

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1. DERECHO PENAL SUSTANTIVO

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 15-03-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO PENAL SUSTANTIVO

4.- TEMA: ASOCIACIÓN PARA DELINQUIR

5.- MÁXIMA

PARA LA IMPUTACIÓN DEL DELITO DE ASOCIACIÓN PARA DELINQUIR -PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTÍCULO 6 DE LA LEY ORGÁNICA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA-, LOS REPRESENTANTES DEL MINISTERIO PÚBLICO DEBEN ACREDITAR EN AUTOS LA EXISTENCIA DE UNA AGRUPACIÓN PERMANENTE DE SUJETOS QUE ESTÉN RESUELTOS A DELINQUIR. CONSECUENCIALMENTE, LA SIMPLE CONCURRENCIA DE PERSONAS EN LA COMISIÓN DE UN DELITO TIPIFICADO EN LA LEY ORGÁNICA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA, NO ES UN PRESUPUESTO SUFICIENTE PARA RECONOCER LA CONSUMACIÓN DEL DELITO EN CUESTIÓN, PUES ES NECESARIO QUE LOS AGENTES HAYAN PERMANECIDO ASOCIADOS “POR CIERTO TIEMPO” BAJO LA RESOLUCIÓN EXPRESA DE COMETER LOS DELITOS ESTABLECIDOS EN DICHA LEY.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO: DRD-18-079-2011

6.2.- FECHA: 04-04-2011

6.3.- RESUMEN

(...)

Tal y como se precisó *supra*, el representante del Ministerio Público atribuyó a los imputados la comisión de los delitos de *Asociación para Delinquir* y *Concusión*, previstos y sancionados en los artículos 6 de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y 60 de la Ley Contra la Corrupción, respectivamente.

Con respecto al delito de *Asociación para Delinquir*, el Fiscal aduce en su escrito acusatorio lo siguiente:

“En lo referente al artículo 06 de la Ley de Delincuencia Organizada Asociación para delinquir (sic), el sujeto activo es indeterminado; es decir que pueden (sic) ser

cualquier persona que se asocien para cometer delitos de este índole; además de que la definición para pertenecer a un grupo de delincuencia organizada nos habla de que se tiene que tratar de tres (03) o mas personas que decidan asociarse para cometer delitos o (sic) obtener algún tipo de beneficio para terceros; en cuanto al sujeto pasivo, sobre el cual recae la acción desplegada por los ciudadanos Imputados los cuales son funcionarios del Cuerpo de Investigaciones, Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC), es primero que nada EL ESTADO VENEZOLANO, por ser los mismos funcionarios pertenecientes a una institución de administración de Justicia de la Nación...".

En criterio de quien suscribe, el precepto penal invocado no fue debidamente motivado por el representante del Ministerio Público. No es un despropósito advertir que el señalamiento minucioso de las circunstancias fácticas que rodean toda investigación penal, así como la justificación del precepto jurídico que se entiende concretizado por la ocurrencia del hecho, es un imperativo en la suscripción de cualquier acusación fiscal. Únicamente de esa manera es viable un examen minucioso de los elementos del tipo penal atribuido, así como la determinación de la sanción penal aplicable y las circunstancias modificativas del tipo susceptibles de ser alegadas.

Del documento en examen, solamente resalta la mención sumaria del delito de *Asociación para Delinquir*. No hay motivación alguna con respecto a la adecuación típica invocada y mucho menos un señalamiento preciso de los argumentos que encauzan tal razonamiento. Adicionalmente, y a propósito del precepto penal aducido, conviene detenernos en algunos comentarios suplementarios:

Según lo dispone el artículo 6 de la de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada, el delito de *Asociación para Delinquir* se compone de los siguientes elementos típicos:

“Artículo 6. Quien forme parte de un grupo de delincuencia organizada para cometer uno o más delitos de los previstos en esta Ley, será castigado, por el sólo hecho de la asociación, con pena de cuatro a seis años de prisión”. (Negrillas nuestras).

En función de lo transcrito *supra*, para la consumación del delito es necesario que el agente forme parte de un “grupo de delincuencia organizada”. La delimitación conceptual de dicho elemento normativo del tipo, depende del examen del artículo 2 numeral 1, de la propia Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada, el cual reza textualmente lo siguiente:

“Artículo 2. A los efectos de esta Ley, se entiende por:

1. Delincuencia organizada: La acción u omisión de tres o más personas asociadas por cierto tiempo con la intención de cometer los delitos establecidos en esta Ley y obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o de cualquier índole para sí o para terceros. Igualmente, se considera delincuencia organizada la actividad realizada por una sola persona actuando como órgano de una persona jurídica o asociativa, cuando el medio para delinquir sea de carácter tecnológico, cibernético, electrónico, digital, informático o de cualquier otro producto del saber científico aplicados para aumentar o potenciar la capacidad o acción humana individual y actuar como una organización criminal, con la intención de

cometer los delitos previstos en esta Ley". (Negrillas nuestras).

Así pues, todo "grupo de delincuencia organizada"¹ debe estar informado de las siguientes características:

- Debe estar compuesto por 3 o más personas.
- La asociación debe ser permanente en el tiempo.
- Los miembros del grupo deben compartir la resolución de cometer los delitos establecidos en la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada.
- Los miembros del grupo deben estar impulsados por la pretensión de obtener un beneficio económico o de otra índole.

Los componentes típicos del delito de delito de *Asociación para Delinquir* son muy similares a los requerimientos normativos que exige la consumación del delito de *Agavillamiento*, el cual se encuentra previsto y sancionado en el artículo 286 del Código Penal en los siguientes términos:

***"Artículo 286.* Cuando dos o más personas se asocien con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por el solo hecho de la asociación, con prisión de dos a cinco años".**

A decir de Soler, en el delito de *Agavillamiento*:

"No se trata de castigar la participación a un delito, sino la participación a una asociación o banda destinada a cometerlos, con independencia de la ejecución o inejecución de los hechos planeados o propuestos.

...Para que pueda hablarse de asociación o banda, es necesario cierto de elemento de permanencia, para lo cual es manifiesto que habrá que atenderse en cada caso a la naturaleza de los planes de la asociación, pues se trata de un concepto relativo a permanencia"². (Negrillas nuestras).

Y Grisanti Aveledo aduce con elocuencia lo siguiente:

"...los acusadores olvidan con frecuencia este criterio [de permanencia], pues cuando ven un cierto número de personas accidentalmente reunidas para cometer algún delito, corren veloces a darle, sin más ni más, el título de 'asociación de malhechores'. Pero esto no quiere decir que el agavillamiento debe estar sometido a normas previamente establecidas en estatutos, reglamentos o

¹A pesar de que el artículo 2 de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada admite que el fenómeno de la *delincuencia organizada* puede ser realizado por una sola persona cuando actúe como "órgano de una persona jurídica o asociativa", esta Dirección advierte que el tipo penal de *Asociación para Delinquir* (artículo 6 de la Ley invocada) exige expresamente que el hecho punible sea llevado a cabo por un "Grupo de Delincuencia Organizada". Consecuencialmente, considerando que en términos netamente semánticos un *grupo* debe conformarse por una "pluralidad de seres o cosas" (*Vid:* Diccionario de la Real Academia Española. Editorial Espasa Calpe. España, 2006. Página 743), este Despacho asume que el precepto penal en comentario sólo puede consumarse cuando la actividad criminal sea cometida por 3 o más personas, en función lo dispuesto en el referido artículo 2 de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada.

²Soler, Sebastián. "*Derecho Penal Argentino*". Tomo IV. Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires, 1956. Página 642.

*actas, ni tampoco organizado jerárquicamente, puesto que tantos los jefes, como los promotores, pueden existir o no*³. (Negrillas nuestras).

Asimismo, Doctrina Institucional no ha vacilado en advertir lo que sigue:

*“...El elemento de permanencia debe constar fehacientemente del escrito de acusación, para poder afirmar que se ha producido el delito de agavillamiento, en estos casos los fiscales deben actuar con mucho tino, ya que no cualquier concurrencia de personas en un delito, constituye agavillamiento, sino que debe demostrarse que realmente se produce el elemento de permanencia con respecto a la asociación criminal...”*⁴. (Negrillas nuestras).

En función de todo lo transcrito *supra*, este Despacho advierte que para la imputación del delito de *Asociación para Delinquir* -previsto y sancionado en el artículo 6 de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada-, los representantes del Ministerio Público deben acreditar en autos la existencia de una agrupación **permanente** de sujetos que estén resueltos a delinquir. Consecuencialmente, la simple concurrencia de personas en la comisión de un delito tipificado en la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada, no es un presupuesto suficiente para reconocer la consumación del delito en cuestión, pues es necesario que los agentes hayan permanecido asociados “por cierto tiempo” bajo la resolución expresa de cometer los delitos establecidos en dicha Ley.

Conforme el escrito de acusación sometido para la consideración de este Despacho -y en resguardo de los hechos asentados como presupuesto de la imputación penal-, el representante del Ministerio Público sólo acreditó la concurrencia criminal de los ciudadanos **F M B R, F R M P y J C**, en la comisión del delito de *Concusión*. En modo alguno se comprobó, bajo presupuestos fácticos, que los agentes pertenecían a un grupo **permanente** de delincuencia organizada, ni mucho menos que dicha eventual asociación tuviese como propósito la consecución de actos delictivos.

En criterio de este Despacho -y sujetos a los hechos apuntados en el escrito Fiscal-, los ciudadanos **F M B R, F R L M P y J R C**, sólo concurrieron criminalmente en la comisión del delito de *Concusión*. Al no acreditarse en el escrito de acusación la existencia previa y permanente de un *grupo de delincuencia organizada*, el representante del Ministerio Público no debió imputar el delito de *Asociación para Delinquir*.

³ Grisanti Aveledo, Hernando. “Manual de Derecho Penal”. Parte Especial. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2009. Página 995.

⁴ Informe Anual del Ministerio Público. Año 2001. Tomo I. Páginas 338 y 339.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 15-03-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO PENAL SUSTANTIVO

4.- TEMA: CALIFICACIÓN JURÍDICA

5.- MÁXIMA

REALIZAR LA ADECUADA SUBSUNCIÓN DE LOS HECHOS ILÍCITOS EN EL DERECHO IMPLICA NARRAR CÓMO LA CONDUCTA ILÍCITA ASUMIDA POR EL IMPUTADO ENCUADRA EN CADA UNO DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL ATRIBUIDO, MEDIANTE LA INDICACIÓN EXPRESA DE LAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS DEL DELITO, PERMITIENDO ELLO EL ADECUADO ENGRANAJE DE LA ACCIÓN TÍPICA, ANTIJURÍDICA Y CULPABLE EN LOS ELEMENTOS DESCRIPTIVOS DEL TIPO PENAL, RAZONAMIENTOS ÉSTOS AUSENTES EN EL ESCRITO DE ACUSACIÓN ANALIZADO.

SUBSUMIR DE FORMA CLARA Y PRECISA EL HECHO EN EL DERECHO PERMITIRÁ UN CORRECTO EJERCICIO DEL DERECHO A LA DEFENSA, PUDIENDO EL IMPUTADO Oponerse a las consideraciones fácticas y jurídicas. EL PROCESO DE SUBSUNCIÓN ES A LOS ÚNICOS EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA CONDUCTA COMO DELICTIVA, A FIN DE QUE SE REALICE CORRECTAMENTE LA IMPUTACIÓN Y OPERE EL DERECHO A LA DEFENSA DEL ENCAUSADO.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO DRD-16-083-2011

6.2.- FECHA: 08-04-2011

6.3.- RESUMEN

“ ...

En otro orden de ideas, en relación al precepto jurídico aplicable, se observa que la representante del Ministerio Público consideró que la conducta desplegada por el acusado, E J H H, encuadraba dentro del tipo penal de Robo Genérico, establecido en el artículo 455 del Código Penal y cuyo contenido transcribimos a continuación:

“Quien por medio de violencia o amenazas de graves daños inminentes contra personas o cosas, haya constreñido al detentor o a otra persona presente en lugar del delito a que le entregue un objeto mueble o a tolerar que se apodere de éste, será castigado...”

Sobre la pertinencia de la calificación jurídica, conforme a los hechos descritos en el Capítulo II, referente a la relación de los hechos imputados, se indica que la víctima, Y N R V, el día 3 de julio de 2010, cuando se encontraba caminando por el puente las Flores, en la parada de Boleíta Norte, Municipio Sucre del estado Miranda, el imputado de autos E J H H, en compañía de otro sujeto, portando un bisturí y bajo amenazas, la conminó a que le entregara su celular; hecho éste que es corroborado por la víctima en su declaración de fecha 3 de julio de 2010: *"Yo me encontraba caminando por el puente Las Flores en la parada de Boleíta, de repente dos sujetos con un bisturí en la mano, me amenazan con cortarme la cara si no les entregaba mi celular como yo iba con mi hijo menor de cinco años, para que no le fueran hacer daño les entregue el celular (...) unos funcionarios de la Policía de Sucre, quienes los persiguieron, hasta el mercadito de Petare donde lo detuvieron (...)"*.

Del contenido de los recaudos señalados se evidencia que efectivamente el acusado E J H H, en compañía de otro sujeto, al momento de cometer el hecho punible, amenazó con cortarle la cara a la víctima con un arma impropia (bisturí).

Ahora bien, en el artículo 458 del Código Penal se señala lo siguiente:

"Cuando alguno de los delitos previstos en los artículos precedentes se haya cometido por medio de amenazas a la vida, a mano armada, o por varias personas, una de las cuales hubiere estado manifiestamente armada, o bien por varias personas ilegítimamente uniformadas (...)".(Subrayado nuestro).

Como podemos observar en la normativa señalada, existen una serie de circunstancias agravantes alternativas, cuya verificación trae como consecuencia un cambio en la calificación jurídica. En la primera de ellas, debe entenderse por arma cualquier objeto destinado al ataque o defensa de las personas y que aunque sea fabricado con otro fin, resulte idóneo para matar o lesionar. En cuanto a la segunda, basta con que el robo sea cometido por dos personas, de las cuales al menos una se encuentre manifiestamente armada para que se configure el robo agravado¹.

En el caso *in comento* se pueden verificar estas dos circunstancias, tanto en los hechos narrados por la representación fiscal, como en la declaración de la víctima, pues el acusado portaba un bisturí (que si bien no es propiamente un arma, utilizada con ese fin podría lesionar o incluso matar²) y además estaba acompañado de otro sujeto. Por lo tanto, si se adminicula esto con lo establecido en el artículo 458, debe necesariamente concluirse que la representante del Ministerio Público debió acusar al ciudadano E. J. H. H. por la comisión del delito de Robo Agravado, previsto y sancionado en el artículo 458 del Código Penal y no por el delito de Robo Genérico, como en efecto lo hizo..."

"...

¹GRISANTI Aveledo, Hernando y GRISANTI Franceschi, Andrés (2006). Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Caracas: Vadell Hermanos. pp. 278 y 279.

²La Doctrina Institucional en Informe Anual del año 1992, Oficio N° DRP, de fecha 29/06/92 ha afirmado en caso análogo de robo cometido amenazando a la víctima con una hojilla: "(...) que a pesar de ser un arma impropia, produjo sin embargo el mismo efecto intimidatorio que podría derivarse de un arma verdadera o propia (...) no distingue el Legislador si el arma utilizada para cometer el hecho es un arma impropia o propia, sino que tan sólo exige que el instrumento sea capaz de ejercer eficacia intimidatoria sobre el sujeto pasivo. Es decir, que para que se configure esta agravante, debe existir un nexo entre el uso del arma, como medio intimidante y el apoderamiento como finalidad perseguida en la ejecución de la acción".

En cuanto a la calificación jurídica dada a los hechos, tenemos que “la expresión de los preceptos jurídicos aplicables” ha sido prevista en el numeral 4 del artículo 326 del Código Orgánico Procesal Penal como un requisito de la acusación. En lo tocante a este punto, ha sido criterio defendido por el Ministerio Público que:

“En lo relativo al numeral 4 del artículo 326 del Código Orgánico Procesal Penal, referido a ‘la expresión de los preceptos jurídicos aplicables’, es necesaria una correcta adecuación de los hechos con la norma jurídica aplicable al hecho ilícito que se imputa, toda vez que ello permitirá proporcionar las razones de derecho que motivan la solicitud de enjuiciamiento de una persona. En suma, en este capítulo se debe realizar un análisis de las normas cuya aplicación se solicita y su relación de correspondencia con lo acontecido, conforme a los elementos de convicción obtenidos, explicando las razones o motivos por los cuales la conducta ilícita ya explanada se subsume en el tipo penal que se señala, con indicación de ser el caso, de las circunstancias agravantes, atenuantes, concurso de delitos o cualquier otra que fuere procedente...”³.

Con respecto a la calificación jurídica aplicable en el presente caso, se advierte una ausencia total de motivación, al no realizar la representante del Ministerio Público una apropiada adecuación de los hechos en el Derecho, limitándose a señalar lo siguiente: *“...que la conducta desplegada por el ciudadano **M A B M**, plenamente identificado, se subsume en los delitos de **ROBO AGRAVADO**, previsto y sancionado en el artículo 458 del Código Penal Vigente y **PORTE ILÍCITO DE ARMA DE FUEGO** tipificado en el artículo 277 ejusdem, y en cuanto al ciudadano **A J A**, en el delito de **ROBO AGRAVADO**, previsto y sancionado en el artículo 458 del texto adjetivo penal”.*

En el presente caso, se prescindió del análisis y subsunción de la norma citada para su aplicación conforme los hechos acontecidos, en razón de los elementos de convicción obtenidos, omitiendo así explicar las razones o motivos por los cuales la conducta punible de los aquí imputados se adecuó a los tipos penales antes señalados.

Realizar la adecuada subsunción de los hechos ilícitos en el Derecho implica narrar cómo la conducta ilícita asumida por el imputado encuadra en cada uno de los elementos del tipo penal atribuido, mediante la indicación expresa de las características propias del delito, permitiendo ello el adecuado engranaje de la acción típica, antijurídica y culpable en los elementos descriptivos del tipo penal, razonamientos éstos ausentes en el escrito de acusación analizado.

Al respecto, la Doctrina Institucional ha señalado:⁴

“(...) Cuando el fiscal del Ministerio Público indica los preceptos jurídicos aplicables, resulta necesario que ponga de manifiesto en su escrito la estrecha relación existente entre el hecho imputado y la norma que se pretende aplicar en el caso en concreto (...)”

Subsumir de forma clara y precisa el hecho en el Derecho permitirá un correcto ejercicio del derecho a la defensa, pudiendo el imputado oponerse a las consideraciones fácticas y jurídicas. El proceso de subsunción es a los únicos efectos de la calificación jurídica de la conducta como

³Circular N° DFGR-DVFGD-DGAJ-DRD-3-2001-004 del Ministerio Público, de fecha 28 de noviembre de 2002.

⁴Oficio N° DRD-16-88-2005, de fecha 4-3-2005, en Informe Anual del Fiscal General de la República, año 2005, pág. 11. En igual sentido, puede consultarse oficio N° DRD-25-27-013-2004, de fecha 16-1-2004, publicado en el Informe Anual del Fiscal General de la República, año 2004, página 16.

delictiva, a fin de que se realice correctamente la imputación y opere el derecho a la defensa del encausado. La necesaria actividad procesal referida a precisar los hechos, no consiste meramente en señalar los acontecimientos que informan el supuesto fáctico atribuido al imputado, sino en subsumir los mismos al supuesto de derecho que configura el tipo de delito que se le imputa.

En vista de lo antes expuesto, podemos afirmar que si bien es cierto que los elementos de convicción existentes en autos dan cuenta de la comisión de los delitos de Robo Agravado y Porte Ilícito de Arma de Fuego, previstos y sancionados en los artículos 458 y 277 del Código Penal, respectivamente, la representación fiscal, en la acusación en cuestión, omitió dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 326 numeral 4 del Código Orgánico Procesal Penal⁵.

En este mismo sentido, la representación fiscal omitió precisar la causa que agravó el delito. El artículo 458 menciona diversos supuestos de hecho que convierten un robo genérico en un tipo penal agravado. Es imperativo mencionar cuál de estos supuestos en específico agrava el robo en el caso concreto (el ataque a la libertad individual), pues luego de ello, el Fiscal del Ministerio Público tendrá que subsumir esos hechos en la norma jurídica. Dicha omisión, como ya se explicó ampliamente, determina la inmotivación del acto conclusivo y violenta el derecho a la defensa del imputado.

Finalmente en cuanto a la calificación jurídica, debemos resaltar que de los hechos explanados en la Acusación remitida a este Despacho, se puede colegir que el Robo Agravado no fue consumado, pues no se logró el apoderamiento de la cosa mueble ajena (entendiendo por apoderamiento la posibilidad del sujeto activo de disponer del bien robado).⁶

En el camino al crimen (*Iter Criminis*) existe la posibilidad de que el hecho no se realice en su totalidad, sin embargo, ello no es impedimento para que bajo ciertas figuras creadas por el Derecho Penal sustantivo y bajo ciertos supuestos, sea penada dicha conducta. Nos referimos a la tentativa del delito y al delito frustrado. Se dice que existe tentativa cuando, con el objeto de cometer un delito, alguien comienza su ejecución por medios apropiados, pero no realiza todo lo necesario para su consumación por causas independientes de su voluntad. En el caso del segundo, el Código Penal, en su artículo 80, expresa que hay frustración como forma inacabada del delito, cuando el sujeto activo del delito ha realizado todo lo necesario para consumir el delito, sin embargo, no lo ha logrado por circunstancias ajenas a su voluntad.

En el caso *in comento*, conforme al contenido del escrito de acusación, observamos como, en criterio de este Despacho, el primer aparte del artículo 80 *ejusdem* se adecua totalmente a la actuación de los sujetos imputados, pues éstos comenzaron la ejecución del delito a través de los medios adecuados (se subieron al auto de la víctima, la apuntaron con un arma y le comunicaron sus intenciones delictivas); sin embargo, por causas independientes de su voluntad (que la víctima

⁵ "...La acusación deberá contener: (...) 4. La expresión de los preceptos jurídicos aplicables;..."

