistema Juris 2000, en el cual se registran todos los actos emanados de los órganos jurisdiccionales, una sentencia con fecha 20 de octubre de 2008, elaboró una decisión con la misma fecha, que contenía modificaciones relevantes en el Capítulo IV denominado Consideraciones para Decidir y en la cual se establecían argumentos totalmente disímiles a los que se encontraban en la decisión original y publicada en el Sistema Juris, para resolver el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Ruben Dario Lander, en contra de la decisión emitida por el Tribunal Cuarto de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo, lo cual alteraba lo que se había condenado a pagar a las empresas Sps Risk, Bp Venezuela Holding Limited y Bpoil Venezuela Limited, toda vez que en el dispositivo del fallo se estableció, que se condenaba a la parte demandada a pagar a la parte actora, los conceptos determinados en la parte motiva de la decisión.

En tal sentido, cabe destacar, que de los documentos cursantes en el expediente formado con ocasión de la acción de amparo interpuesta, se evidencia, que los apoderados judiciales de la empresa Sps Risk, a los fines de constatar la existencia de las referidas divergencias entre las argumentaciones contenidas en la sentencia dictada por el mencionado Tribunal de Alzada, en fecha 20 de octubre de 2008 y las incluidas en la decisión que fue publicada con esa misma fecha en el Sistema Juris 2000, le solicitaron a la Notaría Pública Cuadragésima Cuarta del Municipio Libertador del Distrito Capital, en fecha el 20 de mayo de 2009, que se trasladara a la sede de los Tribunales Laborales de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, específicamente a la Sala o Sistema Juris, a los fines de dar fe pública de los siguientes hechos: 1) Que se diga cuales son las partes actuantes en el expediente signado con el número y letras AP21-L-2006-001064; 2) Que el Jefe de ese Departamento indicara cual era el procedimiento para incorporar una sentencia en el sistema denominado Juris; 3) En que fecha se incorporó al Sistema Juris la sentencia dictada y publicada por el Juez Superior Tercero del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Dr. Hernán Vásquez Flores, en el asunto número AP21-R-2008-000976; 4) Que se de cuenta a dicha Notaría, de los Registros electrónicos que se han hecho en el referido expediente desde el día 20 de octubre de 2008, hasta el día que se hacia la solicitud, es decir, el 25 de mayo de 2009; 5) Que se informe sobre la inviolabilidad del acceso al sistema Juris y que personas pueden modificar autos y sentencias; y 6) Que se verifique en la computadora del Juzgado Superior Tercero del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, el contenido de la sentencia dictada en el asunto número AP21-R-2008-000976, en fecha 20 de octubre de 2008 y si esta es igual a la publicada en el sistema Juris.

Sobre el particular, la Notaría Pública Cuadragésima Cuarta del Municipio Libertador del Distrito Capital, en fecha 25 de mayo de 2009, se traslado y constituyó en la sede de los Tribunales Laborales de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, a los fines de practicar Inspección Ocular,

solicitando para ello la designación de un experto en el área de sistemas informáticos y una vez en dicha sede, se dirigieron al lugar donde funciona el Sistema Juris, dejándose constancia entre otros aspectos, de lo siguiente:

1. El procedimiento para incorporar cualquier asunto por parte del Juez es: El Juez redacta la sentencia y luego de ser redactada es incluida por parte de este en el sistema denominado Juris 2000. Una vez incorporada en el sistema, verifica que la incursión en el sistema se haya realizado exitosamente. Posteriormente el Juez imprime un ejemplar el cual firma con el secretario y la incorpora al expediente debiendo ser idéntica la primera sentencia, es decir la que se encuentra incluida en el sistema Juris 2000 y la segunda, es decir, la que el Juez imprimió y que se encuentra físicamente en el expediente.
2. Las Analistas Profesionales del Sistema Juris, María Alejandra Hernández y Natali Escalante, informaron a la Notaría, que las sentencias incorporadas al dicho sistema, solo podían ser modificadas por el Juez del cual emana la sentencia, el mismo día que la incluyó antes de las 5:59 pm, por cuanto una vez pasada esa hora de cualquier día, el Sistema queda bloqueado de tal forma que resulta imposible modificar o alterar cualquier documento.
3. El Secretario, Abog. Tomás Mejías informó que resultaba imposible verificar el contenido de la computadora que se encontraba localizada en el Juzgado Tercero Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, por cuanto el Juez, Dr. Hermann Vásquez Flores, no se encontraba en funciones.
4. La Notaría vista la solicitud de los apoderados de la empresa SPS Risk, de que se confrontara el ejemplar de la sentencia electrónica que se encontraba en el Sistema Juris 2000, con la sentencia por ellos presentada, que les fue suministrada por el Sistema, constante de veinticuatro (24) folios útiles; se procedió a realizar dicha confrontación, pudiendo constatar que las mismas eran idénticas.

Al respecto y tal como se evidencia de lo antes expuesto, el Juez incorpora sus decisiones en el Sistema Juris y es el único que puede modificarlas el mismo día hasta las 5:59 pm. Asimismo se observa, que no se pudo contrastar el contenido de la sentencia señalada como lesiva por los accionantes, con la decisión que aparece publicada en el referido Sistema, que identifican como original, pues el Juez Tercero Superior no se encontraba en el Despacho y por último la sentencia contenida en el Sistema Juris 2000, correspondía en forma idéntica con la decisión impresa por los accionantes, de dicho Sistema.

De lo que se infiere, que efectivamente la sentencia que los apoderados judiciales de la empresa Sps Risk, señalan que les vulneró sus derechos constitucionales a la Defensa, al Debido Proceso, a la Tutela Judicial Efectiva y a la Confianza Legítima y acompañan al expediente constituido con ocasión de la acción de amparo interpuesta, en copia certificada y firmada por el Juez Titular del Juzgado Tercero Superior del Trabajo, no corresponde a la que se encontraba ingresada en el Sistema JURIS 200

En tal sentido, cabe destacar, que el mencionado Tribunal de Alzada al modificar su decisión publicada en el Sistema Juris 2000, les vulneró los derechos constitucionales a la empresa Sps Risk, al debido proceso, a la defensa, a la tutela judicial efectiva y principalmente a la confianza legítima, pues la dejó en una situación de inseguridad jurídica, al no conocer efectivamente cual fue el fallo que emitió, cuando confiaban en una decisión que se encontraba publicada en el Sistema Juris 2000, en la que se declaraba Con Lugar el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Ruben Dario Lander y condenaba a la empresa Sps Risk a pagar a dicho ciudadano, pero en base a conceptos diferentes.

Situación que alarma a esta Representante del Ministerio Público, pues con actuaciones como la antes referida, se atenta contra el principio de intangibilidad de las decisiones judiciales y principalmente con la estabilidad de los derechos de los particular, así como con la transparencia e imparcialidad que deben contener las decisiones judiciales.

Por otra parte, denuncian los accionantes, que el fallo 20 de octubre de 2008, emanado por el Juzgado Tercero Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, incurrió en el vicio de contradicción en la motivación de la sentencia, al respecto vemos del contenido de la sentencia señalada como lesiva de los derechos constitucionales de la empresa SPS RISK, que efectivamente se contradice en los pronunciamientos que dan lugar a su motivación, por cuanto en el Capítulo denominado del análisis probatorio y específicamente en lo referente a las pruebas de la demandada, el Tribunal Tercero Superior señala que el contrato original

número CC05001 celebrado entre Bp Venezuela Holdings Limited y Sps Risk C.A, durante el mes de agosto del año 2005, se valora de acuerdo a lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y que del mismo se desprende que la empresa SPS RISK era contratista de Bp Venezuela Holdings Limited, para prestar los servicios de asesoría profesional en el área de seguridad y protección de personas y/o bienes; mientras que en el Capítulo IV denominado Consideraciones para Decidir, el sentenciador manifiesta, que como quiera que la codemandada Bp Holdings Limited Ltd en su escrito de contestación a la demanda, admite que su actividad esta dedicada a la industria de Hidrocarburos y es una contratista de PDVSA, es de presumir que las condiciones laborales y beneficios de sus empleados se corresponden a la Convención Colectiva Petrolera, lo cual se deduce también de las cláusulas contenidas en el Contrato CC05001 suscrito entre Sps Risk y Bp Venezuela Holdings Ltd, en la cláusula 3.9, por lo que las condiciones de trabajo de Ruben Dario Lander Linares deben regirse por la Convención Colectiva Petrolera de PDVSA.

Por lo tanto, dicha sentencia incurre en el vicio de contradicción, al señalar por una parte que la empresa Sps Risk era contratista de Bp Venezuela Holdings Limited y por otra que el ciudadano Ruben Dario Lander siendo un trabajador de inspección y vigilancia de dicha empresa, tenía los mismos derechos en la Convención Colectiva Petrolera de los cuales se beneficiaban los trabajadores de la empresa Bp Venezuela Holdings Limited.

En virtud de que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 54 de la Ley Orgánica del Trabajo, únicamente los trabajadores de las empresas intermediarias, disfrutaran de los mismos beneficios que correspondan a los trabajadores contratados directamente por el patrono beneficiario, que en este caso es Bp Venezuela Holdings Limited.

Por lo que dicho Tribunal de Alzada, al afirmar en su sentencia que el trabajador de la empresa Sps Risk, Ruben Dario Lander, goza de los mismos beneficios que los de la empresa Bp Venezuela Holdings Limited, por cuanto se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Convención Colectiva Petrolera, esta señalando que la empresa Sps Risk es una intermediaria de la empresa Bp Venezuela Holdings Limited y no una contratista, tal como se evidencia del Capítulo denominado Consideraciones para Decidir, en el que se señala que de la declaración de la parte demandada y de las pruebas aportadas a los autos, se desprendía que los instrumentos y herramientas con que el ciudadano Ruben Dario Lander desempeñaba su labor, pertenecía a Bp Venezuela Holdings Limited, lo cual ejercía en un Departamento denominado "Centro de Control Maestro (Cecom)", con el cargo de Controlador, adscrito a la Gerencia de Seguridad de Bp Venezuela Holdings Limited y al no haber cumplido Sps Risk con la carga probatoria de demostrar que los instrumentos con los que realizaba su labor el ciudadano Ruben Dario Lander pertenecían a Sps Risk, dicha empresa no se encargaba de ejecutar con sus propios elementos el servicio previsto en el contrato suscrito con Bp Venezuela Holdings Limited, en razón de lo cual se comprometió su responsabilidad laboral del beneficiario del servicio, que es Bp Venezuela Holdings Limited, por lo que se estaba en presencia del supuesto de hecho establecido en el artículo 54 de la Ley Orgánica del Trabajo y en consecuencia el ciudadano Ruben Dario Lander, tenía el derecho a disfrutar de los mismos beneficios y condiciones de los trabajadores contratados por Bp Venezuela Holdings Limited.

Afirmación, que en criterio de quien suscribe, creo serias dudas en las partes del proceso, sobre la posición del Juzgador de Alzada, sobre la naturaleza jurídica de la actividad desempeñaba la empresa SPS RISK, al señalar en la parte relativa a las pruebas de la demandada, que de acuerdo al contrato original número CC05001, suscrito entre Sps Risk y Bp Venezuela Holdings Limited, se evidenciaba que Sps Risk era contratista de Bp Venezuela Holdings Limited, para luego en el Capítulo Consideraciones para Decidir, manifestar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 54 de la Ley Orgánica del Trabajo (que dispone que únicamente los trabajadores de las empresas intermediarias, disfrutaran de los mismos beneficios que correspondan a los trabajadores contratados directamente por el patrono beneficiario), el ciudadano Ruben Dario Lander, tenía derecho a disfrutar de los mismos beneficios de los trabajadores contratados por Bp Venezuela Holdings Limited.

En virtud de lo cual, opina esta Representante del Ministerio Público, que al existir tal contraste entre las argumentaciones del Juzgador, cuando resuelve el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Ruben Dario Lander, no se puede delimitar la ratio decidendi del juicio, lo que acarrea una motivación contradictoria de la sentencia.

En relación a este tema, la Sala Constitucional de ese Máximo Tribunal de la República, mediante decisión número 1862, de fecha 28 de noviembre de 2008, Ponente: Magistrado Francisco Carrasqueño López, ha señalado lo siguiente:

“...A mayor abundamiento, la coherencia interna que debe tener toda sentencia, exige que el Juez impida la existencia de vicios lógicos del discurso, lo cual comprende lo siguiente: a) La necesidad de que, al ser contrastadas o comparadas globalmente todas las argumentaciones expuestas en la motivación, no sea observable disonancia alguna entre aquéllas; y b) La exigencia de que no existan errores lógicos derivados simplemente de una concreta argumentación efectuada por el juzgador. De cara al primer requisito, cuando el mismo no es cumplido, se produce la denominada incoherencia intracontextual, o incoherencia del conjunto o contexto de la motivación, siendo que en este caso el vicio lógico se pone de manifiesto al comparar y contrastar la contradicción existente entre los diversos argumentos que conforman una misma justificación. Ahora bien, y tal como lo afirma Taruffo, citado por Colomer Hernández, **en puridad sólo se producirá una motivación contradictoria cuando exista un contraste lógico radical entre las argumentaciones, de manera que éstas se anulen respectivamente y resulte en consecuencia imposible delimitar la ratio decidendi del juicio** (Colomer Hernández, Ignacio. La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales. Editorial tirant lo blanch - Universidad Carlos III de Madrid. Valencia, 2003, p. 295). Sobre el vicio de motivación contradictoria, resulta ilustrativo el criterio sostenido por la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia n° 609 del 30 de julio de 1998, según el cual: **‘El vicio de contradicción, capaz de anular el fallo impugnado, debe encontrarse en su dispositivo, de suerte que lo haga inejecutable. También existe el llamado vicio de motivación contradictoria, el cual constituye una de las modalidades o hipótesis de inmotivación de la sentencia, que se produciría cuando la contradicción está entre los motivos del fallo, de tal modo que se desvirtúan, se desnaturalizan o se destruyen en igual intensidad y fuerza, lo que hace a la decisión carente de fundamentos y por ende nula.** El primero de los vicios reseñados se da en la parte dispositiva o resolutive del fallo, y ocurre cuando por la destrucción recíproca de las partes de la sentencia es imposible su ejecución. Esto configuraría la violación del artículo 244 del Código de Procedimiento Civil. El último de los vicios aludidos -motivación contradictoria- como ya se señaló, constituye una de las modalidades de inmotivación del fallo y se verifica si los motivos se destruyen unos a otros por contradicciones graves o inconciliables, generando así una situación equiparable a la falta de fundamentos y ello conllevaría a la infracción del ordinal 4° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil’...”. **(Negritas y subrayado de la Fiscal).**

De igual forma, cabe destacar, que tal como lo ha señalado ese Máximo Tribunal de la República en sus decisiones, el vicio de contradicción en los motivos, del cual adolece la sentencia impugnada, constituye una de las modalidades de la inmotivación de la sentencia, que hace que la misma carezca de fundamentos y por ende sea nula.

Por lo tanto, considera quien suscribe, que el Juzgado Tercero Superior del Trabajo, le cercenó a la empresa SPK sus derechos a la Tutela Judicial Efectiva, a la Defensa y al Debido Proceso, cuando emitió una decisión que se contradice en sus motivos y por ende se encuentra inmotivada, no dejando clara cual es la posición del Juzgador en torno a lo planteado en el recurso.

Sobre el particular, ese Máximo Tribunal de la República, ha señalado lo siguiente:

“...En este sentido, la tutela judicial efectiva no sólo comprende el acceso a los órganos jurisdiccionales, sino que demanda la solución oportuna y razonada de las decisiones judiciales, de allí se desprende la obligación fundamental del juez de mantener el proceso y las decisiones dentro del marco de los valores del derecho a la defensa, al debido proceso, a la búsqueda de la verdad y a la preservación de los principios y garantías consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...”. Sentencia número 164, dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 27 de abril de 2006, Ponente: Magistrado Eladio Ramón Aponte Aponte.

Asimismo, se evidencia, que el vicio de inmotivación del que adolece la sentencia accionada, atenta contra una norma de rango constitucional, como lo es el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, siendo la esencia de dicha norma, que todo fallo debe ser motivado, de manera que las partes conozcan del porque se declara con o sin lugar el recurso y por ende constituye un vicio que afecta el orden público, al crear en las partes intervinientes en el proceso, la duda de como se obtuvo el resultado final de la decisión, afectando por consiguiente su derecho a la defensa.

De igual forma, se observa, que en este caso el mencionado Tribunal de Alzada, al dictar su sentencia lesiva de los derechos constitucionales de los accionantes, no indicó cuales fueron las razones de hecho y de derecho que lo llevaron a concluir que el ciudadano Ruben Dario Lander utilizaba los instrumentos de trabajo de la empresa Bp Venezuela Holdings Limited y que por ende, tenía los mismos derechos y beneficios de los trabajadores de dicha empresa, señalando con tal afirmación, que la empresa Sps Risk era intermediaria de la empresa Bp Venezuela Holdings Limited y no contratista de la misma, como lo había indicado al conocer de las pruebas aportadas por las partes; dejando con tal actuación a la empresa Sps Risk en un estado de total indefensión y desconocimiento del proceso lógico y jurídico que efectuó el Juzgador para llegar a esa determinación.

En relación a este tema, ese Máximo Tribunal de la República, ha señalado lo siguiente:

"... todo acto de juzgamiento, a juicio de esta Sala, debe contener una motivación de la sentencia, en criterio de esta Sala, un vicio que afecta el orden público, ya que todo el sistema de responsabilidad civil de los jueces no podrá aplicarse y la cosa juzgada no se conocería como se obtuvo y principio rectores como el de congruencia y el de defensa de minimizar, por lo cual surgiría un caos social. / Fallos judiciales sin juzgamiento (motivación) atenta contra el orden público...".¹⁷⁶ (Subrayado y negrillas de la Fiscal).

Y en este mismo sentido, mediante sentencias números 1676 y 4379, de fechas 3 de agosto de 2007 y 12 de diciembre de 2005, respectivamente, con la Ponencia del Magistrado Francisco Antonio Carrasquero López, ha dispuesto:

"...El derecho de los justiciables a tener una decisión fundada en derecho, así como el derecho a conocer las razones de las decisiones judiciales, es decir, a una decisión motivada, constituyen derivaciones específicas del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En virtud de tales derechos, y sin perjuicio de la libertad del juez en la interpretación de las normas, el justiciable tiene la posibilidad de apreciar que la solución que se ha dado al caso concreto obedece a una exégesis racional del ordenamiento jurídico y no a la arbitrariedad. **En efecto, la motivación de la sentencia constituye una consecuencia esencial de la función que desempeñan los jueces y de la vinculación de éstos a la ley, siendo también que este requisito constituye para el justiciable un mecanismo esencial para contrastar la razonabilidad de la decisión, a los fines de poder ejercer los recursos correspondientes, y en último término, para oponerse a las resoluciones judiciales arbitrarias** (sentencia número 4.370/2005, de 12 de diciembre)...". (Subrayado y negrillas de la Fiscal).

"...En tal sentido, debe considerarse que el derecho a la tutela judicial efectiva, comprende el derecho de los justiciables a tener una decisión fundada en derecho, así como el derecho a conocer las razones de las decisiones judiciales, es decir, a una decisión motivada. En virtud de tales derechos, y sin perjuicio de la libertad del juez en la interpretación de las normas, el justiciable tiene la posibilidad de apreciar que la solución que se ha dado al caso concreto obedece a una exégesis racional del ordenamiento jurídico y no a la arbitrariedad. A mayor abundamiento, la motivación de la sentencia constituye una consecuencia esencial de la función que desempeñan los jueces y de la vinculación de éstos a

¹⁷⁶ Sentencia Nro. 1608, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 30 de julio de 2007, Ponente Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz.

la ley, siendo también que este requisito constituye para el justiciable un mecanismo esencial para contrastar la razonabilidad de la decisión, a los fines de poder ejercer los recursos correspondientes, y en último término, para oponerse a las resoluciones judiciales arbitrarias (vid. sentencia del Tribunal Constitucional español N° 175/1992, del 2 de noviembre)...".
(Subrayado y negrillas de la Fiscal).

En este sentido, considera esta Representante del Ministerio Público, además de lo antes señalado, que la decisión impugnada al no haber expresado las razones de hecho y de derecho por las cuales llegó a la determinación de que el ciudadano Ruben Dario Lander gozaba de los mismos beneficios de los empleados de la empresa Bp Holdings Limited, no cumplió con uno de los requisitos formales de la sentencia, previsto en el numeral 4 del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, como lo es que la misma debe contener los motivos de hecho y de derecho del fallo dictado.

Al respecto, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia número 241, de fecha 3 de abril de 2003, con la Ponencia del Magistrado Antonio Ramírez Jimenez , ha señalado:

"...El requisito de motivación impone al Juez el deber de expresar en la sentencia los motivos de hecho y de derecho que sustentan lo decidido. Esta exigencia tiene por objeto: a) controlar la arbitrariedad del sentenciador, pues le impone justificar el razonamiento lógico que siguió para establecer el dispositivo; y b) garantizar el legítimo derecho de defensa de las partes, porque éstas requieren conocer los motivos de la decisión para determinar si están conformes con ellos. En caso contrario, podrán interponer los recursos previstos en la ley, con el fin de obtener una posterior revisión sobre la legalidad de lo sentenciado..."

Sobre lo denunciado por los accionantes, en cuanto al vicio de incongruencia en el que incurre la sentencia impugnada, se observa, que en el Capítulo IV de la misma, denominado Consideraciones para Decidir, el Tribunal de Alzada señala:

"...Es el caso que, de la declaración de parte de la demandada, así como también de las pruebas aportadas a los autos, se desprende que, los instrumentos y herramientas con que desempeñaba su labor el accionante, pertenecían a Bp Holdings Ltd, ubicados en el piso 5 de la Torre Sudamérica en la Av. Francisco de Miranda, en el Rosal, Municipio Chacao de la ciudad de Caracas, donde se aprecia que se desempeñaba en un departamento denominado 'Centro de Control Maestro (Cecom)', con el cargo de 'Controlador', adscrito a la Gerencia de Seguridad de Bp Holdings Ltd, tal y como es reconocido por las propias codemandadas cuando afirman en sus escritos de contestación de demanda que, admiten como cierto que el actor suscribió contrato de trabajo con su patrono, que el patrono es una empresa que se dedica a prestar servicios de seguridad, protección y vigilancia de personas y bienes, que el actor debía reportar las actividades realizadas fuera y dentro de las oficinas de las beneficiarias del servicio..."

En relación a este particular, es importante señalar, que el objeto de la demanda incoada por el ciudadano Ruben Dario Lander, en contra de la empresa Sps Risk y como codemandadas solidarias a las empresas Bp Venezuela Holdings Limited y Bp Oil Venezuela Limited, es la diferencia de prestaciones sociales y otros beneficios adeudados del 3 de noviembre de 2004 al 3 de noviembre de 2005, diferencia de beneficios adeudados al trabajador entre el período del 17 de abril de 2004 al 2 de noviembre de 2004, despido injustificado, preaviso, salario básico, salario normal, salario mixto, ayuda especial, pago por alimentación, domingos diurnos, domingos nocturnos, días feriados diurnos, horas extras diurnas, horas extras nocturnas, horas extras ferias diurnas, pago de 1/2 hora de reposo y comida, prima dominical diurna, jornadas nocturnas, pago por alimentación, días feriados trabajados diurnos, días feriados trabajados nocturnos, día feriado no trabajado, días de descanso feriado, días compensatorios por domingos trabajados, uniformes, lavandería, vacaciones anuales, vacaciones fraccionadas, ayuda vacacional, diferencia de vacaciones por días no disfrutados, utilidades fraccionadas e indemnización sustitutiva por mora en el pago de la liquidación.

De lo que se evidencia, que desde el inicio del procedimiento judicial iniciado en contra de las referidas empresas, en virtud de la demanda interpuesta por el ciudadano Ruben Dario Lander, no se encontraba en discusión si los instrumentos de trabajo con los que dicho ciudadano laboraba, pertenecían o no a la empresa Sps Risk o si por el contrario formaban parte de la empresa Bp Venezuela Holdings Limited, ni si la empresa Sps Risk era contratista o intermediaria de Bp Venezuela Holdings Limited, por lo que considera esta Representante del Ministerio Público, que el Juzgador de Alzada, al fundar su decisión de condenar a la empresa Sps Risk al pago adeudado al ciudadano Ruben Dario Lander, en el hecho de que dicho ciudadano utilizaba los instrumentos y herramientas de trabajo de Bp Holdings Limited, por lo que tenía los mismos beneficios que los trabajadores de dicha compañía, incurrió en el vicio de incongruencia en la modalidad de extrapetita, al extralimitarse en decidir sobre puntos no planteados en la controversia y beneficiando de esta manera a una de las partes del proceso, como lo es el ciudadano Ruben Dario Lander.

Al respecto, cabe destacar, que la sentencia debe contener una decisión expresa, positiva y precisa, con fundamento en la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, en virtud de lo cual, el Juez tiene que decidir sobre las cuestiones propuestas por las partes, debido a que toda controversia judicial se encuentra delimitada a los hechos alegados como apoyo de la demanda incoada, así como los hechos señalados como fundamento en las excepciones o defensas opuestas, lo cual constituye el Principio de Congruencia y no fue cumplido por el referido Tribunal de Alzada, al emitir su decisión.

Sobre este tema, el Jurista Arístides Rengel Romberg, en su Obra "Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano", Tomo II, Teoría General del Proceso, Pág. 297, ha indicado lo siguiente:

"...b) La sentencia debe contener decisión expresa, positiva y precisa, con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas. Esto significa, de una parte, que el juez está constreñido a decidir sobre las cuestiones que las partes le hayan propuesto, porque los límites de toda controversia judicial se encuentran circunscritos, en cuanto al fondo, por los hechos alegados como fundamento de la pretensión y por los hechos aducidos como fundamento de las excepciones o defensas opuestas (principio de congruencia); y, por la otra, que esa decisión ha de ser en términos que revelen claramente el pensamiento del sentenciador en lo dispositivo, el cual no puede ser implícito o tácito, ni contener expresiones vagas y oscuras (Art. 254 C.P.C) ni requerir de inferencias, interpretaciones o raciocinios para saber qué fue lo decidido..."

Y por su parte, ese Máximo Tribunal de la República ha señalado:

"...La doctrina pacífica y reiterada de esta Sala, ha establecido que la sentencia debe ser congruente respecto de la pretensión y las defensas o excepciones opuestas por las partes. De allí que, el vicio de incongruencia en la modalidad extrapetita, se configura mediante el exceso o extralimitación del jurisdicente de decidir sobre asuntos no planteados en la controversia, otorgando a una de las partes prerrogativas o beneficios no requeridos, en otras palabras, decide sobre alguna cuestión totalmente ajena a la discusión. (Vid. Sentencia N° 154, de fecha 17 de noviembre de 2009, Caso: Carmen Modesta Ríos contra Lídice Nogsolia Rumbo)...". Sentencia dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, Ponente: Magistrada Isabela Pérez Velásquez, Expediente número 2009-367, de fecha 27/01/2010.

En virtud de lo antes señalado, opina quien suscribe, que el referido Tribunal de Alzada, cuando dictó su decisión no se limitó al objeto de la controversia, sino que por el contrario, se pronunció sobre puntos no planteados a lo largo del proceso seguido contra la empresa Sps Risk, vulnerando de esta forma los derechos constitucionales al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a la defensa de la misma.

Por lo antes señalado y luego del estudio de la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, el 11 de junio de

2008, la decisión emitida por el Juzgado Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la misma Circunscripción Judicial, el 20 de octubre de 2008, la acción de amparo interpuesta ante ese Máximo Tribunal de la República, la Jurisprudencia existente sobre el tema planteado, así como los demás elementos cursantes en el expediente constituido con ocasión de la presente acción de amparo; esta Representante del Ministerio Público considera, que de las sentencias consignadas por los accionantes, como anexos en el expediente contentivo de la presente acción de amparo, marcadas con las letras "C" y "E", respecto de las cuales aducen que la marcada con la letra "C" corresponde a la sentencia lesiva de los derechos constitucionales de la empresa Sps Risk, que fue modificada luego de que consignaron su recurso de control de legalidad, mientras que la decisión marcada con la letra "E", corresponde a la sentencia original, que esta acompañada a la inspección extrajudicial, dichas decisiones efectivamente tienen diferencias en el Capítulo IV denominado Consideraciones para Decidir; el Juzgado Tercero Superior efectuó modificaciones sustanciales en la parte motiva de la sentencia, que inciden en el dispositivo del fallo, tales como las relativas a la obligación de la empresa Sps Risk de proveer el uniforme a los trabajadores contratados para prestar servicios para Bp Venezuela Holdings Ltd, que de acuerdo a la descripción de servicios que corresponde a la labor de un agente controlador, el ciudadano Ruben Dario Lander se encargaba de monitorear las video cámaras que controlan el acceso a las oficinas de Bp, observando constantemente los monitores, atender las llamadas de emergencia responder las mismas y reportarlas a su supervisor de seguridad, atender las llamadas de servicio, llevar a cabo rondas nocturnas para inspeccionar los tres pisos, así como controlar los objetos perdidos y encontrados en las oficinas de BP, asistir y coordinar todo servicio especial requerido, monitorear los sistemas de alarma, así como el sistema central de alarma de las residencias de los expatriados, reportar los incendios de seguridad, mantener actualizados los archivos de seguridad, hacer los carnets de identificación de los empleados y controlar el acceso a las oficinas entre las 7 am y 7 pm, para todo lo cual se llevaba un registro mediante el libro de novedades cuando le correspondía la jornada a laborar (guardia), que en función de la labor de seguridad y vigilancia desempeñada por el ciudadano Ruben Dario Lander, le es aplicable lo dispuesto en la cláusula 68 de la Convención Colectiva sobre la denominada jornada 7 x 7 y los cálculos correspondientes conforme a los conceptos reclamados por dicho ciudadano en su libelo de la demanda, el pago que le corresponde cancelar a la empresa Sps Risk al ciudadano Ruben Dario Lander, por antigüedad al finalizar la relación de trabajo; la experticia complementaria del fallo, la corrección monetaria desde la oportunidad del decreto de ejecución forzosa, de conformidad con el artículo 185 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, hasta la oportunidad efectiva del pago y el pago de intereses sobre la prestación de antigüedad, durante el tiempo que duró la relación laboral, así como el pago de los intereses de mora de las prestaciones sociales, conforme a la doctrina establecida por ese Máximo Tribunal de la República para su cálculo; conculcándole a la empresa Sps Risk, sus derechos constitucionales a la Tutela Judicial Efectiva, al Debido Proceso y a la Confianza Legítima, contemplados en los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De igual forma, se observa, que la confianza legítima constituye la garantía de transparencia e imparcialidad de las decisiones, que por ende se traduce en la seguridad jurídica que de las mismas debe derivar para las partes del proceso y que al ser conculcada, atenta contra su derecho a la Tutela Judicial Efectiva, consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tal como se evidencia del caso de autos, en el cual el Juzgado Tercero Superior del Trabajo luego de ingresar en el Sistema Juris 2000, en el cual se registran todos los actos emanados de los órganos jurisdiccionales, una sentencia con fecha 20 de octubre de 2008, elaboró una decisión con la misma fecha, que contenía modificaciones relevantes en el Capítulo IV denominado Consideraciones para Decidir y en la cual se establecían argumentos totalmente disímiles a los que se encontraban en la decisión original y publicada en el Sistema JURIS, para resolver el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Ruben Dario Lander, en contra de la decisión emitida por el Tribunal Cuarto de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo, lo cual alteraba lo que se había condenado a pagar a las empresas Sps Risk, Bp Venezuela Holding Limited y Bpoil Venezuela Limited, toda vez que en el dispositivo del fallo se estableció, que se condenaba a la parte demandada a pagar a la parte actora, los conceptos determinados en la parte motiva de la decisión.

Igualmente, cabe destacar, que el mencionado Tribunal de Alzada al modificar su decisión publicada en el Sistema Juris 2000, les vulneró los derechos constitucionales a la empresa Sps Risk, al debido proceso, a la defensa, a la tutela judicial efectiva y principalmente a la confianza legítima, pues la dejó en una situación de inseguridad jurídica, al no conocer efectivamente cual fue el fallo que emitió, cuando confiaban en una decisión que se encontraba publicada en el Sistema Juris 2000, en la que se declaraba Con Lugar el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Ruben Dario Lander y condenaba a la

empresa Sps Risk a pagar a dicho ciudadano, pero en base a conceptos diferentes, situación que alarma a esta Representante del Ministerio Público, pues con actuaciones como la antes referida, se atenta contra el principio de intangibilidad de las decisiones judiciales y principalmente con la estabilidad de los derechos de los particular, así como con la transparencia e imparcialidad que deben contener las decisiones judiciales.

Asimismo, opina quien suscribe, que la sentencia impugnada incurre en el vicio de contradicción, al señalar por una parte, que la empresa Sps Risk era contratista de Bp Venezuela Holdings Limited y por otra que el ciudadano Ruben Dario Lander siendo un trabajador de inspección y vigilancia de dicha empresa, tenía los mismos derechos en la Convención Colectiva Petrolera de los cuales se beneficiaban los trabajadores de la empresa Bp Venezuela Holdings Limited, en virtud de que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 54 de la Ley Orgánica del Trabajo, únicamente los trabajadores de las empresas intermediarias, disfrutaran de los mismos beneficios que correspondan a los trabajadores contratados directamente por el patrono beneficiario, que en este caso es Bp Venezuela Holdings Limited, por lo que dicho Tribunal de Alzada, al afirmar en su sentencia, que el trabajador de la empresa Sps Risk, Ruben Dario Lander, goza de los mismos beneficios que los de la empresa Bp Venezuela Holdings Limited, por cuanto se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Convención Colectiva Petrolera, esta señalando que la empresa Sps Risk es una intermediaria de la empresa Bp Venezuela Holdings Limited y no una contratista, tal como se evidencia del Capítulo denominado Consideraciones para Decidir, en el que se señala que de la declaración de la parte demandada y de las pruebas aportadas a los autos, se desprendía que los instrumentos y herramientas con que el ciudadano Ruben Dario Lander desempeñaba su labor, pertenecía a Bp Venezuela Holdings Limited, lo cual ejercía en un Departamento denominado "Centro de Control Maestro (Cecom)", con el cargo de Controlador, adscrito a la Gerencia de Seguridad de Bp Venezuela Holdings Limited y al no haber cumplido Sps Risk con la carga probatoria de demostrar que los instrumentos con los que realizaba su labor el ciudadano Ruben Dario Lander pertenecían a Sps Risk, dicha empresa no se encargaba de ejecutar con sus propios elementos el servicio previsto en el contrato suscrito con Bp Venezuela Holdings Limited, en razón de lo cual se comprometió su responsabilidad laboral del beneficiario del servicio, que es Bp Venezuela Holdings Limited, por lo que se estaba en presencia del supuesto de hecho establecido en el artículo 54 de la Ley Orgánica del Trabajo y en consecuencia el ciudadano Ruben Dario Lander, tenía el derecho a disfrutar de los mismos beneficios y condiciones de los trabajadores contratados por Bp Venezuela Holdings Limited, por lo que dicho Tribunal de Alzada al existir tal contraste entre sus argumentaciones, cuando resuelve el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Ruben Dario Lander, no se puede delimitar la ratio decidendi del juicio, lo que acarrea una motivación contradictoria de la sentencia.

De igual forma, cabe destacar, que tal como lo ha señalado ese Máximo Tribunal de la República en sus decisiones, el vicio de contradicción en los motivos, del cual adolece la sentencia impugnada, constituye una de las modalidades de la inmotivación de la sentencia, que hace que la misma carezca de fundamentos y por ende sea nula.

Por otra parte, se observa, que el mencionado Tribunal de Alzada, al dictar su sentencia lesiva de los derechos constitucionales de los accionantes, no indicó cuales fueron las razones de hecho y de derecho que lo llevaron a concluir que el ciudadano Ruben Dario Lander utilizaba los instrumentos de trabajo de la empresa Bp Venezuela Holdings Limited y que por ende, tenía los mismos derechos y beneficios de los trabajadores de dicha empresa, señalando con tal afirmación, que la empresa Sps Risk era intermediaria de la empresa Bp Venezuela Holdings Limited y no contratista de la misma, como lo había indicado al conocer de las pruebas aportadas por las partes; dejando con tal actuación a la empresa Sps Risk en un estado de total indefensión y desconocimiento del proceso lógico y jurídico que efectuó el Juzgador para llegar a esa determinación.

Finalmente, cabe destacar, que la sentencia debe contener una decisión expresa, positiva y precisa, con fundamento en la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, en virtud de lo cual, el Juez tiene que decidir sobre las cuestiones propuestas por las partes, debido a que toda controversia judicial se encuentra delimitada a los hechos alegados como apoyo de la demanda incoada, así como los hechos señalados como fundamento en las excepciones o defensas opuestas, lo cual constituye el principio de congruencia y no fue cumplido por el referido Tribunal de Alzada, al emitir su decisión, por cuanto no se limitó al objeto de la controversia, sino que por el contrario, se pronunció sobre puntos no

planteados a lo largo del proceso seguido contra la empresa Sps Risk, vulnerando de esta forma los derechos constitucionales al Debido Proceso, a la Tutela Judicial Efectiva y a la Defensa de la misma.

En virtud de lo cual, considera quien suscribe, que el Juzgado Tercero Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, le conculcó a la empresa SPS RISK, sus derechos constitucionales a la Defensa, al Debido proceso, la Tutela Judicial Efectiva y la Confianza Legítima, además de contener una motivación contradictoria, en virtud de lo cual, la Acción de Amparo interpuesta por los representantes legales de dicha empresa, debe declararse Con Lugar, y así lo solicito muy respetuosamente sea decidido por esa Honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

IV

PETITORIO

Por las razones expuestas, opina quien suscribe, en mi carácter de Fiscal Cuarta ante las Salas de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que la acción de amparo constitucional ejercida por los abogados Ramón Escovar León, Ramón Escovar Alvarado, Andrés Carrasquero Stolk, Juan Enrique Croes Campell y Juan Andrés Suárez Otaola, apoderados judiciales de la Sociedad Mercantil Sps Risk, C.A., en contra del fallo proferido en fecha 20 de octubre 2008, por el Juzgado Tercero Superior del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en el juicio por cobro de diferencia de prestaciones sociales intentado por el ciudadano Rubén Lander Colmenares, que declaró, primero con lugar el recurso de apelación interpuesto por el abogado Arnaldo Gutiérrez, apoderado judicial del ciudadano Rubén Darío Lander Colmenares, contra la sentencia dictada en fecha 18 de junio de 2008, por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, segundo revoca la sentencia dictada por el referido Juzgado Primera Instancia de Juicio, tercero con lugar la demanda incoada por el ciudadano Rubén Darío Lander Colmenares, contra las empresas Sps Risk C.A. y Bp Venezuela Holdings Limited, y sin lugar la demanda incoada por el ciudadano Rubén Darío Lander Colmenares, contra la empresa Bp Oil Venezuela Limited; debe declararse Con Lugar y en consecuencia anularse la sentencia dictada el 20 de octubre de 2008, por el Juzgado Tercero Superior del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y por último ordenarse a otro Tribunal que conozca de esta causa, prescindiendo de los vicios en que incurrió dicho Tribunal de Alzada.

Caracas, a los siete (7) días del mes de octubre del año dos mil diez (2010)."

4. RECUSACIONES E INHIBICIONES DE LOS FISCALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 09-08-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Inhibición

4.- TEMA: Causal de Amistad Íntima

5.- EXTRACTO

La circunstancia de que los Fiscales del Ministerio Público, compartan “en diversas ocasiones” con alguna de las partes, no revela la existencia de una amistad íntima entre ambos, puesto que el sólo contacto cordial y eventual no constituye una relación que implique afecto profundo de trascendencia a nivel personal.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° RESOLUCIÓN S/N

6.2.- FECHA: 09-08-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“ Visto el escrito presentado por la ciudadana (...) Fiscal Auxiliar de la Fiscalía (...) del Ministerio Público del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del estado (...), mediante el cual se inhibe de seguir conociendo la causa signada con el N° (...), para resolver previamente se observa:

La Representante del Ministerio Público aduce como fundamentos de hecho para plantear su inhibición, lo siguiente:

“En fecha 9 de junio del presente año 2010, me avoque (sic) al conocimiento de la causa N° (...), por uno de los delitos contra la propiedad, luego de haber tomado entrevistas a los ciudadanos (...), (...) en fecha 29 de junio del año en curso y (...) (sic), (...) en fecha 7 de julio del 2010 donde la denunciante es la ciudadana (...), pude constatar que se trataba de la misma persona con que mi cónyuge (...), tiene AMISTAD, puesto que al enterarme que la ciudadana (...) (sic), labora en (...) como Juez de Primera Instancia, es que me doy cuenta que (...), fue compañera de labores de mi cónyuge, donde nació una Gran (sic) amistad y actualmente se sigue manteniendo (...) es bueno mencionar que mi persona también a (sic) compartido con la ciudadana (...) (sic), en diversas ocasiones que mi cónyuge se a (sic) reunido con la misma inherentes / A los lazos de amistad que los une, considera quien suscribe que con ocasión a ese vinculo (sic) de AMISTAD, circunstancia esta (sic) que obviamente podría influir en la presente investigación, traduciéndose en la objetividad e imparcialidad que atentaría contra la seguridad Jurídica (sic), pudiéndose comprometer la moral, ética en el desempeño del cargo, (...). / (...).”

Como razones de derecho, la Fiscal inhibida invoca el numeral 4 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Sobre el particular, este Despacho ha sostenido de manera reiterada, que la inhibición es un mecanismo concebido con la finalidad de permitir separarse del conocimiento de la causa a aquellos representantes fiscales que se consideren incurso en alguna o algunas de las causales previstas en la ley, concretamente en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, previa presentación de un escrito en el que manifiesten tanto las razones de hecho como de derecho que lo fundamentan, ello con la finalidad de evitar retardos en los procesos al presentarse inhibiciones sin basamento alguno, lo cual no se correspondería con la celeridad que se busca dentro del proceso penal.

Por otra parte, el autor Joan Picó I Junoy en su obra "La imparcialidad judicial y sus garantías: La abstención y recusación", expresa que la inhibición de los jueces, debe entenderse como:

"(...) el acto en virtud del cual renuncian, ex officio, a intervenir en un determinado proceso por entender que concurre una causa que puede atentar contra su debida imparcialidad" (p. 38, 1998).

Tal definición está referida a los jueces y magistrados, sin embargo la misma aplica a los Fiscales del Ministerio Público como integrantes del sistema de justicia y por la naturaleza de las funciones que desempeñan en el marco de las atribuciones y competencias establecidas legal y constitucionalmente al Organismo que representan.

Así, dentro del proceso penal, encontramos que las partes son titulares del derecho a la imparcialidad, el cual presupone el deber del funcionario de inhibirse cuando considere que está incurso en alguna de las causales establecidas por el legislador, y de igual forma admite el correlativo derecho de las partes a recusarlo.

Luego de definir el término inhibición, este Despacho pasa a efectuar las siguientes consideraciones:

La ciudadana (...), Fiscal Auxiliar de la Fiscalía (...) del Ministerio Público del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del estado (...), invocó el numeral 4 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual establece: (...)

Al respecto, es necesario advertir que la amistad, de acuerdo con lo establecido por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, en su vigésima segunda edición, es el "Afecto personal, puro y desinteresado, compartido con otra persona, que nace y se fortalece con el trato". En este sentido, se afirma que la amistad es íntima cuando la relación de afecto es muy estrecha, existiendo una gran confianza y trascendencia, cuyo vínculo es el producto del trato constante, sincero y profundo, que es muy diferente al de la relación cordial que surge del contacto común o eventual entre las personas.

Ahora bien, en el contexto jurídico procesal, al invocarse la amistad íntima en el marco de la interposición de una recusación o inhibición atinente a un Fiscal del Ministerio Público, debe seguirse un criterio de carácter objetivo que permita, de manera inequívoca, establecer cuándo efectivamente se configura la causal contenida en el numeral 4 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

A tales efectos, este Despacho estima pertinente examinar los parámetros que ha establecido el autor Joan Picó I Junoy¹⁷⁷ para determinar la existencia de una enemistad manifiesta, y adaptarlos al supuesto de amistad íntima, pues, ambos son conceptos opuestos pero vinculados entre sí por una relación de antonimia, y tienen en común que son términos jurídicamente indeterminados y que se encuentran dentro de las causales de recusación e inhibición denominadas subjetivas; de allí que resulta procedente emplear como marco referencial el razonamiento dado a la enemistad, y adecuarlo a la amistad íntima, considerando las particularidades y atributos esenciales de ésta.

En tal sentido, para determinar la existencia de una amistad íntima, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, resulta necesario, en primer lugar, que dicha amistad sea extraprocesal, es decir, que haya surgido fuera del proceso. No se configura el supuesto de derecho establecido en la norma si la amistad alegada tuvo su origen con motivo de la relación procesal,

177 Joan Picó I Junoy. La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación. Barcelona: José María Bosch Editor. 1998, p.p 74-76.

pues es esencial que ésta haya surgido con anterioridad al proceso.

En segundo lugar, debe considerarse que el afecto inmerso en la amistad íntima es personal del Fiscal del Ministerio Público, esto es, debe existir en su esfera emocional, por lo que es indiferente la amistad que le pueda profesar alguna de las partes si el Fiscal no la concibe en su fuero interno.

Por último, es necesario que la amistad íntima sea manifiesta, esto es, que haya sido exteriorizada y que resulte evidente por hechos concretos, claros y especificados que no ofrezcan dudas respecto de su existencia.

Por otra parte, el mismo autor Joan Picó I Junoy¹⁷⁸ explicó que:

“Dentro de las relaciones extraprocesales no adquieren suficiente eficacia revocatoria hechos esporádicos de escasa trascendencia social de los que difícilmente pueda inferirse la existencia de una amistad íntima, tales como comer en una misma mesa (la sentencia del Tribunal Supremo de España del 19 de noviembre de 1983, afirma que no debe considerarse amistad suficiente 'los saludos que por cortesía se cruzaron entre ambos con dicho motivo'), compartir similares gustos por determinados espectáculos, comprar en las mismas tiendas, vivir en un mismo edificio, etc.”

En el caso bajo estudio, la Fiscal inhibida señala que la ciudadana (...), quien figura como víctima en la causa signada con el N° H-903.275, fue compañera de labores de su esposo (...), situación que hizo surgir entre ellos, una relación de amistad. Así mismo, indica que su persona ha compartido con la prenombrada ciudadana, en diversas reuniones en las cuales ha asistido con su cónyuge.

Esta Superioridad observa que la ciudadana (...), Fiscal Auxiliar de la Fiscalía (...) del Ministerio Público del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del estado (...), ha compartido con la ciudadana (...) “en diversas ocasiones”, hecho que no revela la existencia de una relación íntima entre ambas, puesto que el sólo contacto cordial y eventual no constituye amistad, resaltándose que de acuerdo con los argumentos expuestos al formular la presente incidencia, la amistad íntima existe entre la prenombrada ciudadana y el cónyuge de la Fiscal, sin que se desprenda que en ésta haya un sentimiento de afecto profundo de trascendencia personal hacia aquella.

Así pues, teniendo presentes los anteriores señalamientos, este Despacho estima que los fundamentos de hecho expuestos por la Fiscal inhibida, no se subsumen en el numeral 4 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

En consecuencia, sobre la base de los argumentos expuestos, este Despacho, declara sin lugar la inhibición planteada por la ciudadana (...), Fiscal Auxiliar de la Fiscalía (...) del Ministerio Público del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del estado (...), en la causa signada con el N° (...). Y Así se declara.

Sin embargo, este Despacho observa que la rigidez de las normas en este contexto no puede soslayar la esencia del derecho, y no pasa inadvertido para esta Decisora que en el presente caso, de los hechos planteados por la representante del Ministerio Público en su escrito, se desprende la existencia de razones jurídicas suficientes, aunque legalmente no establecidas en las causales de inhibición y recusación previstas en la Ley Orgánica del Ministerio Público, capaces de afectar su imparcialidad en la referida investigación, como es la existencia de una relación de amistad entre su cónyuge y la víctima de la causa en comento.

De esta manera, es preciso considerar que el fin último de la inhibición, así como de la recusación, es garantizar la imparcialidad de los Fiscales del Ministerio Público en las causas que estén conociendo, la cual constituye uno de los atributos del derecho al debido proceso, consagrado en el numeral 3 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aplicable “a todas las actuaciones judiciales y administrativas”.

178 Ob. Cit. p. 73

Es por ello que esta Superioridad juzga necesario que a pesar de haber sido declarada sin lugar la inhibición planteada, continúe conociendo de la presente causa, el Fiscal sustituto que a los efectos sea designado por la Fiscal Superior del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Bolívar, a tenor de lo previsto en el artículo 64 de la Ley que rige esta Institución.

Háganse las correspondientes notificaciones.”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 28-10-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Inhibición

4.- TEMA:

- Causal de amistad íntima
- Separación de la causa del Fiscal inhibido a pesar de haber sido declarada sin lugar la inhibición.

5.- EXTRACTO

Para determinar la existencia de una amistad íntima, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 65 de la ley orgánica del Ministerio Público, resulta necesario, en primer lugar, que dicha amistad sea extraprocesal, es decir, que haya surgido fuera del proceso. en segundo lugar, debe considerarse que el afecto inmerso en la amistad íntima es personal del Fiscal del Ministerio Público, esto es, debe existir en su esfera emocional. por último, es necesario que la amistad íntima sea manifiesta, esto es, que haya sido exteriorizada y que resulte evidente por hechos concretos, claros y especificados que no ofrezcan dudas respecto de su existencia.

Las relaciones entre compañeros de trabajo, entre vecinos, así como las vinculaciones médico-paciente, profesor-alumno, por ejemplo, en sí mismas, no constituyen una amistad íntima, pues ellas suponen, por lo general, la existencia de un trato cordial, en algunos casos de forma continua o frecuente, en otros casos de manera eventual, que no necesariamente llevan implícitas un sentimiento de afecto profundo o de arraigo que se fortalece con el contacto y que no siempre generan trascendencia a nivel personal.

En el caso bajo estudio a pesar de no configurarse la amistad íntima alegada, se consideró que la situación planteada es susceptible de afectar la imparcialidad de la Fiscal inhibida, motivo por el cual, en resguardo del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se estimó necesario separar a la inhibida del conocimiento de la causa y que continuara con su tramitación el Fiscal designado como sustituto.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° RESOLUCIÓN S/N

6.2.- FECHA: 28-10-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Visto el escrito presentado por la ciudadana (...), Fiscal (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo, mediante el cual se inhibe de seguir conociendo de la investigación signada con el N° (...) para resolver previamente se observa:

La Representante del Ministerio Público aduce como fundamentos de hecho para plantear su inhibición, lo siguiente:

“En cumplimiento con lo establecido en los artículos 63, 64 Y 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Me dirijo a Usted (sic), en la oportunidad de plantearle la INHIBICION (sic), de esta Representación Fiscal en la denuncia que por distribución signada con el N° 12.909, le correspondiera

conocer a esta Fiscalía (sic) (...). / Ahora bien dicha inhibición que hoy plateo (sic) se debe a que en fecha 02/06/2010, se recibe en este despacho la denuncia arriba mencionada, por uno de los delitos contemplados en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una vida (sic) Libre de Violencia, al realizar el análisis correspondiente me percate (sic) de la persona que se menciona como denunciado es el ciudadano (...), Director del Colegio Patria Bolivariana, sitio donde supuestamente ocurrieron los hechos denunciados. Siendo que desde hace aproximadamente 12 años comparto una fraterna amistad con el mencionado ciudadano hoy denunciado, debido que mis tres (03) hijos, han cursado sus estudios en esa Institución e inclusive el último (sic) de ellos desde muy temprana edad y actualmente cursando su último (sic) año y siendo representante activa dentro de la comunidad educativa, asisto constantemente a los actos y actividades que allí se celebran, esto me ha llevado con el transcurrir de los años a desarrollar una amistad no sólo con el denunciado si no (sic) también con la esposa del mismo, quien es la sub-directora de dicho plantel. / (...) como lo prevé el Artículo (sic) 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público en su ordinal 4º (...). / (...) solicito muy respetuosamente que sea declarada con lugar la presente INHIBICION (sic) (...)."

Como razones de derecho, la Fiscal inhibida invocó el numeral 4 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual establece: (...)