⁶ Según la teoría de la disponibilidad fáctica del objeto "habrá tentativa (...) en el robo propio, desde que el autor comienza a usar la violencia contra las personas o cosas, destinada a apoderarse del bien ajeno. Por su parte, en ambos delitos habrá frustración, desde el momento en que el agente desapodera a la víctima y le quita a ésta el poder de hecho que tenía sobre la cosa, obteniendo sólo un apoderamiento material sin disponibilidad, al ser sorprendido in fraganti o seguido de persecución ininterrumpida (cuasi flagrancia); y consumación, cuando tenga aunque sea por breves instantes la disponibilidad de hecho sobre la res furtiva. En pocas palabras habrá consumación cuando el agente adquiera ese poder de disposición material sobre la cosa, y esta posibilidad no se materializa mientras ella pueda ser interrumpida". (SAIN Silveira, José Tadeo. *El iter criminis de los delitos de hurto y robo en la legislación penal venezolana*. Disponible en: <http://www.bibliotecapenal.com/jose%20tadeo%20iter%20criminis%20en%20delitos%20de%20hurto%20y%20robo.htm>. Consulta: 28/03/11)

lograra detenerse en frente del Comando de la Guardia Nacional para salir del vehículo) no realizaron **todo** lo necesario (por lo que tampoco puede considerarse como frustración), y por tanto, no pudo perfeccionarse el delito.

De este modo, debió la representación fiscal aludir a dicha disposición, ya que la consecuencia directa de su omisión deriva en la diferencia de la mitad o hasta las dos terceras partes de la pena que debe disminuirse en el caso de los delitos cometidos en grado de tentativa...".

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 28-10-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE CONSULTORÍA JURÍDICA

3.- TIPO DE DOCTRINA : DERECHO PENAL SUSTANTIVO

4.- TEMA: DIFAMACIÓN DE UN FISCAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

5.- MÁXIMA

NO SE CONSIDERA RAZÓN SUFICIENTE PARA AUTORIZAR A UN FISCAL DEL MINISTERIO PÚBLICO A EJERCER LAS ACCIONES PENALES CORRESPONDIENTES PARA REPARAR SU HONOR, EL HECHO QUE LA CONTRAPARTE REALICE COMENTARIOS CUESTIONANDO SU PROCEDER, SIEMPRE QUE ELLO NO LE HAYA OCASIONADO NINGÚN TRASTORNO EN SU ÁMBITO FAMILIAR O LABORAL, O NO HAYA SIDO REALIZADO A TRAVÉS DE UN MEDIO DE COMUNICACIÓN SOCIAL O DE AMPLIA DIFUSIÓN.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO MEMORANDO DCJ-15-1362-2011

6.2.- FECHA: 28-10-2011

6.3.- RESUMEN

Me dirijo a usted, en la oportunidad de someter a consideración de la Máxima Jerarca de esta Institución, las consideraciones efectuadas por este Órgano Asesor, en relación con el planteamiento efectuado por el ciudadano (...), Fiscal Duodécimo del Ministerio Público con competencia en Materia Contencioso Administrativo y Tributario de la Circunscripción Judicial del estado Lara.

Es el caso que el referido representante del Ministerio Público intervino, en ejercicio de las funciones que legalmente tiene establecidas, en un procedimiento de Amparo Constitucional intentado por el ciudadano (...) contra la sentencia de fecha 10 de noviembre de 2008, dictada por el Tribunal Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del estado Lara, en al causa N° (...).

Como resultado de su intervención en dicho proceso, el ciudadano (...) manifestó públicamente y en reiteradas oportunidades su disconformidad con la actuación del ciudadano (...), alegando que había incurrido en la conducta de Fraude Procesal Colusorio.

Ante tal situación, el aludido representante del Ministerio Público solicitó, de conformidad con lo establecido en el artículo 290 del Código Orgánico Procesal Penal, se iniciara la correspondiente averiguación, y se investigara la imputación pública de la que había sido objeto.

Como resultado de dicha averiguación, en fecha 09 de abril de 2010, la Fiscal Vigésima Segunda del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial de la Circunscripción Judicial del estado Lara, solicitó el sobreseimiento de la causa de conformidad con el numeral 1 del artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal, por considerar que no se cometió el delito de Fraude Procesal Colusorio, siendo tal solicitud acordada por el Juzgado Segundo en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Lara en fecha 28 de septiembre de 2010.

Ante tal situación, es que solicita el referido fiscal del Ministerio Público autorización para incoar en contra del ciudadano (...) las acciones legales correspondientes para reclamar la reparación de daños personales y "*...para impedir que acciones infundadas como ésta puedan convertirse en una práctica intimidatorio de las partes en contra de los fiscales en ejercicio de sus funciones...*".

Resumida de esta forma los antecedentes del caso, es menester recordar la opinión realizada por esta Dirección en fecha 16 de agosto de 2007, plasmada en el Memorándum DCJ-2-1985-2007, y publicada en el Informe anual correspondiente a ese año, y en la cual se sostuvo que en el caso que un fiscal del Ministerio Público se considere víctima de uno de los delitos de Difamación e Injuria, éste deberá evaluar si la ofensa proferida se encuentra íntimamente relacionada con el desempeño de sus funciones; en ese caso, necesariamente, le corresponderá requerir la correspondiente autorización a la Fiscal General de la República.

En base a ello, se observa que efectivamente las ofensas proferidas contra el funcionario de esta Institución ocurrieron como consecuencia del ejercicio de sus funciones, como fue la intervención en un procedimiento de Amparo Constitucional.

Ahora bien, sobre este particular se considera que los funcionarios públicos se encuentran expuestos en el ejercicio de sus labores a ser cuestionados por las contrapartes en los procesos que intervengan, toda vez que su actuación (que en todo momento debe ser con estricto apego al marco jurídico) no puede satisfacer a ambas partes, motivo por el cual existe la posibilidad que la parte perdidosa cuestione su actuación por no ver favorecidas sus pretensiones.

Así como se considera poco ética esta actuación de algunos profesionales del derecho u otras personas que de alguna manera intervienen en diversos procesos judiciales, de descalificar al fiscal del Ministerio Público cuando no ven satisfechas sus pretensiones, tampoco se considera plausible que este funcionario de la Institución ejerza acciones legales contra cada persona que ponga en tela de juicio su actuación.

Es consciente esta Dirección de Consultoría Jurídica que tales dichos podrían afectar el derecho al honor o la reputación de los funcionarios, por lo que conviene traer a colación el criterio sostenido por el Tribunal Constitucional español, que en su decisión de fecha 27 de junio de 2001 sostuvo:

"Ciertamente que conforme a la doctrina de este Tribunal la tutela del derecho al honor se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información cuando sus titulares ejercen funciones públicas, estando obligadas por ello

a soportar un cierto riesgo de que sus derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen resulten afectados por opiniones e informaciones de interés general (...) También hemos dicho (...) 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 al margen de las mismas, siempre que tengan una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos..."

Es innegable que la conducta desplegada por el ciudadano (...) constituye una lesión al derecho al honor del ciudadano (...); sin embargo, de acuerdo con la presente cita jurisprudencial, ello constituye una consecuencia lógica del cargo que se desempeña y con la cual se debe aprender a convivir.

Los funcionarios de esta Institución, deben tener una especial fortaleza a las críticas sobre sus actuaciones, y si bien es cierto que existen conductas poco éticas de parte de algunos litigantes que pueden lesionar el derecho al honor de los funcionarios de esta Institución, no es menos cierto que debe existir cierta tolerancia ante tal situación, ya que sería ilógico pensar que cada fiscal del Ministerio Público se querelle cuando sienta que su honor ha sido lesionado.

Con ello no se quiere decir que no es procedente bajo ningún concepto autorizar a un fiscal del Ministerio Público para que ejerza acciones cuando considere que en el ejercicio de sus funciones ha sido lesionado su derecho al honor, sino que deberán ser circunstancias mucho más graves que comentarios aislados, que realmente le causen un perjuicio mayor.

A modo de ejemplo, podría considerarse entre estas circunstancias realmente graves, una campaña de radio, televisión o medios impresos en la que se ponga en tela de juicio la honorabilidad del funcionario, o cualquier otra actuación de carácter masivo y generalizado que lo exponga al escarnio público.

Otra razón suficiente sería que como consecuencia de tales dichos, se le causara un perjuicio económico o laboral al funcionario, por sólo citar algunos supuestos.

Ahora bien, siendo que en el presente caso no menciona el ciudadano (...), ninguna de estas circunstancias o cualquier otra que haga presumir una grave lesión a su derecho al honor, no se considera procedente, salvo mejor criterio de ese Despacho otorgar la correspondiente autorización para que ejerza las acciones legales destinadas a reparar su derecho al honor.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 15-01-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO PENAL SUSTANTIVO

4.- TEMA: HURTO CON FRACTURA

5.- MÁXIMA

EL HURTO CON FRACTURA SE CARACTERIZA POR EL APODERAMIENTO DE LA COSA AJENA, MEDIANTE EL EMPLEO DE LA VIOLENCIA, EJERCIDA NO SOBRE LA COSA OBJETO DEL APODERAMIENTO, NI SOBRE LAS COSAS DESTINADAS AL ORNATO O SERVICIO DE AQUÉLLA, SINO SOBRE LAS COSAS DESTINADAS A LA DEFENSA DEL OBJETO.

6.- CONTENIDO

6.1.-NÚMERO DE ESCRITO DRD-6-339-2011

6.2.- FECHA: 11-08-2011

6.3.- RESUMEN

(...)

En cuanto a la calificación jurídica, se observa que los representantes del Ministerio Público al presentar su escrito de acusación en contra del ciudadano T A, le imputaron la comisión del delito de HURTO SIMPLE, previsto y sancionado en el artículo 451 del Código Penal, y en este sentido, en el punto correspondiente, señalaron: *“que efectivamente, el hoy acusado T A fue la persona que siendo las cuatro y treinta(4:30 PM) horas de la tarde del día 22 de Abril de 2010 ingreso (sic) al Edificio Tiuna que esta (sic) ubicado en la Avenida Roselvet del Rosal lugar de donde logró extraer tres extintores los cuales fueron reconocidos por la victima como de su propiedad...”*.

Tenemos entonces que el artículo 451 del Código Penal, el cual prevé el delito imputado al acusado T A, expresa: *“Todo el que se apodere de algún objeto mueble, perteneciente a otro para aprovecharse de él, quitándolo, sin el consentimiento de su dueño, del lugar donde se hallaba, será penado...”*.

(...)

Ante estas circunstancias debió ahondarse en la investigación; primero a los fines de establecer el lugar donde se encontraban los extintores, y segundo, las condiciones físicas de los cajetines donde se encontraban resguardados, lo cual habría permitido fundamentar adecuadamente el hecho ilícito en referencia, encuadrándolo en la modalidad delictiva a la que se contrae el artículo 453 numeral 4 del Código Penal, es decir, **HURTO CALIFICADO**, el cual señala:

"4. 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..."

Al respecto es necesario acotar que la figura delictual conocida en la doctrina con la denominación de Hurto con Fractura, se caracteriza por el apoderamiento de la cosa mediante el empleo de la violencia, ejercida no sobre la cosa objeto del apoderamiento, ni sobre las cosas destinadas al ornato o servicio de aquella, sino sobre las cosas destinadas a la defensa del objeto. En este sentido, -cercado- la acepción usada por el citado ordinal significa "cerca", es decir vallas, tapia o muro que se pone alrededor de cualquier sitio, vereda o casa para su resguardo o división. Sin embargo, no puede quedarse en la interpretación de la disposición que el solo aspecto gramatical de los términos empleados, ya que esto sería desconocer aquellos casos que la doctrina comprende en el delito de Hurto con Fractura¹.

En razón de lo antes expuesto, en criterio de esta Dirección los representantes Fiscales debieron ahondar en la investigación, a los fines de poder realizar una correcta adecuación de los hechos con la norma jurídica aplicable al hecho ilícito imputado.

¹ La ruptura de puertas, ventanas, rejas o de las cerraduras de las mismas.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 20-05-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO PENAL SUSTANTIVO

4.- TEMA: INVASIÓN

5.- MÁXIMA

EL DELITO DE INVASIÓN SE MATERIALIZA CON LA ACCIÓN DE “INVADIR”, QUE CONSISTE EN ADENTRARSE Y POSEER -SIN DERECHO LEGÍTIMO- UN ESPACIO. LA FALTA DE UN DERECHO LEGÍTIMO PARA LA OCUPACIÓN DEL ESPACIO AL QUE SE HA ADENTRADO; SIN LUGAR A DUDAS, ES UN ELEMENTO ESENCIAL PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA INVASIÓN, DADO QUE GOZANDO EL SUJETO DE LA FACULTAD PARA OCUPARLO, SU POSESIÓN RESULTA LEGÍTIMA Y -POR TANTO- ACORDE CON LAS DISPOSICIONES CONTEMPLADAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

PARA LA COMISIÓN DEL DELITO DE INVASIONES SE EXIGE UN ELEMENTO SUBJETIVO PARTICULAR, ÉSTE ES QUE EL SUJETO HAYA PROCURADO CON SU ACCIÓN LA OBTENCIÓN DE UN PROVECHO ILÍCITO, SEA ÉSTE PARA SÍ O PARA OTRO; EN ESE SENTIDO, SE ENTIENDE QUE LA BUENA FE DEL AGENTE EXCLUYE LA ADECUACIÓN DE SU CONDUCTA AL TIPO PENAL DE INVASIÓN.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO DRD-11-017682

6.2.- FECHA: 12-04-2011

6.3.- RESUMEN

“... ”

Ahora bien, aunque en efecto de la situación antes expuesta pueda derivarse la existencia de un conflicto de intereses entre quienes aducen ser poseedores legítimos de un terreno en particular, este Despacho considera que en el ámbito del derecho penal tales circunstancias no darían lugar al delito de *Invasión de Tierras Rurales*, previsto en el artículo 471-A del Código Penal, porque para su concreción es preciso que el agente se haya adentrado al terreno (ubicado en zona rural), sin derecho legítimo de hacerlo, con el propósito de obtener un provecho ilícito, bien sea para sí o para un tercero.

Ante el caso planteado, considera este Despacho que aquellas personas a quienes el Instituto Nacional de Tierras o la Oficina Regional de Tierras les haya adjudicado un terreno, en principio poseen un título que puede reputarse como legítimo, y -por tanto- se hallarían autorizados para la posesión del bien.

Si algún interesado cuestiona la validez de tal adjudicación¹, éste tendría la posibilidad de ejercer las acciones a que hubiere lugar, en los términos que establece la ley, con el propósito de que sea declarada su nulidad; no obstante, mientras la validez del acto subsista, no podría el Ministerio Público negar la legitimidad que mediante dicho título se manifiesta.

En general, debe entenderse que el delito de *Invasión* se materializa con la acción de "*invadir*", que consiste en adentrarse y poseer -sin derecho legítimo- un espacio². La falta de un derecho legítimo para la ocupación del espacio al que se ha adentrado; sin lugar a dudas, es un elemento esencial para la configuración de la invasión, dado que gozando el sujeto de la facultad para ocuparlo, su posesión resulta legítima y -por tanto- acorde con las disposiciones contempladas en nuestro ordenamiento jurídico.

Aunado a ello, conviene advertir que -tal y como se ha expresado *supra*- para la comisión del delito de *Invasiones* se exige un elemento subjetivo particular, éste es que el sujeto haya procurado con su acción la obtención de un provecho ilícito, sea éste para sí o para otro; en ese sentido, se entiende que la buena fe del agente excluye la adecuación de su conducta al tipo penal *in commento*.

Habida cuenta de lo anterior, resulta preciso apuntar, que en nuestro criterio, quien cumpliendo con los requerimientos exigidos por la ley, se ha sometido a un procedimiento o trámite ante un ente agrario³, con el objeto de ser adjudicatario o recibir una carta agraria, manifiesta una actuación de buena fe; pues por vías jurídicas procura la obtención de un provecho lícito, que es precisamente constituirse en beneficiario de alguno de los mecanismos previstos normativamente⁴ para la redistribución de tierras, y en consecuencia poseerlas lícitamente, para su transformación en una unidad económica productiva.

Sobre la base de lo expresado, debe concluirse entonces que conforme a la situación de hecho planteada en su solicitud de fecha 09 de febrero de 2011, no es posible afirmar la ocurrencia del tipo penal de *Invasión de Tierras*, toda vez que no concurren todos los elementos que el legislador ha exigido a tales fines⁵, y en consecuencia, serán las instancias administrativas y jurisdiccionales competentes a las que corresponderá resolver quién tiene derecho a poseer tales tierras.

¹Ya sea por la alegación de un mejor derecho o de un vicio determinado.

² Ver: Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición: "*Irrumpir o entrar por la fuerza. Ocupar anormal o irregularmente un lugar.*" (Disponible en: www.rae.es)

³Cuyos eventuales vicios desconoce.

⁴Específicamente en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

⁵ Sobre los elementos del delito de Invasiones, la Doctrina Institucional se ha pronunciado en memoránda Nros DRD-20-655-2008 y DRD-20-200-2009, de fechas 19 de diciembre de 2008 y 29 de junio de 2009, respectivamente. Adjunto copia de la Doctrina del Ministerio Público sobre el particular, para su conocimiento.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 18-04-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO PENAL SUSTANTIVO

4.- TEMA: PECULADO DOLOSO PROPIO (OBJETO MATERIAL)

5.- MÁXIMA

EL SUPUESTO DEL HECHO PUNIBLE BAJO ANÁLISIS, SE BIFURCA EN DOS VERTIENTES, LA PRIMERA CUANDO LA ACCIÓN DE APROPIARSE O DISTRAER PATENTIZADA POR EL SUJETO ACTIVO, RECAE SOBRE BIENES DEL PATRIMONIO PÚBLICO, Y LA SEGUNDA - INDEPENDIENTE O ALTERNATIVA RESPECTO A LA PRIMERA AL ESTAR UNIDA POR LA CONJUNCIÓN DISYUNTIVA (O)-, CUANDO DICHS BIENES INDISTINTAMENTE QUE SEAN DEL PATRIMONIO PÚBLICO O NO, SE ENCUENTREN BAJO LA GUARDA Y CUSTODIA, O EN PODER, DE ALGÚN ORGANISMO PÚBLICO, EL CUAL, A TRAVÉS DE LOS FUNCIONARIOS COMPETENTES DESIGNADOS A LOS EFECTOS, DEBE RESPONDER O GARANTIZAR EL DESTINO DE TALES BIENES.

EN ESE SENTIDO, EL DELITO DE PECULADO PUEDE RECAER SOBRE BIENES DEL PATRIMONIO PÚBLICO, O AFECTAR AQUÉLLOS QUE -AÚN CUANDO TENGAN UN ORIGEN PRIVADO-, PASEN A SER PÚBLICOS POR SU DESTINACIÓN, O RAZONES DE CUSTODIA, ADMINISTRACIÓN, VIGILANCIA, RESGUARDO Y CONTROL DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS O UN ORGANISMO PÚBLICO.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO S/N

6.2.- FECHA: 06-04-2011

6.3.- RESUMEN

Recurso de Casación propuesto contra la sentencia emanada en fecha 14 de agosto de 2009, por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Amazonas, que declaró SIN LUGAR, el Recurso de Apelación interpuesto, y confirmando en consecuencia la decisión emanada del Tribunal primero de Primera Instancia en funciones de Juicio del mismo circuito Judicial Penal.

Dentro de las denuncias efectuadas por el recurrente, éste señaló con fundamento en los artículos 459, 460 y 462 del Código Orgánico Procesal Penal, la indebida aplicación del artículo 52 de la Ley contra la Corrupción , expresando al respecto, que el sentenciador de Juicio condenó a su defendido por la comisión del delito de Peculado Doloso Propio, tipificado en el referido artículo, dando por establecido que los acusados eran funcionarios adscritos al Cuerpo de Investigaciones,

Científicas, Penales y Criminalísticas, que tenían bajo su responsabilidad, el resguardo, cuidado y custodia de los bienes incautados en las investigaciones penales, en las cuales actuaban con motivo del ejercicio de sus labores, y se apropiaron de sumas de dinero que estaban incluidas entre éstos, no obstante que, según afirma, "... los bienes incautados a consecuencia de la comisión de un hecho punible y que se encuentren en calidad de depósito en un organismo policial, no pertenecen al patrimonio público..."; señalando que para que se configure el delito de Peculado Doloso Propio, es requisito indispensable que tales bienes, objeto de apropiación o distracción, deben ser propiedad del Estado y no de un particular.

(...) El supuesto del hecho punible bajo análisis, se bifurca en dos vertientes, la primera, cuando la acción de apropiarse o distraer patentizada por el sujeto activo, recae sobre bienes del patrimonio público, y la segunda, independiente o alternativa respecto a la primera al estar unida por la conjunción disyuntiva (o), cuando dichos bienes indistintamente que sean del patrimonio público o no, se encuentren bajo la guarda y custodia, o en poder, de algún organismo público, el cual, a través de los funcionarios competentes designados a los efectos, debe responder o garantizar el destino de tales bienes. (...) De tal manera que, resulta afectado cuando estamos en presencia del delito de peculado, tanto bienes del patrimonio público, como aquellos que aún cuando tengan un origen privado, pasen a ser públicos por su destinación, privados que se encuentren en vinculación, por razones de custodia, administración, vigilancia, resguardo y control de funcionarios públicos o un organismo público..."

A la luz de las anteriores ideas, se obtiene como colofón que en la presente causa, los Tribunales de Instancia no incurrieron en indebida aplicación del artículo 52 de la Ley contra la Corrupción, lo cual únicamente se produce, tal como ha sido dilucidado por esa Honorable Sala en sentencia N° 435 de fecha 8 de agosto de 2008, con ponencia del Magistrado, Dr. Eladio Ramón Aponte Aponte, 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..."*, situación ésta que no ocurre en el caso de marras, debido a la concurrencia de los elementos constitutivos del delito por el cual resultado condenado..."

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 15-01-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO PENAL SUSTANTIVO

4.- TEMA: PORTE ILÍCITO DE ARMA BLANCA

5.- MÁXIMA

EL USO Y PORTE DE UN CUCHILLO DE USO DOMÉSTICO (DE MESA), EN POBLACIONES, ESPECTÁCULOS PÚBLICOS Y REUNIONES, FUERA DE LOS CASOS PERMITIDOS POR LA LEY, DETERMINA LA COMISIÓN DEL DELITO DE PORTE ILÍCITO DE ARMA BLANCA

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO DRD-6-339-2011

6.2.- FECHA: 11-08-2011

6.3.- RESUMEN

(...)