Este Despacho ha sostenido de manera reiterada, que la inhibición es un mecanismo concebido con la finalidad de permitir separarse del conocimiento de la causa a aquellos representantes fiscales que se consideren incurso en alguna o algunas de las causales previstas en la ley, concretamente en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, previa presentación de un escrito en el que manifiesten tanto las razones de hecho como de derecho que lo fundamentan, ello con la finalidad de evitar retardos en los procesos al presentarse inhibiciones sin basamento alguno, lo cual no se correspondería con la celeridad que se busca dentro del proceso penal.

Por otra parte, la inhibición, tal como lo expresa el autor Joan Picó I Junoy en su obra "La imparcialidad judicial y sus garantías: La abstención y recusación", debe entenderse como:

"(...) el acto en virtud del cual renuncian, ex officio, a intervenir en un determinado proceso por entender que concurre una causa que puede atentar contra su debida imparcialidad" (P. 38, 1998).

Dicho concepto aun cuando está referido a los jueces, resulta aplicable a los Fiscales del Ministerio Público como integrantes del sistema de justicia y por la naturaleza de las funciones que desempeñan, en el marco de las atribuciones y competencias establecidas legal y constitucionalmente al Organismo que representan.

Así, dentro del proceso penal, encontramos que las partes son titulares del derecho a la imparcialidad, el cual presupone el deber del funcionario de inhibirse cuando considere que está incurso en alguna de las causales establecidas por el legislador, y de igual forma admite el correlativo derecho de las partes a recusarlo.

En cuanto al concepto de amistad, de acuerdo con lo establecido por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, en su vigésima segunda edición, es el "Afecto personal, puro y desinteresado, compartido con otra persona, que nace y se fortalece con el trato". En este sentido, se afirma que la amistad es íntima cuando la relación de afecto es muy estrecha, existiendo una gran confianza y trascendencia, cuyo trato es sincero y profundo, muy diferente al de la relación cordial que surge del contacto común o eventual entre las personas.

Ahora bien, en el contexto jurídico procesal, al invocarse la amistad íntima en el marco de la interposición de una recusación o inhibición atinente a un Fiscal del Ministerio Público, debe seguirse un criterio de carácter objetivo que permita, de manera inequívoca, establecer cuándo efectivamente se configura la causal contenida en el numeral 4 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

A tales efectos, este Despacho estima pertinente examinar los parámetros que ha establecido el profesor Joan Picó I Junoy¹⁷⁹ para determinar la existencia de una enemistad manifiesta, y adaptarlos al supuesto de amistad íntima, pues, ambos son conceptos opuestos pero vinculados entre sí por una relación de antonimia, y tienen en común que son términos jurídicamente indeterminados y que se encuentran dentro de las causales de recusación e inhibición denominadas subjetivas; de allí que resulta procedente emplear como marco referencial el razonamiento dado a la enemistad, y adecuarlo a la amistad íntima, considerando las particularidades y atributos esenciales de ésta.

En tal sentido, para determinar la existencia de una amistad íntima, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, resulta necesario, en primer lugar, que dicha amistad sea extraprocesal, es decir, que haya surgido fuera del proceso. No se configura el supuesto de derecho establecido en la norma si la amistad alegada tuvo su origen con motivo de la relación procesal, pues es esencial que ésta haya surgido con anterioridad al proceso.

En segundo lugar, debe considerarse que el afecto inmerso en la amistad íntima es personal del Fiscal del Ministerio Público, esto es, debe existir en su esfera emocional, por lo que es indiferente la amistad que le pueda profesar alguna de las partes si el Fiscal no la concibe en su fuero interno.

Por último, es necesario que la amistad íntima sea manifiesta, esto es, que haya sido exteriorizada y que resulte evidente por hechos concretos, claros y especificados que no ofrezcan dudas respecto de su existencia.

Por otra parte, el mismo autor Joan Picó I Junoy¹⁸⁰ explicó que:

“Dentro de las relaciones extraprocesales no adquieren suficiente eficacia revocatoria hechos esporádicos de escasa trascendencia social de los que difícilmente pueda inferirse la existencia de una amistad íntima, tales como comer en una misma mesa (la sentencia del Tribunal Supremo de España del 19 de noviembre de 1983, afirma que no debe considerarse amistad suficiente 'los saludos que por cortesía se cruzaron entre ambos con dicho motivo'), compartir similares gustos por determinados espectáculos, comprar en las mismas tiendas, vivir en un mismo edificio, etc.”.

En hilo de lo expresado anteriormente es preciso señalar que las relaciones entre compañeros de trabajo, entre vecinos, así como las vinculaciones médico-paciente, profesor-alumno, por ejemplo, en sí mismas, no constituyen una amistad íntima, pues ellas suponen, por lo general, la existencia de un trato cordial, en algunos casos de forma continua o frecuente, en otros casos de manera eventual, que no necesariamente llevan implícitas un sentimiento de afecto profundo o de arraigo que se fortalece con el contacto y que no siempre generan trascendencia a nivel personal.

En el caso bajo estudio, los hechos descritos por la inhibida, reflejan la existencia de un trato constante con las autoridades del plantel educativo en el cual cursan estudios sus hijos, es decir, con el Director y la Subdirectora del recinto estudiantil, con motivo de las actividades que en el colegio se efectúan. Así lo ha expresado al manifestar en su escrito inhibitorio ser una representante activa dentro de la comunidad educativa, por cuanto asiste constantemente a los actos y eventos que allí se celebran, lo que la ha llevado con el transcurrir de los años a desarrollar una amistad con el Director del plantel y con su esposa quien es la Subdirectora del mismo.

Ahora bien, se debe advertir que la causal de inhibición invocada no solamente exige la existencia de una amistad, sino que tal amistad ha de ser íntima, y no se desprende de los dichos de la inhibida que la relación que sostiene con el Director del Colegio, ciudadano (...), denunciado en la causa, haya trascendido a una amistad íntima, de gran confianza, de trascendencia a nivel personal y que se haya extendido fuera del contexto de las instalaciones del plantel educativo y de las actividades propias del proceso educativo de sus hijos.

179 Joan Picó I Junoy. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*. Barcelona: José María Bosch Editor. 1998, p.p 74-76.

180 Ob. Cit. p. 73

Tampoco se señala la existencia de un afecto profundo de parte de la Fiscal hacia éste y no se mencionan hechos concretos y especificados que permitan deducir la presencia de una intimidad en el trato que ambos tienen. Igualmente se deduce que la relación sostenida entre la Fiscal y la esposa del ciudadano (...) ha surgido y se encuentra enmarcada en el ámbito del proceso educativo de sus hijos, al ser ésta la Subdirectora del respectivo plantel. De modo que esta Decisora no encuentra configurada la causal de inhibición alegada en la presente causa al no cumplirse los presupuestos establecidos por la doctrina antes referida.

En consecuencia, lo procedente y ajustado a derecho es declarar sin lugar la inhibición propuesta por la ciudadana (...), Fiscal (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo, por cuanto los argumentos esgrimidos por la referida ciudadana no se subsumen dentro del supuesto de hecho contenido en la norma del artículo 65 numeral 4 de la Ley Orgánica que rige nuestra Institución. Y así se decide.

Sin embargo, este Despacho observa que la rigidez de las normas en este contexto no puede soslayar la esencia del derecho, y no pasa inadvertido para esta Decisora que en el presente caso, de los hechos planteados por la representante del Ministerio Público en su escrito, se desprende la existencia de razones jurídicas suficientes, aunque legalmente no establecidas en las causales de inhibición y recusación previstas en la Ley Orgánica del Ministerio Público, capaces de afectar su imparcialidad en la referida investigación, como lo es la relación de trato cordial que durante años ha mantenido con el ciudadano (...) y su esposa, en virtud de su desempeño como Director y Subdirectora, respectivamente, del plantel educativo en el cual cursaron estudios sus hijos mayores, y donde aún permanece estudiando el menor de ellos.

De esta manera, es preciso considerar que el fin último de la inhibición, así como de la recusación, es garantizar la imparcialidad de los Fiscales del Ministerio Público en las causas que estén conociendo, la cual constituye uno de los atributos del derecho al debido proceso, consagrado en el numeral 3 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aplicable "a todas las actuaciones judiciales y administrativas".

Es por ello que esta Superioridad juzga necesario que a pesar de haber sido declarada sin lugar la inhibición planteada, continúe conociendo de la presente causa, quien ejerza el cargo de Fiscal Vigésimo del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo, designado como sustituto por el Fiscal Superior del Ministerio Público de la mencionada Circunscripción Judicial, a tenor de lo previsto en el artículo 64 de la Ley que rige esta Institución. "

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 09-08-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Inhibición

4.- TEMA: Causal del parentesco.

5.- EXTRACTO

Resulta necesario considerar el criterio expuesto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia de fecha 30 de octubre de 2009, exp. n° 08-0439, según el cual "no toda persona que aparezca en una investigación penal, con ocasión de una denuncia formulada por la comisión de uno o varios hechos punibles, será considerada como imputada (sentencia n. 2.921/2002, del 20 de noviembre).

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° RESOLUCIÓN S/N

6.2.- FECHA: 09-08-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Visto el escrito presentado por la ciudadana (...) Fiscal Auxiliar de la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, mediante el cual se inhibe de seguir conociendo la causa signada con el N° (...), para resolver previamente se observa:

La Representante del Ministerio Público aduce como fundamentos de hecho para plantear su inhibición, lo siguiente:

“En fecha 04 de Marzo (sic) de 2009, fue distribuida por conducto de la fiscalía (sic) Superior a la fiscalía (sic) Segunda denuncia N° D-IAPDM-0303-10, (...) interpuesta por la ciudadana (...) en contra del ciudadano (...) por la presunta comisión de los delitos de VIOLENCIA PSICOLOGICA (sic), VIOLENCIA FISICA (sic) Y AMENAZA (...). / (...). / Ahora bien, una vez leída y analizada la presente denuncia pude constatar que el ciudadano (...) denunciado en la presente causa es mi primo hermano, ya que el mismo es hijo de una tía paterna de nombre (...), hermana de mi progenitor (...).”

Como razones de derecho, la Fiscal inhibida invoca el numeral 1 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Sobre el particular, este Despacho ha sostenido de manera reiterada, que la inhibición es un mecanismo concebido con la finalidad de permitir separarse del conocimiento de la causa a aquellos representantes fiscales que se consideren incurso en alguna o algunas de las causales previstas en la ley, concretamente en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, previa presentación de un escrito en el que manifiesten tanto las razones de hecho como de derecho que lo fundamentan, ello con la finalidad de evitar retardos en los procesos al presentarse inhibiciones sin basamento alguno, lo cual no se correspondería con la celeridad que se busca dentro del proceso penal.

Por otra parte, el autor Joan Picó I Junoy en su obra “La imparcialidad judicial y sus garantías: La abstención y recusación”, expresa que la inhibición de los jueces, debe entenderse como:

"(...) el acto en virtud del cual renuncian, ex officio, a intervenir en un determinado proceso por entender que concurre una causa que puede atentar contra su debida imparcialidad" (p. 38, 1998).

Tal definición está referida a los jueces y magistrados, sin embargo la misma aplica a los Fiscales del Ministerio Público como integrantes del sistema de justicia y por la naturaleza de las funciones que desempeñan en el marco de las atribuciones y competencias establecidas legal y constitucionalmente al Organismo que representan.

Así, dentro del proceso penal, encontramos que las partes son titulares del derecho a la imparcialidad, el cual presupone el deber del funcionario de inhibirse cuando considere que está incurrido en alguna de las causales establecidas por el legislador, y de igual forma admite el correlativo derecho de las partes a recusarlo.

Luego de definir el término inhibición, este Despacho pasa a efectuar las siguientes consideraciones:

La ciudadana (...) Fiscal Auxiliar de la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado (...), invocó como causal de inhibición el numeral 1 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual establece: (...)

En este orden de ideas, la prenombrada representante Fiscal manifestó que mantiene parentesco de consanguinidad con el ciudadano (...), denunciado en la causa signada con el N° (...), dado que éste último es hijo de la ciudadana (...), quien a su vez es hermana de su progenitor (...).

Ahora bien, esta Superioridad observa que si bien el ciudadano (...), aparece como denunciado en la presente causa, no se desprende de los alegatos de la representante del Ministerio Público que el mismo figure como imputado, lo que implica que no se evidencia su carácter de parte dentro del proceso.

Al respecto resulta necesario considerar el criterio expuesto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia de fecha 30 de octubre de 2009, Exp. n° 08-0439, según el cual "no toda persona que aparezca en una investigación penal, con ocasión de una denuncia formulada por la comisión de uno o varios hechos punibles, será considerada como imputada (sentencia n. 2.921/2002, del 20 de noviembre)."

Vale destacar al respecto lo señalado por la Dra. Magaly Vásquez¹⁸¹, quien expone que según la corriente tradicional, se considera parte "(...) a aquél que ejerce o contra quien se ejerce una acción en el proceso penal (...)", de manera que, parte en el proceso penal es el acusador (Ministerio Público), la víctima y el imputado o acusado.

De este modo, los hechos planteados no son susceptibles de ser subsumidos en la causal de inhibición alegada, toda vez que la persona con la cual se establece el parentesco de consanguinidad previsto en el numeral 1 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, no es parte en la investigación en comento, condición ésta exigida por la citada disposición legal.

En consecuencia, sobre la base de los argumentos expuestos, este Despacho, declara sin lugar la inhibición planteada por la ciudadana (...) Fiscal Auxiliar de la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado (...), en la causa signada con el N° (...), toda vez que la persona con la cual se invoca el vínculo de consanguinidad, no es parte en dicha causa. Y así se declara.

Sin embargo, este Despacho observa que la rigidez de las normas en este contexto no puede soslayar la esencia del derecho, y no pasa inadvertido para esta Decisora que en el presente caso, de los hechos planteados por la representante del Ministerio Público en su escrito, se desprende la existencia de razones jurídicas suficientes, aunque legalmente no establecidas en las causales de inhibición y recusación previstas en la Ley Orgánica del Ministerio Público, capaces de afectar su imparcialidad en

181 Vásquez González, Magaly. Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano. Las instituciones básicas del Código Orgánico Procesal Penal. Primera Edición. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello. Pág. 53

la referida investigación, como lo es la relación de parentesco de consanguinidad en cuarto grado entre ésta y el denunciado en la causa en comento.

De esta manera, es preciso considerar que el fin último de la inhabilitación, así como de la recusación, es garantizar la imparcialidad de los Fiscales del Ministerio Público en las causas que estén conociendo, la cual constituye uno de los atributos del derecho al debido proceso, consagrado en el numeral 3 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aplicable "a todas las actuaciones judiciales y administrativas".

Es por ello que esta Superioridad juzga necesario que a pesar de haber sido declarada sin lugar la inhabilitación planteada, continúe conociendo de la presente causa, quien ejerza el cargo de Fiscal Tercero del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, designado como sustituto por el Fiscal Superior del Ministerio Público de la mencionada Circunscripción Judicial, a tenor de lo previsto en el artículo 64 de la Ley que rige esta Institución.

Háganse las correspondientes notificaciones."

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 28/10/2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Inhibición

4.- TEMA: Causal de parentesco

5.- EXTRACTO

La Fiscal se inhibe alegando que el juez de la causa es su cónyuge en la actualidad, invocando a tal efecto el numeral 1 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público. el supuesto de hecho contenido en esta norma consagra la preexistencia del vínculo de consanguinidad o afinidad del recusado o inhibido según sea el caso, con alguna de las partes o con el representante de alguna de ellas, no extendiéndose al juez de la causa.

En conexión con lo expuesto, esta superioridad observa que el ciudadano (...) juez tercero de primera instancia en funciones de control del Circuito Judicial Penal del estado Mérida, no es parte ni representante legal de alguna de ellas en la causa en comento. igualmente se destaca que la fiscal inhibida tampoco mantiene con éste un parentesco de consanguinidad o de afinidad, pues entre ellos existe es un vínculo conyugal, situación que impide configurar la causal de inhibición alegada.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° RESOLUCIÓN S/N

6.2.- FECHA: 28/10/2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Visto el escrito presentado por la ciudadana (...), Fiscal (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Mérida, mediante el cual se inhibe de seguir conociendo de la causa signada con el N° (...), para resolver previamente se observa:

La representante del Ministerio Público aduce como fundamentos de hecho para plantear su inhibición, lo siguiente:

“ 1.- El día 09.04.2010 y mediante comunicación N° DDC-UAL-15-2874-013238 emanada de la Dirección de Delitos Comunes de la Fiscalía (sic) General de la República, fui comisionada para actuar como Fiscal Auxiliar Comisionada (...) a partir del 26.04.2010 hasta el 09.06.2010 (...). / 2.- El día 14 de Abril de 2010, y ante el Juzgado Segundo de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado (sic) Mérida, se dio inicio a la audiencia de Juicio Oral y Público en la causa 14F1-1183-2007 de la nomenclatura particular de este Despacho (...) debate en el que fuera ordenada su continuación para el día **26 de** Abril de 2010 a las 9:30 de la mañana. / 3.- En la referida causa, ya citada, actuó y conoció de la misma en la fase de control, el Abogado (sic) (...), en su condición de Juez Tercero de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado (sic) Mérida, quien con tal carácter celebró la audiencia de presentación de los imputados (...) a quienes ordenó su Privación (sic) de Libertad (sic), (...) y es el caso que prenombrado (sic) Juez es mi cónyuge en la actualidad. / Es por ello, que en mi condición de Fiscala (sic) Auxiliar Primera Comisionada (sic),

a objeto de cumplir con lo ordenado en el artículo 64 y 65.1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público. De esta forma, solicito dar a la presente inhibición el trámite correspondiente.”.

Como razones de derecho, la Fiscal inhibida invocó el numeral 1 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Este Despacho ha sostenido de manera reiterada, que la inhibición es un mecanismo concebido con la finalidad de permitir separarse del conocimiento de la causa a aquellos representantes fiscales que se consideren incurso en alguna o algunas de las causales previstas en la ley, concretamente en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, previa presentación de un escrito en el que manifiesten tanto las razones de hecho como de derecho que lo fundamentan, ello con la finalidad de evitar retardos en los procesos al presentarse inhibiciones sin basamento alguno, lo cual no se correspondería con la celeridad que se busca dentro del proceso penal.

Por otra parte, la inhibición, tal como lo expresa el autor Joan Picó I Junoy en su obra “La imparcialidad judicial y sus garantías: La abstención y recusación”, debe entenderse como:

“(...) el acto en virtud del cual renuncian, ex officio, a intervenir en un determinado proceso por entender que concurre una causa que puede atentar contra su debida imparcialidad” (P. 38, 1998).

Dicho concepto aun cuando está referido a los jueces, resulta aplicable a los Fiscales del Ministerio Público como integrantes del sistema de justicia y por la naturaleza de las funciones que desempeñan, en el marco de las atribuciones y competencias establecidas legal y constitucionalmente al Organismo que representan.

Así, dentro del proceso penal, encontramos que las partes son titulares del derecho a la imparcialidad, el cual presupone el deber del funcionario de inhibirse cuando considere que está incurso en alguna de las causales establecidas por el legislador, y de igual forma admite el correlativo derecho de las partes a recusarlo.

En este orden de ideas, circunscribiéndonos al caso bajo estudio, debe destacarse que la presente inhibición fue planteada alegando como fundamento de derecho la causal contenida en el numeral 1 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, por ser la inhibida cónyuge del ciudadano Jose Gregorio Vilorio Ochoa, quien actuó en su condición de Juez Tercero en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Mérida en la causa N° 14F1-1183-2007, la cual se encuentra actualmente en etapa de juicio oral y público.

Al respecto, establece el numeral 1 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público lo siguiente: (...)

En cuanto al concepto de parte, vale destacar lo señalado por la Dra. Magaly Vásquez¹⁸², quien expone que según la corriente tradicional, se considera parte “(...) a aquél que ejerce o contra quien se ejerce una acción en el proceso penal (...)”; de manera que, parte en el proceso penal es el acusador (Ministerio Público), la víctima y el imputado o acusado.

Asimismo, el referido artículo hace alusión al representante de alguna de las partes, entendiéndose por tal en el caso del imputado, al abogado privado o en su defecto, al Defensor Público,²debidamente juramentados ante el tribunal de control, y en el caso de la víctima, al abogado previamente designado como apoderado especial según documento poder debidamente autenticado.

Es de señalar que el supuesto de hecho contenido en el numeral 1 del artículo 65 de la Ley Orgánica que rige nuestra Institución, consagra la preexistencia del vínculo de consanguinidad o afinidad del

182 Vásquez González, Magaly. Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano. Las instituciones básicas del Código Orgánico Procesal Penal. Primera Edición. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello. Pag. 53
2 Artículos 137 y 139 del Código Orgánico Proceso Penal

recusado o inhibido según sea el caso, con alguna de las partes o con el representante de alguna de ellas, no extendiéndose al juez de la causa.

Ahora bien, en este contexto, cabe entrar a considerar la función que ejerce el juez dentro del proceso penal venezolano, y en tal sentido vale referirse al mismo como la autoridad pública que se encuentra investida de potestad jurisdiccional. Es la persona que resuelve una controversia tomando en cuenta las evidencias o pruebas presentadas en un juicio administrando justicia.

En opinión del autor J. Federico Campos Calderón, en su obra "La Garantía de Imparcialidad del Juez en el Proceso Penal Acusatorio", el mismo señala lo siguiente:³

" (...) En el caso del juez, dentro de los rasgos que resalta (sic) su identidad están la probidad y la rectitud (...) / La imparcialidad del juez conforma un " desinterés subjetivo", es decir, una apatía de dicha autoridad frente al resultado del proceso, que le permite encontrar el punto de equilibrio justo para decidir el caso, con base en las pruebas y argumentaciones que le ofrecen a éste las partes adversas. / Esta posición de neutralidad implica un compromiso de respeto hacia las partes, por lo que crear desajustes durante el proceso que inclinen la balanza a favor o en contra del imputado resultaría una grave violación a esta responsabilidad y desnaturalizaría la esencia del rol del juez, parte imparcial de una tríada de intereses contrapuestos, a quien corresponde develar la verdad con base en los medios de prueba que las partes han ofrecido y debatido".

En conexión con lo expuesto, esta Superioridad observa que el ciudadano (...), no es parte ni representante legal de alguna de ellas en la causa en comento. Igualmente se destaca que la Fiscal inhibida tampoco mantiene con éste un parentesco de consanguinidad o de afinidad, pues entre ellos existe un vínculo conyugal, situación que impide configurar la causal de inhibición alegada.

En consecuencia, lo procedente y ajustado a derecho es declarar sin lugar la recusación propuesta por la ciudadana (...), Fiscal (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Mérida, en la causa N° (...), por cuanto los argumentos esgrimidos por la misma no se subsumen dentro del supuesto de hecho contenido en la norma del artículo 65 numeral 1 de la Ley Orgánica que rige nuestra Institución. Y así se decide.-

Háganse las correspondientes notificaciones."

3 J. Federico Campos Calderón. Especialista en Administración de Justicia Penal de la Universidad Nacional. Alumno de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. Defensor Público de San José
"La Garantía de Imparcialidad del Juez en el Proceso Penal Acusatorio" Consideraciones en torno a su pleno alcance en el sistema penal procesal costarricense, pp 4 y 5.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 02-02-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Inhibición

4.- TEMA:

- Causal de parentesco
- Separación de la causa del fiscal inhibido a pesar de haber sido declarada sin lugar la inhibición.

5.- EXTRACTO

La Representante Fiscal plantea su inhibición porque en la investigación que está iniciando figura como denunciada su madre, quien es juez, por la presunta comisión de uno de los delitos previstos y sancionados en la Ley Contra la Corrupción. a tales efectos alega el numeral 1 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público por mantener un parentesco de consanguinidad en primer grado. al respecto, se observa que si bien la madre aparece como denunciada en la presente causa, no se desprende que la misma figure como imputada, lo que implica que no se evidencia su carácter de parte dentro del proceso, lo que impide configurar la causal invocada, declarándose sin lugar la incidencia.

Sin embargo, considerando que la situación planteada es capaz de afectar la imparcialidad de la inhibida, es por ello que, en resguardo del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se estimó necesario separarla del conocimiento de la causa y que continuara con su tramitación el Fiscal designado como sustituto.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° RESOLUCIÓN S/N

6.2.- FECHA: 02-02-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Visto el escrito presentado por la ciudadana (...), Fiscal (...) del Ministerio Público con Competencia en materia contra la Corrupción, Bancos, Seguros y Mercados de Capitales de la Circunscripción Judicial del estado Portuguesa, mediante el cual plantea su inhibición en la causa signada con el N° (...), para resolver previamente se observa:

La fiscal inhibida aduce en su escrito, como fundamentos de hecho para plantear la presente incidencia, lo siguiente:

“(...) / Por ante este Despacho Fiscal cursa la actuación Fiscal N° (...), iniciada por un presunto delito previsto en la Ley Contra La (sic) Corrupción, donde aparece como victima (sic) el ciudadano (...) y como investigados los ciudadanos: (...). Ahora bien (...), una vez realizada la revisión minuciosa del inventario de causa que cursa ante este Despacho Fiscal a mi cargo, constate (sic), que la denuncia se dirige en contra de la ciudadana (...), en su condición de Primer Conjuez del Juzgado Superior Segundo Penal del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado (sic) Portuguesa, y por cuanto nos unen lazos de consanguinidad en virtud, de que la ciudadana (...) es mi madre, tal como

se evidencia de la copia fotostática simple de mi acta de nacimiento, la cual anexo al presente escrito; es por lo que considero que debo abstenerme de actuar, en dicha causa. / (...)”.

Como razones de derecho, la fiscal inhibida invoca el numeral 1 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual establece: (...)

Ahora bien, la inhibición debe ser entendida como el mecanismo concebido con la finalidad de permitir separarse del conocimiento de la causa, a aquellos representantes del Ministerio Público que se consideren incurso en alguna o algunas de las causales previstas en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, previa presentación de un escrito en el cual manifiesten las razones tanto de hecho como de derecho que fundamenten su pretensión, todo ello de conformidad con el procedimiento establecido en la citada ley.

En tal sentido, la representante fiscal manifestó en su escrito de inhibición que por ante el Despacho Fiscal a su cargo, cursa investigación signada con el N° (...), en la cual figura como investigada la ciudadana (...) por la presunta comisión de uno de los delitos previstos y sancionados en la Ley Contra la Corrupción, señalando que la prenombrada ciudadana es su madre, y que por ende, mantienen un parentesco de consanguinidad en primer grado.

En este mismo orden de ideas, esta Superioridad observa que si bien la ciudadana (...), aparece como denunciada en la presente causa, no se desprende de los alegatos de la Fiscal inhibida que la misma figure como imputada, lo que implica que no se evidencia su carácter de parte dentro del proceso.

Vale destacar al respecto lo señalado por la Dra. Magaly Vásquez¹⁸³, quien expone que según la corriente tradicional, se considera parte "(...) a aquél que ejerce o contra quien se ejerce una acción en el proceso penal (...)", de manera que, parte en el proceso penal es el acusador (Ministerio Público), la víctima y el imputado o acusado.

De este modo, los hechos planteados no son susceptibles de ser subsumidos en la causal de inhibición alegada, toda vez que la persona con la cual se establece el parentesco de consanguinidad previsto en el numeral 1 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, no es parte en la investigación en comento, condición ésta exigida por la citada disposición legal.

En consecuencia, sobre la base de los argumentos expuestos, esta Superioridad declara sin lugar la inhibición planteada por la ciudadana (...), Fiscal Segunda del Ministerio Público con Competencia en materia contra la Corrupción, Bancos, Seguros y Mercados de Capitales de la Circunscripción Judicial del estado Portuguesa, en la causa N° (...), toda vez que la persona con la cual se verifica el vínculo de consanguinidad, no es parte en dicha causa. Y así se declara.

Sin embargo, este Despacho observa que la rigidez de las normas en este contexto no puede soslayar la esencia del derecho, y no pasa inadvertido para esta Decisora que en el presente caso, de los hechos planteados por la representante del Ministerio Público en su escrito, se desprende la existencia de un motivo relevante, aunque jurídicamente no establecido en las causales de inhibición y recusación, capaz de afectar la imparcialidad de la Fiscal que se inhibe, como lo es la relación de parentesco de consanguinidad en primer grado entre ésta y una de las ciudadanas investigadas en la causa.

De esta manera, es preciso considerar que el fin último de la inhibición, así como de la recusación, es garantizar la imparcialidad de los Fiscales del Ministerio Público en el conocimiento de sus causas, la cual constituye uno de los atributos del derecho al debido proceso, consagrado en el numeral 3 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aplicable "a todas las actuaciones judiciales y administrativas".

Es por ello que esta Superioridad juzga necesario que a pesar de haber sido declarada sin lugar la inhibición planteada, continúe conociendo de la presente causa quien ejerza el cargo de Fiscal (...) del

183 Vásquez González, Magaly. Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano. Las instituciones básicas del Código Orgánico Procesal Penal. Primera Edición. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello. Pág. 53

Ministerio Público del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del estado Portuguesa, designado por el Fiscal Superior del Ministerio Público de la mencionada Circunscripción Judicial, a tenor de lo previsto en el artículo 64 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Háganse las correspondientes notificaciones.”

Luisa Ortega Díaz
Fiscal General de la República

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 26-08-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Recusación

4.- TEMA: Causal de emisión de opinión

5.- EXTRACTO

Se ratifica el criterio relacionado con la causal de recusación y de inhibición contenida en el numeral 6 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público: este órgano decisor ha sostenido que la expresión haber “emitido opinión en la causa con conocimiento de ella”, como causal de inhibición o recusación, no comprende aquellas opiniones exigidas por la propia ley y emitidas en las oportunidades previstas en la misma, toda vez que ello conllevaría a la absurda conclusión que después de formulada una acusación o ejercido algún recurso, el fiscal del ministerio público que así hubiere actuado, ya no podría realizar ninguna otra actuación dentro de ese proceso debido a que estaría incurso en la causal antes indicada; por ello debe interpretarse que tal supuesto está referido a la exteriorización de un pronunciamiento o declaración concerniente al caso investigado, cuando sea efectuado extra proceso o fuera de las oportunidades previstas en la ley, ya que ello si pondría en duda su imparcialidad.

En este contexto, del análisis efectuado al escrito de recusación, se observa que no se explica de manera concreta, cuáles son los hechos que a criterio de los recusantes, configuran la causal alegada. asimismo, de las razones de hecho expuestas por los abogados recusantes, no emerge ningún elemento o circunstancia fáctica que haga incurrir a las recusadas en el supuesto de hecho contenido en la norma del artículo 65, numeral 6, de la ley orgánica del ministerio publico, pues de los argumentos planteados no se desprende que estos hayan emitido algún pronunciamiento de fondo, de manera adelantada y fuera del contexto procesal, sobre la investigación que aún permanece abierta.

6.- contenido

6.1.- COMUNICACIÓN N° RESOLCUIÓN S/N

6.2.- FECHA: 26-08-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Visto el escrito presentado por los ciudadanos (...), en su carácter de abogados defensores de los ciudadanos (...), acusados en la causa N° (...) mediante el cual proponen recusación contra las ciudadanas (...), Fiscal (...) del Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena, y Fiscal Auxiliar de esa misma Fiscalía, respectivamente, para resolver previamente se observa:

Los recusantes alegaron como razones de hecho, lo siguiente:

“ (...) Quienes suscriben, (...) abogados defensores de los ciudadanos (...), ampliamente identificados en la causa N° (...), ante usted con el debido respeto y acatamiento, de conformidad con lo establecido en los artículos 85 y 86 numeral 8° del Código Orgánico Procesal Pena (sic), en el artículos (sic) 63, 65 ordinal 6° y 66 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, (...) ocurren para exponer: (...) / (...) el Ministerio Público oficializó la persecución penal en contra de nuestros defendidos, individualizándolos e imputándoles los delitos de APROPIACIÓN INDEBIDA CALIFICADA Y ESTAFA. (...) precluida esa etapa procesal, el Ministerio Público a través de la Fiscalía Vigésima Primera a Nivel Nacional con Competencia Plena, dicto (sic) Acto (sic) Conclusivo (sic) Acusatorio (sic) en contra de los

imputados, por el delito de APROPIACIÓN INDEBIDA CALIFICADA, silenciando flagrantemente el delito de ESTAFA, ya que en ningún párrafo y folio de la acusación se reserva la oportunidad de seguir investigando el delito silenciado, pero menos aun (sic), lo sobresee o decreta el archivo fiscal con relación a la Estafa. / Ahora bien, dictada la acusación, el Tribunal Trigésimo Octavo de Primera Instancia en Funciones de Control (...) ordena la Audiencia Preliminar, y realizada esta (sic) el órgano jurisdiccional decide admitir la acusación fiscal y ordenar el auto de apertura a juicio, ventilándose actualmente el presente proceso por ante el Tribunal Duodécimo (sic) de Primera Instancia en Funciones de Juicio (...). / Es el caso que, ya en etapa de juicio oral y público, las Fiscales que recusamos por medio del presente escrito, pretenden seguir investigando, desconociendo la prohibición legal de llevar adelante cualquier práctica de investigación que por ley le está prohibida, para muestra de ello emite dos comunicaciones (...) por medio de la cual hacen del conocimiento a nuestra representada de la comisión encomendada a la División Pericial (...) para que (...) practiquen Inspección (...) en relación con la averiguación penal que adelantan, (...) / (...) / Razones de sobra tenemos para expresar la causal de recusación, ya que estamos en presencia de PARCIALIDAD de las Fiscales del Ministerio Público, quienes a través del discurrir del presente proceso han demostrado la inobservancia de ley, al punto de desconocer la Doctrina Propia de la Institución a la cual pertenece, (sic) pero no solo (sic) esto, practican diligencia de investigación estando el proceso en etapa de juicio oral y público. (...) / (...) en el presente proceso han demostrado su parcialidad cuando instruyen una investigación, (...) cuando el proceso penal se encuentra en fase de juicio oral y público. (...) /”.

Ahora bien, como razones de derecho, los recusantes alegaron el numeral 8 del artículo 86 del Código Orgánico Procesal Penal, el numeral 6 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y el artículo 66 eiusdem.

Por su parte, la Dirección de Consultoría Jurídica de esta Institución recibió escrito de impugnación a la recusación ejercida, suscrito por la ciudadana (...) Fiscal Auxiliar de la Fiscalía Vigésima Primera a Nivel Nacional con Competencia Plena, en el que manifiesta básicamente lo que a continuación se transcribe:

“ (...) En fecha 16 de junio de 2008, previa notificación y citación, se efectuó Acto de imputación de los ciudadanos (...) a quienes se les imputó los delitos de Estafa Agravada y Apropiación Indebida Calificada Continuada. / En fecha 01 de Julio de 2008, previa notificación y citación, se efectuó Acto de imputación del ciudadano (...) a quien también se le imputo (sic) los delitos de Estafa Agravada y Apropiación Indebida Calificada Continuada. / En fecha 26 de Septiembre de 2008, esta Representante Fiscal presento (sic) Acto Conclusivo correspondiente a Acusación en contra de los ciudadanos (...) por el delito de Apropiación Indebida Calificada tipificado en los artículos 466 en relación con el artículo 468 en concordancia con el artículo 99 del Código Penal Venezolano, dejando abierta la investigación en relación al delito de Estafa. / En fecha 02 de Diciembre de 2009, se realizó Audiencia Preliminar (...) el Tribunal instó a esta Representante Fiscal a emitir el Acto conclusivo correspondiente en relación al Delito de Estafa. / En ese sentido, y continuando con las diligencias investigativas del referido delito, (...) las funcionarias (...) adscritas a la División de Experticias Contables del Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas (...) / se trasladaron a las Instalaciones (sic) de la sede de Margarita Internacional Resort, (...) / (...) Se ha solicitado la práctica de diligencias en razón de que tiene que darse el pronunciamiento legal en relación al delito de Estafa Agravada que fue (sic) imputado. (...) ¿de cuál parcialidad se está fundamentando los abogados para recusar a estas Representantes? Cuando nosotras como Fiscales (...) lo que estamos haciendo es nuestra labor como Titulares (sic) de la acción penal en tratar de recabar elementos para presentar el acto Conclusivo (sic) en la presunta comisión de un delito (...) Entonces, si esto fuera así, todos los Fiscales (sic) del Ministerio Público haciendo su labor investigativa actuarían, según los abogados accionantes de manera Parcial (sic) (...) en esta investigación no existen razones por las cuales no estemos actuando de manera imparcial, ya que se esta (sic) tratando de recabar elementos de convicción para presentar un Acto (sic) Conclusivo (sic) siguiendo los lineamientos establecidos en el artículo 37 numeral 15° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, y en razón a la causal de emitir Opinión (sic), no encuadra en los alegatos de la defensa, solicitar que se practiquen diligencias, no es emitir opinión. / (...)”.

A los efectos de decidir, como punto previo es necesario señalar que para la viabilidad de una recusación es necesario que ésta cumpla con ciertos requisitos de forma y de fondo previamente

establecidos en la Ley Orgánica del Ministerio Público y en el Código Orgánico Procesal Penal, éste último aplicable en cuanto su normativa no contradiga las disposiciones de la referida Ley.

Uno de los requisitos de forma que se debe verificar para la admisibilidad de la recusación, es su interposición dentro del tiempo hábil, el cual comprende la fase de investigación y hasta cinco días hábiles después de presentada la acusación fiscal ante el Tribunal competente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, cuyo contenido es el siguiente:

“ (...)”

A los fines de decidir sobre la admisibilidad de la presente recusación, esta Superioridad destaca como punto previo, que la misma fue planteada el día 30 de junio de 2010. Igualmente se observa que la Fiscalía (...) del Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena, luego de haber imputado a los ciudadanos (...) la comisión de los delitos de Apropiación Indebida Calificada Continuada y Estafa Agravada, en fecha 26 de septiembre de 2008 presentó escrito de acusación únicamente por el delito de Apropiación Indebida Calificada en contra de los referidos ciudadanos, lo cual demuestra que la presente incidencia ha sido interpuesta luego de haber transcurrido suficientemente el lapso de los cinco días hábiles exigidos en la norma.

Expuesto lo anterior, y sin entrar a emitir pronunciamiento sobre la legalidad de la actuación fiscal en el presente caso, por no ser materia de análisis en una recusación, este Despacho observa que no ha habido la emisión de acto conclusivo alguno en relación con el delito de Estafa, quedando abierta la investigación por este ilícito penal, en la misma causa donde se formuló la acusación, circunstancia ésta que hace inaplicable la disposición contenida en el artículo 67 de la Ley Orgánica del Ministerio Público antes transcrita, y en virtud de la cual se **admite** la presente recusación.

Ahora bien, retomando la idea acerca de los requisitos de forma y de fondo que hacen viable una recusación, debemos señalar que los requisitos de forma constituyen aquellas exigencias establecidas en la ley cuya observancia es de obligatorio cumplimiento, a los fines de lograr la eficacia jurídica del escrito recusatorio, entre los cuales se mencionan la legitimidad del recusante para proponer su planteamiento, la presentación del escrito ante el funcionario competente para recibirlo, la consignación del escrito recusatorio dentro del lapso legal correspondiente, la adecuación de los hechos en una causal de derecho y los requisitos de fondo, se refieren al contenido o motivación que debe llevar la pretensión efectuada, los cuales han de bastarse por sí mismos para evidenciar la falta de imparcialidad alegada.

En este orden de ideas, a los fines de ilustrar la importancia de las formas dentro del procedimiento penal, evitando siempre el excesivo uso de formalismos que puedan sacrificar la aplicación de la justicia, lo cual está expresamente prohibido por el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se considera pertinente atender a la opinión del autor Néstor Armando Novoa Velásquez, quien en su obra “Actos y Nulidades en el Procedimiento Penal” expuso:

“Ningún ordenamiento procesal puede abandonar definitivamente las formas, siempre se tratará de ir hacia una reglamentación más o menos normal de las formalidades, de manera que ni brillen por su ausencia, dejando casi total libertad a los sujetos del proceso para acomodarlas a su antojo, como tampoco que, por su excesiva expresión, hagan casi inmanejables los actos procesales. Es obvio que si el derecho está para conducir las conductas de los coasociados por el camino de la justicia, la equidad, la licitud y la paz, inequívocamente debe entregar a los ciudadanos la forma como desea que ese mínimo orden sea regulado y conservado” (pág.61, 2003).

Tales formalismos esenciales están destinados a garantizar el correcto desenvolvimiento del proceso, procurando que éste se desarrolle sin dilaciones o interferencias indebidas, y en este sentido opina el autor Joan Picó I Junoy en su obra “Las Garantías Constitucionales del Proceso”:

“El ordenamiento procesal tiene una serie de reglas formales que se encuentran establecidas en atención a lograr la seguridad jurídica a través de la legalidad. Por ello el cumplimiento de las formalidades no se deja a libre arbitrio de las partes, ya que para la ordenación adecuada del proceso existen formas y requisitos impuestos que afectan al orden público y son de obligada observancia...” (pág.49, 1.997).

De las citas en cuestión, se desprende que hay ciertas formalidades necesarias para el correcto desenvolvimiento del proceso, cuyo uso no puede considerarse como excesivo, sino más bien son criterios unificadores que persiguen la seguridad jurídica de los usuarios del sistema de administración de justicia, siendo uno de estos requisitos de forma, en lo que se refiere a los casos de recusación e inhabilitación de los fiscales del Ministerio Público, la adecuación de los hechos en una causal de derecho.

Por tanto, uno de los requisitos de forma que se debe verificar para el trámite de la recusación, es la adecuación de los hechos en alguna de las causales establecidas en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

A los efectos de decidir la presente incidencia es necesario destacar que desde la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Ministerio Público, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.647 de fecha 19 de marzo de 2007, las causales de recusación e inhabilitación aplicables a los Fiscales del Ministerio Público son, de manera exclusiva, las previstas en el artículo 65 de dicha Ley, no operando en lo sucesivo para estos la norma contenida en el artículo 86 del Código Orgánico Procesal Penal, a tenor de lo establecido en la Disposición Derogatoria Única de la Ley Orgánica en comento, que señala:

“(...)

En este sentido, realizando un análisis comparativo entre los dos textos legales en cuanto a la regulación de las causales de recusación e inhabilitación, se evidencia que ambos difieren, destacándose que lo previsto en el artículo 86 del Código Orgánico Procesal Penal contraría lo consagrado en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

En efecto, entre otros particulares, esta última excluyó dos de las causales previstas en el Código Orgánico en comento, como son las contenidas en sus numerales 6 y 8, adquiriendo el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público un carácter taxativo y no enunciativo, en el que se consagran únicamente seis causales de inhabilitación y recusación expresamente indicadas.

De esta manera, los hechos que han de alegarse para la formulación de tales incidencias deben limitarse a los supuestos descritos en dichas causales, situación que impide al recusante o inhabilitado plantear hechos o circunstancias que no sean subsumibles en alguna de ellas o invocar alguna distinta a las allí establecidas.

Al respecto señala el artículo 63 de la referida Ley Orgánica:

(...)

Por lo tanto, ha operado respecto del artículo 86 del Código Orgánico Procesal Penal una derogatoria tácita únicamente en cuanto a su ámbito de aplicación a los Fiscales del Ministerio Público, debiendo destacarse que esta disposición normativa mantiene vigencia pero se ha limitado su ámbito personal de validez, circunscribiéndose su aplicación solamente a los jueces profesionales, escabinos, secretarios, expertos e intérpretes, y “cualesquiera otros funcionarios del Poder Judicial”, careciendo de validez para los Fiscales del Ministerio Público, a quienes se aplica la Ley especial que regula la organización administrativa y funcional de la Institución que representan, como lo es, precisamente, la mencionada Ley Orgánica del Ministerio Público.

En cuanto a las demás normas contenidas en el Código Orgánico Procesal Penal que regulan, en general, la tramitación de las recusaciones e inhabilitaciones, de igual manera, se aplican a los Fiscales del Ministerio Público aquellas que no contradigan las disposiciones previstas en la Ley Orgánica de marras.

En este orden de ideas, circunscribiéndonos al caso bajo estudio, debe destacarse que la presente recusación fue planteada alegando como fundamento de derecho, el numeral 8 del artículo 86 del Código Orgánico Procesal Penal, lo que constituye un desacierto por parte de los ciudadanos (...), no siendo procedente que esta Decisora supla una carga que es propia de los recusantes. Y ASÍ SE DECLARA.

Por otra parte, los recusantes, alegaron como fundamento de derecho, lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual señala lo siguiente.

(...)

Al respecto, efectuando un análisis literal del precepto en comento, debemos destacar que el mismo se encuentra contemplado únicamente como causal de inhibición y no de recusación, el cual, en concordancia con el resto de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Ministerio Público, y la intención del legislador, resulta forzoso interpretar que la disposición antes aludida, es aplicable única y exclusivamente al Fiscal o a la Fiscal General de la República.

Concatenando la norma transcrita con otros artículos de la referida Ley, se debe considerar lo dispuesto en su artículo 63, según el cual (...)."

Este artículo 65 ha sido redactado en forma taxativa y no enunciativa, consagrando únicamente seis causales de inhibición y recusación expresamente indicadas, por consiguiente, los hechos que han de alegarse para la formulación de tales incidencias deben limitarse a las circunstancias descritas en dichas causales, sin dejar al libre arbitrio de los Fiscales una causal distinta a las señaladas, lo que implica que su invocación sea totalmente restrictiva.

De modo que la causal contenida en el artículo 66 de la Ley Orgánica del Ministerio Público tiene un carácter excepcional, que de hecho, sólo puede ser invocada por el Fiscal o la Fiscal General de la República y únicamente a los efectos de las inhibiciones y no de las recusaciones.

Asentado lo anterior, se procede a decidir el fondo de la presente incidencia a la luz de la causal contenida en el numeral 6 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, alegada por los recusantes, el cual señala lo siguiente:

(...)

Al respecto, es oportuno puntualizar que éste Órgano Decisor ha sostenido que la expresión haber "emitido opinión en la causa con conocimiento de ella", como causal de inhibición o recusación, no comprende aquellas opiniones exigidas por la propia ley y emitidas en las oportunidades previstas en la misma, toda vez que ello conllevaría a la absurda conclusión que después de formulada una acusación o ejercido algún recurso, el Fiscal del Ministerio Público que así hubiere actuado, ya no podría realizar ninguna otra actuación dentro de ese proceso debido a que estaría incurso en la causal antes indicada; por ello debe interpretarse que tal supuesto está referido a la exteriorización de un pronunciamiento o declaración concerniente al caso investigado, cuando sea efectuado extra proceso o fuera de las oportunidades previstas en la ley, ya que ello si pondría en duda su imparcialidad.

En este contexto, del análisis efectuado al escrito de recusación, se observa que no se explica de manera concreta, cuáles son los hechos que a criterio de los recusantes, configuran la causal alegada. Asimismo, de las razones de hecho expuestas por los abogados recusantes, no emerge ningún elemento o circunstancia fáctica que haga incurrir a las recusadas en el supuesto de hecho contenido en la norma del artículo 65, numeral 6, de la Ley Orgánica del Ministerio Público, pues de los argumentos planteados no se desprende que estos hayan emitido algún pronunciamiento de fondo, de manera adelantada y fuera del contexto procesal, sobre la investigación que aún permanece abierta.

En este sentido, es oportuno destacar que en materia de recusación no solamente la carga de la prueba corresponde al recusante, sino que éste deberá argumentar plenamente que el hecho descrito puede ser subsumido en la causal alegada de las contenidas en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, pues no basta con señalar la norma, hay que indicar claramente cuál es el hecho que se va a subsumir en dicha norma jurídica, lo cual constituye el fundamento de la recusación.

En consecuencia, lo procedente y ajustado a derecho es declarar sin lugar la recusación propuesta por los ciudadanos (...), en su carácter de defensores privados de los ciudadanos (...), acusados en la causa N° (...), contra las ciudadanas (...), Fiscal (...) del Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena, y Fiscal Auxiliar de esa misma Fiscalía, respectivamente, por cuanto este Despacho considera que los argumentos aducidos por los recusantes, no se subsumen dentro del

supuesto de hecho contenido en el numeral 6 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.
Y ASÍ SE DECLARA.

Asimismo, observa esta Superioridad que del contenido de la presente incidencia, no se evidencia que los ciudadanos (...), hayan actuado de mala fe, por consiguiente, en atención al 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 a los prenombrados recusantes la multa contenida en el artículo 79 de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Y así se decide.

Háganse las correspondientes notificaciones.”

Luisa Ortega Díaz
Fiscal General de la República

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 11-03-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Inhibición

4.- TEMA:

- Carácter personalísimo de las causales de inhibición.
- el Fiscal sustituto debe pertenecer a una Fiscalía distinta de aquella en la cual se encuentra el recusado o inhibido.

5.- EXTRACTO

Las causales de inhibición son personalísimas e intransferibles, las cuales se corresponden con las vinculaciones de tipo personal que el Fiscal, de manera directa, pudiera tener con las partes o con la causa debido a circunstancias o hechos propios de éste, sin que sea posible que un Fiscal se atribuya la afectación de imparcialidad por razones atinentes a otro Fiscal, aunque se encuentre relacionado, de algún modo, con el proceso.

Por otra parte se indica que cuando un Fiscal Auxiliar se inhibe y es declarada con lugar la incidencia formulada, la causa queda en conocimiento del Fiscal designado como sustituto, quien, salvo casos muy específicos y excepcionales, pertenece a un Despacho Fiscal distinto a aquél donde ejerce sus funciones el inhibido, no correspondiéndole, en consecuencia, la tramitación de la causa en cuestión al fiscal principal al cual se encuentra subordinado el proponente. ello es así porque se entiende que el fiscal auxiliar tiene la función de asistir a los fiscales principales del Ministerio Público, lo que implica actuar indistintamente en las causas, en el marco de lo previsto en el artículo 53 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº RESOLUCIÓN S/N

6.2.- FECHA: 11-03-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Visto el escrito presentado por la ciudadana (...), Fiscal (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, mediante el cual se inhibe de seguir conociendo la causa signada con el Nº (...), para resolver previamente se observa:

La representante del Ministerio Público aduce como fundamentos de hecho para plantear su inhibición, lo siguiente:

“(...) / En fecha 27 de noviembre de 2009, se recibió por el despacho al cual estoy adscrita, denuncia formulada por el ciudadano JUAN CARLOS GUEVARA, (...) por cuanto fue víctima de lesiones personales, (...). / Resulta que el referido ciudadano es cuñado de la Abogada (...) quien se desempeña como Fiscal Auxiliar Tercera del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Estado (sic) Táchira, puesto que aquél estuvo casado con su hermana de nombre CONSUELO HERNÁNDEZ CANDIALES, (...) divorciándose en el año 2004, (...). Por lo que entre la Fiscal Auxiliar mencionada y el

denunciante permanece el vínculo de afinidad. / Ante tal situación, la Fiscal Auxiliar KHARINA ANJANETH HERNANDEZ (sic) CANDIALES, planteó en esta misma fecha, su inhibición de conocer de la causa (...). / (...) las circunstancias arriba señaladas, constituyen a mi juicio y salvo mejor criterio de ese Superior Despacho, una causa de Inhibición (sic) que podría afectar mi imparcialidad de seguir conociendo de la presente causa, (...)."

Como razones de derecho, la referida Fiscal invoca la causal de inhibición prevista en el artículo 66 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual establece: (...)

A los efectos de decidir la presente incidencia es necesario señalar que la inhibición de un fiscal del Ministerio Público es un mecanismo procesal, a través del cual, y con fundamento en las causales legales taxativas, contempladas en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, éste, en defensa del derecho al debido proceso, se separa del conocimiento de la causa al juzgar comprometida su imparcialidad en la tramitación de la misma, previa presentación de un escrito que contenga las razones tanto de hecho como de derecho que fundamenten su pretensión, de conformidad con lo establecido en la referida ley, evitando retardos en los procesos al plantearse inhibiciones sin basamento alguno, lo que no se correspondería con la celeridad que se busca dentro del proceso penal.

En tal sentido, con este mecanismo procesal se garantiza la idoneidad del fiscal en el conocimiento de una causa concreta, previniéndose de esta manera, las vinculaciones de tipo personal que éste pudiera tener con las partes o con la causa.

En el caso bajo estudio se alegó como fundamento de derecho la norma contemplada en el artículo 66 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, anteriormente transcrita. Sobre el particular, efectuando un análisis literal del precepto en comento, en concordancia con el resto de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Ministerio Público, y la intención del legislador, resulta forzoso interpretar que la causal de inhibición invocada es aplicable única y exclusivamente al Fiscal o a la Fiscal General de la República.