En el escrito acusatorio en cuestión pudo apreciarse que la representante del Ministerio Público describió de manera sucinta las circunstancias de tiempo, modo y lugar bajo las cuales acaecieron los hechos investigados; indicando que el imputado se acercó a la víctima exigiéndole le entregara su teléfono celular y la amenazó con cortarle la cara con un objeto cortante (hojilla); no obstante, posteriormente señala que en la oportunidad en que fue aprehendido el imputado, a éste le fue incautada un arma blanca tipo cuchillo, de uso doméstico (de mesa), elaborada con metal de aspecto acerado, de 17,6 cm de longitud por 1,7 de ancho.

Sobre este particular, en criterio de quien suscribe, se estima que habría sido conveniente que dicha representante Fiscal señalase que pese a que la víctima indicó en su exposición que se trataba de un objeto cortante como una hojilla, y luego afirma en una de las preguntas formuladas que se trataba de una hojilla, lo que al imputado se le incautó al momento de su aprehensión fue un cuchillo de uso doméstico, con las características especificadas.

Al respecto, debe advertirse que el señalamiento concreto de todas las circunstancias que rodean a la perpetración del hecho investigado¹ supone un requisito insoslayable en los actos conclusivos, ya que la descripción detenida de los presupuestos objetivos y fácticos es

¹ Entiéndase por ellas: tiempo, lugar y modo.

precisamente lo que permite a los intérpretes de la ley discernir acerca de la procedencia de la actuación ejercida, según lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico penal.

En cuanto a la calificación jurídica dada a los hechos, tenemos que la expresión de los preceptos jurídicos aplicables ha sido prevista en el numeral 4 del artículo 326 del Código Orgánico Procesal Penal como un requisito de la acusación. En lo atinente a este punto, ha sido criterio reiterado y sostenido por el Ministerio Público que:

“En lo relativo al numeral 4 del artículo 326 del Código Orgánico Procesal Penal, referido a ‘la expresión de los preceptos jurídicos aplicables’, es necesaria una correcta adecuación de los hechos con la norma jurídica aplicable al hecho ilícito que se imputa, toda vez que ello permitirá proporcionar las razones de derecho que motivan la solicitud de enjuiciamiento de una persona. En suma, en este capítulo se debe realizar un análisis de las normas cuya aplicación se solicita y su relación de correspondencia con lo acontecido, conforme a los elementos de convicción obtenidos, explicando las razones o motivos por los cuales la conducta ilícita ya explanada se subsume en el tipo penal que se señala, con indicación de ser el caso, de las circunstancias agravantes, atenuantes, concurso de delitos o cualquier otra que fuere procedente...”².

Con respecto a la calificación jurídica aplicable en el presente caso, la representante Fiscal señaló que la conducta desplegada por el ciudadano L A S M, encuadraba dentro de los tipos penales de Robo Impropio, previsto en el artículo 456 del Código Penal en su encabezamiento y Porte Ilícito de Arma Blanca, previsto en el artículo 277 ejusdem, respectivamente, en concordancia con el artículo 25 de la Ley de Armas y Explosivos; toda vez que las características del arma incautada (cuchillo) corresponden con las descritas en el artículo 16 del Reglamento de la citada Ley.

En este sentido, la representante Fiscal al adecuar los hechos en la norma jurídica aplicable al delito que se imputa -Robo Impropio- da por sentado que de los elementos de convicción cursantes en autos, se evidencia que el ciudadano L A S M, fue la persona que en fecha 26 de marzo de 2010, en horas de la tarde, en el terminal de pasajeros de Turumo, Petare, se acercó, abrazó y amenazó con un instrumento cortante a la ciudadana M A M S, logrando despojarla de su teléfono celular, y que las características del arma incautada al aquí acusado, de acuerdo a la experticia de Reconocimiento Legal, corresponde a las descritas en el artículo 16 del Reglamento de la Ley de Armas y Explosivos, norma ésta que concatenada con el artículo 25 de la Ley de Armas y Explosivos, dan cuenta que no obstante que el uso de dicho instrumento³ no es prohibido, su uso y porte en poblaciones, espectáculos públicos y reuniones es castigado conforme a lo previsto en el Código Penal, para el delito de Porte Ilícito de Armas, y en cuanto a ello, la Doctrina del Ministerio Público se ha pronunciado de la manera siguiente⁴:

“Analizadas las pruebas cursantes en autos, nos podemos dar cuenta perfectamente que el cuchillo utilizado por el mencionado procesado, según la experticia practicada al mismo llena los requisitos del artículo 16 del Reglamento de la Ley sobre Armas y Explosivos, el cual establece las características de las armas cuyo porte se prohíbe.

² Circular N° DFGR-DVFGD-DGAJ-DRD-3-2001-004 del Ministerio Público, de fecha 28 de noviembre de 2002.

³ Cuchillo.

⁴ Informe Anual Ministerio Público. Año 1991, Tomo II, página 303.

Por otra parte observamos que el arma fue utilizada en la vía pública, lo cual podemos constatar con las declaraciones de los agraviados y la inspección ocular.

En este sentido transcribimos jurisprudencia de los Tribunales de la República. "El cuchillo de uso doméstico no está prohibido por la Ley de Armas y Explosivos, pero un cuchillo de 18 cms. de hoja, es arma propia para ofender y aún suponiéndolo de uso doméstico, esta clase de arma sólo tiene uso en el hogar y no cargarlo en sitio distinto". GUS-81-1de 24-4-53"...".

Visto lo anteriormente expuesto, tenemos en primer lugar que los elementos de convicción que sustentan la presente acusación, determinan la comisión del delito de Porte Ilícito de Arma Blanca, que acertadamente atribuyera la representante Fiscal al imputado de autos, tal y como lo indicáramos precedentemente.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 01-11-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE CONSULTORÍA JURÍDICA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO PENAL

4.- TEMA: POSESIÓN ILÍCITA DE MUNICIONES, CARTUCHOS Y/O APAREJOS

5.- MÁXIMA

REVISTE CARÁCTER PENAL LA POSESIÓN DE MUNICIONES, CARTUCHOS Y/O APAREJOS DE TODAS AQUELLAS ARMAS DESCRITAS EN LA LEY SOBRE ARMAS Y EXPLOSIVOS, POR LO TANTO, DEBERÁ PROCEDERSE DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 274 CUANDO ELLO OCURRA.

6.- CONTENIDO

6.1.- N° de Escrito OFICIO N° DCJ-15-1670-2011-0057489

6.2.- FECHA: 01-11-2011

6.3.- RESUMEN

Se dirige Oficio al Fiscal Septuagésimo del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en atención a su comunicación N° FMP-70-AMC-2231-2011, mediante la cual remite constante de ochenta y un (81) folios útiles, la averiguación signada con el N° 01-F70-(...)-08, iniciada con ocasión a la aprehensión en flagrancia del ciudadano (...), por la presunta comisión del delito de Porte Ilícito de Arma de Fuego, a los fines de que este Órgano Consultor se pronuncie sobre la existencia de una posible contradicción entre el artículo 3 de la Ley Sobre Armas y Explosivos, y los artículos 9 ejusdem y 274 del Código Penal.

Ahora bien, 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.

Adicionalmente, el hecho de remitir una averiguación a alguna de las Direcciones del Despacho, podría eventualmente vulnerar los derechos consagrados a favor de las partes tanto en la Constitución Bolivariana de la República Bolivariana de Venezuela como en el Código Orgánico Procesal Penal, como por ejemplo el derecho a la defensa que se materializa en muchas maneras, siendo una de ellas el derecho de acceder a las actas, el cual no se puede ejercer si la causa no se encuentra en la fiscalía que conoce de la misma.

En virtud de lo anteriormente expuesto, le remito la referida causa a los fines de que realice las actuaciones que considere pertinentes, y se garanticen los derechos de las partes, y paralelamente esta Dirección de Consultoría Jurídica emitirá la opinión relacionada con la consulta por usted solicitada.

Dicho esto, corresponde entonces determinar si las municiones para armas de fuego puede ser considerado como delito de acuerdo con nuestra legislación.

En este sentido el artículo 3 de la Ley de Armas y Explosivos contempla:

*“Son armas de guerra todas las que se usen o puedan usarse en el Ejército, la Guardia Nacional y demás Cuerpos de Seguridad, para la defensa de la Nación y resguardo del orden público, tales como: cañones, obuses, morteros, ametralladoras, fusiles, carabinas y mosquetones; pistolas y revólveres de largo alcance; y, en general, todas aquellas armas que pudieren ser útiles en la guerra, de todas clases y calibres, de un tiro, de repetición, automáticas y semiautomáticas y **sus respectivas municiones y aparejos para ponerlas en actividad**; sables, espadas, espadines, lanzas y bayonetas; aparatos lanzallamas; bombas, granadas de mano; gases y sustancias agresivas, así como las armas y dispositivos que puedan arrojarlos o los envases que puedan contenerlos.*

Quedan comprendidas entre las armas de guerra a que se refiere este artículo, todas las que sean de la misma especie de la que son actual propiedad de la nación y de las que figuren en armamentos de guerra de otras Naciones, aún cuando no existan en el Parque Nacional.” (resaltado nuestro).

En este orden ideas, el artículo 9 ejusdem dispone:

*“Se declaran armas de prohibida importación, fabricación, comercio, porte y detención, las escopetas de uno o más cañones rayados para usar balas rasas, sean o no de repetición, los revólveres y pistolas de todas clases y calibres, salvo por lo que a éstos respecta, lo dispuesto en el artículo 21 de la presente Ley; los rifles de cacería de cañón rayado, de largo alcance y bala blindada, de calibre 22, o 5 milímetros en adelante; los bastones pistola, puñales, dagas y estoques; **los cartuchos correspondientes a las mencionadas armas de fuegos**; las pólvoras piroxiladas para las cargas de los cartuchos de pistolas, revólveres y rifles de cañón rayado, y los cuchillos y machetes que no sean de uso doméstico, industrial o agrícola.” (Resaltado nuestro).*

En lo que respecta al Código Penal, el artículo 274 pauta:

(...)

De las normas en cuestión se observa que las municiones para las denominadas armas de guerra por el legislador son consideradas parte esencial de ésta, y por ende son consideradas armas de guerra, e igual ocurre con los cartuchos de las armas enunciadas en el artículo 9 de la Ley Sobre Armas y Explosivos.

Un principio básico del Derecho Penal es la legalidad, y este se encuentra en el artículo 1 del Código Penal en los siguientes términos:

(...)

Se puede decir entonces que únicamente aquellas conductas consideradas como punibles por el legislador pueden ser sancionadas penalmente, lo cual es el desarrollo del axioma latino *nullum crime sine lege*.

Sobre este aspecto sostiene Francisco Muñoz Conde en su obra "Teoría General del Delito":

"De la amplia gama de comportamientos antijurídicos que se dan en la realidad, el legislador selecciona conforme al principio de intervención mínima aquellos más intolerables y más lesivos para los bienes jurídicos más importantes y los amenaza con una pena, describiéndolos en el supuesto de hecho de una norma penal, cumpliendo así, además, las exigencias del principio de legalidad o de intervención legalizada" (31, 2008).

Interpretadas todas estas consideraciones a la luz de los artículos 3 y 9 de la Ley de Armas y Explosivos, en concordancia con el artículo 274 del Código Penal, se observa que reviste carácter penal la posesión de municiones, cartuchos y/o aparejos de todas aquellas armas descritas en la referida Ley Especial.

Por lo tanto, cuando en el curso de una investigación penal, una Experticia de Reconocimiento considere un objeto como alguno de los enunciados precedentemente, ello será un aspecto primordial a los fines de determinar el carácter típico de una conducta.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 15-01-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO PENAL SUSTANTIVO

4.- TEMA: ROBO IMPROPIO

5.- MÁXIMA

PARA QUE SE CONFIGURE EL DELITO DE ROBO IMPROPIO, SE REQUIERE QUE LA VIOLENCIA O AMENAZA SEA ANTERIOR AL ACTO DE APODERARSE DEL OBJETO, Y SE DIRIJA A OBLIGAR A QUIEN PORTA O DETENTA EL OBJETO, A ENTREGARLO O PERMITIR SU APODERAMIENTO. EN CONSECUENCIA, ELLO IMPLICA QUE LA VÍCTIMA ACEPTA, CONSIENTE, BAJO VIOLENCIA O AMENAZA, LA ENTREGA DE LA COSA; O PERMITE POR COACCIÓN QUE EL VICTIMARIO TOMA LA MISMA. EN SEGUNDO LUGAR, LA VIOLENCIA O AMENAZA DEBE PRODUCIRSE EN EL MOMENTO DEL APODERAMIENTO DE LA COSA O INMEDIATAMENTE DESPUÉS, BIEN SEA PARA COMETER EL HECHO O LLEVARSE EL OBJETO SUSTRÁIDO. DE ELLO SE DESPRENDE QUE EN NINGÚN MOMENTO DICHAS AMENAZAS PONEN EN PELIGRO LA VIDA DE LA VÍCTIMA.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO: DRD-6-339-2011

6.2.- FECHA: 11-08-2011

6.3.- RESUMEN

(...)

Ahora bien, en cuanto al delito de Robo Impropio, previsto y sancionado en el encabezamiento del artículo 456 del Código Penal¹, imputado al ciudadano L.A.S.M. por la representante del Ministerio Público en el escrito de acusación in comento, cabe destacar lo siguiente:

Del contenido de la referida norma sustantiva penal, podemos observar en su primera parte, que la violencia o amenazas son anteriores al acto de apoderarse del objeto, y están

¹ *“En la misma pena del artículo anterior incurrirá el individuo que en el acto de apoderarse de la cosa mueble de otro, o inmediatamente después, haya hecho uso de violencia o amenazas antes dichas contra la persona robada o contra la presente en el lugar del delito, sea para cometer el hecho, sea para llevarse el objeto sustraído, sea en fin, para procurarse la impunidad o procurarla a cualquier otra persona que haya participado en el delito”.*

dirigidas a obligar a que quien porta el objeto o lo detente, lo entregue o permita su apoderamiento, por lo que en consecuencia, esto implica que la víctima, acepta, consiente, bajo la presión de la violencia o la amenaza, entregar la cosa; o que el victimario tome la misma. En la segunda parte del encabezamiento de la norma en referencia, tenemos que la violencia o amenaza se producen en el momento del apoderamiento de la cosa o inmediatamente después, bien sea para cometer el hecho o llevarse el objeto sustraído, de ello se desprende que en ningún momento dichas amenazas ponen en peligro la vida de la víctima.

Por otra parte, el artículo 458 del citado Código señala:

“Cuando alguno de los delitos previstos en los artículos precedentes se haya cometido por medio de amenazas a la vida, a mano armada o por varias personas, una de las cuales hubiere estado manifiestamente armada...”.

En este sentido, cabe destacar el contenido del acta de entrevista realizada a la víctima M A M S, ante la Policía del Municipio Sucre, en la que manifestó “...En el día de hoy iba caminando hacia la parada de Turumo, ubicada en Petare, de repente un sujeto se me acerco (sic) y me abrazo (sic), me dijo que le entregara mi teléfono celular, marca Samsung sino me cortaba la cara con un objeto cortante como una hojilla...”; asimismo en el acta policial de fecha 26 de marzo de 2010, suscrita por los funcionarios de la Policía del Municipio Sucre, Inspector J C Agente y D To, se señala lo siguiente: “...se nos acerco (sic) una ciudadana quien quedo (sic) identificada como M M de 19 años de edad, informándonos que ella iba caminando por la carretera vieja Petare Guarenas...de pronto se le acerco (sic) un sujeto de tez morena, estatura baja...quien la abrazo (sic) y bajo amenaza de muerte, le coloco (sic) un arma blanca (cuchillo u hojilla) a la altura del cuello del lado derecho, diciéndole que le entregara el teléfono celular...”; por lo que, de los citados recaudos se infiere, que efectivamente la agraviada fue constreñida por medios violentos, con un objeto cortante, para que entregara su celular al imputado, por lo que resulta perfectamente demostrado que el delito de Robo se ejecutó bajo la amenaza de causarle una herida a la víctima, con lo cual evidentemente se puso en riesgo la vida de la misma, en consecuencia, se encuentra perfectamente configurado el delito tipificado en el artículo 458 del Código Penal, toda vez que se cumplieron dos de sus supuestos, como lo es el hecho de que el autor del delito utilice armas o amenace la vida para consumar el hecho delictivo.

Por otra parte, es significativo acotar que al momento de ser aprehendido el imputado, en las proximidades del lugar del hecho, le fue incautada por los funcionarios policiales, un arma blanca, que al serle practicado un reconocimiento legal resultó ser un cuchillo, de uso doméstico (de mesa), elaborado con metal de aspecto acerado, de 17,6 cm de longitud, por 1,7cm de ancho.

En razón de lo antes expuesto, observa esta Dirección, que la adecuación de los hechos respecto al delito de Robo Impropio dada por la representante Fiscal fue errónea, toda vez que de los hechos que da por establecidos, se desprende que el delito fue cometido por una persona manifiestamente armada, con un “ARMA BLANCA” (cuchillo), lo cual evidentemente resultó ser el medio idóneo utilizado a los efectos del constreñimiento del sujeto pasivo (víctima), logrando bajo amenazas a la vida, la entrega compulsiva de la cosa objeto material del hecho punible, con lo cual

podemos afirmar que tales hechos se adecuan claramente a lo dispuesto en el artículo 458 del Código Penal², el cual prevé y sanciona el delito de Robo Agravado.

Por último, hemos de señalar que al respecto, la Doctrina Institucional ha establecido:

*“El robo cometido amenazando a la víctima con una hojilla constituye robo agravado (artículo 460 del Código Penal)”.*³

² “Cuando alguno de los delitos previstos en los artículos precedentes se haya cometido por medio de amenazas a la vida, a mano armada...la pena de prisión será por tiempo de diez años a diecisiete años; sin perjuicio a la persona o personas acusadas, de la pena correspondiente al delito de porte ilícito de armas...”.

³ Informe del Fiscal General de la República, Tomo II, año 1992, página 334.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

2.- DERECHO PENAL ADJETIVO

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 15-01-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO PENAL ADJETIVO

4.- TEMA: CALIFICACIÓN JURÍDICA Y MEDIOS DE PRUEBA

5.- MÁXIMA

ES IMPORTANTE EN TODO ESCRITO ACUSATORIO LA DEBIDA FUNDAMENTACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA, TODA VEZ QUE ELLO RESALTA EL DERECHO QUE TIENE TODO IMPUTADO DE CONOCER EN FORMA CLARA Y DETALLADA EL CONTENIDO DE LA MISMA A LOS EFECTOS DE ESTABLECER SU PROPIA DEFENSA.

LOS PRINCIPIOS DE PERTINENCIA Y NECESIDAD DE LA PRUEBA SE TRADUCEN EN LA UTILIDAD QUE ÉSTA REPRESENTA PARA EL CABAL DESENVOLVIMIENTO DEL PROCESO, EN VIRTUD DE SU NEXO Y ENLACE CON LAS CIRCUNSTANCIAS DE MODO, TIEMPO Y LUGAR DEL HECHO PUNIBLE, ASÍ COMO CON LOS SUJETOS INVOLUCRADOS EN EL MISMO, LO CUAL SE VERÁ TRADUCIDO EN UN EFECTIVO EJERCICIO DEL DERECHO A LA DEFENSA.

RESULTA INADECUADO EL OFRECIMIENTO DE LA EXPERTICIA COMO UNA PRUEBA DOCUMENTAL CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 339 DEL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL, TODA VEZ QUE ESTA ÚLTIMA ES CONSIDERADA COMO UN MEDIO DE PRUEBA COMPLEJO O PRECONSTITUIDO, YA QUE SE HA FORMADO CON ANTELACIÓN AL PROCESO Y, EN CAMBIO, LA EXPERTICIA ES UN MEDIO DE PRUEBA SIMPLE.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO DRD-13-334-2011

6.2.- FECHA: 08-08-2011

6.3.- RESUMEN

(...)

El numeral 4 del artículo 326 del Código Orgánico Procesal Penal establece que el escrito acusatorio deberá contener: "(...) 4. (I)a expresión de los preceptos jurídicos aplicables (...)", pero dicha expresión no debe limitarse exclusivamente a su simple mención, por el contrario, "(...) en este capítulo se debe realizar un análisis de las normas cuya aplicación se solicita y su relación de correspondencia con lo acaecido, conforme a los elementos de convicción obtenidos, explicando las razones o motivos por los cuales la conducta ilícita ya explanada se subsume en el tipo penal que se señala, con indicación de ser el caso, de las circunstancias agravantes, atenuantes, concurso de delitos o cualquier otra que fuere procedente. (...)"¹.

En el escrito objeto de revisión, el representante del Ministerio Público indicó respecto a la calificación jurídica, lo siguiente:

"Ahora bien, conforme al análisis de la acción desplegada por el imputado al momento del hecho cuya comisión se le atribuye en el presente escrito, concluimos que al ciudadano M. B. O. A., titular de la cedula (sic) de identidad V-22.346.066, ha de atribuírsele la comisión del delito de HOMICIDIO CALIFICADO, previsto y sancionado en el artículo 406 del Código Penal, ya que se demostró que fue la persona que en la Población de sotillo, calle el Carmen, casa s/n Municipio Brion (sic) del estado miranda el 23-12-2006. (sic) Le ocasionara la muerte a una persona de sexo masculino quien en vida respondiera al nombre de ANDERSON ENRIQUE LONGA, cedula (sic) de identidad n° 20.416.056, quien murió a consecuencia de: A) SHOCK HIPOVOLEMICO.- B) HEMORRAGIA INTERNA.- C) RUPTURA CARDIACA.- D) HERIDA ARMA DE FUEGO".
(Subrayado nuestro)

En el presente caso, se advierte una ausencia total de motivación en la calificación jurídica, toda vez que el representante fiscal no realizó una apropiada adecuación de los hechos (narrados someramente) con el derecho, omitiendo de esta manera explicar las razones o motivos por los cuales la conducta punible imputada, se adecuó al tipo penal señalado.