Concatenando la norma transcrita con otros artículos de la referida Ley, se debe considerar lo dispuesto en su artículo 63, según el cual "Los fiscales o las fiscales del Ministerio Público deberán inhibirse o podrán ser recusados o recusadas por las causales previstas en el artículo 65 de esta Ley." Este artículo 65 ha sido redactado en forma taxativa y no enunciativa, consagrando únicamente seis causales de inhibición y recusación expresamente indicadas, por consiguiente, los hechos que han de alegarse para la formulación de tales incidencias deben limitarse a los supuestos descritos en dichas causales, situación que impide al inhibido plantear hechos o circunstancias que no sean subsumibles en alguna de ellas o invocar alguna distinta a las allí establecidas.

De modo que la causal contenida en el artículo 66 de la Ley Orgánica del Ministerio Público tiene un carácter excepcional, que de hecho, sólo puede ser invocada por el Fiscal o la Fiscal General de la República y únicamente a los efectos de las inhibiciones y no de las recusaciones. Así pues, considerando que la Fiscal inhibida no tiene la condición de Fiscal General de la República, le resulta inaplicable la causal de inhibición en comento, lo que conlleva a declarar inadmisibles la presente incidencia por incumplimiento de lo previsto en el artículo 63 *eiusdem*.

En otro orden de ideas, es preciso advertir que las causales de inhibición son personalísimas e intransferibles, las cuales se corresponden con las vinculaciones de tipo personal que el fiscal, de manera directa, pudiera tener con las partes o con la causa debido a circunstancias o hechos propios de éste, sin que sea posible que un fiscal se atribuya la afectación de imparcialidad por razones atinentes a otro fiscal, aunque se encuentre relacionado, de algún modo, con el proceso.

En el caso concreto, debe señalar esta Decisora que los hechos que fundamentan la inhibición planteada no vinculan a la Fiscal inhibida con alguna de las partes en la causa, pues el parentesco por afinidad que se describe se tiene entre la Fiscal auxiliar de la respectiva Fiscalía y la víctima, en virtud de lo cual resulta forzoso afirmar que haber formulado la presente incidencia en los términos expuestos constituye un desacierto de la proponente.

A todo evento, se indica que cuando un fiscal auxiliar se inhibe y es declarada con lugar la incidencia

formulada, la causa queda en conocimiento del fiscal designado como sustituto, quien, salvo casos muy específicos y excepcionales, pertenece a un despacho fiscal distinto a aquél donde ejerce sus funciones el inhabilitado, no correspondiéndole, en consecuencia, la tramitación de la causa en cuestión al fiscal principal al cual se encuentra subordinado el proponente. Ello es así porque se entiende que el fiscal auxiliar tiene la función de asistir a los fiscales principales del Ministerio Público, lo que implica actuar indistintamente en las causas, en el marco de lo previsto en el artículo 53 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Así pues, verificado como ha sido el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 63 eiusdem, resulta procedente y ajustado a derecho declarar inadmisibles la inhabilitación planteada por la ciudadana (...), Fiscal (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, en la causa signada con el N° (...). Y así se declara.

Ahora bien, debe destacarse que tal como lo afirmó la inhabilitada en su escrito, la ciudadana (...), Fiscal Auxiliar de la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, previo a la formulación de la presente incidencia, se inhabilitó de seguir conociendo la causa en comento.

Dicha inhabilitación fue declarada sin lugar, no obstante, por los razonamientos que se expresan en la respectiva Resolución, se estimó que debía seguir conociendo de la causa quien ejerza el cargo de Fiscal Quinto del Ministerio Público de la mencionada Circunscripción Judicial, designado como sustituto por el correspondiente Fiscal Superior.

En tal sentido, considerando que este aspecto de la decisión incide directamente en la dispositiva de la presente Resolución por tratarse de una misma causa, es por lo que se resuelve que a pesar de haber sido declarada inadmisibles esta inhabilitación, continúe conociendo de la respectiva investigación, el fiscal designado como sustituto antes referido. Y así se decide.

Finalmente, se insta a la ciudadana (...) a observar la Circular N° DFG-DCJ-13-2009-0007, de fecha 13 de agosto de 2009, emanada de este Despacho, referida al "Procedimiento a seguir en materia de Recusaciones e Inhabilitaciones de los Fiscales del Ministerio Público", especialmente en lo atinente al deber de estos de invocar la norma legal vigente contenida de las causales de inhabilitación aplicables a los fiscales del Ministerio Público. Y así se declara.

Háganse las correspondientes notificaciones."

Luisa Ortega Díaz
Fiscal General de la República

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 29-09-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Recusación

4.- TEMA:

- Derogatoria tácita del artículo 86 del código orgánico procesal penal en cuanto a los Fiscales del Ministerio Público.
- El artículo 66 de la ley orgánica del ministerio público es aplicable única y exclusivamente al fiscal o a la fiscal general de la república.
- Es necesario invocar expresamente la causal de recusación, contenida en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

5.- EXTRACTO

1.- Se ratifica el criterio según el cual desde la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Ministerio Público, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 38.647 de fecha 19 de marzo de 2007, las causales de recusación e inhibición aplicables a los Fiscales del Ministerio Público son, de manera exclusiva, las previstas en el artículo 65 de dicha ley, no operando en lo sucesivo para éstos, la norma contenida en el artículo 86 del Código Orgánico Procesal Penal, a tenor de lo establecido en la disposición derogatoria única de la ley orgánica in comento, en concordancia con lo previsto en el artículo 63 de la referida ley orgánica. el artículo 86 del Código Orgánico Procesal Penal ha quedado derogado tácitamente únicamente en cuanto a los Fiscales del Ministerio Público. las demás normas contenidas en el código relacionadas con la materia se aplican sólo en cuanto no contradigan las disposiciones previstas en la Ley Orgánica del Ministerio Público.

2.- Por otra parte, se ratifica que el artículo 66 de la Ley Orgánica del Ministerio Público es aplicable única y exclusivamente al Fiscal o a la Fiscal General de la República y únicamente a los efectos de las inhibiciones y no de las recusaciones.

3.- por último, la recusante alegó el artículo 65 *ejusdem*, que si bien es la norma que establece las causales que permiten fundamentar la recusación, lo cierto es que no indicó de manera expresa en cuál de ellas subsume los motivos de hecho expuestos en su escrito, incumpliendo así uno de los requisitos de forma para la presentación de una incidencia como esta, razón por la cual se desecha este argumento de derecho.

En este sentido, estima esta decisora importante advertir que en el ejercicio de una recusación contra un Fiscal del Ministerio Público resultan insuficientes las exposiciones sobre hechos planteados en forma genérica sin señalar la causal de recusación en la cual se presume incurso éste, pues es imprescindible indicar el nexo causal entre ambos aspectos para permitir, en puridad de derecho, la función de subsunción de esta decisora, destacándose que escudriñar en lo que quiso aducir el recusante "constituye una suplencia en la defensa de éste que va en detrimento del derecho a la defensa de la otra."¹⁸⁴.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° RESOLUCIÓN S/N

6.2.- FECHA: 29-09-2010

¹⁸⁴ Así lo ha expresado la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en decisión N° 18 de fecha 19 de marzo de 2003, Exp. N° AA10-1-2002-000051, correspondiente a la recusación ejercida por el ciudadano Alejandro Terán contra el Magistrado Iván Rincón.

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Visto el escrito presentado por la ciudadana (...), en su carácter de abogada defensora de la ciudadana (...), imputada en la causa signada con el N° (...), mediante el cual propone recusación contra el ciudadano (...), Fiscal (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Monagas, para resolver la presente incidencia, este Despacho observa lo siguiente:

Como fundamento de derecho, la ciudadana (...) basa su escrito de recusación en los numerales 4 y 5 del artículo 86 del Código Orgánico Procesal Penal, en concordancia con los artículos 65, sin indicar numeral, y 66 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Ahora bien, la recusación como acto procesal de parte, que insta al fiscal del Ministerio Público a separarse de un determinado proceso por concurrir en él una causal que pone en duda su imparcialidad, requiere para su viabilidad que ésta cumpla con ciertos requisitos de forma y de fondo previamente establecidos en la Ley Orgánica del Ministerio Público y en el Código Orgánico Procesal Penal, éste último aplicable en cuanto su normativa no contradiga las disposiciones de aquella.

Los requisitos de forma se entienden entonces, como aquellas exigencias establecidas en la ley cuya observancia es de obligatorio cumplimiento, a los fines de lograr la eficacia jurídica del escrito recusatorio, entre los cuales se encuentran: la legitimidad del recusante para proponer su planteamiento, la presentación del escrito ante el funcionario competente para recibirlo, consignarlo en el lapso legal correspondiente, la adecuación de los hechos en algunas de las causales previstas en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público; y los requisitos de fondo, se refieren al contenido o motivación que debe llevar la pretensión efectuada, los cuales han de bastarse a sí mismos para evidenciar la falta de imparcialidad alegada.

En ese mismo contexto, a los fines de ilustrar la importancia de las formas dentro del procedimiento penal, evitando siempre el excesivo uso de formalismos que puedan sacrificar la aplicación de la justicia, lo cual está expresamente prohibido por el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se considera pertinente atender la opinión del Catedrático Néstor Novoa Velásquez, quien en su obra “Actos y Nulidades en el Procedimiento Penal”, expone:

“Ningún ordenamiento procesal puede abandonar definitivamente las formas, siempre se tratará de ir hacia una reglamentación más o menos normal de las formalidades, de manera que ni brillen por su ausencia, dejando casi total libertad a los sujetos del proceso para acomodarlas a su antojo, como tampoco que, por su excesiva expresión, hagan casi inmanejables los actos procesales. Es obvio que si el derecho está para conducir las conductas de los coasociados por el camino de la justicia, la equidad, la licitud y la paz, inequívocamente debe entregar a los ciudadanos la forma como desea que ese mínimo orden sea regulado y conservado” (p. 61, 2003).

De la referida cita doctrinaria, se desprende que hay ciertas formalidades necesarias para el correcto desenvolvimiento del proceso, cuyo uso no puede considerarse como excesivo, sino más bien como criterios unificadores que persiguen la seguridad jurídica de los usuarios del sistema de justicia, siendo uno de estos requisitos de forma, en lo que se refiere a los casos de recusación e inhibición de los fiscales del Ministerio Público, la adecuación de los hechos en una causal de derecho.

Por tanto, uno de los requisitos de forma que se debe verificar para el trámite de la recusación, es la adecuación de los hechos en alguna de las seis (6) causales establecidas en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

En este contexto, a los efectos de decidir la presente incidencia es necesario señalar que desde la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Ministerio Público, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.647 de fecha 19 de marzo de 2007, las causales de recusación e inhibición aplicables a los Fiscales del Ministerio Público son, de manera exclusiva, las previstas en el artículo 65 de dicha Ley, no operando en lo sucesivo para éstos, la norma contenida en

el artículo 86 del Código Orgánico Procesal Penal, a tenor de lo establecido en la Disposición Derogatoria Única de la Ley Orgánica in comento, que señala: (...)

En este sentido, al realizar un análisis comparativo entre los dos textos legales, en cuanto a la regulación de las causales de recusación e inhibición, se evidencia que ambos difieren, destacándose que lo previsto en el artículo 86 del Código Orgánico Procesal Penal contraría lo consagrado en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

En efecto, entre otros particulares, esta última excluyó dos de las causales previstas en el Código Orgánico in comento, como son las contenidas en sus numerales 6 y 8, adquiriendo el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público un carácter taxativo y no enunciativo, en el que se consagran únicamente seis causales de inhibición y recusación expresamente indicadas, en el citado texto legal.

De esta manera, los hechos que han de alegarse para la formulación de tales incidencias deben limitarse a los supuestos descritos en dichas causales, situación que impide al recusante o inhibido plantear hechos o circunstancias que no sean subsumibles en alguna de ellas o invocar alguna distinta a las allí establecidas.

Al respecto señala el artículo 63 de la referida Ley Orgánica: (...)

Así, ha operado respecto del artículo 86 del Código Orgánico Procesal Penal una derogatoria tácita únicamente en cuanto los Fiscales del Ministerio Público, lo que implica que esta disposición normativa mantiene vigencia, pero se ha limitado su ámbito personal de validez, circunscribiendo su aplicación solamente a los jueces profesionales, escabinos, secretarios, expertos e intérpretes, y "cualesquiera otros funcionarios del Poder Judicial". De este modo, carece de validez para los Fiscales del Ministerio Público, a quienes se aplica la Ley especial que regula la organización administrativa y funcional de la Institución que representan, como lo es, precisamente, la mencionada Ley Orgánica del Ministerio Público.

En cuanto a las demás normas contenidas en el Código Orgánico Procesal Penal que regulan, en general, la tramitación de las recusaciones e inhibiciones, de igual manera, rigen para los Fiscales del Ministerio Público aquellas que no contradigan las disposiciones previstas en la Ley Orgánica del Ministerio Público.

En este orden de ideas, advierte esta Decisora que la ciudadana Lolimar Sukkar Succar alegó como fundamento de derecho para sustentar su escrito de recusación, en primer lugar, los numerales 4 y 5 del artículo 86 del Código Orgánico Procesal Penal, incurriendo de esta forma en un desacierto respecto al argumento jurídico expuesto, por cuanto no subsumió sus alegatos en alguna de las causales previstas en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

En segundo lugar, la prenombrada recusante se basó en el artículo 66 de la referida Ley Orgánica que rige nuestra Institución, la cual dispone: (...)

Al respecto, efectuando un análisis literal del precepto in comento, en concordancia con el resto de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Ministerio Público, y la intención del legislador, resulta forzoso interpretar que la norma invocada es aplicable única y exclusivamente al Fiscal o a la Fiscal General de la República.

Concatenando la norma transcrita con otros artículos de la referida Ley, se debe considerar lo dispuesto en su artículo 63, según el cual "Los fiscales o las fiscales del Ministerio Público deberán inhibirse o podrán ser recusados o recusadas por las causales previstas en el artículo 65 de esta Ley." Este artículo 65 ha sido redactado en forma taxativa y no enunciativa, consagrando únicamente seis causales de inhibición y recusación expresamente indicadas, por consiguiente, los hechos que han de esgrimirse para la formulación de tales incidencias deben limitarse a las circunstancias descritas en dichas causales, sin dejar al libre arbitrio de los recusantes la posibilidad de alegar una causal distinta a las señaladas, lo que implica que su invocación sea totalmente restrictiva.

De modo que la disposición contenida en el artículo 66 de la Ley Orgánica del Ministerio Público tiene un carácter excepcional, que de hecho, sólo puede ser invocada por el Fiscal o la Fiscal General de la República y únicamente a los efectos de las inhibiciones y no de las recusaciones. Así pues, resulta improcedente haber alegado dicha norma en el caso bajo estudio como fundamento legal de una recusación.

Y, en tercer lugar, la recusante alegó el artículo 65 ejusdem, que si bien es la norma que establece las causales que permiten fundamentar la recusación, lo cierto es que la ciudadana (...) no indicó de manera expresa en cuál de ellas subsume los motivos de hecho expuestos en su escrito, incumpliendo así uno de los requisitos de forma para la presentación de una incidencia como esta, razón por la cual se desecha este argumento de derecho.

En este sentido, estima esta Decisora importante advertir que en el ejercicio de una recusación contra un fiscal del Ministerio Público, no sólo basta señalar la disposición legal idónea de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento jurídico vigente, pues considerando que este es un mecanismo procesal a través del cual las partes, en defensa de su derecho al debido proceso, pueden separar al fiscal del conocimiento de la causa al juzgar comprometida su imparcialidad en la tramitación de la misma, es preciso que la afirmación de parcialidad alegada se encuentre fundada en situaciones específicas que generen la convicción en esta Decisora, sobre la vinculación de éstas con el supuesto de hecho establecido en la norma, pues la función de decidir supone la verificación del cumplimiento del supuesto de hecho contemplado en el precepto legal para aplicar la consecuencia jurídica prevista.

Ello implica que el recusante debe no sólo señalar la causal en la cual se encuentra incurso el Representante del Ministerio Público, sino que, además, debe explicar por qué estima que los hechos declarados por él se subsumen dentro de la causal de recusación invocada, pues la aseveración de circunstancias genéricas va en contra de la naturaleza misma de este mecanismo procesal, el cual exige el planteamiento de hechos o circunstancias concretas en las que se afirma ha incurrido el fiscal del Ministerio Público, a quien se le objeta su imparcialidad.

De este modo, resultan insuficientes las exposiciones sobre hechos planteados en forma genérica y el señalamiento de la causal de recusación en la cual se presume incurso éste, pues es imprescindible indicar el nexo causal entre ambos aspectos para permitir, en puridad de derecho, la función de subsunción de esta Decisora, destacándose que escudriñar en lo que quiso aducir el recusante "constituye una suplencia en la defensa de éste que va en detrimento del derecho a la defensa de la otra." ¹⁸⁵.

Como se observa la ciudadana (...) incumplió un requisito de forma, pero esencial de conformidad con la Ley Orgánica del Ministerio Público para plantear la recusación, no siendo procedente que este Despacho supla una carga que es propia de la recusante, situación que acarrea forzosamente la inadmisibilidad de la incidencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, cuyo encabezamiento establece que: (...)

En consecuencia, en fuerza de las consideraciones que anteceden y de conformidad con el artículo 77 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, este Despacho declara inadmisibile y concluido el procedimiento iniciado con motivo de la recusación planteada por la ciudadana (...), en su carácter de abogada defensora de la ciudadana (...), en la causa signada con el N° (...), contra el ciudadano (...), Fiscal (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Monagas, por cuanto no se fundamentó en ninguna de las causales establecidas en la Ley Orgánica del Ministerio Público. Y así se declara.

Asimismo, observa esta Superioridad que del contenido de la presente incidencia, no se evidencia que la ciudadana Lolimar Sukkar Succar haya actuado de mala fe, por consiguiente, en atención al 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

¹⁸⁵ Así lo ha expresado la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en decisión N° 18 de fecha 19 de marzo de 2003, Exp. N° AA10-1-2002-000051, correspondiente a la recusación ejercida por el ciudadano Alejandro Terán contra el magistrado Iván Rincón.

Roberto Durán Infante, Fiscal Séptimo del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Trujillo, no se le impondrá a la 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

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 27-01-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Recusación

4.- TEMA:

- Condición de imputado
- Causal de enemistad manifiesta

5.- EXTRACTO

El Fiscal recusado niega la legitimidad al recusante alegando que éste no es imputado, pues especifica que le practicó la citación para efectuarle la imputación formal pero el acto no se ha materializado por la solicitud de diferimiento que al respecto formuló su abogado defensor, debidamente juramentado. al respecto se estableció que la falta de dicho acto no es un obstáculo para atribuirle al citado su carácter de imputado en la causa, pues hay actos del procedimiento, previos al ejercicio de la recusación, que de manera inequívoca le confieren tal condición, como lo es la citación que le practicó el Ministerio Público en la que le indica que debe comparecer al respectivo Despacho Fiscal a la hora y fecha establecida, a los fines de ser imputado por los delitos que se mencionan. esta citación fue conocida por su destinatario, prueba de ello es la comparecencia de sus abogadas en la fecha pautada, quienes solicitaron el diferimiento del acto.

De este modo, entiende esta decisora que la citación practicada al recusante, debidamente conocida por éste, constituye una exteriorización de la determinación del fiscal de señalarlo como imputado, situación que le atribuye el carácter de parte en el proceso y por ende, conforme a lo previsto en el artículo 85 del Código Orgánico Procesal Penal, posee la legitimidad para interponer la presente recusación.

Por otra parte, se ratifica el criterio relacionado con la enemistad manifiesta, contenida en el numeral 4 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, según el cual "(...) debe interpretarse que el legislador venezolano al establecer el supuesto de 'enemistad manifiesta' se refiere a que es evidente o de público conocimiento, debe ser actual, por estar demostrada por hechos que no dejen duda respecto de ella, debe aparecer evidente de hechos precisos y especificados, constante de autos, demostrativos de un profundo resentimiento o de un enconado rencor entre dos personas".¹⁸⁶

Comparte esta decisora los requisitos establecidos por el autor joan picó i junoy¹⁸⁷ para considerar la existencia de la enemistad manifiesta, quien sostiene que: 1. "(...) la enemistad debe ser extraprocesal, es decir, ha de surgir al margen de la existencia de un proceso. / 2. "(...) el sentimiento de enemistad ha de ser personal del juez, esto es, debe existir en su esfera emocional, por lo que es indiferente la enemistad que le pueda profesar alguna de las partes si el juzgador no lo concibe como enemigo. / 3. "(...) es necesario que dicha enemistad sea manifiesta, esto es, haya sido exteriorizada a terceras personas (...) entendemos <manifiesta> debería equipararse como sinónimo de grave, ya que puede haber una enemistad real y grave pero oculta y, a la inversa, una enemistad poco grave pero conocida."

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº RESOLUCIÓN S/N

186 Borjas, Arminio. "Exposición del Código de Enjuiciamiento Criminal Venezolano", tomo I, pp. 137-138.

187 Picó I Junoy, Joan. Ob. Cit. pp. 74-76.

6.2.- FECHA: 27-01-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Visto el escrito presentado por el ciudadano (...), quien tiene el carácter de imputado en la causa N° (...), mediante el cual propone recusación contra el ciudadano (...), Fiscal (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, para resolver previamente se observa:

El recusante, argumenta como razones de hecho, fundamentalmente, lo siguiente:

“(...) / En fecha 24/07/09, mi hermano de nombre LUIS ERMILO GOMEZ (sic) PEREZ (sic), fue detenido por estar presuntamente vinculado al homicidio de su cuñado (...), y en fecha 29/07/08, es detenida mi hermana de nombre LECSY YUDITH GOMEZ (sic) PEREZ (sic), ambos detenidos (...) bajo la orden de la Fiscal BLANCA TIGRERA (...); (...) finalmente, el caso paso (sic) al conocimiento de la FISCALIA (sic) 11 del MINISTERIO PUBLICO (sic) DEL ESTADO ZULIA, (Abogado ...), producto de la detención de mi hermana fue incautado un vehículo de su propiedad, (...) el cual (...) hasta la fecha (...) ni ha sido entregado ni ha sido negado, (...) asimismo me he dirigido en reiteradas oportunidades al despacho Fiscal 11, (...) obteniendo como respuesta del Fiscal Auxiliar así como del personal que labora en esa Fiscalía (sic), amenazas de aprehensión así como maltrato hacia mi persona. Igualmente, mi madre (...) ha tratado de realizar las mismas gestiones y ni siquiera le permiten acceder al despacho de la Fiscalía, (...). / (...) Asimismo hago de su conocimiento que la causa ante dicha Fiscalía esta (sic) signada bajo el N° 03-08, cual es mi sorpresa que cuando llego de mis labores diarias, a mi residencia me encuentro con una boleta de citación que se me había dejado, signada bajo el N° 24F-11-2150-09, por la Fiscalía UNDECIMA (sic) de Estado (sic) Zulia, dirigida a mi persona para comparecer ante la misma en fecha Martes (sic) 29-09-2009, a las 8:30 am, para ser imputado por los delitos de HURTO CALIFICADO, USO DE DOCUMENTO FALSO Y ESTAFA CONTINUADA, (...). / Como consecuencia de esto (...) solicite (sic) a mis abogadas de confianza (...) que acudieran a esa citación con el fin de solicitar el diferimiento del acto de imputación, desde que las mismas pisaron el despacho de la Fiscalía Undécima, y señalaron que venían en mi representación, absolutamente todo el personal de esa Fiscalía comenzó a emitir opiniones y a exigirles poderes o juramentación para poder diligenciar, fueron recibidas de manera muy descortés y sospechosa por el Fiscal Auxiliar quien finalmente luego de tanta discusión les permitió diligenciar y les advirtió que debían volver por la respuesta (...). / Al día siguiente volvieron y no se les dio respuesta citándolas para el día (01/10/2009), y al no obtener respuesta se vieron en la necesidad de diligenciar para dejar constancia de lo ocurrido y se dirigieron a la Fiscalía Superior, (...). / En diversas oportunidades me entreviste (sic) con el Fiscal Undécimo a quien le manifesté que yo era la única persona sostén de mi familia, específicamente de mis sobrinos (arriba mencionados) puesto que mis hermanos se encuentran detenidos en el Marite, Estado (sic) Zulia, en consecuencia soy el único que realiza gestiones a objeto de probar la inocencia de los mismos y estoy convencido luego de tanto ensañamiento que la estrategia es neutralizarme acusándome de los delitos mencionados para que ya nadie pueda gestionar. / Por todas estas circunstancias arriba señaladas, procedo a RECUSAR, (...) por cuanto el mismo a (sic) desarrollado enemistad manifiesta hacia mi persona, no siendo imparcial, en consecuencia, solicito sea verificada la situación irregular mediante la cual el Fiscal que se encuentra acusando a mi hermana, hoy se encuentre imputándome a mi (sic), afectando así la imparcialidad que debe tener el MINISTERIO PUBLICO (sic), (...).”

Como razones de derecho, el ciudadano (...) señala la causal de recusación dispuesta en el numeral 4 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual pauta: (...)

Es de resaltar que, en fecha 21 de octubre de 2009, la Dirección de Consultoría Jurídica de esta Institución recibió escrito de impugnación a la recusación ejercida, suscrito por el ciudadano (...), Fiscal (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, oportunamente presentado, en el que manifiesta, básicamente, lo que a continuación se transcribe:

“(...) / (...) Por esta razón se cita al ciudadano (...), para que comparezca por ante este despacho fiscal, el día 29/09/09, a las 8:30 a.m., con su abogado de confianza, previamente juramentado, a los fines de ser imputado por los delitos de HURTO CALIFICADO, USO DE DOCUMENTO FALSO Y ESTAFA CONTINUADA, (...). / En fecha 29/09/09, (...) comparecieron a esta Representación Fiscal, las

Abogadas (sic) Nalryla Suárez y Georga Inciarte, (...) en representación del ciudadano (...), quienes manifestaron que su representado actualmente presenta graves problemas de salud que lo imposibilitan comparecer y (...) solicitaron (...) diferir el acto de imputación (...). / En fecha 01/10/2009, volvieron a comparecer las Abogadas (...) sin juramentación alguna, (...) y en vista de (sic) que no se ha demostrado la cualidad de las mismas, esta Representación Fiscal, no se pronunció (sic) con (sic) dicho pedimento, por lo que se procedió a citar nuevamente al ciudadano (...) / (...) Este representante Fiscal observa que (...) la recusación podrá ser presentada por las personas legitimadas para tal efecto, (...). / Ahora bien (...) el ciudadano (...), no posee tal cualidad, por cuanto el mismo no ha sido imputado por esta Representación Fiscal, (...) como (sic) puede manifestar la existencia de una enemistad cuando el mismo nunca ha tenido ninguna relación con esta Representación Fiscal, no se ha presentado en el Despacho, este ciudadano manifiesta que existe una actitud sospechosa en el Despacho Fiscal cuando es nuestra labor defender los Derechos (sic) y Garantías (sic) Constitucionales (sic) de cada persona tanto imputados como víctimas (sic), obrar de buena fe, con objetividad, (sic) y legalidad. Tal situación se evidencia con la citación emitida por esta Representación Fiscal para su asistencia con su Abogado (sic) previamente Juramentado (sic) tal como lo establece nuestra legislación para el 29 de Septiembre (sic) de 2009, a las 8:30 am, no acudiendo ni acatando tal solicitud, y hasta la fecha no se emitió otra citación. Por cuanto se presentaron dos ciudadanas Abogadas (sic) a las 10:40 horas de la mañana aproximadamente y en forma despectiva y soez solicitaron se le (sic) prestara el Expediente (sic), es decir; (sic) la Investigación (sic) llevada por este Despacho con el N° Comisión 03-08, por lo que el Abogado (sic) Leonel Espina (sic) Fiscal Auxiliar adscrito a esta Representación Fiscal les manifestó ¿ (sic) que cual (sic) era su cualidad? Y ellas manifestaron que eran Abogadas (sic) del ciudadano (...), razón por la cual se les informo (sic) el procedimiento a seguir, es decir; (sic) 'Juramentación (sic) de las mismas por ante el Juzgado de Control o en su defecto su asistencia en el acto y posterior su Juramentación (sic)', estas manifestaron que en Caracas no era así, que los fiscales eran sus amigos y que la misma en ocasiones lo hacía (sic) hasta por teléfono, es por ello que se le manifestó, de nuevo el procedimiento a seguir, se les explico (sic) que podían esperar una segunda citación y así cumplir con la asistencia, mas sin embargo se les notifico (sic) con la finalidad de ilustrar sobre la investigación que el ciudadano (...), sería imputado por la presunta comisión de los (sic) de (sic) HURTO CALIFICADO (sic) USO DE DOCUMENTO FALSO Y ESTAFA CONTINUADA, con la finalidad de imponerle de la investigación para que el mismo conjuntamente con esta Representación Fiscal, recabaran los elemento (sic) de convicción y medios probatorios que lo exculparan, pero ellas insistieron en tener mas (sic) información y que se le diera un mes de prórroga (sic) (...)."

Vistos los argumentos esgrimidos por el ciudadano recusante y el Fiscal recusado de la presente incidencia, conviene establecer, como punto previo, el carácter del ciudadano (...) en la respectiva causa, por ser un aspecto controvertido debido a la falta de legitimidad para recusar que alega en su perjuicio el Fiscal (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, arguyendo que no es parte en el proceso.

Al respecto, el referido Fiscal en su escrito de impugnación indica expresamente que citó al ciudadano (...) para que compareciera ante su Despacho Fiscal "el día 29/09/09, a las 8:30 a.m., con su abogado de confianza, previamente juramentado, a los fines de ser imputado por los delitos de HURTO CALIFICADO, USO DE DOCUMENTO FALSO y ESTAFA CONTINUADA, (...)". Igualmente manifestó que en la mencionada fecha comparecieron dos abogadas en representación de éste y solicitaron diferir el acto de imputación por motivos de salud de su representado. Esto último consta en copia simple de acta consignada por el recusante, suscrita por el Fiscal Auxiliar de la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Zulia y por las abogadas en referencia.

Ciertamente se desprende de los argumentos expuestos por el Fiscal recusado que al interponerse la presente incidencia no se había efectuado el acto formal de imputación del ciudadano (...), sin embargo, la falta de dicho acto no es un obstáculo para atribuirle a éste su carácter de imputado en la causa, pues hay actos del procedimiento, previos al ejercicio de la recusación, que de manera inequívoca le confieren tal condición, como lo es la citación que le practicó la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, en la que le indica que debe comparecer al respectivo Despacho Fiscal a la hora y fecha establecida, a los fines de ser imputado por los delitos antes mencionados. Esta citación fue conocida por su destinatario, prueba de ello es la comparecencia de sus abogadas en la fecha pautada, quienes solicitaron el diferimiento del acto.

En este sentido, es conveniente referir el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre cuándo se adquiere la condición de imputado, expresado, entre otras, en sentencia de fecha 29 de julio de 2005, caso Ángel Guaimarata Carreño, Exp. No.: 03-2461, en la cual se sostuvo:

“Esta Sala en reiterada jurisprudencia ha señalado que conforme al artículo 124 del Código Orgánico Procesal Penal, imputado es toda persona a quien se le señala como autor o partícipe de un hecho punible, por un acto de procedimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal. No se requiere de un auto declarativo de la condición de imputado, sino de cualquier actividad de investigación criminal, donde a una persona se la trata como presunto autor o partícipe (ver por ejemplo, caso: William Claret Girón, resuelto en sentencia del 17 de julio de 2002).

Asimismo, esta Sala en la sentencia anteriormente citada señaló que:

‘...la condición de imputado se adquiere tanto en la fase de investigación, como cuando se ordena la apertura a juicio contra una persona.

En la fase de investigación, la imputación puede provenir (...) de actos de la investigación que de manera inequívoca señalan a alguien como autor o partícipe, bien porque la denuncia menciona a una persona en particular que se interroga o entrevista como tal, o porque los actos de investigación, como allanamientos, etc, reflejan una persecución penal personalizada. / (...) / No establece el Código Orgánico Procesal Penal un derecho de las personas a solicitar al Ministerio Público, que declare si son o no imputados, pero la Sala reputa que tal derecho sí existe, como un derivado del derecho de defensa que consagra el artículo 49 Constitucional para la investigación y que expresa ‘toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga’ (...).

A juicio de esta Sala, cuando hay hechos concretos contra alguien, a pesar de que se estén investigando, la persona tiene el derecho de solicitar conocerlos, y la existencia de tales hechos, de la misma naturaleza que los de las denuncias, equivalen a imputaciones.’ / (...)”.

De este modo, entiende esta Decisora que la citación practicada al ciudadano (...), debidamente conocida por éste, constituye una exteriorización de la determinación del Fiscal (...) de señalarlo como imputado, situación que le atribuye el carácter de parte en el proceso y por ende, conforme a lo previsto en el artículo 85 del Código Orgánico Procesal Penal, posee la legitimidad para interponer la presente recusación. Y así se declara.

Establecido lo que antecede, se procede a emitir pronunciamiento sobre el fondo de la presente incidencia, para lo cual cabe 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 emitida¹⁸⁸”.

Por su parte, el autor Joan Picó I Junoy¹⁸⁹ 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”.

Tales definiciones están referidas a las recusaciones contra los jueces, sin embargo, este Despacho advierte que las mismas se aplican a las recusaciones contra los Fiscales del Ministerio Público como integrantes del sistema de justicia y por la naturaleza de las funciones que desempeñan en el marco de sus atribuciones y competencias establecidas legal y constitucionalmente al Organismo que representan.

En el presente caso, el proponente alega como causal de recusación lo previsto en el numeral 4 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, referida a la enemistad manifiesta, por lo que es oportuno advertir que la doctrina patria al respecto, señala lo siguiente: “(...) debe interpretarse que el Legislador Venezolano al establecer el supuesto de ‘enemistad manifiesta’ se refiere a que es evidente

¹⁸⁸ Decisión N° 22 de fecha 26/06/02 con motivo de la recusación propuesta por Iván Rincón Urdaneta contra el Magistrado Franklin Arriechi Gutiérrez, en el expediente N° 2002-000029 (02-00029-4).

¹⁸⁹ En su obra “La Imparcialidad Judicial y sus Garantías: la Abstención y la Recusación”, José María Bosch Editor. Barcelona, 1998.

o de público conocimiento, debe ser actual, por estar demostrada por hechos que no dejen duda respecto de ella, debe aparecer evidente de hechos precisos y especificados, constante de autos, demostrativos de un profundo resentimiento o de un enconado rencor entre dos personas”.¹⁹⁰

En este mismo orden de ideas, la doctrina extranjera ha establecido una serie de requisitos para considerar la existencia de la enemistad manifiesta, y en tal sentido resulta apropiado hacer referencia a las reglas señaladas por el autor Joan Picó I Junoy¹⁹¹, antes mencionado, quien sostiene:

1. “(...) la enemistad debe ser extraprocesal, es decir, ha de surgir al margen de la existencia de un proceso.”
2. “(...) el sentimiento de enemistad ha de ser personal del juez, esto es, debe existir en su esfera emocional, por lo que es indiferente la enemistad que le pueda profesar alguna de las partes si el juzgador no lo concibe como enemigo.”
3. “(...) es necesario que dicha enemistad sea manifiesta, esto es, haya sido exteriorizada a terceras personas (...) entendemos <manifiesta> debería equipararse como sinónimo de grave, ya que puede haber una enemistad real y grave pero oculta y, a la inversa, una enemistad poco grave pero conocida.”

En la presente incidencia, se desprende de los hechos planteados por el recusante que la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Zulia conoce la causa en la que figuran como imputados sus hermanos de nombres (...), efectuando el proponente una serie de consideraciones dirigidas a objetar la actividad de la referida Fiscalía en dicho caso, tales como el retardo en la realización de trámites y la falta de acceso al Despacho Fiscal, además de indicar que ha recibido del Fiscal Auxiliar y del personal que labora en dicho Despacho “amenazas de aprehensión” y “maltrato”.

Por otra parte, se deriva de sus argumentos que objeta el procedimiento iniciado en su contra por la presunta comisión de los delitos de “HURTO CALIFICADO, USO DE DOCUMENTO FALSO Y ESTAFA CONTINUADA”, a cargo de la mencionada Fiscalía, específicamente manifiesta sorpresa ante la citación dirigida a su persona para ser imputado por los delitos mencionados, juzgando esta situación como una estrategia destinada a imposibilitarlo para probar la inocencia de sus hermanos. También revela que el personal de dicha oficina no ha brindado buen trato a sus abogadas de confianza, expresando finalmente, que el Fiscal recusado ha “desarrollado enemistad manifiesta” hacia su persona, “no siendo imparcial”.

Ahora bien, este Despacho observa que las circunstancias expuestas por el ciudadano (...) en modo alguno revelan la existencia de una enemistad manifiesta entre el Fiscal recusado y su persona, en primer lugar, porque de sus alegatos no se desprende un profundo resentimiento o enconado rencor entre ellos, requisito esencial para que ésta se configure. En segundo lugar, los hechos narrados como causantes de la enemistad afirmada han surgido dentro de un proceso, con motivo de la actividad fiscal, debiendo considerarse que uno de los supuestos exigidos para la materialización de ésta es que sea extraprocesal.

En tercer lugar, algunas de las situaciones descritas por el proponente no vinculan siquiera al Fiscal recusado sino al Fiscal Auxiliar y al resto del personal de la respectiva Fiscalía, resultando conveniente destacar que la enemistad es personalísima, es decir, debe ser invocada únicamente respecto del Fiscal recusado, por hechos propios de éste y no de otras personas aunque estén relacionadas, de algún modo, con el proceso.

Por último, se extrae del escrito de impugnación presentado por el Fiscal (...) la negación de dicha enemistad, frente a lo cual debe señalarse que no existe aversión en la esfera emocional de éste, elemento necesario para tener por configurada la causal de recusación alegada.

En el contexto de lo expuesto, es preciso advertir que el artículo 108 del Código Orgánico Procesal Penal, numeral 8, dispone como atribución de los fiscales del Ministerio Público: “Imputar al autor o

190 Borjas, Arminio. “Exposición del Código de Enjuiciamiento Criminal Venezolano”, tomo I, pp. 137-138.

191 Picó I Junoy, Joan. Ob. Cit. pp. 74-76.

autora, o partícipe del hecho punible"; en efecto, se desprende del escrito de impugnación a la recusación, que la Fiscalía Undécima del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Zulia practicó citación al ciudadano recusante a los fines de ser imputado, actuación que se enmarca en el cumplimiento de la referida facultad.

Sobre el particular, esta decisora ha expresado de manera reiterada que la incidencia de recusación en el proceso penal venezolano no está prevista para discutir las actuaciones procedimentales de los representantes fiscales en las causas que estos adelantan.

En todo caso, ante las diferencias jurídicas que puedan tener las partes contra determinadas actuaciones de los representantes fiscales en una investigación, éstas cuentan con los recursos legales pertinentes, a fin de lograr su revisión o control por el órgano jurisdiccional correspondiente.

En este sentido, resulta importante destacar lo que la Dra. Magaly Vásquez¹⁹² expone con respecto a los "Límites en la Actuación del Ministerio Público":

"El Código Orgánico Procesal Penal establece un control judicial para las actuaciones del Ministerio Público, pues éste no puede por sí mismo acordar medidas que puedan constituir una lesión a derechos constitucionales, como sería por ejemplo la privación preventiva de libertad o la lesión a cualquier otra garantía constitucional como la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia o las comunicaciones. En estos casos, cualquier limitación requiere la autorización previa del juez de control o de garantías, cuya intervención se concreta en la primera y segunda fase del proceso". (Negritas nuestras).

En efecto, el artículo 282 del Código Orgánico Procesal Penal, establece lo siguiente: (...)

Asimismo, esta Superioridad observa que la norma anteriormente citada es fundamental en el desarrollo de la fase preparatoria, pues si bien es cierto que la investigación es dirigida por el Ministerio Público, la misma está sometida al control respectivo del órgano jurisdiccional que actúa en esa fase, al cual, de conformidad con el precitado artículo, le corresponde verificar el cumplimiento de los principios y garantías establecidos tanto en el Código Orgánico Procesal Penal como en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por consiguiente, es evidente que los hechos expuestos por el ciudadano (...), no demuestran la existencia de una enemistad manifiesta entre el fiscal recusado y su persona, no configurándose así el supuesto de derecho exigido en el numeral 4 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Y así se decide.

En consecuencia, con fuerza en las consideraciones que anteceden este Despacho declara sin lugar la recusación planteada por el ciudadano (...), quien tiene el carácter de imputado en la causa N° C-03-08, contra el ciudadano (...), Fiscal (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Zulia. 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 tanto, en atención al 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

192 VÁSQUEZ, Magaly. "Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano". Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2001. p. 144.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 16-07-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Recusación

4.- TEMA: Inadmisibilidad de la recusación prevista en el artículo 67 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

5.- EXTRACTO

Se ratifica el criterio relacionado con la inadmisibilidad de la recusación prevista en el artículo 67 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, cuando la incidencia haya sido ejercida después de haber transcurrido los cinco (5) días hábiles contados a partir de la presentación de la acusación.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº RESOLUCIÓN S/N

6.2.- FECHA: 16-07-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Visto los escritos presentados por los ciudadanos (...), acusados en la causa Nº (...), el primero asistido por los Abgs. (...) y el segundo, por el Abg. (...), mediante los cuales proponen recusación contra el ciudadano (...), Fiscal (...) del Ministerio Público del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del estado Sucre, para resolver previamente se observa:

Los recusantes, como razones de hecho que fundamentan la presente incidencia, señalan en sus escritos, ambos con el mismo contenido, lo siguiente:

“(...) procedo como en efecto lo hago, a presentar formalmente RECUSACIÓN en contra del Ciudadano (...), en virtud de haber emitido opinión sobre la causa Nº RK01-P-2001-00032 , en la cual soy imputado, irregularidad grave por parte de este funcionario, configurada cuando el día 18/01/2010 en horas de la mañana, concretamente en la celebración de la Audiencia de Continuación del Juicio seguido en mi contra (...), esto es en el momento de la declaración de la testigo (...), quien está bastante identificada en el expediente, testigo ésta promovida por mi defensa, ocurrió que inmediatamente después de tomar el juramento (por parte del Juez) (...) la Ciudadana (sic) (...) expresó (...) que tenía que decir la verdad y no lo que le había dicho el Fiscal (...) el día 16/12/2009 en el Circuito Judicial, cuando ella esperaba para declarar en este mismo caso (la audiencia anterior se celebró el 16/12/2009), siguió exponiendo señalando al identificado Fiscal como la persona que la había “manipulado” diciéndole que él había leído una declaración de ella en el expediente de la droga de un caso de Paradero, y que ella había declarado haber visto una cajita de fósforo con droga y una cartera en el carro, a lo que la testigo le respondió, (...) que esa era la verdad y ella tenía que decir la verdad; en ese momento, el Fiscal (...) negó haber visto jamás a la testigo y mucho menos hablar con ella en ningún momento, pero ella insistió en lo expresado, (...) seguidamente el Fiscal (...) ejerció su derecho a interrogar la testigo (...), e insistió en que el (sic) no la conocía, que nunca la había visto y que no había hablado con ella, pero la testigo volvió a recordar todo, a lo que el Fiscal admitió haber hablado con ella fuera de la sala de audiencia, siguiendo el Fiscal preguntando a la testigo a tal punto

de extenuar a la testigo, teniendo la defensa que objetarle muchas preguntas por las consideraciones que se fundamentaron en sala, (...)”.

Como fundamento de derecho aplicable para sustentar la interposición de la presente recusación, los proponentes señalan lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual establece lo siguiente: (...)

Ahora bien, este Despacho, considera que la recusación constituye una de las expresiones de la garantía de imparcialidad otorgada a las partes en un determinado proceso; es un mecanismo procesal que se le confiere a las mismas, al cual pueden acudir en aquellos casos en los que existan dudas acerca de la imparcialidad de un funcionario, para solicitar su separación del conocimiento de la causa, previa presentación de un escrito donde expongan tanto las razones de hecho como de derecho que lo fundamentan; todo esto acorde con las exigencias establecidas por el legislador; ello con la finalidad de evitar retardos en los procesos al presentarse recusaciones sin fundamento alguno, lo cual no se correspondería con el principio de celeridad que se propugna dentro del proceso penal.

Por otra parte, es oportuno destacar que, la figura de la recusación ha sido definida por el Maestro Guillermo Cabanellas, en su obra¹⁹³, como el acto por el cual se excepciona o rechaza a un juez, para que entienda o conozca de la causa, cuando se juzga que su imparcialidad ofrece motivadas dudas. Este cuestionamiento de la imparcialidad del juez puede devenir de diversas causas que tienen, necesariamente, una fuente legal, es decir, deben estar previa y expresamente establecidas por el legislador, a los fines de evitar que por capricho o conveniencia de las partes, se sustituya indebidamente el órgano llamado a dirimir el conflicto jurídico.

Según la opinión doctrinaria, entre ellas la del maestro alemán Claus Roxin¹⁹⁴, la recusación de los funcionarios judiciales en el proceso penal se equipara a la de los representantes del Ministerio Público, y al respecto sostiene que:

“...la solicitud de reemplazo de un fiscal, dirigida por el imputado al superior en el servicio, debe ser acogida favorablemente cuando exista un motivo de los que conducen a la exclusión del juez o cuando, desde la perspectiva del imputado, esté justificado el temor de parcialidad.”

Igualmente, citamos el criterio sostenido por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con Ponencia de la Magistrada Deyanira Nieves Bastidas, de fecha 02 de agosto de 2007, en el expediente N° 07-0284, sentencia N° 445, donde expresa lo siguiente:

“La recusación, constituye un acto procesal cuyo efecto no es otro que la exclusión del juez del conocimiento de la causa, con fundamento en alguna de las causales previstas en la Ley, ello con el fin de que no se vea comprometida la justicia y probidad del juzgador y asegurar de esta manera la imparcialidad del mismo en sus decisiones. / La imparcialidad es una especie determinada de motivación, consistente en que la declaración o resolución se orienta en el deseo de decir la verdad, de dictaminar con exactitud, de resolver justa o legalmente, es decir, consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador...”.

Ahora bien, el fundamento fáctico de la presente incidencia, se encuentra basado en la emisión de opinión adelantada por parte del fiscal recusado, en virtud de la supuesta manipulación del mismo sobre la declaración que debería rendir una de las testigos en la presente causa, hechos ocurridos en la fase intermedia, específicamente en la primera y segunda audiencia de juicio oral y público.

Al respecto, este Despacho estima necesario, realizar algunas consideraciones en cuanto a la procedencia de la incidencia planteada, pues, no basta con que los motivos de inhabilidad para conocer de un asunto, estén latentes, o sean inminentes, pues previo al inicio del trámite correspondiente la parte recusante debe observar ciertas formalidades especiales que el legislador ha impregnado al procedimiento.

¹⁹³Guillermo Cabanellas. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual" Editorial Heliasta, año 2001, 27º, Tomo VII, página 67.
¹⁹⁴ Roxin, Claus. 2000. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto. p. 56.

Como prueba de lo antes señalado, se encuentra la norma relativa a la admisibilidad de dicha incidencia, contenida en el artículo 67 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que dispone: "Es inadmisibile la recusación que se intente 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, según el caso."

Por tanto, se infiere de la norma transcrita que, para la admisión de la recusación se requiere el cumplimiento de dos condiciones, una, que esté fundada en causa legal y la otra que se proponga en tiempo hábil.

En tal sentido, al examinar en el presente caso las circunstancias de tiempo y modo que los recusantes esgrimieron para solicitar la separación del conocimiento de la causa del fiscal, a la luz del citado precepto legal, se desprende claramente que, aunque el motivo expresado en los escritos de recusación pudiera estar debidamente fundamentado en una de las causales contenidas en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, no ocurre lo mismo con la temporaneidad de la propuesta, al apreciarse que, los recusantes interpusieron la incidencia en fecha 27 de enero de 2010, aún cuando la supuesta irregularidad en virtud del adelanto de opinión se configuró el día 18 de enero de 2010, en el momento de realizarse la Celebración de la Audiencia de Continuación de Juicio, seguido en su contra al momento de la declaración de la testigo promovida por la defensa, es decir, después de haber transcurrido los cinco (5) días hábiles, contados a partir de la presentación de la acusación, siendo dicha circunstancia suficiente para estimar esta Decisora que lo procedente conforme a derecho es declarar inadmisibile la presente incidencia y por ello se abstiene de entrar a resolver la cuestión de fondo planteada. Y así se decide.

En consecuencia, en fuerza de las consideraciones que anteceden y de conformidad con el artículo 67 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, este Despacho declara inadmisibile la recusación planteada por los ciudadanos (...), acusados en la causa N° (...), el primero asistido por los Abgs. (...) y el segundo, por el Abg. (...), contra el ciudadano (...), Fiscal (...) del Ministerio Público del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del estado Sucre. Y así se declara.

Asimismo, observa esta Superioridad que del contenido de la presente incidencia, no se evidencia que los ciudadanos (...), hayan actuado de mala fe, por consiguiente, en atención al 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 a los prenombrados recusantes 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

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 30-08-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Recusación

4.- TEMA: Interpretación del artículo 67 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

5.- EXTRACTO

La recusación fue interpuesta en la fase de ejecución de sentencia, después de haberse dictado sentencia condenatoria definitivamente firme, contra un Fiscal del Ministerio Público competente para actuar en esta etapa procesal, sin embargo no se aplicó lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley Orgánica del Ministerio Público según el cual resulta inadmisibles la recusación intentada después de cinco días de presentada la acusación.

La no aplicación de la norma se debe a la existencia de una circunstancia sobrevenida no prevista por el legislador, en el aspecto que los Fiscales del Ministerio Público de ejecución de sentencia intervienen en el proceso en una fase distinta y posterior a aquella en la que actúan los Fiscales de Proceso, correspondiendo a los primeros, entre otros deberes y atribuciones, la supervisión de la correcta aplicación de las penas, así como la vigilancia y el respeto de los derechos y garantías que la Constitución, los tratados, los convenios y los acuerdos internacionales vigentes en la República y, demás leyes relativas al régimen penitenciario le otorgan al penado o penada.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN Nº Resolución s/n

6.2.- FECHA: 30-08-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Visto el escrito presentado por el ciudadano (...), en su carácter de penado en la causa (...), mediante el cual propone recusación contra el ciudadano (...), Fiscal Auxiliar en la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Yaracuy, para resolver la presente incidencia, este Despacho observa lo siguiente:

El ciudadano (...), como fundamentos de hecho en la presente incidencia, plantea lo siguiente:

“(...) Desde el año pasado (2009) el fiscal Leotilio Escalona tomo (sic) una actitud contraria a la que debe tener un fiscal penitenciario y se atribuyo (sic) funciones que no le corresponde (sic) como son las funciones de director Y/O (sic) custodio de un penal, de policía, de juez pero nunca la de garante de derechos civiles y humanos de un penado, y defensor. / La conducta tanto de vocabulario tan grosero, de malas palabras, descalificativos, amenazas, menos la de ayudar para solucionar tantos problemas y escasez, violaciones de derechos humanos (sic) que existen en el destacamento (...) el fiscal que trasladaron que aunque tenía (sic) un carácter fuerte, no era capaz de cometer tantos actos al punto de sembrarnos droga y darle un uso a los instrumentos de cocina y agrícolas que usamos en las actividades cada día para imputarnos delito de porte de arma, también nos señala de delito (sic) de resistencia como (sic) no temer a un fiscal (Leotilio) ya (sic) al BAE, la policía (sic) y la guardia si interrumpen al destacamento sometiéndonos y apuntándonos con armas, pegándonos (sic) diciéndonos groserías- vulgaridades y nos robaron esos policias (sic) en la pasada requisa y en esta (sic), ahí (sic) denuncias de esos casos (...) / El mayor fundamento es el rechazo total de la población del destacamento que lo denunciaron y anexo lo respectivo y si quieren confirmar verán como (sic) esos escritos no son ni la parte de la irregularidad del fiscal Leotilio Escalona (...).”