En otro orden de ideas, se advierte que la calificación jurídica argüida por el representante fiscal resulta indeterminada, toda vez que no hace la debida adecuación de los hechos en el delito tipificado en el artículo 406 del Código Penal como homicidio calificado, al no señalar -con base en los supuestos de la norma- las circunstancias especiales por las cuales lo considera calificado, incrementando de tal manera la incertidumbre en torno al ilícito penal atribuido. Adicionalmente, debió concatenar el tipo penal establecido en el artículo 405 ejusdem, en concordancia con el citado artículo 406, ya que aquella señala el tipo penal base.

Al respecto, la Doctrina Institucional ha señalado lo siguiente:

"(...) Cuando el fiscal del Ministerio Público señale como aplicable una disposición legal que contiene varios supuestos, esta obligado a indicar el supuesto aplicable al caso concreto, de conformidad con los hechos explicados (...)"².

Aunado a lo anterior, este Despacho debe manifestar la imposibilidad de determinar si fue cometido el delito atribuido por el sujeto que ha sido imputado, por cuanto de la insuficiente narración de los hechos y de los elementos de convicción recabados no puede extraerse claramente

¹ Circular DFGR-DVFGD-DGAJ-DRD-3-2001 del Ministerio Público, de fecha 28 de noviembre de 2002.

² Informe Anual del Fiscal General de la República, año 2002. Pág. 391.

que dicho sujeto realizara la conducta que ha sido subsumida en el tipo penal alegado. Además, el representante del Ministerio Público no asentó claramente cuál fue la acción realizada por el imputado, ni tampoco indica sobre qué bases afirma la naturaleza de su conducta como autor y la razón por la que no se imputa a las otras personas presuntamente relacionadas con el hecho, desconociéndose igualmente si se trató de una complicidad correspectiva³, si los otros individuos participaron en la comisión del hecho punible, todo lo cual representa para este Despacho un verdadero obstáculo que le impide determinar objetivamente la actuación desplegada por cada uno de ellos.

Como corolario de lo anterior, es importante señalar la importancia que tiene la debida fundamentación en la calificación jurídica de todo escrito acusatorio, toda vez que ello resalta el derecho que tiene todo imputado de conocer en forma clara y detallada el contenido de la misma a los efectos de establecer su propia defensa.

La Doctrina Institucional en relación a la calificación jurídica ha establecido lo siguiente:

*"(...) Implica la expresión de los preceptos jurídicos aplicables a un caso determinado, la adecuación de los hechos realizados, o de la conducta desplegada por el imputado con el derecho o con la norma jurídica penal dentro de la cual se subsume la acción desarrollada por éste, ello a los fines de dar por demostrado que dicha acción se halla tipificada en la ley como delito. El desarrollo de este capítulo de la acusación comprende el deber de realizar el análisis de las normas cuya aplicación se solicita y su relación de correspondencia con lo sucedido, conforme a los elementos de convicción obtenidos en la investigación, debiendo así señalarse las razones o motivos por las cuales la conducta injusta se encuentra dentro de un tipo penal que se estima ajustable al caso (...)".*⁴

(...)

La investigación penal comprende la aplicación de una serie de actividades jurídicas y probatorias que se encuentran coordinadas y supervisadas por el Ministerio Público, para de esta manera garantizar el cumplimiento de las disposiciones procedimentales encaminadas al esclarecimiento de los hechos, así como la transparencia de la investigación y el debido proceso. En este sentido, el representante fiscal debe recabar los elementos de convicción y ofrecer los medios de prueba útiles, pertinentes y necesarios a los fines de descubrir la verdad y probarla en juicio.

En este sentido, el Fiscal del Ministerio Público al discriminar en su escrito los medios de prueba que ha de ofrecer al órgano jurisdiccional como fundamento de su acusación, debe velar por que éstos cumplan con los principios de pertinencia y necesidad. Así, el artículo 326 de nuestro texto penal adjetivo es preciso al señalar:

"Artículo 326. Acusación. (...) La acusación deberá contener:/(...)/ 5. El ofrecimiento de los medios de prueba que se presentarán en el juicio, con indicación de su pertinencia o necesidad./(...)".

³ Artículo 424 del Código Penal: "Cuando en la perpetración de la muerte o las lesiones han tomado parte varias personas y no pudiese descubrirse quien la causó, se castigará a todos con las penas respectivamente correspondientes al delito cometido, disminuidas de una tercera parte a la mitad./ No se aplicará esta rebaja de pena al cooperador inmediato del hecho."

⁴ Informe Anual del Fiscal General de la República 2003. Tomo I. Pág. 665-667.

Los principios de pertinencia y necesidad de la prueba se traducen en la utilidad que ésta representa para el cabal desenvolvimiento del proceso, en virtud de su nexo y enlace con las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho punible, así como con los sujetos involucrados en el mismo, lo cual se verá traducido en un efectivo ejercicio del derecho a la defensa.

Igualmente es necesario hacer referencia a la legalidad de los medios de prueba, lo cual se refiere al hecho de que los mismos deben haber sido obtenidos por un medio lícito e incorporado al proceso conforme a las disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal. Al respecto, el artículo 197 del citado instrumento adjetivo, señala:

“Artículo 197. LICITUD DE LA PRUEBA. Los elementos de convicción solo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este Código. No podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, en la correspondencia, en las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni la obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad 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.”

Ahora bien, en el escrito bajo análisis, la representante fiscal estableció vagamente la pertinencia y necesidad de las pruebas, ya que no indica en forma contundente la relevancia que éstas tendrán dentro del proceso, y lo que se pretende probar con cada una de ellas. En este sentido, podemos indicar que no resulta necesario, por ejemplo, la transcripción de las deposiciones de los testigos, ni de las resultas de la experticias practicadas en este capítulo del escrito de acusación, sin embargo, es una exigencia taxativa, el fundamentar claramente lo que se pretende probar con cada uno de los medios probatorios ofrecidos, de manera tal que el órgano jurisdiccional pueda resolver acerca de su admisión, fundada en su necesidad, pertinencia, utilidad y licitud.

Por otro lado, la representante del Ministerio Público incurrió en un error al ofrecer la declaración de los expertos separadamente de las experticias realizadas por éstos durante la fase de investigación. En este sentido, es preciso indicar que en criterio de esta Dirección la prueba de experticia es un medio de prueba simple por cuanto necesita constituirse y formarse dentro del proceso, ya que no basta con su sola práctica, sino que necesita ser evacuada en juicio conforme a los principios de oralidad, contradicción, inmediación y publicidad.

En consecuencia, debió promoverse las declaraciones de los expertos conjuntamente con sus informes periciales para que, de conformidad con el artículo 242 del Código Orgánico Procesal Penal, cada uno de ellos reconociera su dictamen en la audiencia del debate oral y público, lo ratificase e informase sobre el contenido del mismo.

Así las cosas, resulta inadecuado el ofrecimiento de la experticia como una prueba documental conforme a lo dispuesto en el artículo 339 del Código Orgánico Procesal Penal, toda vez que esta última es considerada como un medio de prueba complejo o preconstituido, ya que se ha formado con antelación al proceso y, como ya se dijo anteriormente, la experticia es un medio de prueba simple.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 15-01-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO PENAL ADJETIVO

4.- TEMA: DECLARACIÓN DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES EN SINIESTROS DE TRÁNSITO.

5.- MÁXIMA

LA INCORPORACIÓN EN EL PROCESO PENAL DE LOS TESTIMONIOS O DECLARACIONES DE LOS CIUDADANOS PRESUNTAMENTE RESPONSABLES DE UN DELITO, ADVERTIDO CON OCASIÓN DE UN SINIESTRO DE TRÁNSITO (ENTIÉNDASE: LESIONES, HOMICIDIO, DAÑOS A LA PROPIEDAD, POSESIÓN O TRANSPORTE DE SUSTANCIAS Y BIENES DE ILÍCITO COMERCIO, ENTRE OTROS ILÍCITOS PENALES), DEBE SER EXAMINADA EN FUNCIÓN DE LOS SIGUIENTES ESCENARIOS: LA COMISIÓN DE DELITOS FLAGRANTES COMO CONSECUENCIA DE UN SINIESTRO DE TRÁNSITO, E INVESTIGACIÓN DE DELITOS NO FLAGRANTES QUE SURGEN COMO CONSECUENCIA DE UN SINIESTRO DE TRÁNSITO.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO DRD-348-2011

6.2.- FECHA: 15-08-2011

6.3.- RESUMEN

(...)

En criterio de este Despacho, la incorporación en el proceso penal de los testimonios o declaraciones de los ciudadanos presuntamente responsables de un delito advertido con ocasión de un siniestro de tránsito (entiéndase: lesiones, homicidio, daños a la propiedad, posesión o transporte de sustancias y bienes de ilícito comercio, entre otros ilícitos penales), debe ser examinada en función de los siguientes escenarios:

1) Comisión de delitos flagrantes como consecuencia de un siniestro de tránsito:

En la mayoría de los siniestros viales en los cuales trasciende la verificación de un hecho punible, pueden ser identificados de un modo preliminar los ciudadanos que han sido responsables

de su comisión. En estos supuestos, los órganos auxiliares de la investigación penal no sólo deberán ponderar la eventual comisión de un delito en condiciones de flagrancia, sino que están en la obligación de procurar el aseguramiento de todos los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración del hecho criminal¹.

En Venezuela, el delito flagrante² está definido en el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal en los siguientes términos:

“Artículo 248. Definición. Para los efectos de este Capítulo, se tendrá como delito flagrante el que se esté cometiendo o el que acaba de cometerse. También se tendrá como delito flagrante aquel por el cual el sospechoso o sospechosa se vea perseguido o perseguida por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, o en el que se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él o ella es el autor o autora.

En estos casos, cualquier autoridad deberá, y cualquier particular podrá, aprehender al sospechoso o sospechosa, siempre que el delito amerite pena privativa de libertad, entregándolo o entregándola a la autoridad más cercana, quien lo pondrá a disposición del Ministerio Público dentro de un lapso que no excederá de doce horas a partir del momento de la aprehensión, sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la República en relación con la inmunidad de los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional y a los consejos legislativos de los estados. En todo caso, el Estado protegerá al particular que colabore con la aprehensión del imputado o imputada”.

Tal y como ha sido advertido por la doctrina³, si la flagrancia es procesalmente procedente, es porque están satisfechos los dos primeros supuestos que prescribe el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal para legitimar la privación de libertad, a saber: (i) un hecho

¹ El artículo 284 del Código Orgánico Procesal Penal reza textualmente: *“Si la noticia es recibida por las autoridades de policía, éstas la comunicarán al Ministerio Público dentro de las doce horas siguientes y sólo practicarán las diligencias necesarias y urgentes. Las diligencias necesarias y urgentes estarán dirigidas a identificar y ubicar a los autores o autoras y demás partícipes del hecho punible, y al aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración”.*

² El término proviene de *flagrantia*, cuyo significado es arder, brillar, estar flameante, incandescente. Como lo define Pérez Sarmiento, el delito flagrante es aquel que es descubierto por las autoridades cuando se está cometiendo o acaba de cometerse (*Vid* Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo. “La investigación, la instrucción y la flagrancia”. Editorial Vadell Hermanos. Caracas, 1999. Página 105). Y Silva Silva enseña que la flagrancia supone una íntima relación entre un hecho considerado como delictivo y su autor, aunado al elemento sorpresa (*Vid* Silva Silva, Jorge Alberto. “Derecho Procesal Penal”. Editorial Harla. México, 1997. Página 502). La doctrina es pacífica en sostener que existen tres tipos fundamentales de flagrancia, a saber: (i) la flagrancia real o estricta; (ii) la *cuasi flagrancia*; y, (iii) la presunción de flagrancia o flagrancia presunta. La Flagrancia real o estricta, se refiere al sujeto que es sorprendido en el mismo momento en que está cometiendo el delito. Por ejemplo, el sujeto que es sorprendido amenazando a otra persona con un arma de fuego y pidiendo que le entregue sus pertenencias. La *cuasi flagrancia*, se verifica cuando una persona es detenida luego de haber ejecutado la conducta delictiva, siempre y cuando el imputado se haya visto perseguido por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público. Por ejemplo, un sujeto ha hurtado un vehículo y no se le pudo detener en el momento, por lo que es perseguido por las personas que lo vieron y aprehendido más adelante. La *flagrancia presunta*, es aquella que se verifica cuando la persona detenida es encontrada con objetos que de alguna u otra forma hacen presumir que fue el autor del delito que se acaba de cometer. Como ejemplo, la persona que observa el vidrio de su vehículo roto y que falta su equipo de sonido, y luego, el equipo es encontrado a un sujeto a dos cuadras del lugar dentro de un bolso que a su vez contenía un martillo, un destornillador y un alicate.

³ Mármol de León, Blanca Rosa. “Algunos problemas prácticos de la flagrancia” en: Temas Actuales de Derecho Procesal Penal. Sextas Jornadas de Derecho Procesal Penal. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2003. Página 128.

punible que merezca pena privativa de libertad; y, (ii) fundados elementos de convicción que hagan verosímil la condición de autor o partícipe del aprehendido.

La circunstancia de sorprender a una persona en un delito in fraganti, es garantía de obtener en el propio lugar de los hechos todas las pruebas necesarias para solicitar al Juez de Control la calificación de la flagrancia. Así pues, cuando un sujeto es detenido in fraganti, el Fiscal debe observar, entre otras cosas, las fuentes de prueba con las cuales cuenta para fundar su acusación, medios éstos que extraerá únicamente del acta de detención en flagrancia y los que ordene hasta que presente al imputado ante el Juez de Control. El Fiscal podrá solicitar la aplicación del procedimiento abreviado sólo cuando tenga fundamento suficiente para sustentar una eventual acusación y una alta posibilidad de obtener una sentencia condenatoria en la realización del juicio.

Ahora bien, en aquellos siniestros viales en los cuales se verifique la comisión de un hecho punible en condiciones de flagrancia, los órganos auxiliares de la investigación penal (entiéndase: funcionarios policiales o de tránsito terrestre), deberán poner al aprehendido a la disposición del Ministerio Público dentro de las doce horas siguientes a su detención⁴. En estos supuestos, la "audiencia de presentación del aprehendido" que debe verificarse ante el Juez de Control -conforme lo dispone el artículo 373 del Código Orgánico Procesal-, será la oportunidad en la que el Ministerio Público realizará el acto formal de imputación⁵, en consecuencia, **los funcionarios policiales o de tránsito que practiquen la aprehensión inicial, no podrán, bajo ninguna circunstancia, asentar la declaración del imputado en actas preliminares, pues de ocurrir ello transgredirían garantías básicas que resguardan la obtención de sus deposiciones en el proceso penal**, tales como la necesidad de que la declaración del aprehendido se efectúe ante el Juez de Control y en presencia de su abogado defensor (artículo 130 del Código Orgánico Procesal Penal).

Este Despacho reitera que cualquier aprehendido en condiciones flagrancia ostenta la cualidad de imputado en el proceso penal y, en consecuencia, su declaración deberá producirse ante un Juez de Control en función de lo dispuesto en el artículo 373 del Código Orgánico Procesal Penal. **En ese contexto, los funcionarios policiales o de tránsito que practiquen la aprehensión de un conductor involucrado en un siniestro vial, en el cual trascienda la comisión de un delito en condiciones de flagrancia, no podrán asentar o registrar las declaraciones del aprehendido en un acta de investigación.** A dichos funcionarios sólo corresponderá la conducción del aprehendido ante el Ministerio Público a los efectos de que se tramite su consecuente presentación ante un órgano jurisdiccional.

2) Investigación de delitos no flagrantes que surgen como consecuencia de un siniestro de tránsito:

Tal y como adujo el funcionario (...) ,en la consulta elevada a la Dirección de Asesoría Técnico Científica e Investigaciones del Ministerio Público, es común advertir casos en la práctica en los cuales se patentiza el siguiente supuesto fáctico: *"un peatón es arrollado por un vehículo que se da a la fuga. La víctima muere en el accidente. Momentos después, algún transeúnte que trasciende como testigo de los hechos acaecidos, señala conocer el sitio donde se encuentra el vehículo causante del homicidio. Los órganos de investigación penal dan con el vehículo en un*

⁴ Vid artículo 373 del Código Orgánico Procesal Penal.

⁵ Sentencia vinculante suscrita por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 20 de marzo de 2009, con ponencia del Magistrado Francisco Carrasquero López (N° 276).

determinado inmueble. El propietario de vehículo señala que los daños que presenta el automóvil (por ejemplo, abolladura del capó y del parachoques) es producto de una colisión que se produjo en una fecha anterior".

En un escenario como el propuesto *supra*, es evidente que no podemos hablar de la comisión de un delito en condiciones de flagrancia. Básicamente, en dichos supuestos, los órganos auxiliares de la investigación penal sólo motorizan las diligencias *urgentes* y *necesarias* que estiman indispensables para acreditar la comisión del hecho punible y la responsabilidad de sus autores y responsables (artículo 284 del Código Orgánico Procesal Penal). En ese contexto, BINDER no vacila en advertir lo que sigue:

"...el tercer modo normal de iniciar el proceso penal se da cuando los órganos de persecución penal toman noticia directa de un supuesto hecho delictivo. Estos son los casos de *conocimiento de oficio*. El más común de todos ellos es la *prevención policial*, es decir, cuando la policía ha tomado noticia de un presunto delito y comienza las investigaciones preventivas, bajo las órdenes de algunos de los órganos principales de la persecución (que podrían ser los fiscales o los jueces de instrucción).

Luego de los actos iniciales, mediante los cuales ha ingresado formalmente una hipótesis delictiva al sistema judicial, 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 juicio... Por lo tanto, bien podemos decir que, luego de los actos iniciales del proceso, comienza un conjunto de actividades procesales tendientes a *preparar la acusación...*"⁶. (Cursivas del autor).

Así pues, en ejemplos como el propuesto por el funcionario (...) y sujetos a los términos de su propia consulta-, es necesario determinar si los órganos auxiliares de la investigación penal están facultados para tomar entrevista al sujeto que, por lo menos en un estadio preliminar⁷, luce como presunto responsable de los hechos objeto del proceso. En ese sentido, este Despacho se ceñirá estrictamente a las interrogantes planteadas por el funcionario (...) en su escrito:

- ¿Cuál sería el medio idóneo para conocer la versión del sujeto presuntamente responsable del siniestro vial?

Tal y como se precisó *supra*, los órganos auxiliares de la investigación penal que conozcan de la comisión de un delito, están facultados para practicar las diligencias urgentes y necesarias que estimen imprescindibles para sustanciar la investigación. Así pues, en aquellos siniestros viales en los cuales trasciende la verificación de un delito (no flagrante), los funcionarios policiales o de tránsito que instruyan su levantamiento podrán tomar entrevista directa a cualquier persona que, según su criterio y prudente arbitrio, pudiese aportar información o indicios relacionados con la comisión de los hechos objeto de la investigación. Es claro que en este estadio del proceso no existe un imputado individualizado, en consecuencia, los funcionarios actuantes

⁶Binder, Alberto. "Introducción al Derecho procesal penal". Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, 1999. Página 235.

⁷Ya sea, por ejemplo, porque dicho ciudadano es señalado por algún testigo que presenció el siniestro vial o porque su vehículo presenta daños considerables que podrían presumirse consecuencia del siniestro de tránsito investigado.

pueden perfectamente tomar entrevista a cualquier ciudadano que, de alguna u otra manera, pudiese estar vinculado directa o colateralmente con el siniestro vial investigado.

- ¿Pudiere incluirse en actas la versión del sujeto -presuntamente responsable del siniestro vial- a través de una entrevista manuscrita? ¿Se pudiese reflejar su versión a través de un acta policial?

En criterio de este Despacho -y en sintonía con el ejemplo propuesto por el funcionario (...)-, si existen elementos, indicios o circunstancias que hagan presumir la responsabilidad penal de un sujeto con respecto a la comisión de un delito no flagrante derivado como consecuencia de un siniestro de tránsito, los funcionarios policiales o de tránsito -encargados de sustanciar la investigación preliminar de los hechos-, no podrán asentar o registrar sus declaraciones en un acta formal de investigación. En estos casos, el sujeto involucrado ostentaría de igual forma la condición de imputado y, en consecuencia, su declaración sólo podría ser incorporada al proceso: (i) al momento de ser citado por el Ministerio Público a los efectos de practicar el acto formal de imputación⁸; o, (ii) ante un Juez de Control en el supuesto de que los Fiscales del Ministerio Público soliciten la aprehensión del sujeto investigado en resguardo de lo dispuesto en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal.

De igual manera, este Despacho advierte que en las actas de investigación que suscriban los funcionarios actuantes con el objeto de dejar constancia de los hechos ocurridos, se reseñarán: (i) las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodean la comisión del siniestro vial; (ii) los datos de identificación de las personas que pudiesen aportar información trascendental a los efectos de la investigación; y, de ser el caso, (iii) cualquier información directa o referencial que puedan aportar los testigos con respecto a la comisión del siniestro de tránsito registrado.

3) Conclusiones:

En función de todo lo transcrito *supra*, este Despacho apunta las siguientes consideraciones:

- Conforme lo dispuesto en el artículo 130 del Código Orgánico Procesal Penal, el sujeto que tenga la condición de imputado -aprehendido o en libertad-, nunca declarará ante los órganos auxiliares de la investigación penal que sustancien el levantamiento de un siniestro vial o de tránsito.
- Los funcionarios policiales o de tránsito que practiquen la aprehensión de un conductor involucrado en un siniestro vial, en el cual trascienda la comisión de un delito en condiciones de flagrancia, no podrán asentar o registrar las declaraciones del aprehendido en un acta de investigación. Conforme lo dispone el artículo 373 del Código Orgánico Procesal Penal, el imputado aprehendido declarará directamente ante el Juez de Control.
- En aquellos siniestros viales en los cuales se verifica la comisión de un delito no flagrante, los funcionarios policiales o de tránsito que instruyan su levantamiento podrán tomar entrevista directa a cualquier persona que, según su criterio y prudente arbitrio⁹, pudiese

⁸Artículo 108 numeral 8, del Código Orgánico Procesal Penal.

⁹ Siempre bajo la dirección y supervisión del representante del Ministerio Público.

aportar información o indicios relacionados con la comisión de los hechos objeto de la investigación.