Como razones de derecho referidas a las causales de recusación, el ciudadano Raúl Roberto Alvarado Rodríguez, invoca los artículos 65, sin indicar numeral, y 66 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Siendo la oportunidad procesal la Dirección de Consultoría Jurídica de este Despacho, recibió el escrito de impugnación del fiscal recusado, quien entre los alegatos que le sirven para controvertir la recusación, señala:

“Vista la recusación propuesta (...) por el Ciudadano (sic) RAUL (sic) ROBERTO ALVARADO RODRIGUEZ (sic), procediendo en su carácter de penado, contra esta representación fiscal (...) alega en su escrito que ‘ (...) desde el año pasado (2009) el fiscal Leotilio Escalona tomo (sic) una actitud contraria a la que debe tener un fiscal penitenciario...vocabulario tan grosero, de malas palabras ...’; luego se refiere a los hechos ocurridos el 16-03-2010, en los cuales fue aprehendido en flagrancia por una comisión policial (...) / (...) / (...) / (...) en fecha 05-12-07, el Juzgado de primera (sic) instancia (sic) en lo penal (sic) en funciones (sic) de Ejecución numero (sic) 01, le concedió la medida de destacamento de trabajo (...) / En fecha 16-03-10, según oficio emanado del destacamento de trabajo (...) informan a esta representación fiscal los funcionarios custodios del destacamento de trabajo que el penado RAUL (sic) ROBERTO ALVARADO RODRIGUEZ (sic), incurrió en una falta muy grave al ser detenido en el hecho que se involucro (sic) el 16-03-10 (...) / (...) / (...) el Juzgado de ejecución (sic) No. 01 acuerda revocar el destacamento de trabajo al referido penado (...) el Juzgado de Control 05 (...) de este mismo circuito judicial penal según asunto N° UP01-P-2010-000725 decretó con lugar la flagrancia presentada por el fiscal (sic) auxiliar (sic) decimo (sic) del ministerio (sic) publico (sic), ordenando el tribunal la continuación del procedimiento ordinario y medida cautelar sobre el penado que debía cumplir en el destacamento, por la Comisión (sic) del delito de porte ilícito de arma de fuego y posesión ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas y detención de arma blanca (...) / (...) / Rechazo, niego y contradigo, por ser falso (...) que esta representación fiscal haya tomado en algún momento una actitud contraria a derecho en contra de los destacamentarios, ni en contra del penado ALVARADO RODRIGUEZ (sic) RAUL (sic) ROBERTO. / Rechazo, niego y contradigo, por ser falso de toda falsedad que esta representación fiscal use vocabularios obscenos ni malas palabras, descalificativos, amenazas contra destacamentario alguno (...) / Rechazo, niego y contradigo, por ser falso (...) que esta representación fiscal haya presenciado violaciones a derechos humanos en (sic) 16 de marzo del año en curso en la práctica de requisa extraordinaria en el destacamento de trabajo Dr. Francisco Vargas Muños (sic). / Rechazo, niego y contradigo, por ser falso de toda falsedad que el 16-03-2010 haya habido algún destacamentario lesionado en la practica (sic) de la requisa en el destacamento, ni hurto de objeto alguno propiedad de los destacamentarios (...)”.

La recusación como acto procesal de parte, que insta al Fiscal del Ministerio Público a separarse de un determinado proceso por concurrir en él una causal que pone en duda su imparcialidad, requiere para su viabilidad que ésta cumpla con ciertos requisitos de forma y de fondo previamente establecidos en la Ley Orgánica del Ministerio Público y en el Código Orgánico Procesal Penal, éste último aplicable en cuanto su normativa no contradiga las disposiciones de aquella.

Los requisitos de forma se entienden entonces, como aquellas exigencias establecidas en la ley cuya observancia es de obligatorio cumplimiento, a objeto de lograr la eficacia del escrito recusatorio, entre los cuales se mencionan la legitimidad del recusante para proponer su planteamiento, la presentación del escrito ante el funcionario competente para recibirlo, consignarlo dentro del lapso legal correspondiente, la adecuación de los hechos en alguna de las causales previstas en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público; y los requisitos de fondo, se refieren al contenido o motivación que ha de llevar el escrito de recusación, el cual debe bastarse por sí mismo para evidenciar la falta de imparcialidad alegada.

En este orden de ideas, a los fines de ilustrar la importancia de las formas dentro del procedimiento penal, evitando siempre el excesivo uso de formalismos que puedan sacrificar la aplicación de la justicia, lo cual está expresamente prohibido por el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se considera pertinente atender la opinión del autor Néstor Armando Novoa Velásquez, quien en su obra “Actos y Nulidades en el Procedimiento Penal”, expuso:

"Ningún ordenamiento procesal puede abandonar definitivamente las formas, siempre se tratará de ir hacia una reglamentación más o menos normal de las formalidades, de manera que ni brillen por su ausencia, dejando casi total libertad a los sujetos del proceso para acomodarlas a su antojo, como tampoco que, por su excesiva expresión, hagan casi inmanejables los actos procesales. Es obvio que si el derecho está para conducir las conductas de los coasociados por el camino de la justicia, la equidad, la licitud y la paz, inequívocamente debe entregar a los ciudadanos la forma como desea que ese mínimo orden sea regulado y conservado". (p. 61, 2003).

Tales formalismos esenciales, están destinados a garantizar el correcto desenvolvimiento del proceso, procurando que éste se desarrolle sin dilaciones o interferencias indebidas, y en este sentido opina el catedrático Joan Picó I Junoy, en su obra "Las Garantías Constitucionales del Proceso":

"El ordenamiento procesal tiene una serie de reglas formales que se encuentran establecidas en atención a lograr la seguridad jurídica a través de la legalidad. Por ello el cumplimiento de las formalidades no se deja a libre arbitrio de las partes, ya que para la ordenación adecuada del proceso existen formas y requisitos impuestos que afectan al orden público y son de obligada observancia..." (p. 49, 1.997).

De las citadas referencias doctrinarias, se desprende que hay ciertas formalidades necesarias para el correcto desenvolvimiento del proceso, cuyo uso no puede considerarse como excesivo, sino más bien, criterios unificadores que persiguen la seguridad jurídica de los usuarios del sistema de administración de justicia. Dentro de esas formalidades se indica que la recusación deberá ser interpuesta no sólo por las personas legitimadas para ello, sino que la misma ha de plantearse dentro del lapso establecido legalmente.

A este respecto, el artículo 67 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, dispone: (...)

Ahora bien, en el caso de autos, observa este Despacho que el ciudadano Raúl Roberto Alvarado Rodríguez se encuentra en condición de penado en la causa N° UP01-P-2004-001006, siendo, además, beneficiario de una medida alternativa a la prosecución de la pena, la cual cumple en el Destacamento de Trabajo Agrícola "Dr. Francisco Vargas Muñoz", en el estado Yaracuy, apreciándose en consecuencia, que la referida causa se encuentra en fase de ejecución de sentencia. Por lo que es preciso observar algunos aspectos relacionados con el momento en que es interpuesta la incidencia.

No obstante la norma supra transcrita, la cual establece un límite preciso para interponer la recusación, es oportuno hacer mención al criterio que le merece al autor Eric Pérez Sarmiento, en su obra "Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal" (2007: 183), quien señala que la doctrina ha dividido las causales de recusación en preexistentes y sobrevenidas. Indicando que son preexistentes aquellas referidas a hechos ocurridos con anterioridad al inicio proceso o dentro del límite previsto para plantearla, como formalidad procesal legalmente exigida, y las sobrevenidas son, entonces, las que se vinculan con motivos que surgen en el curso del proceso, una vez precluida la oportunidad para formularla. Entendiéndose, por tanto, que agotado el derecho a las partes para formular la incidencia, eventualmente pudieran surgir nuevas circunstancias o motivos recusables, subjetivos u objetivos, durante la fase de ejecución del proceso.

Respecto a este punto, el artículo 530 del Código Orgánico Procesal Penal, relativo a la organización del Poder Judicial, prevé que las funciones de los jueces se ejercen en forma rotativa, abriéndose la posibilidad de que un juez que actuó en primera instancia o en fase de juicio, posteriormente, le corresponda como juez de ejecución decidir alguna incidencia en la que estuviesen involucrados sujetos cuyas causas fueron conocidas por éste en etapas procesales anteriores. Circunstancia, que puede generar en el condenado, dudas acerca de la imparcialidad del Representante del Poder Judicial en el tratamiento de dichas incidencias, cuando por ejemplo le corresponda conocer sobre el otorgamiento de algún beneficio al cual esté optando el penado, estimándose por tanto, la probabilidad de ser cuestionada la imparcialidad del juez.

En lo que respecta a los fiscales del Ministerio Público de Ejecución de Sentencia, se destaca que los mismos intervienen en el proceso en una fase distinta y posterior a aquella en la que actúan los Fiscales de Proceso, correspondiendo a éstos últimos, entre otras atribuciones, el ejercer los actos

conclusivos, dentro de los cuales se encuentra la acusación, conforme lo pauta el numeral 15 del artículo 37 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, mientras que los primeros tienen como deberes y atribuciones la supervisión de la correcta aplicación de las penas, así como la vigilancia y el respeto de los derechos y garantías que la Constitución, los tratados, los convenios y los acuerdos internacionales vigentes en la República y, demás leyes relativas al régimen penitenciario le otorgan al penado o penada, según el artículo 38 ejusdem.

De esta manera, atendiendo a la naturaleza de sus deberes y atribuciones, es preciso afirmar que los Fiscales de Ejecución de Sentencia son susceptibles de ser recusados, cuando surja algún motivo sobrevenido que amerite la exclusión de su actuación en esta fase del proceso, por considerarse comprometida su objetividad.

Como garantía de los derechos de los sujetos sometidos a condena, dispone el artículo 478 del Código Orgánico Procesal Penal, lo siguiente: (...)

Específicamente en el caso que nos ocupa, es evidente que estamos dentro de lo que la citada doctrina denomina causal sobrevenida, puesto que la presente incidencia se plantea en fase de ejecución de sentencia, lo que a la luz de las consideraciones precedentemente indicadas, posibilitan la interposición de la incidencia.

Ahora bien, dentro de las situaciones fácticas expuestas por el ciudadano (...), y controvertidas en el escrito de impugnación por el Fiscal recusado, se encuentra la comisión de un nuevo hecho punible ocurrido dentro de las instalaciones del Destacamento de Trabajo Agrícola Dr. Francisco Vargas Muñoz, calificado como flagrante por el Juzgado de Control N° 5 del Circuito Judicial Penal del estado Yaracuy, cuya causa se encuentra signada con el N° (...), en el que aparecen identificados como autores, entre otros, el ciudadano (...).

Dicha circunstancia ameritó, según indica el Fiscal recusado, la revocatoria de la medida alternativa a la prosecución de la pena de la cual era beneficiario el ciudadano (...), debido a que en razón de los nuevos hechos se abrió una investigación, la cual fue tramitada por el Fiscal Auxiliar de la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Yaracuy, quien formuló la imputación respectiva.

Sobre la revocatoria de las medidas alternativas de la prosecución del proceso, el artículo 511 del Código Orgánico Procesal Penal, prevé que: (...)

En este contexto, se aprecia que dentro de las competencias signadas al fiscal del Ministerio Público de Ejecución de Sentencia, previstas en el artículo 39 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el numeral 3 indica: (...)

Al respecto, en el presente caso tenemos que efectivamente la revocatoria de la medida alternativa a la prosecución de la pena, la dicta el tribunal de la causa a solicitud del ciudadano (...), en su carácter de Fiscal Auxiliar en la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Yaracuy, con base en los hechos sobrevenidos; sin embargo, debe destacarse que al mencionado Representante del Ministerio Público no le concierne el conocimiento de la causa N° (...), iniciada con ocasión del nuevo delito, pues ésta corresponde al Fiscal Auxiliar de la Fiscalía Décima del Ministerio Público de la misma entidad federal, siendo por tanto obvio que dicha investigación no se encuentra dentro de la esfera de competencia del Fiscal recusado, por lo que se desestiman los argumentos planteados en esta recusación contra el ciudadano (...), con respecto a la mencionada causa.

Por otra parte, advierte esta Superioridad, que el ciudadano Raúl Alvarado Rodríguez, al formular la presente incidencia, como fundamento de derecho, alega el artículo 66 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual dispone: (...)

En este sentido, efectuando un análisis literal del precepto in comento, en concordancia con el resto de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Ministerio Público, y la intención del legislador, resulta forzoso interpretar que la causal de inhibición invocada es aplicable única y exclusivamente al Fiscal o a la Fiscal General de la República.

Concatenando la norma trascrita con otros artículos de la referida Ley, se debe considerar lo dispuesto en su artículo 63, según el cual "Los fiscales o las fiscales del Ministerio Público deberán inhibirse o podrán ser recusados o recusadas por las causales previstas en el artículo 65 de esta Ley." Este artículo 65 ha sido redactado en forma taxativa y no enunciativa, consagrando únicamente seis causales de inhibición y recusación expresamente indicadas, por consiguiente, los hechos que han de alegarse para la formulación de tales incidencias deben limitarse a las circunstancias descritas en dichas causales, sin dejar al libre arbitrio de los Fiscales una causal distinta a las señaladas, lo que implica que su invocación sea totalmente restrictiva.

De modo que la causal contenida en el artículo 66 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, tiene un carácter excepcional, que de hecho, sólo puede ser invocada por el Fiscal o la Fiscal General de la República y únicamente a los efectos de las inhibiciones y no de las recusaciones, por lo que resulta improcedente haberlo alegado en la presente incidencia.

Asimismo, el recusante invoca artículo 65 de la citada Ley Orgánica, sin embargo, no indica en cuál de los numerales previstos en dicha norma subsume los argumentos fácticos que le motivan a plantear su recusación contra el Representante Fiscal, hecho que constituye un desacierto por parte del recusante cuya carga no puede ser suplida por esta Decisora, todo lo cual a su vez acarrea forzosamente la inadmisibilidad de la incidencia propuesta, a tenor de lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, cuyo encabezamiento establece que: (...)

Por último, antes de decidir, estima relevante esta Decisora advertir que la recusación no está concebida para ventilar los asuntos relacionados con las actuaciones propias del procedimiento penal, llevadas a cabo por los fiscales del Ministerio Público en las causas que éstos adelantan. Tampoco está prevista para dilucidar los posibles errores, omisiones, retardo en las actuaciones o vulneración de derechos y de garantías distintas a la imparcialidad, que puedan atribuírseles a los representantes fiscales, pues para ello existen otras vías dispuestas en el ordenamiento jurídico vigente, resaltándose que este mecanismo procesal únicamente ha sido concebido con el fin de separar a los representantes del Ministerio Público del conocimiento de una causa, cuando ocurra alguna de las situaciones taxativamente contempladas en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, las cuales describen circunstancias muy específicas que vinculan de manera personal al fiscal con las partes o con la causa propiamente dicha, lo que impide al recusante plantear hechos que no sean subsumibles en alguna de ellas o invocar alguna causal distinta a las allí establecidas.

Por consiguiente, en fuerza de las consideraciones que anteceden y de conformidad con el artículo 77 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, esta Superioridad, declara inadmisibile y concluido el procedimiento con motivo de la recusación planteada por el ciudadano Raúl Roberto Alvarado Rodríguez, en su carácter de penado en la causa N° (...), contra el ciudadano (...), Fiscal Auxiliar en la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Yaracuy, por cuanto no se fundamentó en ninguna de las causales previstas en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Y así se declara.

Asimismo, observa esta Decisora que del contenido de la presente incidencia, no se evidencia que el ciudadano Raúl Roberto Alvarado Rodríguez, haya actuado de mala fe, por consiguiente, en atención al 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

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 29-04-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Inhibición

4.- TEMA: Improcedencia de las Solicitudes de Inhibición.

5.- EXTRACTO

La inhibición de los Fiscales del Ministerio Público es un mecanismo cuyo ejercicio se encuentra reservado exclusivamente a estos, no siendo posible por lo tanto solicitarles la utilización del mismo a objeto de su exclusión de un determinado proceso, puesto que a tales fines, ha sido concebida la recusación la cual opera previo pedimento de los legitimados activos para su interposición. es por ello que resulta improcedente solicitar la inhibición de un Fiscal del Ministerio Público.

6.- contenido

6.1.- COMUNICACIÓN Nº OFICIO DCJ-9-0315-2010-016597

6.2.- FECHA: 29-04-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Me dirijo a usted, en la oportunidad de dar respuesta a su escrito presentado en fecha 04 de mayo de 2009 por ante la Fiscal Superior del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo, recibido en esta Dirección en data 23 de marzo del presente año, mediante el cual solicita la inhibición de la abogada Lesbia Xiomara Valencia Coronado, Fiscal Segunda del Ministerio Público de esa Circunscripción Judicial, en la causa Nº GP-01-P-2007-008562, en virtud que a su criterio ha violado derechos y garantías constitucionales en el proceso que se le sigue.

En este sentido y en relación al planteamiento anteriormente expuesto, este Despacho observa lo siguiente:

La inhibición de un fiscal del Ministerio Público es un mecanismo procesal, a través del cual, y con fundamento en las causales legales taxativas contempladas en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, éste, en defensa del derecho al debido proceso, se separa del conocimiento de la causa, al juzgar comprometida su imparcialidad en la tramitación de la misma, previa presentación de un escrito que contenga las razones tanto de hecho como de derecho que sustenten su pretensión, de conformidad con lo establecido en la referida Ley, ello con la finalidad de evitar retardos en los procesos al presentarse inhibiciones sin basamento alguno, lo cual no se correspondería con la celeridad que se busca dentro del proceso penal.

Así, dentro del proceso penal, encontramos que las partes son titulares del derecho a la imparcialidad, el cual presupone el deber del funcionario de inhibirse cuando considere que está incurso en alguna de las causales establecidas por el legislador, y de igual forma admite el correlativo derecho de las partes a recusarlo bajo el supuesto que éste, de manera voluntaria, no se separe de la causa.

De modo que la inhibición de los fiscales del Ministerio Público es un mecanismo cuyo ejercicio se encuentra reservado exclusivamente a estos, no siendo posible por lo tanto solicitarles la utilización

del mismo a objeto de su exclusión de un determinado proceso, puesto que a tales fines, ha sido concebida la recusación la cual opera previo pedimento de los legitimados activos para su interposición.

Al respecto, es importante referir lo expresado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en decisión de fecha 28 de octubre de 2003, en la solicitud de inhibición formulada por el ciudadano Mario Eduardo Trivella, Exp. 03-2101, en la que señaló:

"Es conocido en el campo de la doctrina jurídica que la figura de la inhibición es producto de una manifestación volitiva del decisor, ya que sólo éste es capaz de conocer si, efectivamente, en su persona existe algún motivo que pueda comprometer su imparcialidad. Así lo reconoce nuestra legislación, que obliga al funcionario judicial a separarse de la causa, cuando encuentre que en su persona existe una causal de recusación (...). De modo tal, que no resulta pertinente que alguna de las partes o un tercero pretenda invadir este poder de apreciación individual bajo una solicitud de inhibición, (...) motivo por el cual dicha solicitud no obliga a la emisión de pronunciamiento alguno en virtud de su improponibilidad."

Si bien es cierto, la cita está referida a la solicitud de inhibición efectuada a un Juez, debe advertirse que dicho criterio se aplica a los Fiscales del Ministerio Público como integrantes del sistema de justicia y por la naturaleza de las funciones que desempeñan en el marco de sus atribuciones y competencias establecidas legal y constitucionalmente al Organismo que representan, motivo por el cual se afirma que resulta improponible su solicitud de inhibición, en su condición de imputado en la causa N° GP01-P-2007-008562, en contra de la abogada Lesbia Xiomara Valencia Coronado, Fiscal Segunda del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo.

Sin otro particular al cual hacer referencia, queda de usted."

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 14-05-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Recusación

4.- TEMA: Legitimidad para ejercer la recusación contra los Fiscales del Ministerio Público

5.- EXTRACTO

Se ratifica el criterio referido a la legitimidad para ejercer la recusación contra los Fiscales del Ministerio Público. en la presente causa no se evidencia que el recusante goce de legitimación activa para interponer esta recusación dado que el poder otorgado por la víctima en la respectiva investigación, no se encuentra debidamente autenticado ante un notario público, razón por la cual no puede acreditarse el carácter de representante legal de la víctima. es por ello que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley Orgánica del Ministerio Público en concordancia con lo previsto en el artículo 85 del mencionado código, el recusante carece de legitimidad para haber formulado la incidencia bajo análisis.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° RESOLUCIÓN S/N

6.2.- FECHA: 14-05-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Visto el escrito presentado por el ciudadano (...), quien actúa en representación de la ciudadana (...), víctima en la causa signada con la Distribución N° (...), mediante el cual propone recusación contra la ciudadana (...), Fiscal Auxiliar de la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado (...), para resolver previamente se observa:

Como razones fácticas para fundamentar su recusación, el recusante manifestó lo siguiente:

“(...) En fecha: Diez (sic) de Septiembre (sic) del (sic) dos mil ocho (10/09/08), conoce de la causa la Fiscal Dra (sic) (...) para ese entonces Fiscal Auxiliar encargada de la Fiscalía N° (...) de la Protección a la Mujer. Se procede a citar en ocho (8) oportunidades al Ciudadano (sic) (...), denunciado por supuesto delito de acoso, hostigamiento y amenaza, después de presentar pruebas y exámenes de mi representada nunca (sic) compareció. (...). El denunciado violó (sic) las medidas de protección que le otorgaron a mi representada en una segunda oportunidad, por lo que le piden testigos para dar fe de tal violación, una de las testigos es una Señora (sic) ama de casa que ha tenido problemas con el denunciado, esta (sic) se presenta en la fiscalía el día catorce de Diciembre (sic) del presente año (14/12/2.009) y la Fiscal (...) manifiesta que no pueden tomar la declaración ya que para ese momento no había personal (...). / (...) en fin son tantas cosas que han sucedido que yo como representante legal de la víctima (sic) me dirigí a la Fiscalía N° (...) a conversar con la Fiscal Dra. (...), le pregunte (sic) si ella imputaría a este Ciudadano (sic), que por cierto tiene denuncia en la Fiscalía (...) por delitos de violencia de géneros (sic) en contra de la Ciudadana (sic) (...) (sic) lo que demuestra que es reincidente en este tipo de delito y en la Fiscalía (sic) (...) (sic) por el Ciudadano (sic) (...) por supuesta violación de acuerdo en un acto de compra y venta de un inmueble (...) la respuesta de la Fiscal DRA (sic) (...) fue que no lo imputaría ya que no consigue elementos probatorios para formular la acusación, por lo tanto le ordeno (sic) a su personal que archivara la causa, pues si

eso era así porque se mantuvo a mi representada durante quince (15) meses acudiendo a la Fiscalía llevando pruebas, testigos, sometiéndola a exámenes psicológicos, generando con esto una tensión emocional para luego decirle que no lo imputaría por la supuesta falta de prueba. (...)”

El recusante aduce como razones de derecho, para fundamentar su recusación el numeral 4 del artículo 86 del Código Orgánico Procesal Penal en concordancia con el numeral 4 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Al respecto, este Despacho destaca que el proceso penal tiene como finalidad establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas y la justicia en la aplicación del derecho, tal y como lo pauta el artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal, y es con ese propósito que se establecieron derechos y garantías a todas las partes intervinientes en él.

Entre estos derechos y garantías se encuentra el relativo a la imparcialidad que debe existir en la actuación de los fiscales del Ministerio Público, lo cual se protege mediante el procedimiento de recusación, que es el mecanismo establecido por la ley para sustituir del conocimiento de una causa a aquellos fiscales que pudieran estar incurso en alguna de las causales que se encuentran contenidas en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

En este orden de ideas, el autor Joan Picó I Junoy, en su obra “La imparcialidad judicial y sus garantías: La abstención y recusación” define la recusación 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. / El temor a la ausencia de objetividad del juzgador es lo que justifica la recusación (...) su ratio essendi se encuentra no en que estos funcionarios del Poder Judicial cedan a bastardos estímulos de interés o de cualquiera pasiones ilícitas - que de producirse nos llevaría a su condena como prevaricadores - sino en la sospecha o creencia, por parte del justiciable, de que su actuación no será todo lo recta, honesta e incorrupta que al decoro y provecho de la justicia conviene” (p. 1.998, 41).

Si bien es cierto ese parecer está referido a la actuación del Juez en el caso correspondiente, el mismo aplica para el Fiscal del Ministerio Público, pues este funcionario debe cumplir con sus atribuciones observando los principios de imparcialidad y objetividad¹⁹⁵.

Ahora bien, para la viabilidad de una recusación es necesario que ésta cumpla con ciertos requisitos de forma y de fondo previamente establecidos en la Ley Orgánica del Ministerio Público y en el Código Orgánico Procesal Penal, éste último aplicable en cuanto su normativa no contradiga las disposiciones de la referida ley.

Los requisitos de forma se entienden entonces, como aquellas exigencias establecidas en la ley cuya observancia es de obligatorio cumplimiento, a los fines de lograr la eficacia jurídica del escrito recusatorio, entre los cuales se mencionan la legitimidad del recusante para proponer su planteamiento, la presentación del escrito ante el funcionario competente para recibirlo, consignarlo dentro del lapso legal correspondiente, la adecuación de los hechos en una causal de derecho; y, los requisitos de fondo, se refieren al contenido o motivación que debe llevar la pretensión efectuada, los cuales han de bastarse por sí mismos para evidenciar la falta de imparcialidad alegada.

En este contexto, a los fines de ilustrar la importancia de las formas dentro del procedimiento penal, evitando siempre el excesivo uso de formalismos que puedan sacrificar la aplicación de la justicia, lo cual está expresamente prohibido por el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se considera pertinente atender a la opinión del autor Néstor Armando Novoa Velásquez, quien en su obra “Actos y Nulidades en el Procedimiento Penal” expuso:

195 Artículo 145 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con el Artículo 10 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

"Ningún ordenamiento procesal puede abandonar definitivamente las formas, siempre se tratará de ir hacia una reglamentación más o menos normal de las formalidades, de manera que ni brillen por su ausencia, dejando casi total libertad a los sujetos del proceso para acomodarlas a su antojo, como tampoco que, por su excesiva expresión, hagan casi inmanejables los actos procesales. Es obvio que si el derecho está para conducir las conductas de los coasociados por el camino de la justicia, la equidad, la licitud y la paz, inequívocamente debe entregar a los ciudadanos la forma como desea que ese mínimo orden sea regulado y conservado" (p. 61, 2003).

Tales formalismos esenciales están destinados a garantizar el correcto desenvolvimiento del proceso, procurando que éste se desarrolle sin dilaciones o interferencias indebidas, y en este sentido opina el autor Joan Picó I Junoy en su obra "Las Garantías Constitucionales del Proceso":

"El ordenamiento procesal tiene una serie de reglas formales que se encuentran establecidas en atención a lograr la seguridad jurídica a través de la legalidad. Por ello el cumplimiento de las formalidades no se deja a libre arbitrio de las partes, ya que para la ordenación adecuada del proceso existen formas y requisitos impuestos que afectan al orden público y son de obligada observancia..." (p. 49, 1.997).