- Si existen elementos, indicios o circunstancias que hagan presumir la responsabilidad penal de un sujeto con respecto a la comisión de un delito no flagrante derivado como consecuencia de un siniestro de tránsito, los funcionarios policiales o de tránsito no podrán asentar o registrar sus declaraciones en un acta formal de investigación. En estos casos, el sujeto involucrado ostentaría de igual forma la condición de imputado y, en consecuencia, su declaración sólo podría ser incorporada al proceso: (i) al momento de ser citado por el Ministerio Público a los efectos de practicar el acto formal de imputación; o, (ii) ante un Juez de Control en el supuesto de que los Fiscales del Ministerio Público soliciten la aprehensión del sujeto investigado en resguardo de lo dispuesto en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal.
- En las actas de investigación que suscriban los funcionarios policiales con el objeto de dejar constancia de los siniestros viales acaecidos, se asentarán: (i) las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodean la comisión del siniestro vial; (ii) los datos de identificación de las personas que pudiesen aportar información trascendental a los efectos de la investigación; y, (iii) cualquier información directa o referencial que pudiesen aportar los testigos con respecto a la comisión del siniestro de tránsito registrado.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 20-09-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO PENAL ADJETIVO

4.- TEMA: DECRETO DE ARCHIVO FISCAL

5.- MÁXIMA

EN AQUELLOS CASOS EN LOS CUALES EL LEGISLADOR HA PREVISTO UN LAPSO DETERMINADO PARA LA CONCLUSIÓN DE LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN, TAL Y COMO SE PREVÉ EN LA LEY ORGÁNICA SOBRE EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA, SUBSISTE EN CABEZA DE LOS REPRESENTANTES DEL MINISTERIO PÚBLICO EL DEBER DE COMPLETAR TODA LA ACTIVIDAD INDAGATORIA NECESARIA PARA EL ESCLARECIMIENTO DE LOS HECHOS, ÉSTOS DEBEN PROCURAR ENTONCES CON MAYOR CELERIDAD LOS RESULTADOS DE LAS DILIGENCIAS ORDENADAS.

LOS REPRESENTANTES DEL MINISTERIO PÚBLICO NO DEBEN CONCLUIR UNA INVESTIGACIÓN PENAL, SIN QUE ANTES SE HUBIERE AGOTADO LA PRÁCTICA DE TODAS LAS DILIGENCIAS CONDUCENTES AL ESCLARECIMIENTO DE LOS HECHOS OBJETO DEL PROCESO.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO DRD-11-298-2011

6.2.- FECHA: 18-07-2011

6.3.- RESUMEN

(...)

Del acto conclusivo examinado pudo observarse que la representación del Ministerio Público no precisó la fecha en la cual ordenó el inicio de la investigación. Al respecto, únicamente se mencionó que fue la Fiscalía receptora de la denuncia quien -atendiendo a ésta- procedió a la apertura de la causa, razón por la cual este Despacho no puede determinar con exactitud cuándo comenzó la actividad indagatoria en el presente caso.

Por otra parte, se evidenció que la representación del Ministerio Público omitió especificar en el decreto de Archivo Fiscal la precalificación jurídica que consideró aplicable a los hechos. En nuestro criterio, la indicación del precepto jurídico presuntamente materializado por la ocurrencia

del hecho investigado, resulta un imperativo incluso en este tipo de acto conclusivo¹, dado que de esa manera se puede ponderar si realmente las fuentes de pruebas recabadas durante la fase de investigación eran insuficientes para promover un acto conclusivo distinto. Adicionalmente, tal indicación contribuye a garantizar la seguridad jurídica, y favorece la apreciación que pudiera hacer el órgano jurisdiccional -a solicitud de la víctima²- en cuanto a la fundamentación o no del mismo³.

Refiriéndonos a las fallas sustanciales observadas en el escrito fiscal examinado, ha de señalarse que este Despacho advirtió deficiencias en el desarrollo de la actividad indagatoria, en tanto que no se colige del acto conclusivo que los representantes del Ministerio Público hayan procurado la práctica de diligencias que quizás habrían permitido esclarecer los hechos denunciados.

A título de ejemplo, consideramos que el sostener entrevista con el personal docente que guarda relación con la víctima habría sido de utilidad a los fines de indagar sobre la conducta de la niña, lo que ésta ha manifestado respecto a su padre, y en general, cualquier dato que pueda contribuir al esclarecimiento de la verdad sobre los hechos investigados.

Asimismo, creemos que era necesario haber recabado el Informe realizado por la psicopedagoga del colegio al que asiste la víctima, con el objeto de examinar su contenido e interrogar a ésta sobre él⁴; así como también requerir información al Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Municipio Sucre, respecto al conocimiento que tienen sobre la situación de la niña S.R.O., y la orientación brindada al respecto. De ese modo, los Fiscales del Ministerio Público se habrían formado una convicción fundada en todos los elementos necesarios y pertinentes para alcanzar la finalidad del proceso. Pese a ello, se insiste que no se desprende del acto conclusivo que la representación fiscal haya efectuado dichas actuaciones.

En torno a otro aspecto, observa quien suscribe que los representantes del Ministerio Público decretaron el Archivo Fiscal de las actuaciones, aún y cuando reconocieron expresamente en su escrito que restaban por recibir las resultas de una esencial diligencia de investigación.

Suponemos que con ello los Fiscales del Ministerio Público se referían específicamente a la evaluación psicosocial practicada a la víctima, la cual -efectivamente- constituía una importante diligencia de investigación.

En nuestro criterio, las conclusiones de la Psicóloga y Trabajadora Social, derivadas de la evaluación realizada a la víctima en el presente caso, podrían haber constituido un significativo elemento que coadyuvase al esclarecimiento de los hechos investigados⁵; en ese sentido, estimamos que los representantes del Ministerio Público debieron haber recabado y valorado los resultados de dicha experticia, antes de determinar el acto conclusivo precedente.

¹ Desde luego, sin perjuicio de que en el transcurso de la actividad indagatoria el hallazgo de nuevos elementos justificaran luego su cambio de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico.

² Según se prevé en el artículo 316 del Código Orgánico Procesal Penal.

³ Así lo ha sostenido la Doctrina Institucional. Ver: *Informe Anual del Ministerio Público*. Año 2005. Memorandum N° DRD-20-527-2005, de fecha 16 de diciembre de 2005. Pág. 77-79.

⁴ A este informe hizo referencia la ciudadana Y V O P al momento de interponer la denuncia, según se describe en el acto conclusivo analizado.

⁵ Suponemos que tal necesidad motivó a los representantes del Ministerio Público a ordenar la práctica de esa diligencia.

Según lo expresado en el oficio N° 1044-77, emanado del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, la representación del Ministerio Público había ordenado la práctica de la referida evaluación psicosocial el 14 de junio de 2010⁶, y ésta se efectuó el 29 de junio de 2010, es decir, a poco tiempo de haberse solicitado. Sin embargo, no se desprende del acto conclusivo examinado que los Fiscales del Ministerio Público hayan requerido al citado órgano de investigación penal la remisión del correspondiente informe, ni tampoco que se haya insistido sobre ello hasta lograr obtenerlo en un tiempo prudencial.

En relación a este aspecto, llama la atención que si la víctima fue evaluada el 29 de junio de 2010 y el respectivo informe tiene fecha del 24 de agosto de 2010, éste haya sido recibido en el Despacho Fiscal el 05 de octubre de 2010, es decir, un día después de haberse dictado el decreto de Archivo.

La trascendencia de haber conocido los resultados de la evaluación psicosocial practicada antes de dictar el Archivo Fiscal de las actuaciones, se pone de manifiesto en lo expuesto por la Psicóloga y Trabajadora Social en el respectivo informe. En él, se señaló -entre otras consideraciones- lo siguiente:

"En la actualidad nos encontramos con una niña víctima (sic) de catos (sic) lascivos por parte de su figura paterna, la niña a (sic) presentado conductas claras de esto no solo (sic) en su mendio (sic) familiar sino (sic) escolar, la misma a (sic) manifestado recurrentes conductas sexualizadas (masturbación, acercamiento a grupos de pares de sexo opuesto para besarlos, entre otros,) como consecuencia de la situación a la que fue expuesta por su padre quien aprovechándose de su rol y de su función protectora supo como (sic) agredir a la niña sin que esto fuera para ella de manera directa algo ofensivo o inadecuado, ya que el padre a través del juego supo manipular a la niña para mantener en secreto (como el mismo llamaba a su juegos (sic)) la situación planteada".

Lo manifestado en el informe *in commento*⁷, pudiera haber orientado la convicción fiscal en un sentido distinto al expresado en el decreto de Archivo Fiscal suscrito por los representantes del Ministerio Público, toda vez que en él se revelan datos que hacen verosímil lo expuesto por la madre de la víctima, la directora y psicopedagoga del Colegio al que asiste la niña.

En torno a este punto, consideramos preciso apuntar que -a nuestro juicio- resulta incoherente ordenar la práctica de una determinada diligencia, y prescindir luego de sus resultados para la determinación del acto conclusivo correspondiente⁸, pues lo instruido por la representación del Ministerio Público implica que éste ha estimado su utilidad para el esclarecimiento de lo ocurrido y, como consecuencia de ello, el no apreciar los resultados de la actuación ordenada, significa negar entonces la utilidad que en un principio justificó tal mandamiento.

Ahora bien, el no haber practicado algunas diligencias de investigación que se estimaban relevantes para formarse una convicción sobre lo acontecido, y no haber recabado los resultados de una experticia que era esencial en el marco del procedimiento iniciado, denota que la investigación

⁶De acuerdo con dicha comunicación, tal instrucción se impartió mediante oficio N° 01-F101-1971-10.

⁷ Aunado a la práctica de las diligencias *supra* señaladas, a saber: las entrevistas del personal docente y el Informe realizado por la psicopedagoga del Colegio al que acudía la víctima.

⁸ Cuando no han surgido razones que justifiquen tal actuación.

dirigida por la representación del Ministerio Público no fue exhaustiva, porque no se practicaron ni recabaron todas las fuentes de pruebas que eran necesarias para superar el estado de incertidumbre instaurado sobre los hechos objeto del proceso y la responsabilidad penal que pudiera derivarse de ellos.

Todo lo antes expuesto nos permite concluir que del decreto de Archivo Fiscal suscrito por los abogados (...) y (...), en la Causa N° (...), se aprecia la existencia de fallas formales y la improcedencia de su ejercicio, porque los representantes del Ministerio Público no deben concluir una investigación penal sin que antes se hubiere agotado la práctica de todas las diligencias conducentes al esclarecimiento de los hechos objeto del proceso.

De acuerdo con lo sostenido por la Doctrina Institucional:

“El archivo fiscal debe ser decretado por el representante del Ministerio Público una vez que hayan sido realizadas todas las diligencias necesarias y pertinentes tendentes a la búsqueda de elementos permitan alcanzar una convicción acerca de la perpetración de un hecho punible y sus circunstancias, así como respecto a la individualización de su autor y de los partícipes”⁹.

Adicionalmente, se ha señalado que:

“(...) el no haber practicado todas las diligencias necesarias y pertinentes para el esclarecimiento de los hechos y el no haber recabado como era debido, todas las resultas de la actividad indagatoria, deviene en la carencia de fundamentación necesaria para promover el acto conclusivo, y por ende en la improcedencia de la actuación fiscal...”¹⁰.

Incluso en aquellos casos en los cuales el legislador ha previsto un lapso determinado para la conclusión de la etapa de investigación¹¹, subsiste en cabeza de los representantes del Ministerio Público el deber de completar toda la actividad indagatoria necesaria para el esclarecimiento de los hechos; en ese sentido, para satisfacer la obligación exigida, éstos habrán de procurar entonces con mayor celeridad los resultados de las diligencias ordenadas.

Es por ello que, si se hubiere estimado procedente seguir el curso del procedimiento establecido en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia¹², de igual modo la representación del Ministerio Público debía actuar diligentemente para concluir la investigación dentro del lapso previsto en el artículo 79 *ejusdem*, es decir, en un tiempo que no excediera de cuatro (4) meses, salvo que en virtud de una solicitud formulada oportunamente por la representación fiscal¹³, el órgano jurisdiccional hubiere acordado prorrogar dicho lapso, por un tiempo no menor de quince días, ni mayor de noventa.

No obstante a ello, de los recaudos remitidos se observa que los abogados (...) y (...) decretaron el Archivo Fiscal de las actuaciones el 04 de octubre de 2010, y suponiendo que -luego

⁹ Informe Anual del Ministerio Público. Año 2008. Memorándum N° DRD-20-73-2008, de fecha 18 de febrero de 2008. Pág. 1201.

¹⁰ Informe Anual del Ministerio Público. Año 2007. Memorándum N° DRD-20-262-2007, del 26 de junio de 2007.

¹¹ Tal y como se prevé, por ejemplo, en el artículo 79 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

¹² Atendiendo a lo expuesto por el artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes.

¹³ Entiéndase: con al menos diez días de antelación al vencimiento del lapso previsto para concluir la investigación.

de recibir la denuncia el 26 de enero de 2010- se hubiere ordenado de inmediato el inicio de la investigación, el tiempo transcurrido desde entonces hasta la emisión del acto conclusivo ya había excedido considerablemente el tiempo consagrado en la citada ley especial, para dar término a la Fase Preparatoria, sin que se desprenda del escrito *in commento* que el órgano jurisdiccional haya acordado una prórroga, a solicitud de los representantes del Ministerio Público, conforme a lo señalado en el artículo 79 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Acerca de este último supuesto, debe aclararse que aún si se hubiere acordado prórroga ordinaria por el tiempo máximo previsto en la ley¹⁴, es posible que el lapso para concluir la investigación igualmente se hubiere encontrado vencido al momento de decretar el Archivo Fiscal de las actuaciones¹⁵.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el artículo 103 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, una vez finalizado el tiempo dispuesto en el artículo 79 *ejusdem*, sin que se haya emitido el acto conclusivo correspondiente¹⁶, el órgano jurisdiccional debe notificar al Fiscal Superior sobre la omisión de la representación del Ministerio Público, para que se comisione a otro Fiscal a los fines de concluir la investigación, en un lapso no mayor de diez días continuos, contados a partir de la notificación de la comisión¹⁷.

Habida cuenta de ello, considera este Despacho que el haber decretado el Archivo Fiscal, el 04 de octubre de 2010, sin recabar antes todos los resultados de las diligencias practicadas, no podría deberse, por ejemplo, a la pretensión de evitar los efectos señalados en el citado artículo 103, pues desde el mismo momento en que venció el lapso para concluir la investigación, sin haber emitido acto conclusivo, era factible que el Juez procediera del modo previsto en esa norma.

En nuestro criterio, los Fiscales del Ministerio Público deben ejercer las atribuciones que le han sido asignadas¹⁸ de una manera diligente; y tal acuciosidad debe extremarse especialmente cuando se trate de víctimas tan vulnerables como los niños, niñas y adolescentes, en virtud de lo establecido en el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual: *"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"*; y el artículo 4-A de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en el que se expresa también lo siguiente: *"El Estado, las Familias y la Sociedad son corresponsables en la defensa y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por lo que asegurarán con prioridad absoluta, su protección integral, para lo cual tomarán en cuenta su interés superior, en las decisiones y acciones que les conciernan"*.

¹⁴ Es decir, por noventa (90) días.

¹⁵ Este Despacho no puede determinarlo con exactitud, porque de los recaudos remitidos no se desprende la fecha en que se ordenó el inicio de la investigación.

¹⁶ Circunstancia ésta que parece haber ocurrido en el presente caso.

¹⁷ Sin perjuicio de las sanciones civiles, penales y administrativas aplicables.

¹⁸ Entre ellas, la prevista en el artículo 37 numeral 9 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 18-04-2011

2.- DEPENDENCIA: FISCALÍA SEGUNDA DEL MINISTERIO PÚBLICO ANTE LAS SALAS DE CASACIÓN Y SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO PENAL ADJETIVO

4.- TEMA: DOSIMETRÍA EN LA APLICACIÓN DE LA PENA

5.- MÁXIMA

EN TAL SENTIDO, ESTA REPRESENTACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO, OBSERVA QUE LA CORTE DE APELACIONES, MUY ACERTADAMENTE PONDERÓ TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS, EN CUANTO AL BIEN JURÍDICO AFECTADO Y EL DAÑO SOCIAL CAUSADO, ELLO EN INTERPRETACIÓN AL ARTÍCULO 376 DEL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL, -YA QUE-, EL ALUDIDO ARTÍCULO PREVÉ DOS (2) SUPUESTOS, EL PRIMERO, LA EVALUACIÓN EN CUANTO A LAS CIRCUNSTANCIAS, BIEN JURÍDICO AFECTADO Y EL DAÑO SOCIAL CAUSADO, EL SEGUNDO, EN LOS DELITOS REFERIDOS A LA EXISTENCIA DE VIOLENCIA CONTRA LAS PERSONAS.

AHORA BIEN, CUANDO EL JUEZ “ATIENDE A TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS”, TAL DISERTO COMPRENDE DOS PRINCIPIOS PENALES CORRELACIONADOS, EL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS Y EL PRINCIPIO DE LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ, QUE AL MISMO TIEMPO CONFORMAN LA EQUIDAD Y LA JUSTICIA.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO S/N

6.2.- FECHA: 29/03/2011

6.3.- RESUMEN

“En la única denuncia, la defensa aduce fundamentalmente que la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Táchira, mediante su decisión de fecha 19 de octubre de 2010, incurrió en la violación de la Ley por indebida aplicación de los artículos 88 del Código Penal y 376 del Código Orgánico Procesal Penal, inobservando los artículos 24 y 49 numeral 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en razón de haber declarado parcialmente con lugar el Recurso de Apelación y que aunque realizó de manera correcta la dosimetría penal, posteriormente entró a considerar la gravedad del daño causado, rebajando la pena a imponer tan solo a una sexta parte, en vez de una tercera parte, dejando así de aplicar a sus defendidos la pena correspondiente por la admisión de los hechos, que es la de veinte (20) años de prisión.”

(...)

“En tal sentido, esta Representación del Ministerio Público, observa que la Corte de Apelaciones, muy acertadamente ponderó todas las circunstancias, en cuanto al bien jurídico afectado y el daño social causado, ello en interpretación al artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, -ya que-, el aludido artículo prevé dos (2) supuestos, el primero, la evaluación en cuanto a las circunstancias, bien jurídico afectado y el daño social causado, el segundo, en los delitos referidos a la existencia de violencia contra las personas.

Ahora bien, cuando el juez **“atiende a todas las circunstancias”**, tal disertó comprende dos principios penales correlacionados, el principio de la proporcionalidad de las penas y el principio de la discrecionalidad del Juez, que al mismo tiempo conforman la equidad y la Justicia” (negritas y subrayado originales del escrito).

(...)

“En ese sentido, el bien jurídico afectado, (la vida), en efecto se vio perjudicado por un lado y perturbado en relación a la tentativa, donde no sólo hubo amenazas, torturas, daños psicológicos, muerte, todo esto en presencia de dos (2) niñas que tuvieron que observar paso a paso, los actos ejecutados por los hoy acusados, lo que sin duda dejó marcada la vida de estas inocentes, por lo que el Juzgador al concienciar sobre la concurrencia de cuatro (4) delitos de tal **GRAVEDAD**, con toda eficacia y contundencia efectuó una equitativa evaluación en cuanto a la pena a aplicar, pues, estando beneficiados excesivamente por mandato constitucional, -ya que- el resultado inicial de la pena fue de **TREINTA Y OCHO (38) AÑOS DE PRISIÓN**, y en virtud de tal beneficio, la pena fue rebajada a **TREINTA (30) AÑOS DE PRISIÓN**; luego, en atención a un segundo beneficio otorgado por el legislador, en una determinada oportunidad procesal por admitir su culpabilidad, en éste momento el Juzgador actuó en base a su discrecionalidad, atendiendo a los principios de proporcionalidad, equidad, justicia, no pudiendo ser indulgente ante tan abominables hechos.” (negritas y subrayado originales del escrito).

(...)

“Ante tal razonamiento, coherentemente efectuado por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, se verifica que la realización de todos los cómputos fueron realizados en atención a las normas que contemplaron diversos beneficios en el presente caso, aunado a ello la simplificación de la pena por mandato constitucional y -más aún- la rebaja excesivamente ponderada en cuanto a la obligación de rebajar la pena tomando en consideración el bien jurídico afectado y el daño social causado, por supuesto, motivando las razones que sustentan la rebaja de la sanción aplicada.

Efectivamente, **el Juez tiene la potestad de escoger cómo disminuirá la pena entre un tercio a la mitad, debiendo para ello precisar las circunstancias, el bien jurídico afectado y el daño social causado a fin de aplicar la cuantía correspondiente**, siendo el caso que la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Táchira, una vez ponderado todas las circunstancias, observándose a claras luces que efectivamente aplicó acertadamente en sus atribuciones, la rebaja de una sexta parte de la pena.” (negritas y subrayado originales del escrito)

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 15-03-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO PENAL ADJETIVO

4.- TEMA: EL ACTO DE IMPUTACIÓN

5.- MÁXIMA

UNA VEZ QUE EL MINISTERIO PÚBLICO ADVIERTE QUE EXISTEN SUFICIENTES ELEMENTOS DE CONVICCIÓN QUE SEÑALAN A UNA PERSONA COMO AUTORA O PARTÍCIPE DE UN HECHO PUNIBLE, ESTÁ EN LA OBLIGACIÓN DE CELEBRAR DE MODO OPORTUNO EL ACTO FORMAL DE IMPUTACIÓN, PUES SE ENTIENDE QUE DICHA FORMALIDAD NO SÓLO BUSCA GARANTIZAR LA IDONEIDAD EN EL DESARROLLO DE LA FASE INVESTIGATIVA DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO, SINO QUE BRINDA LA OPORTUNIDAD AL IMPUTADO DE SOLICITAR LA PRÁCTICA DE CUALQUIER DILIGENCIA PROBATORIA QUE DESVIRTÚE SU SUPUESTA PARTICIPACIÓN EN LA COMISIÓN DEL HECHO CRIMINAL.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO DRD-037-2011

6.2.- FECHA: 11-02-2011

6.3.- RESUMEN

“...

el acto formal de imputación fue pautado para el día **15 de octubre de 2009**, es decir, casi 3 meses después de libradas las boletas de citación. Sobre el particular, conviene invocar reciente doctrina suscrita por el Tribunal Supremo de Justicia, relacionada con el cometido intrínseco que colige la celebración del acto formal de imputación:

*“La finalidad del acto de imputación fiscal comprende el derecho a ser informado, **de manera oportuna**, de los hechos investigados hasta ese momento (artículo 125, numeral 1, del Código Orgánico Procesal Penal), así como de los elementos de convicción que lo relacionan con la investigación, el tipo penal que se le atribuye con las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la comisión del mismo y las disposiciones legales aplicables al caso en cuestión, **todo ello con el fin de garantizarle al investigado, debidamente asistido, tanto el derecho a acceder e intervenir en la investigación como a ser oído exento de toda clase de***

presión, coacción o intimidación, como componente fundamental del derecho a la defensa, a la dignidad humana y a la presunción de inocencia”¹. (Negrillas nuestras).

Asimismo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no ha vacilado en advertir lo siguiente:

“...con la institución de la imputación y la cualidad de imputado lo que se pretende es garantizar que esa persona señalada como autora o participe en un hecho punible conozca tal circunstancia y pueda ejercer los derechos que le corresponden (vid. artículo 125 del Código Orgánico Procesal Penal), principalmente, el derecho a la defensa, finalidad que también persigue un derecho constitucional estrechamente vinculado a esas figuras procesales, a saber, el derecho a ser notificado de los cargos por los cuales se le investiga...”². (Negrillas nuestras).

Y por último, la propia Sala de Casación Penal de nuestro Máximo Tribunal, ha subrayado lo que sigue:

*“...el objeto primordial del acto de imputación es garantizarle al imputado su derecho al debido proceso y el de la defensa, consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el Código Orgánico Procesal Penal, ello, **porque es a través del acto de imputación, que el investigado tiene la oportunidad de solicitar la práctica de diligencias probatorias que desvirtúen su participación en el hecho objeto de investigación, así como, de ser informado sobre los argumentos de hecho y de derecho que sobre él recaen...”**³. (Negrillas nuestras).*

Como corolario de todo lo transcrito *supra*, una vez que el Ministerio Público “advierte que existen suficientes elementos de convicción que señalan a una persona como autora o participe de un hecho punible”⁴, **está en la obligación de celebrar de modo oportuno el acto formal de imputación**, pues se entiende que dicha formalidad no sólo busca garantizar la idoneidad en el desarrollo de la fase investigativa del sistema penal acusatorio, sino que brinda la oportunidad al imputado de solicitar la práctica de cualquier diligencia probatoria que desvirtúe su supuesta participación en la comisión del hecho criminal.

En criterio de este Despacho, si las boletas de citación de los ciudadanos **V I T S, J E L R** y **J G DEL C**, habían sido libradas, en fecha **23 de julio de 2008**, por la Fiscalía Décimo Octava a Nivel Nacional con Competencia en Materia de Propiedad Intelectual del Ministerio Público, no tenía sentido convocar la celebración del acto formal de imputación con aproximadamente 3 meses de posterioridad (entiéndase: **15 de octubre de 2008**). Es claro que la resolución Fiscal de imputar a los ciudadanos **V I T S, J E L R** y **J G DEL C**, sólo podía ser corolario de la obtención de suficientes elementos de convicción que hicieran verosímil su presunta participación criminal. Consecuencialmente, si de la investigación penal emergían las fuentes de prueba que

¹Sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 25 de noviembre de 2009, con ponencia del Magistrado Héctor Coronado Flores (N° 596. Expediente A09-007).

²Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 27 de julio de 2010, con ponencia del Magistrado Francisco Antonio Carrasquero (N° 799. Expediente 09-1433).

³ Sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 10 de agosto de 2010, con ponencia de la Magistrado Deyanira Nieves (N° 366. Expediente C10-101).

⁴Sentencia *supra* citada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

comprometían la responsabilidad de los ciudadanos **V I T S, J E L R y J G DEL C**, su consecuente “imputación formal” debía practicarse de manera perentoria con el propósito de garantizarles el debido acceso al expediente y la estricta observancia de sus derechos constitucionales.

2. Por otra parte, a pesar de que el primer acto de imputación convocado no pudo llevarse a efecto el día **15 de octubre de 2008**, la Fiscalía Décimo Octava a Nivel Nacional con Competencia en Materia de Propiedad Intelectual del Ministerio Público, tardó aproximadamente 6 meses (entiéndase: **02 de abril de 2009**) en librar las nuevas boletas de citación de los ciudadanos investigados. Adicionalmente, convocó la celebración de un nuevo acto de imputación con aproximadamente 2 meses de posterioridad a la fecha última aducida (entiéndase: **23 de mayo de 2009**).

Así pues, desde la fecha en que dicho Despacho Fiscal suscribió las primeras boletas de citación (entiéndase: **23 de julio de 2008**), hasta la fecha en que se libraron las segundas boletas de emplazamiento (entiéndase: **02 de abril de 2009**), transcurrieron aproximadamente 9 meses, lo cual es incongruente con el cometido que la doctrina y la jurisprudencia han endosado a la celebración del acto formal de imputación.

En criterio de quien suscribe, la Fiscalía Décimo Octava a Nivel Nacional con Competencia en Materia de Propiedad Intelectual del Ministerio Público, invirtió un excesivo tiempo en concretar el acto formal de imputación de los ciudadanos **V I T S, J E L R y J G DEL C**. Si existían suficientes elementos de convicción que justificaban su consecuente imputación, su comparecencia debió procurarse en un término oportuno a los efectos de garantizar el fiel cumplimiento de los derechos que los asistían en el proceso penal vigente.

2) DE LAS ACTAS DE IMPUTACIÓN:

Tal y como se refirió *supra*, en fecha 22 de mayo de 2009 se practicó el acto formal de imputación de los ciudadanos **J E L R y J G DEL C**. Por su parte, la imputación formal del ciudadano **V I T S**, se llevó a efecto en fecha 02 de junio de 2009. A pesar de que este Despacho advierte que las respectivas *actas de imputación* fueron suscritas de manera profusa y correlacionada, es necesario apuntar algunas consideraciones complementarias:

La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, ha sido incisiva en señalar lo siguiente:

“El Ministerio Público tiene la obligación de ser claro en la determinación de la calificación jurídica que le otorgue a los hechos investigados, así como al grado de participación de los investigados en los mismos, recordándole la obligación legal de presentar el respectivo acto conclusivo una vez que ha sido imputado un delito”⁵. (Negritas nuestras).

Asimismo, en otra reciente decisión, la propia Sala de Casación Penal del Máximo Tribunal apuntó lo que sigue:

“La defensa sólo puede ser eficaz en tanto y en cuanto el encausado y su defensor conozcan indubitadamente los hechos que se le atribuyen al primero, así como la

⁵Sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 19 de agosto de 2010, con ponencia del Magistrado Eladio Aponte Aponte (N° 390. Expediente A10-151).

necesidad de exponerle al imputado, en forma clara, precisa y concreta la acción atribuida y todas las circunstancias jurídicas relevantes sin que sea suficiente el señalarle al imputado el nombre del delito o el artículo legal correspondiente al tipo de imputación⁶. (Negrillas nuestras).

En resguardo de los recaudos examinados, este Despacho pudo constatar que la Fiscalía Décimo Octava a Nivel Nacional con Competencia en Materia de Propiedad Intelectual del Ministerio Público⁷, al suscribir el *acta de imputación* del ciudadano **J E L R**, adujo literalmente lo siguiente:

"...se obtuvieron elementos de convicción que lo colocan en la condición de IMPUTADO en la presente causa por la comisión a título de cooperador inmediato del delito de REPRODUCCIÓN NO AUTORIZADA DE PROGRAMA DE COMPUTACIÓN Y USO NO AUTORIZADO DE PROGRAMA DE COMPUTACIÓN previstos (sic) y sancionados (sic) en el artículo 120 de la Ley sobre el Derecho de Autor, por cuanto en fecha 22 de mayo de 2008, el Inspector...". (Negrillas nuestras).

Tal y como se desprende de lo transcrito, la representación Fiscal sólo se limitó a enunciar el supuesto grado de participación del imputado y el *nomen iuris* del precepto penal atribuido en la causa. En espacio alguno del documento analizado, se advirtió al ciudadano **J E L R**, cuáles eran los fundamentos fácticos que deducían su participación criminal en grado de *cooperador inmediato*. Así pues, en criterio de este Despacho, la representación del Ministerio Público no sólo debía comunicar profusamente al imputado los hechos que eran objeto de la investigación, sino que debió precisar los presupuestos fácticos que permitían calificar su aporte causal bajo la figura de la *cooperación inmediata*.

Asimismo, este Despacho debe advertir que el artículo 120 de la Ley sobre el Derecho de Autor, alberga dos conductas típicas diferenciadas, es decir: (i) Por una parte, proscribe la reproducción ilegal de las obras del ingenio, ediciones de obras ajenas o de textos, o fotografías o productos obtenidos por un procedimiento similar a la fotografía; y, (ii) Por otra parte, castiga el almacenamiento, la distribución, venta, circulación ilegal o introducción al país de reproducciones ilícitas de obras del ingenio. A la luz de lo asentado en las actas de imputación, pudo certificarse que la representación del Ministerio Público no especificó en cuál de los supuestos típicos descritos en la norma se subsumían los hechos atribuidos a los imputados. Debe aclararse que, aún y cuando los preceptos jurídicos invocados en el acto formal de imputación constituyen una suerte de precalificación jurídica⁸, los Fiscales están en la obligación de adecuar los hechos imputados en los tipos penales correspondientes, a los efectos de certificar que desarrollaron debidamente el proceso intelectual de adecuación típica que amerita la atribución de cualquier hecho punible.

Adicionalmente, al revisar las *actas de imputación* de los ciudadanos **J G DEL C** y **V I T S** la Fiscalía Décimo Octava a Nivel Nacional con Competencia en Materia de Propiedad Intelectual del Ministerio Público, sólo reprodujo, en ambos casos, el siguiente párrafo:

"...se obtuvieron elementos de convicción que lo colocan en la condición de IMPUTADO

⁶ Sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 10 de agosto de 2010, con ponencia de la Magistrado Deyanira Nieves (N° 366. Expediente C10-101).

⁷ Valga acotar que todas las actas de imputación que reposan en el expediente, fueron suscritas por la abogada Ruth Yusmary Parra Barrios, en su condición de Fiscal Auxiliar de la Fiscalía Décimo Octava a Nivel Nacional con Competencia en Materia de Propiedad Intelectual del Ministerio Público.

⁸Susceptible de ser modificada con posterioridad en resguardo de los resultados que arroje la fase de investigación.

*en la presente causa por la comisión a **título de cooperador** del delito de REPRODUCCIÓN NO AUTORIZADA DE PROGRAMA DE COMPUTACIÓN Y USO NO AUTORIZADO DE PROGRAMA DE COMPUTACIÓN previstos (sic) y sancionados (sic) en el artículo 120 de la Ley sobre el derecho de Autor, por cuanto en fecha 22 de mayo de 2008, el Inspector...". (Negrillas nuestras).*

Aunque este Despacho no descarta un eventual yerro de transcripción por parte del órgano Fiscal, es menester advertir que la "cooperación", así sola considerada, no ha sido tipificada como un grado de participación criminal por el Código Penal. Sólo son partícipes, según la legislación vigente, el cooperador inmediato, el instigador y los cómplices necesarios y no necesarios⁹. Así pues, la Fiscalía Décimo Octava a Nivel Nacional con Competencia en Materia de Propiedad Intelectual del Ministerio Público, no sólo debía ser cuidadosa en la definición del grado de participación del agente, sino que, tal y como se precisó *supra*, estaba obligada a exponer los argumentos fácticos y normativos que justificaban su atribución.

Por otra parte, este Despacho debe advertir que, de conformidad con el acta de denuncia que fue signada por el ciudadano **G S** en fecha 11 de octubre de 2007, los ciudadanos **V I T S, J E L R** y **J G D C**, fueron denunciados como responsables directos de la reproducción y comercialización no autorizada de un determinado programa de computación. Así pues, todos ellos fueron señalados, en principio, como presuntos autores del delito aducido. A pesar de lo anterior, la abogada **R Y P B**, en su condición de Fiscal Auxiliar de la Fiscalía Décimo Octava a Nivel Nacional con Competencia en Materia de Propiedad Intelectual del Ministerio Público, en las respectivas actas de imputación referidas *supra*, atribuyó a cada uno de los sujetos denunciados la cualidad de partícipes del delito de *reproducción no autorizada de programa de computación y uso no autorizado de programa de computación*, considerando, en consecuencia, que ninguno de ellos ostentaba la cualidad de autor del delito invocado.

Tal y como lo aduce la doctrina mayoritaria, la imputación de cualquier tipo de participación sugiere que el partícipe se halle en una posición secundaria con respecto al hecho propio del autor (principio de accesoriedad)¹⁰. Si los representantes de la Fiscalía Décimo Octava a Nivel Nacional con Competencia en Materia de Propiedad Intelectual del Ministerio Público, consideraban que los ciudadanos denunciados sólo ostentaban la condición de partícipes del delito de *reproducción no autorizada de programa de computación y uso no autorizado de programa de computación*, debían necesariamente especificar, en las respectivas actas de imputación, cuál era el hecho del autor del cual dependía su participación criminal. En criterio de este Despacho, lo razonable era que, por lo menos, alguno de los sujetos denunciados ostentara la cualidad de autor del delito investigado. De no ser ese el caso, los representantes Fiscales debían precisar los argumentos que los obligaban a asumir la contribución fáctica de los ciudadanos **V I T S, J E L R** y **J G D C**, como un aporte accesorio o secundario para la consecución de los hechos.

3) DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN:

Tal y como trasciende de las *actas de imputación* examinadas, el delito atribuido a los ciudadanos **V I T S, J E L R** y **J G D C**, se encuentra previsto y sancionado en el artículo 120 de la Ley sobre el Derecho de Autor, en los siguientes términos:

⁹Artículos 83 y 84 del Código Penal vigente.

¹⁰MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. Parte General. Séptima Edición. España. Página 396.

“Artículo 120. Será penado con prisión de uno a cuatro (4) años, todo aquel que con intención y sin derecho reproduzca, con infracción del encabezamiento del artículo 41 de esta Ley, en forma original o elaborada, íntegra o parcialmente, obras del ingenio, ediciones de obras ajenas o de textos, o fotografías o productos obtenidos por un procedimiento similar a la fotografía o imágenes impresas en cintas cinematográficas equiparadas a la fotografía; o quien introduzca en el país, almacene, distribuya, venda o ponga de cualquier otra manera en circulación reproducciones ilícitas de las obras del ingenio o productos protegidos por esta Ley”. (Negrillas nuestras).

A los efectos de determinar los plazos de prescripción que operan con respecto al delito invocado, es necesario advertir que el término medio de la pena aducida es de 2 años y 6 meses de prisión. Así pues, a la luz de lo dispuesto en el artículo 108 ordinal 5°, del Código Penal, la acción penal prescribirá de la siguiente manera:

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

(...)

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 espacio geográfico de la República”. (Negrillas nuestras).

Consecuencialmente, una vez determinado que el plazo de prescripción ordinaria es de 3 años, y considerando lo dispuesto en el artículo 110 del Código Penal¹¹, es necesario afirmar que la prescripción extraordinaria operará a los 4 años y 6 meses luego de haberse suscrito la orden de inicio de la investigación penal.

Pues bien, conforme los recaudos examinados por este Despacho, la orden de inicio de la investigación penal fue signada, en fecha 19 de febrero de 2008, por la Fiscalía Décimo Octava a Nivel Nacional con Competencia en Materia de Propiedad Intelectual del Ministerio Público. Pese a que los plazos de prescripción ordinaria han sido interrumpidos por los actos de imputación practicados en contra de los ciudadanos **V I T S, J E L R y J G D C**, es necesario advertir que han transcurrido aproximadamente 3 años desde que se dio inicio a la investigación.

En ese contexto, vale la pena transcribir las disertaciones recientes que la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, ha dedicado a la actividad diligente que deben invertir los órganos de investigación penal en la averiguación de cualquier hecho delictivo:

“No debemos obviar que la prescripción de la acción penal no sólo es un límite al poder punitivo del Estado, sino que además, es una garantía a favor de los encausados, precisamente, frente al ius puniendi estatal, de allí que la interpretación

¹¹El primer aparte del artículo 110 del Código Penal reza textualmente: “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”.

de las normas que regulan la materia debe hacerse de manera cónsona con los derechos y garantías establecidos a su favor.

La prescripción está referida al límite que le puso el legislador al Estado para investigar y sancionar la comisión de un hecho punible. Esas facultades investigativas y sancionatorias las ejerce el Estado desde que se comete un delito y es a partir de allí que puede ejercer su poder punitivo.

*De lo anterior se desprende, que las partes intervinientes en el proceso no tienen inherencia alguna en el inicio del lapso de prescripción, pues se trata de una garantía que opera a favor del reo y en contra del Estado, **por ello los organismos estatales encargados deben actuar de manera diligente para ejercer ese poder punitivo estrictamente dentro del lapso establecido por la Ley, que evidentemente comienzan a ejecutar desde que se perpetra un delito. Si el proceso no se culmina dentro del término establecido en la Ley, es responsabilidad neta del Estado quien no actuó de manera debida, y esa omisión no puede operar contra el reo, precisamente actúa en su favor**¹². (Negrillas nuestras).*

La jurisprudencia ha sido consecuente en afirmar que el plazo de prescripción extraordinaria opera de manera indefectible y con independencia a los actos interruptivos del proceso penal¹³. Considerando que han transcurrido aproximadamente 3 años desde el inicio de la investigación penal, y que aún no ha sido suscrito un acto conclusivo por el órgano Fiscal, este Despacho debe advertir que los órganos de persecución penal deben invertir la mayor diligencia posible en la sustanciación de la fase investigativa de cualquier procedimiento instruido. Así pues, este Despacho considera que la Fiscalía Décimo Octava a Nivel Nacional con Competencia en Materia de Propiedad Intelectual del Ministerio Público, debe imprimir mayor celeridad en la culminación de la fase preliminar de la causa identificada bajo el N° FNN-F18-0138-07, pues de lo contrario no sólo se contribuiría con el transcurso inicuo del tiempo en provecho de los plazos legales de prescripción, sino que se atentaría contra los intereses legítimos de las partes de obtener una respuesta oportuna que atempere los visos de impunidad que actualmente aquejan el sistema de justicia penal.”

¹²Sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 14 de junio de 2007, con ponencia de la Magistrado Deyanira Nieves (N° 305. Expediente C06-0273).

¹³Vid, por ejemplo, sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 28 de julio de 2008, con ponencia de la Magistrado Luisa Estella Morales Lamuño (N° 1241. Expediente 08-0196); y sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 11 de noviembre de 2009, con ponencia del Magistrado Eladio Aponte (N° 559. Expediente C08-323).

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 20-04-2011

2.- DEPENDENCIA:

FISCALÍA QUINTA DEL MINISTERIO PÚBLICO ANTE LAS SALAS DE CASACIÓN Y SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

3.- TIPO DE DOCTRINA:

DERECHO PENAL ADJETIVO

4.- TEMA:

EXTRADICIÓN PASIVA

5.- MÁXIMA

Es posible la extradición de los ciudadanos extranjeros siempre que se satisfagan los siguientes requisitos: No Entrega por Delitos Políticos o Conexos con éstos y Doble Incriminación, así como los relativos a las Penas (No entrega por delitos que tengan atribuidas pena capital o perpetua, sanciones superiores a los treinta años o que tengan carácter infamante, inhumano o degradante). Adicionalmente, debe sujetarse a los extremos y trámites establecidos en la materia por los Instrumentos Internacionales suscritos y ratificados por la República en la materia y las disposiciones de la Ley penal, sustantiva y adjetiva.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO S/N

6.2.- FECHA: 06/05/2011

6.3.- RESUMEN

Al respecto, es menester recordar que aún cuando entre la República Bolivariana de Venezuela y Rumania no se ha suscrito Tratado bilateral alguno en materia de Extradición, ambos países son Partes de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también conocida como la “Convención de Palermo”, suscrita en la ciudad italiana de Palermo el 15 de diciembre de 2000, ratificada por nuestro país el 13 de mayo de 2002 y por el Estado requirente el 4 de diciembre de 2002 (la Ley Aprobatoria fue publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.357, en fecha 4 de enero de 2002).

Por lo tanto, como uno de los delitos por los cuales resultó condenado el ciudadano requerido (“Blanqueo de Dinero”) se encuentra inmerso dentro del ámbito de aplicación de la referida Convención (dado que está expresamente tipificado en el artículo 6, titulado “Penalización del blanqueo del producto del delito”), debemos acudir al contenido de dicho Tratado Internacional, el cual dedica íntegramente a regular en su artículo 16 este ámbito de la cooperación penal internacional, estableciendo el marco general en sus numerales 1 y 2, los cuales se transcriben a continuación:

ARTÍCULO 16, NUMERAL 1 DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL

“1. El presente artículo se aplicará a los delitos comprendidos en la presente Convención o a los casos en que un delito al que se hace referencia en los apartados a) o b) del párrafo 1 del artículo 3 entrañe la participación de un grupo delictivo organizado y la persona que es objeto de la solicitud de extradición se encuentre en el territorio del Estado parte requerido, siempre y cuando el delito por el que se pide la extradición sea punible con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente y del Estado Parte requerido.

2. Cuando la solicitud de extradición se base en varios delitos graves distintos, algunos de los cuales no estén comprendidos en el ámbito del presente artículo, el Estado Parte requerido podrá aplicar el presente artículo también respecto de estos últimos delitos”.

De la disposición transcrita se colige que la regulación prevista en el artículo 16 de la citada Convención y que se circunscribe específicamente al ámbito de la Extradición, se aplicará a todos aquellos casos vinculados a los delitos referidos en el artículo 3, párrafo 1, apartados a) o b) de ese Instrumento Multilateral, es decir, la “Participación en un grupo delictivo organizado” (desarrollado en el artículo 5 *ejusdem*), el “**Blanqueo del Producto del delito**” (artículo 6 de la Convención, previsto en la Legislación interna rumana bajo el *nomen iuris* de “Blanqueo de Dinero”), “Corrupción” (artículo 8) y “Obstrucción de la Justicia” (artículo 23).