De tal manera, uno de los requisitos formales que se debe verificar para el trámite de la recusación, es el carácter con el que actúa el recusante, ya que el mismo debe gozar legitimación, a tenor de lo establecido en el artículo 85 del Código Orgánico Procesal Penal.

En efecto, el artículo 74 de la Ley Orgánica del Ministerio Público establece: (...)

Ahora bien, en la presente causa, no se evidencia que el ciudadano (...), goce de legitimación activa para interponer recusación en contra de la ciudadana (...), Fiscal Auxiliar de la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado (...), dado que el Poder otorgado por la ciudadana (...) víctima en la investigación en comento, no se encuentra debidamente autenticado ante un Notario Público, razón por la cual no puede acreditarse el carácter de representante legal de la víctima.

Así pues, sobre la base de lo establecido en el artículo 74 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, resulta procedente y ajustado a derecho declarar improcedente la recusación planteada por el ciudadano (...), quien actúa en representación de la ciudadana (...), víctima en la causa signada con la Distribución N° (...), en contra de la ciudadana (...), Fiscal Auxiliar de la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado (...), ya que el prenombrado ciudadano no se encuentra legitimado para proponer la presente recusación. Y así se decide.

Háganse las correspondientes notificaciones."

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 01-03-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Inhibición

4.- TEMA:

- Se insta al cumplimiento de la circular N° DFG-DCJ-13-2009-0007, de fecha 13 de agosto de 2009, emanada del despacho de la fiscal general de la república, referida al “procedimiento a seguir en materia de recusaciones e inhabilitaciones de los fiscales del ministerio público”.
- Se insta a formular la inhabilitación con la diligencia, idoneidad y eficiencia requeridas.

5.- EXTRACTO

Luego de resolver la inhabilitación planteada se insta a la Fiscal inhabilitada a observar la Circular N° DFG-DCJ-13-2009-0007, de fecha 13 de agosto de 2009, emanada de este despacho, referida al “procedimiento a seguir en materia de recusaciones e inhabilitaciones de los Fiscales del Ministerio Público”, especialmente en lo atinente al deber de estos de invocar la norma legal vigente contenida de las causales de inhabilitación aplicables a los Fiscales del Ministerio Público.

Igualmente se le exhorta a formular sus inhabilitaciones, en los casos en que sea procedente, con la diligencia, idoneidad y eficiencia requeridas, cuidando que los hechos planteados, acertadamente, coincidan con los supuestos previstos en la causal de inhabilitación alegada, para de esta manera permitir, en puridad de derecho, la función de subsunción, pues escudriñar en lo que quiso aducir el inhabilitado no es una carga que deba asumir esta superioridad.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° RESOLUCIÓN S/N

6.2.- FECHA: 01-03-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Visto el escrito presentado por la ciudadana (...), Fiscal Auxiliar de la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, mediante el cual se inhabilita de seguir conociendo la causa signada con el N° (...), para resolver previamente se observa:

La Representante del Ministerio Público aduce como fundamentos de hecho para plantear su inhabilitación, lo siguiente:

“(...) / El 27 de noviembre de 2009, se recibió por el despacho al cual estoy adscrita, denuncia formulada por el ciudadano (...) ya que fue víctima del delito de lesiones personales. / (...) la causa de la inhabilitación estriba, en que quien suscribe, es cuñada del denunciante, por cuanto el mismo estuvo casado con mi hermana de nombre (...) se divorciaron en el año 2004, y procrearon una niña (...) quien actualmente cuenta con 10 años de edad. / (...)”

Como razones de derecho, la referida Fiscal invoca la causal de inhabilitación prevista en el numeral 2 del artículo 86 del Código Orgánico Procesal Penal así como en el numeral 2 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

A los efectos de decidir la presente incidencia, como punto previo, es necesario señalar que desde la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Ministerio Público, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.647 de fecha 19 de marzo de 2007, las causales de recusación e inhabilitación aplicables a los Fiscales del Ministerio Público son, de manera exclusiva, las previstas en el artículo 65 de dicha Ley, no operando en lo sucesivo para estos la norma contenida en el artículo 86 del citado Código, a tenor de lo establecido en la Disposición Derogatoria Única de la Ley Orgánica en comento, que señala: (...)

En este sentido, realizando un análisis comparativo entre los dos textos legales, en cuanto a la regulación de las causales de recusación e inhabilitación, se evidencia que ambos difieren, destacándose que lo previsto en el artículo 86 del Código Orgánico Procesal Penal contraría lo consagrado en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

En efecto, entre otros particulares, esta última excluyó dos de las causales previstas en el Código Orgánico en comento, como son las contenidas en sus numerales 6 y 8, adquiriendo el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público un carácter taxativo y no enunciativo, en el que se consagran únicamente seis causales de inhabilitación y recusación expresamente indicadas.

De esta manera, los hechos que han de alegarse para la formulación de tales incidencias deben limitarse a los supuestos descritos en dichas causales, situación que impide al recusante o inhabilitado plantear hechos o circunstancias que no sean subsumibles en alguna de ellas o invocar alguna distinta a las allí establecidas. Al respecto señala el artículo 63 de la referida Ley Orgánica: (...)

Por lo tanto, ha operado respecto del artículo 86 del Código Orgánico Procesal Penal una derogatoria tácita únicamente en cuanto a su ámbito de aplicación a los fiscales del Ministerio Público, lo que implica que esta disposición normativa mantiene vigencia pero se ha limitado su ámbito personal de validez, circunscribiéndose solamente a los jueces profesionales, escabinos, secretarios, expertos e intérpretes, y "cualesquiera otros funcionarios del Poder Judicial". De este modo, carece de validez para los Fiscales del Ministerio Público, a quienes se aplica la Ley especial que regula la organización administrativa y funcional de la Institución que representan, como lo es, precisamente, la mencionada Ley Orgánica del Ministerio Público.

En cuanto a las demás normas contenidas en el Código Orgánico Procesal Penal que regulan, en general, la tramitación de las recusaciones e inhabilitaciones, de igual manera, rigen para los Fiscales del Ministerio Público aquellas que no contradigan las disposiciones previstas en la Ley Orgánica de marras.

En este orden de ideas, circunscribiéndonos al caso bajo estudio, debe destacarse que la ciudadana (...) invocó en su escrito de inhabilitación, como fundamento de derecho, la causal prevista en el numeral 2 del artículo 86 del Código Orgánico Procesal Penal, lo que constituye un desacierto por parte de la Fiscal del Ministerio Público que se inhabilita. Y así se establece.

Asentado lo anterior, se procede a decidir el fondo de la presente incidencia a la luz de la causal contenida en la Ley Orgánica del Ministerio Público que fue alegada, destacándose que la inhabilitación de un fiscal del Ministerio Público es un mecanismo procesal, a través del cual, y con fundamento en las causales legales taxativas, contempladas en el artículo 65 eiusdem, éste, en defensa del derecho al debido proceso, se separa del conocimiento de la causa, al juzgar comprometida su imparcialidad en la tramitación de la misma, previa presentación de un escrito que contenga las razones tanto de hecho como de derecho que fundamenten su pretensión, de conformidad con lo establecido en la referida ley, evitando retardos en los procesos al plantearse inhabilitaciones sin basamento alguno, lo que no se correspondería con la celeridad que se busca dentro del proceso penal.

En tal sentido, con este mecanismo procesal se garantiza la idoneidad del fiscal en el conocimiento de una causa concreta, previniéndose de esta manera, las vinculaciones de tipo personal que éste pudiera tener con las partes o con la causa.

En el caso bajo estudio, la ciudadana (...) al formular la incidencia alegó lo previsto en el numeral 2 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual establece como causal de inhibición lo siguiente: (...)

De los alegatos expuestos por la Fiscal inhibida se desprende que el ciudadano (...) es parte en la causa, pues le atribuye la condición de víctima, quien a la vez es su cuñado por cuanto estuvo casado con su hermana.

Al respecto, este Despacho observa que entre la Fiscal inhibida y el ciudadano (...) existe un parentesco por afinidad en segundo grado, al ser cuñados, cuyo vínculo se mantiene aunque la hermana de la proponente se haya divorciado de éste, a tenor de lo previsto en el último aparte del artículo 40 del Código Civil, el cual dispone: (...)

De este modo, no verificándose que en el caso planteado se haya dado alguno de los supuestos de excepción que disuelven el vínculo de afinidad, es preciso afirmar la existencia del parentesco alegado.

Ahora bien, al analizar el contenido del numeral 2 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, se observa que el supuesto de parentesco por afinidad en segundo grado que tenga el fiscal con alguna de las partes en el proceso, no se encuentra contemplado en dicha norma, pues ésta prevé es el parentesco por consanguinidad o afinidad entre el fiscal y el "cónyuge de cualquiera de las partes o, en caso de tener hijos, con alguna de las partes aunque se encuentre divorciado o divorciada." Es decir, los hechos descritos por la Fiscal inhibida en la presente incidencia no se subsumen en la disposición normativa en comento.

En consecuencia, sobre la base de los razonamientos anteriormente expresados, al no verificarse el cumplimiento del supuesto contemplado en el precepto legal invocado, resulta procedente y ajustado a derecho declarar sin lugar la inhibición planteada por la ciudadana (...), Fiscal Auxiliar de la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, en la causa signada con el N° (...). Y así se declara.

Sin embargo, no pasa inadvertido para esta Decisora que la situación planteada por la Fiscal proponente sí se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico vigente como una causal de inhibición, específicamente en el numeral 1 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual dispone: (...)

Si bien es cierto este Despacho no debe suplir las cargas que son propias de los fiscales del Ministerio Público que se inhiben, es necesario valorar que en el presente caso se configura una causal de inhibición capaz de afectar la imparcialidad de la Representante Fiscal en la referida investigación, como lo es el parentesco por afinidad en segundo grado que tiene con el ciudadano (...), quien es víctima en la causa y a la vez es su cuñado.

De esta manera, es preciso considerar que el fin último de la inhibición, así como de la recusación, es garantizar la imparcialidad de los fiscales del Ministerio Público en las causas que estén conociendo, la cual constituye uno de los atributos del derecho al debido proceso, consagrado en el numeral 3 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aplicable "a todas las actuaciones judiciales y administrativas".

Es por ello que esta Superioridad juzga necesario que a pesar de haber sido declarada sin lugar la inhibición planteada, continúe conociendo de la presente causa, quien ejerza el cargo de Fiscal Quinto del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, designado como sustituto por el Fiscal Superior del Ministerio Público de la mencionada Circunscripción Judicial, a tenor de lo previsto en el artículo 64 de la Ley que rige esta Institución. Y así se decide.

Finalmente, se insta a la ciudadana (...) a observar la Circular N° DFG-DCJ-13-2009-0007, de fecha 13 de agosto de 2009, emanada de este Despacho, referida al "Procedimiento a seguir en materia de Recusaciones e Inhibiciones de los Fiscales del Ministerio Público", especialmente en lo atinente al deber de estos de invocar la norma legal vigente contentiva de las causales de inhibición aplicables a los fiscales del Ministerio Público.

Igualmente se le exhorta a formular sus inhibiciones, en los casos en que sea procedente, con la diligencia, idoneidad y eficiencia requeridas, cuidando que los hechos planteados, acertadamente, coincidan con los supuestos previstos en la causal de inhibición alegada, para de esta manera permitir, en puridad de derecho, la función de subsunción, pues escudriñar en lo que quiso aducir el inhibido no es una carga que deba asumir esta Superioridad. Y así se declara.

Háganse las correspondientes notificaciones.”

Luisa Ortega Díaz
Fiscal General de la República

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 04-11-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Recusación

4.- TEMA: Sobreseimiento

5.- EXTRACTO

La recusación fue interpuesta después de haberse formulado el acto conclusivo relativo al sobreseimiento de la causa, el cual quedó definitivamente firme. en este sentido, considerando que el sobreseimiento pone término al procedimiento y tiene la autoridad de cosa juzgada, tal como lo ordena el artículo 319 del Código Orgánico Procesal Penal, debe señalarse que resulta inoficioso continuar con el desarrollo de la tramitación concerniente a la recusación, pues a la Fiscal recusada no le corresponde el ejercicio de ninguna actuación en la causa donde se generó la presente incidencia. con base en lo anteriormente expuesto, resulta procedente y ajustado a derecho dar por concluido el procedimiento iniciado con motivo de la recusación planteada.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° RESOLUCIÓN S/N

6.2.- FECHA: 04-11-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Visto el escrito presentado por la ciudadana (...), en su condición de víctima en la causa N° (...), mediante el cual propone recusación en contra de la abogada (...), Fiscal (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, para resolver previamente se observa:

Esta Superioridad tuvo conocimiento que la abogada (...), en su condición de Fiscal Segunda del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, en representación de este Organismo, presentó en fecha 11 de mayo de 2010, solicitud de sobreseimiento de la causa, de acuerdo con lo previsto en el artículo 318 numeral 2 del Código Orgánico Procesal Penal, por considerar que los hechos investigados en contra del ciudadano Douglas Enrique Valladares Fernández no son típicos, siendo acordada en fecha 08 de junio de 2010, por el Tribunal Primero de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal, con Competencia en Materia de Delitos de Violencia contra las Mujeres del estado Zulia.

Posterior a ello, la ciudadana (...), víctima en la causa N° (...), ejerció en fecha 17 de junio de 2010 recurso de apelación contra la decisión judicial que declaró el sobreseimiento de la causa. Seguidamente, en fecha 13 de agosto de 2010 la Sala 1 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Zulia, declaró sin lugar dicho recurso y confirmó la sentencia proferida por el mencionado Juzgado de Primera Instancia en Funciones de Control. De este modo, es preciso afirmar que el referido acto conclusivo quedó definitivamente firme.

En este sentido, considerando que el sobreseimiento pone término al procedimiento y tiene la autoridad de cosa juzgada, tal como lo ordena el artículo 319 del Código Orgánico Procesal Penal, debe señalarse que resulta inoficioso continuar con el desarrollo de la tramitación concerniente a esta recusación, pues a la Fiscal recusada no le corresponde el ejercicio de ninguna actuación en la causa

donde se generó la presente incidencia.

Con base en lo anteriormente expuesto, resulta procedente y ajustado a derecho dar por concluido el procedimiento iniciado con motivo de la recusación planteada por la ciudadana (...), en su condición de víctima en la causa Nº (...), en contra de la abogada (...), Fiscal (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Zulia. Por ende, se ordena el archivo de las actuaciones correspondientes. Y así se declara.

Háganse las correspondientes notificaciones.”

Luisa Ortega Díaz
Fiscal General de la República

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2010”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 26-02-2010

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: Dirección de Consultoría Jurídica

3.- MATERIA: Inhibición

4.- TEMA: Templanza del carácter de los Fiscales del Ministerio Público.

5.- EXTRACTO

Los Fiscales del Ministerio Público, por la naturaleza de la función que desempeñan, están expuestos a recibir manifestaciones de inconformidad de la parte que se siente lesionada en sus derechos e intereses, siendo indispensable que frente a ellas demuestren la templanza de su carácter y ejerzan las acciones que estimen pertinentes y necesarias. debiendo destacar que dicha circunstancia, no constituye por sí misma una razón jurídica suficiente, capaz de soslayar la ecuanimidad, la equidad, la objetividad, la justicia, la honradez, la rectitud, el equilibrio, la neutralidad y la independencia, necesarias en los Fiscales de esta institución para el desempeño de su labor.

6.- CONTENIDO

6.1.- COMUNICACIÓN N° RESOLUCIÓN S/N

6.2.- FECHA: 26-02-2010

6.3.- TRANSCRIPCIÓN

“Visto el escrito presentado por el ciudadano (...), Fiscal Auxiliar de la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado (...), mediante el cual se inhibe de seguir conociendo de la causa signada con el N° (...), para resolver previamente se observa:

El Representante del Ministerio Público aduce como fundamentos de hecho para plantear su inhibición, lo siguiente:

“En fecha 26 de Septiembre (sic) del año 2008, se apertura la averiguación, en atención al escrito de denuncia interpuesta por las ciudadanas (...) (sic), representadas por su abogado el ciudadano (...), integrante del Escritorio jurídico (...). (...) En (sic) fecha 22 de Mayo (sic) del año 2009, fui denunciado por el abogado (...) (sic) integrante del Escritorio jurídico (...) (sic)’, por ante la dirección de Delitos Comunes, y recusado por el mismo abogado en fecha 28/05/2009, alegando retardo en las diligencias solicitadas, mediante escrito dirigido a la Fiscalía Superior del Estado (sic) (...). / (...) / Es de observar que la labor desempeñada por este Representante Fiscal, ha sido cuestionada en reiteradas oportunidades por parte del abogado (...) (sic), y demás integrantes del Escritorio Jurídico (...) (sic)’. Por tales razones me INHIBO de seguir conociendo la causa (...) motivado a que el abogado asistente ha venido mostrando una actitud de desconfianza e insatisfacción en torno a la labor que en el presente caso se viene desarrollando y tendrían una duda constante sobre mis actuaciones.”

Como razones de derecho, el Fiscal inhibido invocó los numerales 4 y 8 del artículo 86 del Código Orgánico Procesal Penal, en concordancia con el artículo 64 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Este Despacho ha sostenido de manera reiterada, que la inhibición es un mecanismo concebido con la finalidad de permitir separarse del conocimiento de la causa a aquellos representantes fiscales que se consideren incurso en alguna o algunas de las causales previstas en la ley, concretamente en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, previa presentación de un escrito en el que manifiesten tanto las razones de hecho como de derecho que lo fundamentan, ello con la finalidad de evitar retardos en los procesos al presentarse inhibiciones sin basamento alguno, lo cual no se correspondería con la celeridad que se busca dentro del proceso penal.

Por otra parte, la inhibición, tal como lo expresa Joan Picó I Junoy en su obra "La imparcialidad judicial y sus garantías: La abstención y recusación", debe entenderse como:

"(...) el acto en virtud del cual renuncian, ex officio, a intervenir en un determinado proceso por entender que concurre una causa que puede atentar contra su debida imparcialidad" (P. 38, 1998).

Así, dentro del proceso penal, encontramos que las partes son titulares del derecho a la imparcialidad, el cual presupone el deber del funcionario de inhibirse cuando considere que está incurso en alguna de las causales establecidas por el legislador, y de igual forma admite el correlativo derecho de las partes a recusarlo.

A los efectos de decidir la presente incidencia es necesario destacar que desde la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Ministerio Público, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.647 de fecha 19 de marzo de 2007, las causales de recusación e inhibición aplicables a los Fiscales del Ministerio Público son, de manera exclusiva, las previstas en el artículo 65 de dicha Ley, no operando en lo sucesivo para estos la norma contenida en el artículo 86 del Código Orgánico Procesal Penal, a tenor de lo establecido en la Disposición Derogatoria Única de la Ley Orgánica en comento, que señala: (...)

En este sentido, realizando un análisis comparativo entre los dos textos legales en cuanto a la regulación de las causales de recusación e inhibición, se evidencia que ambos difieren, destacándose que lo previsto en el artículo 86 del Código Orgánico Procesal Penal contraría lo consagrado en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

En efecto, entre otros particulares, esta última excluyó dos de las causales previstas en el Código Orgánico en comento, como son las contenidas en sus numerales 6 y 8, adquiriendo el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público un carácter taxativo y no enunciativo, en el que se consagran únicamente seis causales de inhibición y recusación expresamente indicadas.

De esta manera, los hechos que han de alegarse para la formulación de tales incidencias deben limitarse a los supuestos descritos en dichas causales, situación que impide al recusante o inhibido plantear hechos o circunstancias que no sean subsumibles en alguna de ellas o invocar alguna distinta a las allí establecidas.

Al respecto señala el artículo 63 de la referida Ley Orgánica: (...)

Por lo tanto, ha operado respecto del artículo 86 del Código Orgánico Procesal Penal una derogatoria tácita únicamente en cuanto a su ámbito de aplicación a los Fiscales del Ministerio Público, debiendo destacarse que esta disposición normativa mantiene vigencia pero se ha limitado su ámbito personal de validez, circunscribiéndose su aplicación solamente a los jueces profesionales, escabinos, secretarios, expertos e intérpretes, y "cualesquiera otros funcionarios del Poder Judicial", careciendo de validez para los Fiscales del Ministerio Público, a quienes se aplica la Ley especial que regula la organización administrativa y funcional de la Institución que representan, como lo es, precisamente, la mencionada Ley Orgánica del Ministerio Público.

En cuanto a las demás normas contenidas en el Código Orgánico Procesal Penal que regulan, en general, la tramitación de las recusaciones e inhibiciones, de igual manera, se aplican a los Fiscales del

Ministerio Público aquellas que no contradigan las disposiciones previstas en la Ley Orgánica de marras.

En este orden de ideas, circunscribiéndonos al caso bajo estudio, debe destacarse que la presente inhibición fue planteada alegando como fundamento de derecho las causales previstas en el artículo 86 del Código Orgánico Procesal Penal, lo que constituye un desacierto por parte del ciudadano (...) Fiscal Auxiliar de la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado (...), no siendo procedente que esta Decisora supla una carga que es propia del inhibido, situación que acarrea forzosamente la inadmisibilidad de la incidencia propuesta por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, antes transcrito. Y ASÍ SE DECLARA.

Ahora bien, se estima importante advertir que para el ejercicio de una inhibición, no solo basta que el fiscal del Ministerio Público alegue la disposición legal correcta, de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento jurídico vigente, pues considerando que ésta es un mecanismo procesal a través del cual éste, en defensa del derecho al debido proceso, se separa del conocimiento de la causa, al juzgar comprometida su imparcialidad en la tramitación de la misma, es preciso que su afirmación de parcialidad se encuentre fundada en situaciones específicas que generen la convicción en esta Decisora acerca de la concreción del supuesto de hecho establecido en la norma, pues la función de decidir supone la verificación del cumplimiento del supuesto de hecho contemplado en el precepto legal para aplicar la consecuencia jurídica estipulada.

Ello implica que el fiscal inhibido debe explicar por qué estima que los hechos declarados se subsumen dentro de la causal de inhibición, pues la aseveración de circunstancias genéricas va en contra de la naturaleza misma de este mecanismo procesal, el cual exige la revelación de hechos o circunstancias concretas en las que se afirma incurso el fiscal del Ministerio Público.

De este modo, resulta insuficiente la manifestación de los hechos y el señalamiento de la causal de inhibición, pues es imprescindible indicar el nexo entre ambos aspectos para permitir, en puridad de derecho, la función de subsunción, destacándose que escudriñar en lo que quiso aducir el inhibido no es una carga que deba asumir esta Superioridad.

Por otra parte, conviene señalar que todos los fiscales del Ministerio Público, por la naturaleza de la función que desempeñan, están expuestos a recibir manifestaciones de inconformidad de la parte que se siente lesionada en sus derechos e intereses, como por ejemplo, levantar la voz, pronunciar expresiones o palabras soeces, emitir juicios adversos contra la actividad fiscal. En modo alguno se pueden justificar tales actitudes, sin embargo, es indispensable que frente a ellas los fiscales demuestren la templanza de su carácter y ejerzan las acciones que estimen pertinentes y necesarias ante dicha circunstancia, dentro del marco de la objetividad, instando al decoro, al respeto y a la consideración que esta Institución merece, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda derivarse, en el ámbito de la proporcionalidad, respecto de quien genera la conducta.

Sobre el particular, se estima que los incidentes suscitados en este contexto, no deben afectar la imparcialidad que todo fiscal requiere para el conocimiento de sus causas. En efecto, es una circunstancia que no se encuentra contemplada en las causales de inhibición que taxativamente prevé el artículo 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y, a juicio de este Despacho, tampoco constituye en sí misma, una razón jurídica suficiente, aunque legalmente no se encuentre establecida, capaz de soslayar la ecuanimidad, la equidad, la objetividad, la justicia, la honradez, la rectitud, el equilibrio, la neutralidad y la independencia, necesarias en los fiscales de esta Institución para el desempeño de su labor.

En este sentido, es de importancia referir la sentencia emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 15 de julio de 2003, caso acción de inconstitucionalidad ejercida por el abogado Rafael Chavero Gazdik, Exp. N° 01-0415, en la que se estableció, entre otros particulares, lo siguiente:

"(...). / No está de más, como corolario de la doctrina mencionada que contiene este fallo, transcribir algunos párrafos de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Español N° 148/2001 del 27 de junio de 2001, la cual asentó: /` (...). / También hemos dicho en la STC 192/1999, de 25 de

octubre (FFJJ 7 y 8), que los denominados «personajes públicos», y en esa categoría deben incluirse, desde luego, las autoridades y funcionarios públicos, deben soportar, en su condición de tales, el que sus actuaciones en el ejercicio de sus cargos y funciones se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, a que no sólo se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones, sino, incluso, sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tengan una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos. (...) «El personaje público deberá tolerar, en consecuencia, las críticas dirigidas a su labor como tal, incluso cuando éstas puedan ser especialmente molestas o hirientes, sin que pueda esgrimir frente a esa información género alguno de inmunidad o privilegio, y frente a las que tiene más posibilidades de defenderse públicamente de las que dispondría un simple particular (SSTC 104/1986, 85/1992, 19/1996, 240/1997, 1/1998, y SSTEDH caso Sunday Times, 26 de abril de 1979; caso Lingens, de 8 de julio de 1986; caso Schwabe, de 28 de agosto de 1992; caso Praeger y Oberschlick, 26 de abril de 1995; caso Tolstoy Miloslavski, de 13 de julio de 1995; caso Worm, de 29 de agosto de 1997; caso Fressoz y Roire, de 21 de junio de 1999)». / (...)"

Así pues, sobre la base de lo establecido en el artículo 63 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, resulta procedente y ajustado a derecho declarar inadmisibile la inhibición planteada por el ciudadano (...), Fiscal Auxiliar de la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado (...), en la causa signada con el N° (...). Y así se decide.

Igualmente, es oportuno instar al ciudadano (...), previamente identificado, a observar la Circular N° DFG-DCJ-13-2009-0007, de fecha 13 de agosto de 2009, emanada de este Despacho, referida al "Procedimiento a seguir en materia de Recusaciones e Inhibiciones de los Fiscales del Ministerio Público", especialmente en lo atinente al deber de estos de invocar la norma legal vigente contentiva de las causales de inhibición aplicables a los fiscales del Ministerio Público. Y así se declara.

Háganse las correspondientes notificaciones."

Luisa Ortega Díaz
Fiscal General de la República