Igualmente, en virtud del artículo 16, numeral 2, existe la posibilidad de extender las disposiciones de la Convención a los delitos graves distintos de los mencionados en el párrafo anterior, cuya definición se desarrolla en el literal “b” del artículo 2 *ejusdem*, entendiéndose por tales, “*la (s) conducta (s) que constituya (n) delito (s) punible (s) con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave*”. Por lo tanto, el tipo de “Estafa en forma agravante”, previsto en el artículo 215 del Código Penal Rumano se encontraría inmerso en la aludida regulación internacional.

En consecuencia, en el caso que nos ocupa, es posible concluir que las disposiciones de la Convención de Palermo son perfectamente aplicables a la Solicitud de Extradición presentada por las Autoridades rumanas, por cuanto al menos dos de los delitos señalados en ella se encuentran, directa o indirectamente, dentro de su marco regulatorio. Asimismo, al ser un instrumento suscrito y ratificado por la República, representa un conjunto de obligaciones regidas por el Principio General de Derecho Internacional “*Pacta Sunt Servanda*”, según el cual los compromisos asumidos por los miembros de la Comunidad de Estados deben cumplirse de buena fe.

SEGUNDO: De la revisión de la documentación que conforma la Solicitud de Extradición del ciudadano (...), se desprende que el mismo es requerido en extradición por Rumania, como consecuencia de los hechos ocurridos en el año 2003, con ocasión al cobro – mediante el uso de documentos públicos falsificados y contratos ficticios privados – en dos (2) plazos de una suma de dinero consistente en 3.703.467.000 leu rumanos, por parte del ciudadano (...).

....

SÉPTIMO: Una de las particularidades que refleja el presente caso, es el enjuiciamiento en ausencia del ciudadano "...por los Tribunales del Estado requirente. En tal sentido, aún cuando no corresponde a las Autoridades Competentes de la República Bolivariana de Venezuela pronunciarse acerca de las decisiones judiciales de un Estado soberano, así como tampoco entrar en el fondo del Procedimiento Penal que motiva la Solicitud de Extradición, no es menos cierto que la figura del Juicio en Ausencia no se encuentra consagrada en nuestro Ordenamiento Jurídico interno. Sobre este asunto, es pertinente acudir al criterio expresado por la Sala Constitucional de ese Tribunal Supremo de Justicia, en la Sentencia N° 384 del 27 de marzo de 2001, en cuya motivación se realizó un análisis sobre la prohibición del Juicio en Ausencia, indicándose lo siguiente:

"La prohibición prevista en el Código Orgánico Procesal Penal relativa al juicio en ausencia configura una garantía del derecho al debido proceso y a la defensa de manera tal de evitar que se juzgue a un ciudadano a sus espaldas, esto es, sin haberle imputado los delitos y sin darle oportunidad de contestar y probar lo conducente para su defensa.

Sin embargo, la prohibición del denominado juicio en ausencia debe ser entendida como un mecanismo para garantizar el derecho al debido proceso y a la defensa del imputado en causa penal, no pudiendo configurarse como un mecanismo que vaya en detrimento de éste o limite su derecho a ser juzgado en libertad..."

Asimismo, en Sentencia N° 1262, de fecha 11 de junio de 2002 esa misma Sala expresó:

"la prohibición de lo que se conoce como juicio en ausencia se entiende como una garantía que fue establecida, en favor del acusado o imputado, de su derecho al debido proceso, in genere, y de la manifestación específica de éste: el derecho a la defensa, por lo que dicha prohibición no puede configurarse como un mecanismo que vaya en detrimento del imputado o limite su derecho a ser juzgado en libertad y de oponer todos los medios de defensa que, directamente o mediante representantes, le reconoce la ley".

Igualmente en Sentencia N° 938, de fecha 28 de abril de 2003, la mencionada Sala ratificó el anterior criterio, expresando lo siguiente:

"...en el proceso penal 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..."

Adicionalmente, la Sala de Casación Penal en Sentencia N° 142, de fecha 12 de abril de 2007, indicó lo siguiente:

"...el proceso penal encierra una serie de actos que necesariamente requieren la presencia del imputado, por lo que no puede ser delegable en mandatarios tal facultad, en virtud de la garantía efectiva del derecho a ser oído y a la defensa..."

Ahora bien, frente a situaciones similares, la práctica internacional establece la posibilidad de someter la decisión sobre la procedencia o no de la Extradición de una persona juzgada en ausencia, a la condición de que el Estado requirente otorgue garantías suficientes para que el *extraditurus* conserve la facultad de solicitar una reapertura del Procedimiento Penal, o bien de

acudir a los recursos legales para impugnar la decisión impuesta en su contra, respetándose así su Derecho a la Defensa y a ser oído.

En consecuencia, vista la declaración de culpabilidad en ausencia del ciudadano (...), y tomando en cuenta la prohibición implícita prevista en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como la de carácter expreso contemplada en el artículo 125, numeral 12 del Código Orgánico Procesal Penal, el Ministerio Público estima que, de ser declarada procedente la Extradición del mencionado ciudadano, deberá hacerse a condición de que el Estado requirente otorgue garantías suficientes de que se le brindará la posibilidad de pedir la reapertura del Procedimiento Penal instaurado en su contra, o bien que podrá hacer uso de los recursos previstos en ese Ordenamiento Jurídico para impugnar la decisión mediante la cual fue condenado a cumplir la pena de "*10 años de prisión*", así como la posibilidad de ser oído en dicho proceso judicial.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 20-04-2011

2.- DEPENDENCIA:

FISCALÍA QUINTA DEL MINISTERIO PÚBLICO ANTE LAS SALAS DE CASACIÓN Y SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

3.- TIPO DE DOCTRINA:

DERECHO PENAL ADJETIVO

4.- TEMA:

FACULTADES DE LAS CORTES DE APELACIONES, RESPECTO A LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS EFECTUADA POR EL JUEZ DE JUICIO

5.- MÁXIMA

NO LE ES DABLE A LAS CORTES DE APELACIONES MODIFICAR O ALTERAR LA FORMA VALORATIVA EMPLEADA POR LOS TRIBUNALES DE JUICIO, PUES ES ANTE ESTOS ÓRGANOS DE JUSTICIA, DONDE SE FORMA LA PRUEBA Y SE PRODUCE LA VALORACIÓN DE LAS MISMAS, CON LA FINALIDAD DE ESTIMAR SI CON ELLO SE DESVIRTÚA O NO EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA QUE TIENEN TODOS LOS CIUDADANOS.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO S/N

6.2.- FECHA: 14/06/2011

6.3.- RESUMEN

Sobre tales consideraciones recursivas, observa esta Oficina Fiscal, que el Tribunal de Alzada, realizó una serie de consideraciones en relación a los puntos apelativos incorporados en el medio recursivo ordinario de la Defensa del ciudadano (...), concluyendo que el Tribunal del Adversatorio, estableció los indicios obtenidos de las pruebas incorporadas durante el juicio oral y público *“...con estricto apego a la sana crítica, conforme a lo establecido en el artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal...”* despejando todas las dudas respecto a la verosimilitud de los medios probatorios incorporados al juicio, desechando *“...mediante un juicio de valor...”* las declaraciones que en su opinión carecían de veracidad y estimando en consecuencia, las verosímiles, que junto con los conocimientos científicos y los principios de la lógica *“...le permitieron formular un juicio de valor de culpabilidad del acusado, no siendo censurable el grado de certeza adquirido por la sentenciadora de instancia como lo pretende el recurrente, pues lo único censurable es la manera o el modo como se obtiene la certeza judicial...”*; por lo que de la revisión efectuada por la Alzada se materializó el universo de pruebas desarrolladas en el Juicio y ciertamente valoradas y desechadas de manera motivada.

Sobre todo lo anteriormente expuesto, emerge para esta Representación Fiscal que el Tribunal Colegiado de Alzada, realizó una labor intelectual y analítica en relación al mérito de la motivación dada por el Tribunal Cuarto de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del estado Sucre, en su decisión del 26 de Agosto de 2010, al estimar que la correspondencia de los elementos fácticos y jurídicos, fue propicia para la determinación de la responsabilidad penal del ciudadano (...), ello dentro del marco competencial conferido por el artículo 441 del Código Orgánico Procesal Penal, pues la Corte de Apelaciones analizó si la fórmula valorativa empleada por el Tribunal del Primer Grado de Cognición, se encuadraba dentro de los límites de la lógica, las máximas de experiencia y producto de un juicio analítico, para proceder a considerarlas dentro del marco del artículo 22 de la Norma Adjetiva Penal.

En este orden de ideas, resulta importante acotar que no le es dable a las Cortes de Apelaciones modificar o alterar la forma valorativa empleada por los Tribunales de Juicio, pues es ante éstos Órganos de Justicia, donde se forma la prueba y se produce la valoración de las mismas, con la finalidad de estimar si con ello se desvirtúa o no el principio de presunción de inocencia que tienen todos los ciudadanos. Ello, encuentra sustento de manera amplia y prolija por parte de esa honorable Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en la que se indicó mediante sentencia N° 159 del 20 de mayo de 2010, con ponencia del Magistrado Dr. Héctor Manuel Coronado Flores, lo siguiente:

*“...Por ello es deber de la Alzada, tal y como ocurrió en el presente caso, verificar que el juez de juicio al apreciar los elementos de prueba incorporados al proceso, haya observado las reglas de la lógica y la experiencia corroborando que de su razonamiento no se evidencie arbitrariedad ni violación a las máximas de experiencia, toda vez que si bien es cierto el juez no está sujeto a normas legales que predeterminen el valor de las pruebas, no es menos cierto que la valoración y selección de las pruebas que han de fundar su convencimiento debe respetar los límites **DEL JUICIO SENSATO**, de manera tal que pueda comprobarse que la solución dada al caso es consecuencia de una interpretación racional del ordenamiento que escapa de lo arbitrario...”*

En atención a lo que ha sido transcrito anteriormente, se evidencia de manera palmaria que esa honorable Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, ha reconocido el poder que tienen los jueces de valorar de manera amplia las pruebas que han sido formadas en su presencia (atendiendo al principio de inmediación probatoria, contenido en el artículo 16 de la Norma Adjetiva Penal), pero que esa valoración no puede ser al libre albedrío del juzgador sino que ello debe ser producto de un juicio lógico producto de las máximas de experiencias, los conocimientos científicos o, en definitiva, la propia sensatez del operador de justicia, para producir con ello un fallo racional, lógico, lacónico y preciso en derecho, todo ello atendiendo a lo dispuesto en el artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal. Todo ello, evidentemente implica que el operador de justicia, esté sujeto a ciertas reglas de lógica para adoptar una decisión cónsona con los postulados constitucionales y legales que – se reitera – rigen nuestro sistema probatorio penal venezolano.

Por tanto resulta necesario analizar el principio de inmediación legalmente consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, y a tal respecto es necesario estudiar el artículo 16 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual dispone lo siguiente:

“Inmediación. Los jueces que han de pronunciar la sentencia deben presenciar, ininterrumpidamente, el debate y la incorporación de las pruebas de las cuales obtienen su convencimiento”.

El anterior artículo transcrito, establece el llamado principio de inmediación, en el que se consagra que el receptor del medio probatorio – Juez de Juicio – es quien luego de su evacuación, procederá de manera concatenada, lógica y razonada a otorgarle valor, mérito o desecho a cada probanza de forma motiva, pues ante él se produjo la misma, y no al Juez de Alzada cuya tarea sería revisora.

En el caso de marras, vemos que la Corte de Apelaciones al adentrarse al estudio de la motivación dada por el Tribunal de Juicio, consideró que la valoración dada por el Juzgador de la Primera Instancia, resultó correcto, razón por la que consideró que los hechos encuadraban en el tipo de Tráfico Agravado de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en la modalidad de Ocultamiento a tenor de lo dispuesto en el encabezamiento del artículo 31 de la Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, concatenado con el segundo aparte del referido artículo, en relación al artículo 46 ordinal 4° *ejusdem*.

Lo que sí resulta cierto, preciso, positivo y claro para esta Representación Fiscal, es que la valoración de los medios probatorios realizada por el Tribunal de Juicio, a la luz de la motivación dada por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Sucre, fue correcta y ello fue debida y concretamente analizado y exteriorizado por la Alzada en sus propias palabras y no simplemente transcribiendo las razones expuestas por el Tribunal de Instancia, con lo que se produjo un fallo motivado en ambas instancias en relación a las alegaciones propuestas por la Defensora del ciudadano (...), circunscribiéndose a las facultades legales conferidas – se reitera – por el artículo 441 de la Norma Adjetiva Penal, razón por la que, en relación a este aspecto estima este Despacho Fiscal, que el fallo de la Alzada resultó correcto y motivado, a tenor de lo dispuesto en los artículos 173 y 364.4 del Código Orgánico Procesal Penal.

Ahora bien, es importante señalar que dicho poder de apreciación probatoria, no debe ser entendido bajo un manto de arbitrariedad, sino que ello debe ser producto del raciocinio lógico y cónsono con las reglas de la lógica que deben estar presentes en toda sentencia dictada por nuestros Tribunales, al momento de pronunciarse en cuanto al mérito de una determinada prueba. El único requisito que exige la ley es que la misma haya sido formada de manera legal, conforme a las regulaciones contenidas en el cuerpo normativo que se trate, en este caso, el Código Orgánico Procesal Penal, como norma rectora del proceso penal venezolano.

En relación al caso objeto de examen, es necesario indicar que la prueba de indicios es una prueba legalmente aceptada nuestro Ordenamiento Jurídico, como uno de los medios de obtención de la convicción necesaria por el Juzgador, en atención al ya referido artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal, con lo cual a juicio de esta Representación del Ministerio Público, pierde sustento el alegato proferido por el quejoso en casación, en el sentido que todo el proceso seguido al ciudadano (...) se basó en indicios, siendo que todo el juicio se basó en una serie de elementos de prueba que fueron cabal y correctamente controlados por todas y cada una de las partes, de donde se materializó el criterio del sentenciador sobre la responsabilidad penal del hoy acusado.

En efecto, a juicio de esta Oficina Fiscal, tanto de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio como del fallo proferido por la Alzada, se obtuvo, no de simples o meras presunciones o aislamiento de indicios, sino por el contrario, producto del cúmulo probatorio, el Operador de Justicia logró la reconstrucción imaginaria de hechos por medio de prueba legalmente obtenidas y así valoradas. Como consecuencia de ello, se logró enervar el principio de presunción de inocencia con los medios de prueba necesarios, en resguardo de todos los derechos y garantías de las partes, en especial del acusado; siendo que del análisis valorativo que se ejecutaron en ambas instancias las pruebas no fueron desvirtuadas y las mismas de manera contundente produjeron – se reitera – el convencimiento judicial suficiente para demostrar la autoría del ciudadano (...), en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que fueron expuestas por los Tribunales de Justicia.

Finalmente, resulta oportuno indicar que la casación cumple una función nomofiláctica y va dirigido a atacar los vicios o errores en los que hubieran podido incurrir los Tribunales de Alzada, es decir las Cortes de Apelaciones; ello con el objeto de evitar que el presente recurso extraordinario se convierta en una tercera instancia.

Del contenido de las alegaciones se evidencia que el recurrente pretende atacar vicios relativos a la fijación fáctica de la situación que circunda el presente proceso penal, siendo que, tal y como tantas veces lo ha referido este Representante Fiscal, a las Cortes de Apelaciones, no les está dado entrar a fijar hechos ni valorar medios probatorios, sino a corroborar que la valoración esbozada por el Tribunal de Mérito, se encuentre ajustada a derecho.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 20-04-2012

2.- DEPENDENCIA:

FISCALÍA QUINTA DEL MINISTERIO PÚBLICO ANTE LAS SALAS DE CASACIÓN Y SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

3.- TIPO DE DOCTRINA:

DERECHO PENAL ADJETIVO

4.- TEMA:

HOMICIDIO

5.- MÁXIMA

PARA LA ADECUACIÓN TÍPICA DEL DELITO DE HOMICIDIO FRUSTRADO SE REQUIERE CONSIDERAR Y CONSTATAR UNA SERIE DE ELEMENTOS FÁCTICOS QUE ORBITAN EN TORNO A LA SITUACIÓN OBJETO DE ANÁLISIS, YA QUE ADEMÁS DE ACREDITARSE EL ELEMENTO VOLITIVO, INTENCIONALIDAD DEL SUJETO DE CAUSAR EL HECHO CRIMINALMENTE REPROCHABLE, O *ANIMUS NOCENDI* QUE TIENE ESPECIAL INCIDENCIA EN EL RESULTADO DAÑOSO, DEBEN APRECIARSE AQUELLOS OTROS ELEMENTOS QUE SUBYACEN EN EL MISMO, COMO LO SON EL ÁREA CORPORAL COMPROMETIDA, O LUGAR DONDE SE RECIBIERON LAS LESIONES, LA REITERACIÓN DE LAS HERIDAS, LA AGRESIVIDAD DE LA ACCIÓN, LAS AMENAZAS PREVIAS, EL OBJETO O ARMA INVOLUCRADA QUE SEA CAPAZ DE CAUSAR UN DAÑO LETAL, ES DECIR, ÁNIMO DE CAUSAR LA MUERTE, CONOCIDO POR LA DOCTRINA COMO *ANIMUS NECANDI*, LOS CUALES – EN DEFINITIVA – TIENEN INCIDENCIA DIRECTA Y DETERMINANTE EN EL RESULTADO JURÍDICAMENTE TÍPICO; YA QUE, A MANERA DE EJEMPLO, EN EL CASO *SUB LITE*, LAS LESIONES CAUSADAS CON UN ARMA BLANCA, TIPO MACHETE E INCENDIAR VIVA A DETERMINADAS PERSONAS, Y ACOMPAÑADO DE VARIOS SUJETOS, NO PUEDE CONSIDERARSE COMO UNA SIMPLE INTENCIÓN DE CAUSAR UNA LESIÓN O *ANIMUS LAEDENDI*, TAL Y COMO LO ASEVERÓ EL QUEJOSO EN CASACIÓN EN SU ESCRITO IMPUGNATIVO.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO S/N

6.2.- FECHA: 07/06/2011

6.3.- RESUMEN

La prueba busca precisamente la reconstrucción que lo que realmente sucedió (o por lo menos lo más cercano posible) y con ello determinar si ciertamente el hecho objeto de enjuiciamiento ocurrió y cómo fueron las circunstancias en las que el mismo se desarrolló, para finalmente, establecer si ciertamente los dichos o alegaciones del acusador (en este caso el

Ministerio Público), fueron correctos y se hace necesaria la utilización de los Poderes del Estado para la sanción penal de una conducta y su reparación.

Resulta impretermitible y forzoso para esta Representación Fiscal, señalar que para la adecuación típica del delito de Homicidio Frustrado se requiere considerar y constatar una serie de elementos fácticos que orbitan en torno a la situación objeto de análisis, ya que además de acreditarse el elemento volitivo, intencionalidad del sujeto de causar el hecho criminalmente reprochable, o *animus nocendi* que tiene especial incidencia en el resultado dañoso, deben apreciarse aquellos otros elementos que subyacen en el mismo, como lo son el área corporal comprometida, o lugar donde se recibieron las lesiones, la reiteración de las heridas, la agresividad de la acción, las amenazas previas, el objeto o arma involucrada que sea capaz de causar un daño letal, es decir, ánimo de causar la muerte, conocido por la doctrina como *animus necandi*, los cuales – en definitiva – tienen incidencia directa y determinante en el resultado jurídicamente típico; ya que, a manera de ejemplo, en el caso *sub lite*, las lesiones causadas con un arma blanca, tipo machete e incendiar viva a determinadas personas, y acompañado de varios sujetos, no puede considerarse como una simple intención de causar una lesión o *animus laedendi*, tal y como lo aseveró el quejoso en casación en su escrito impugnativo.

El Tribunal de Alzada, al dar respuesta a cada una de las interrogantes planteadas por el recurrente en apelación sobre las circunstancias de calificación y frustración, estableció a través de la propia motivación que desarrolló el Tribunal de Instancia, las razones que llevaron a dicho Juzgado a imponer la sentencia condenatoria impuesta en definitiva y desechando las consideraciones acerca de la posibilidad de cambio de calificación jurídica, aunado al hecho cierto del no encuadramiento de la conducta típica en el delito de complicidad correspectiva.

En este sentido, la Sala Accidental de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Miranda, a juicio de esta Representación del Ministerio Público no incurrió en el vicio de falta de motivación de la sentencia dictada en fecha 26 de mayo de 2010, con lo cual evidentemente debe ser declarada sin lugar la denuncia interpuesta por la Defensa Privada del ciudadano (...) y con ello confirmada la misma en los términos en que fue proferida por la Alzada.

La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 283 de fecha 22 de junio de 2011, declaró sin lugar el recurso extraordinario de casación propuesto por la defensa.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 22-02-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE CONSULTORÍA JURÍDICA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO PENAL ADJETIVO

4.- TEMA: INVASIÓN (FLAGRANCIA)

5.- MÁXIMA

EN LOS CASOS DE PRESUNTAS INVASIONES, DEBEN TOMARSE EN CUENTA UNA SERIE DE CIRCUNSTANCIAS, QUE DEBEN SER VERIFICADAS PREVIAMENTE POR EL REPRESENTANTE FISCAL, COMO POR EJEMPLO: A QUIÉN PERTENECE LA PROPIEDAD DEL TERRENO; SI EXISTE ALGUNA MEDIDA DICTADA POR EL INSTITUTO NACIONAL DE TIERRAS; O SI SE ENCUENTRA EN TRÁMITE ALGÚN PROCEDIMIENTO PARA LA REGULARIZACIÓN DE LA PROPIEDAD O DE LA POSESIÓN -CARTA AGRARIA, DERECHO DE PERMANENCIA, ENTRE OTROS-, A FAVOR DE LOS SUPUESTOS INVASORES.

6.- CONTENIDO

6.1.- Número de Escrito OFICIO N° DCJ-8-272-2011-008784

6.2.- FECHA: 22-02-2011

6.3.- RESUMEN

En atención a solicitud formulada por la Fiscalía Sexagésima del Ministerio Público a Nivel Nacional, a través de Memorándum N° F60-ANN-0924-2009, mediante el cual usted solicita colaboración a esta Consultoría Jurídica, en relación a la configuración del delito de invasión, en situación de flagrancia, en virtud de que ese despacho fiscal se encuentra comisionado para conocer de las causas en las que se presume la comisión de dicho delito.

Ahora bien, a los fines de poder dar una mejor orientación ante las dudas que pueda plantear un representante fiscal en el desarrollo de sus funciones, respecto a algún punto de derecho específico, debe tenerse presente al momento de elevar una consulta los parámetros establecidos en la Circular N° DFGGR-DGSSJ-DCJ-1-99-20 de fecha 29 de septiembre de 1999, “Del procedimiento para solicitar instrucciones y elevar consultas”, en la cual se expresa lo siguiente:

“(…) deberá cumplirse con los siguientes requisitos:

- La consulta será planteada por escrito, con información detallada de la situación a estudiar;*
- Contendrá la opinión jurídica que le merezca el asunto al consultante, con indicación de los fundamentos legales en los cuales se sustente y sus respectivas conclusiones;*

- Señalamiento de otras alternativas jurídicas, si las hubiere, que puedan contribuir a la solución del planteamiento;
- Expresión de los aspectos cuya aclaratoria se requiera por medio de la consulta.
- Acompañamiento de cuantos soportes sirvieron para el estudio realizado por el consultante.

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.”

Como puede observarse, los lineamientos impartidos a través de la citada circular, son claros, y en razón de ellos, su consulta o solicitud de orientación debe tratar de ajustarse lo más posible a dichos requerimientos, ya que como bien lo señala dicha circular, con el acatamiento de esas instrucciones, se contribuye a establecer la doctrina del Ministerio Público y a reforzar la unidad de acción.

Por otra parte, en la medida en que usted concrete su planteamiento a una duda específica, dando cumplimiento a los requisitos de una consulta, para esta Dirección de Consultoría se hace más viable la emisión de una opinión mucho más acertada a la inquietud motivadora de su consulta jurídica.

Sobre la base de lo anterior, esta Dirección tan sólo puede limitarse a realizar las siguientes consideraciones:

El artículo 471-A del Código Penal establece lo siguiente:

(...)

De esta forma, atendiendo a lo dispuesto por las normas del Código Orgánico Procesal Penal (artículo 248), la situación de flagrancia se configura cuando el sujeto activo del delito (invasor) es sorprendido cuando está cometiendo el hecho, en este caso, invadiendo un terreno, inmueble o bienhechuría, con el propósito de obtener para sí o para otro, un provecho ilícito; o cuando sea perseguido por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, o cuando se le sorprenda a poco de haberlo cometido, en el mismo lugar o cerca del mismo, con instrumentos que hagan presumir su participación en el hecho.

Sin embargo, en el caso específico del delito de invasión la situación de flagrancia amerita tener conocimiento en cuanto a que no se trata del ejercicio de un derecho legítimo, para lo cual deben verificarse una serie de circunstancias, entre las que se pueden mencionar las siguientes:

1. Debe determinarse qué tipo de terreno es el presuntamente invadido, es decir, si es propiedad privada, propiedad del Estado (del Instituto Nacional de Tierras), de un Municipio o de otra entidad pública, o si es un terreno baldío.

2. Cuando el terreno sea propiedad privada y se encuentre entre aquellos con vocación para la producción agroalimentaria, debe verificarse si los presuntos invasores son beneficiarios de alguna medida dictada por el Instituto Nacional de Tierras.
3. En el caso de terrenos propiedad del Estado, el Ministerio Público deberá solicitar información al Instituto Nacional de Tierras o a la Oficina Regional del mismo, acerca de la existencia de procedimientos para la regularización de la posesión o de la propiedad -carta agraria, declaratoria de garantía de permanencia, título de adjudicación, derecho de permanencia, etc.,- por cuanto de ser así, deberá esperarse su conclusión a los efectos de precisar si la persona posee algún derecho reconocido por el Estado, ya que de ser así, la conducta no será antijurídica.
4. Cuando se trate de inmuebles o bienhechurías, deberá verificarse a quién corresponde el derecho de propiedad, identificándose al titular de dicho derecho, recabando de las autoridades competentes, cualquier documentación de utilidad.
5. Si existen personas que se encuentren ocupando un bien de propiedad ajena, presumiéndose la invasión, debe tener presente que dicha circunstancia no configurará la situación de flagrancia, y por tanto, deberá proseguirse por el procedimiento ordinario. Ello no obsta, a que de presumirse la comisión de otro tipo de delito (diferente al de invasión) en situación de flagrancia, la persona sea presentada ante el órgano jurisdiccional, a fin de que se pronuncie sobre tal situación.
6. En el caso de que se realicen mejoras a un inmueble, las mismas deben ser indemnizadas en los términos establecidos en el Código Civil. En cuanto a los frutos, de igual forma debe acudir a las regulaciones del Código Civil, a los fines de determinar cuáles corresponden al poseedor y hasta qué momento debe percibirlos.

De igual forma, en lo que respecta a la invasión de terrenos en zonas rurales, debe tenerse presente lo estipulado en el artículo 17 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (Gaceta Oficial N° 5.991 del 29 de julio de 2010), en cuanto a la garantía de permanencia, ya que dicha norma establece una serie de parámetros claros, en donde incluso se prohíbe a los jueces la práctica de desalojos en contra de las personas que sean beneficiarios de la garantía de permanencia.

Es oportuna la ocasión, para recordarle que las particulares características de cada caso de los cuales deba conocer por la presunta comisión del delito de invasión previsto en el Código Penal, deberá mantener una constante y fluida comunicación con la Dirección de Delitos Comunes, a los fines de definir las mejores estrategias relacionadas con la investigación.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 20-04-2011

2.- DEPENDENCIA:

FISCALÍA PRIMERA Y QUINTA DEL MINISTERIO PÚBLICO ANTE LAS SALAS DE CASACIÓN Y SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

3.- TIPO DE DOCTRINA:

DERECHO PENAL ADJETIVO

4.- TEMA:

JURISDICCIÓN ESPECIAL INDIGENA

5.- MÁXIMA

RESULTA EVIDENTE EL DISTANCIAMIENTO JURÍDICO QUE EXISTE ENTRE LAS NORMAS CONTEMPLADAS EN LA LEY ORGÁNICA DE PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS Y LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, TOMANDO COMO PATRÓN DIFERENCIADOR, EL TRATAMIENTO PROCESAL QUE SE LE DA A LOS ADOLESCENTES.

NOS ENCONTRAMOS ANTE UN CONFLICTO DE INTERESES LEGÍTIMOS; PUES POR UN LADO, LOS INTERESES DE LAS ETNIAS EN LA CONSECUCCIÓN DE LA PAZ DE SUS TRIBUS Y EL ORDEN SOCIAL POR ELLOS ESTABLECIDO, EMPERO POR EL OTRO, EL INTERÉS QUE PARA EL ESTADO VENEZOLANO, LA INSTITUCIÓN FAMILIAR Y LA SOCIEDAD, SUPONE LA BUENAVENTURA DE TODOS LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTE, POR OBLIGACIÓN MANIFIESTAMENTE LEGAL, DEBEMOS ATENDER AL CONTENIDO DEL PARÁGRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 8 DE LA LEY QUE SE INVOCA, Y EN CONSECUENCIA DETERMINAR QUE, PESE A QUE EXISTE UN CONFLICTO DE DERECHOS E INTERESES LEGÍTIMOS, DEBEN PREVALECER AQUELLOS QUE COMPORTEN UN MEJOR TRATAMIENTO PARA LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO S/N

6.2.- FECHA: 26/07/2011

6.3.- RESUMEN

“...Luego de realizadas todas éstas consideraciones jurisprudenciales, resulta evidente el distanciamiento jurídico que existe entre las normas contempladas en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades **Indígenas** y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, tomando como patrón diferenciador, el tratamiento procesal que se le da a los adolescentes...

Así las cosas, no quiere crearse un conflicto en cuanto a que jurisdicción tiene una especialidad más acabada y determinante dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y que hiciese de suyo que una prelara frente a la otra, lo que se quiere, es determinar objetivamente a la luz de

ambas legislaciones, cuál comporta en aplicación, un beneficio, un provecho, al adolescente (...), tal y como lo dispone el único aparte del artículo 24 de nuestra Constitución Patria. Ahora bien, ciñéndonos a las circunstancias propias que se vislumbran del proceso al que fue sometido el adolescente (...) se desprende la franca vulneración (en principio) del contenido de los artículos 620, 621, 622 y 628 todos de la Ley Orgánica de Protección del Niño, Niña o Adolescente (...). En primer lugar, se hace un juzgamiento apresurado, en cuyo andar se trastocan las bases del derecho a la defensa y del debido proceso (...). A juicio de estas Representaciones Fiscales, al proceder en el juzgamiento del adolescente (...) debieron las autoridades legitimadas en sede indígena, garantizar el derecho a la defensa contemplado en el artículo 49.1 Constitucional y 88 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña o Adolescente, en el entendido que, al rendir la declaración que contenía su confesión en cuanto a la autoría del hecho que se le reprochaba, debía estar asistido por un abogado defensor, o la persona que, atendiendo a lo especial del proceso seguido en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, velara por sus intereses (...). De suerte que, al haberse recibido la declaración del adolescente (...) sin cumplir con las formalidades mínimas contempladas, es evidente que se conculca el derecho constitucional a la defensa, a la asistencia técnica y a ser oído, con lo cual se vicia además de nulidad absoluta, el proceso que bajo las directrices de la Jurisdicción Indígena, se siguió en su contra (...).

Cabe acotar, lo que sobre la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa y el debido proceso, ha dictaminado nuestro Máximo Tribunal de la República en Sala Constitucional, a través de la sentencia N° 1789 del 5-10-2007, con ponencia de la Magistrada Dra. Carmen Zuleta de Merchán, en la que se dejó asentado que (...) Por su parte la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 106 de, Expediente N° C02-0369 de fecha 19/03/2003, también dictaminó lo que es el debido proceso, en los siguientes términos (...) No obstante lo anterior, sin hacer menoscabo de la importancia del derecho a la defensa, causa más ruido a los oídos de la legalidad y la justicia, la condena de veinte (20) años que le fue impuesta al adolescente (...) El artículo 12.a de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, prevé que los derechos y garantías de los niños, niñas y los adolescentes que se señalan en el referido texto normativo, son inherentes a la persona humana, por lo que, debemos entender que son de orden público, intransigibles, irrenunciables, interdependientes entre sí e indivisibles. Siendo ello así, de manera indefectible debemos atender al contenido del artículo 37 de la referida Ley Orgánica, el cual preceptúa el Derecho de todo niño, niña o adolescente a gozar de su libertad individual. Señala esta norma que, la retención o privación de libertad de los niños, niñas o adolescente, debe amoldarse enfáticamente a lo establecido en la ley, y que su aplicación procesal, debe tenerse como la última medida a optar, y por el período de tiempo más breve posible.

Debemos entonces retomar en este punto, el contenido del artículo 628 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, puesto que, como hemos visto, es la norma que regula la privación de libertad de los referidos sujetos de derechos. Así las cosas, aparte de los criterios de excepcionabilidad en cuanto a su aplicación, es de obligatoria observancia los límites que se han establecido como mínimos y máximos en cuanto a su durabilidad y permanencia en el tiempo.

En este orden de ideas, tenemos que para el establecimiento de la pena a imponer a un adolescente, debemos en primer lugar determinar con certeza su edad. En este sentido, el párrafo primero de la norma que se analiza, prevé que, si el adolescente cuenta con catorce (14)

años o más, la pena a imponer no podrá durar menos de un (1) año ni sobrepasar los cinco (5). En tanto que, si el adolescente es menor de catorce (14) años, la pena mínima no podrá ser menor de seis (6) meses, pero tampoco sobrepasar los dos (2) años. A la luz de esta norma, (reputada de orden público, al estar contenida dentro del Derecho a la Libertad Personal) es claro e indefectible que, al someter al adolescente (...) a cumplir una sanción de veinte (20) años, se trastoca flagrantemente el contenido del artículo 628 de la Ley Orgánica para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes. A esta decisión se arriba, en franca aplicación del Interés Superior del Niño, como Principio de Interpretación exclusivo de la Ley Orgánica para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes.

La Sala Constitucional de nuestro Máximo Tribunal, mediante sentencia N° 1917 de fecha 14 de julio de 2003, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, se ha pronunciado sobre el Interés Superior del Niño de la siguiente manera (...) En el caso de marras, es preciso referir que nos encontramos ante un conflicto de intereses legítimos; pues por un lado, los intereses de las etnias en la consecución de la Paz de sus tribus y el orden social por ellos establecido, empero por el otro, el interés que para el Estado Venezolano, la Institución Familiar y la Sociedad, supone la buenaventura de todos los Niños, Niñas y Adolescentes. Para dilucidarlo, debemos entonces confrontar la necesidad del equilibrio entre los derechos de las personas que conforman las distintas etnias, ante los derechos y garantías de los Niños, Niñas y Adolescentes. Preciado lo anterior, por obligación manifiestamente legal, debemos atender al contenido del párrafo segundo del artículo 8 de la Ley que se invoca, y en consecuencia determinar que, pese a que existe un conflicto de derechos e intereses legítimos, deben prevalecer aquellos que comporten un mejor tratamiento para los Niños, Niñas y Adolescentes.

Se trata pues, de una decisión que es irreconciliable, incompatible e inexecutable con las normas previstas en la Jurisdicción Ordinaria, puesto que, como vimos del amplio esboce efectuado, al (...) se le conculcaron en el juzgamiento efectuado en la Jurisdicción Especial Indígena un catálogo irrefutable de derechos humanos que hacen de suyo inconstitucional el dispositivo por el cual se le condena. En consecuencia pues, ante una manifiesta conculcación de los derechos fundamentales que asisten a la que ha sido sometida el ciudadano (...) adolescente de 12 años de edad, es preciso que conforme a lo contemplado en el artículo 134.1 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, adminiculado al artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se proceda a la revisión en nuestra jurisdicción, a través del Orden Público Constitucional de la decisión adoptada por la asamblea celebrada en fecha 23 de noviembre de 2009 por las autoridades legitimadas, en cuya realización, y con el objetivo de dilucidar el incidente ocurrido entre el adolescente (...) y el ahora occiso Lucio Romero, impusieron al referido adolescente la pena de veinte (20) años. En efecto, esa honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, tiene facultad, para entrar a conocer, aún de oficio, de las causas en donde se vean afectados o menoscabados derechos y garantías constitucionales, a fin de que se mantenga incólume el propósito, sentido y razón de la propia Carta Magna. Ello encuentra sustento, en sentencia de esa Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, signada con el N° 1127 del 03 de junio de 2005, con ponencia del Magistrado Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz, en la que se señaló que (...) Tal y como podemos colegir del anterior transcrito jurisprudencial, esa honorable Sala Constitucional del Máximo Tribunal de Justicia, tiene la posibilidad de entrar a conocer cualquier decisión proferida por los Órganos Jurisdiccionales, a fin de que se mantenga la integridad de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tal y como se presenta en el caso sub examine.

En este sentido, en el caso que hoy ocupa nuestra atención, de una manera flagrante y evidente el Tribunal de Control profirió una sentencia cuyos efectos ciertamente afectan la esfera de derechos y garantías que se le confieren a los ciudadanos, en especial al adolescente (...) pues el Órgano Jurisdiccional, al entrar a conocer y homologar una decisión adoptada bajo la jurisdicción indígena que impuso una sanción de veinte (20) años en franca contraposición a los propios postulados Constitucionales y Legales (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), imponen que se restituya el orden público que ha sido infringido mediante la decisión cuya revisión hoy se solicita. Por ello, a juicio de estas Representaciones Fiscales conjuntas, se hace necesario que esa honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, entre a conocer el presente proceso y como consecuencia de ello, declare con lugar, la presente acción de tutela constitucional, con el objeto que se declare la nulidad del proceso judicial seguido al ciudadano (...) y que sea restituido el orden público constitucional, que ha sido puesto en peligro mediante el fallo que fue dictado por el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Funciones de Control del Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente del Circuito Judicial Penal del estado Delta Amacuro, a los fines de la regularización de la situación que ha colocado al referido adolescente frente a una vulneración de los derechos y garantías constitucionales que han sido denunciadas a lo largo del presente proceso (...). Por todas las razones anteriormente expuestas, estas Representaciones Fiscales conjuntas, solicitan de manera muy respetuosa a esa honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, declare con lugar, la presente acción de tutela constitucional, con el objeto que se declare la nulidad del proceso judicial seguido al ciudadano adolescente (...) y que sea restituido el orden público constitucional, que ha sido puesto en peligro mediante el fallo que fue dictado por el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Funciones de Control del Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente del Circuito Judicial Penal del estado Delta Amacuro, a los fines de la regularización de la situación que ha colocado al referido adolescente frente a una vulneración de los derechos y garantías constitucionales que han sido denunciadas a lo largo del presente proceso....".

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 15-01-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO PENAL ADJETIVO

4.- TEMA: MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO PROBATORIO

5.- MÁXIMA

EL CARÁCTER (I)LÍCITO DE UN BIEN ASEGURADO DETERMINA EL TÍTULO BAJO EL CUAL ÉSTE ES OCUPADO PENALMENTE, LA NATURALEZA DE LA OCUPACIÓN ESTÁ CONDICIONADA A LA LICITUD O ILICITUD DEL OBJETO AFECTADO POR UNA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO PROBATORIA.

LOS OBJETOS ASEGURADOS A TÍTULO DE DECOMISO SON SUSCEPTIBLES DE DEVOLUCIÓN, EN CONSECUENCIA, LA FINALIDAD SUBSIDIARIA DE LA MEDIDA ES PROCURAR LA ENTREGA DE LOS BIENES OCUPADOS A SUS LEGÍTIMOS PROPIETARIOS UNA VEZ SATISFECHAS LAS EXIGENCIAS NATURALES DE LAS ACTUACIONES DE INVESTIGACIÓN PENAL.

LA INCAUTACIÓN, EN CAMBIO, ENCIERRA DOS DIFERENCIAS MEDULARES CON RELACIÓN AL DECOMISO. EN PRIMER LUGAR, LA INCAUTACIÓN ENTRAÑA LA DESPOSESIÓN DEFINITIVA DE LOS BIENES ASEGURADOS, POR TANTO, LA INCAUTACIÓN NO ES TEMPORAL O PROVISIONAL, SINO DEFINITIVA Y PERMANENTE. Y EN SEGUNDO LUGAR, LA INCAUTACIÓN SÓLO PROCEDE PARA ASEGURAR BIENES DE ILÍCITO COMERCIO.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO DRD-6-340-2011

6.2.- FECHA: 11-08-2011

6.3.- RESUMEN

(...)

En criterio de este Despacho, la solicitud de autorización al Tribunal de Control para proceder con la incautación de tales objetos, es errónea en función de los siguientes argumentos:

Junto a las *Medidas de Aseguramiento Cautelares* (personales y reales), coexisten en el proceso penal las *Medidas de Aseguramiento Probatorias*. Las *Medidas de Aseguramiento Probatorias* no cumplen una función netamente cautelar, sino que su propósito es asegurar las

fuentes de prueba que resultan indispensables para establecer la ocurrencia del delito y la responsabilidad de sus autores y partícipes.

Las *Medidas de Aseguramiento Probatorias* pueden ser acordadas por los representantes del Ministerio Público sin que medie previamente autorización judicial. Precisamente, ese es el sentido teleológico del artículo 283 del Código Orgánico Procesal Penal, cuando faculta a los representantes del Ministerio Público a procurar el aseguramiento de los *objetos activos y pasivos* relacionados con la perpetración del delito.

Las medidas de *aseguramiento probatorias* difieren sustancialmente de las providencias cautelares o de aseguramiento cautelar, pues mientras las primeras procuran discernir, obtener y conservar las *fuentes de prueba* que delatan la comisión del hecho punible y sus probables responsables, las segundas, en cambio, tienden a evitar que la resolución judicial definitiva sea de imposible cumplimiento (entiéndase: las *Medidas de Aseguramiento Cautelares* buscan garantizar que cualquier fallo judicial ulterior no devenga en ilusorio). En resguardo de todo lo aducido, para el acuerdo de las *Medidas Aseguramiento Probatorio* no es necesario considerar el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* como presupuestos de procedencia.

Básicamente, nuestro ordenamiento jurídico consagra las siguientes modalidades de *Medidas de Aseguramiento Probatorio*: (i) decomiso; (ii) incautación; (iii) recolección de bienes; y, (iv) clausura asegurativa. Sin ánimo de ahondar en la delimitación conceptual de cada una de ellas, nos referiremos exclusivamente al alcance dogmático y procesal de la *incautación* en nuestro régimen procesal penal vigente.

El carácter (i)lícito de un bien asegurado determina el título bajo el cual éste es ocupado penalmente. En palabras distintas, la naturaleza de la ocupación está condicionada a la licitud o ilicitud del objeto afectado por una medida de aseguramiento probatoria.

A título referencial, el artículo 5 de la Ley Penal del Ambiente dispone en su último aparte lo siguiente: "*Los objetos e instrumentos decomisados se venderán, si son de lícito comercio, y su producto se aplicará a cubrir responsabilidades civiles del penado*". Precisamente la norma *in commento* funge como una oportuna licencia para discernir las diferencias que median entre las medidas de *decomiso* e *incautación*. La primera colige la desposesión temporal -provisional- de determinados bienes con el objeto incorporarlos al proceso y procurar la recolección de *fuentes de pruebas* indispensables en el esclarecimiento de los hechos objeto de la investigación. Los objetos asegurados a título de *decomiso* son susceptibles de devolución, en consecuencia, la finalidad subsidiaria de la mentada medida es procurar la entrega de los bienes ocupados a sus legítimos propietarios una vez satisfechas las exigencias naturales de las actuaciones de investigación penal. Adicionalmente, el decomiso sólo admite el aseguramiento de bienes dedicados al *lícito comercio*, pues de lo contrario, la ocupación penal será impuesta a título de *incautación*. La fórmula del artículo 5 de la Ley ambiental es extremadamente inteligible: "*los instrumentos decomisados se venderán, si son de lícito comercio...*".

La *incautación*, en cambio, encierra dos diferencias medulares con relación al *decomiso*. En primer lugar, la incautación entraña la desposesión definitiva de los bienes asegurados, por tanto, la incautación no es temporal o provisional, sino definitiva y permanente. Y en segundo lugar, la incautación sólo procede para asegurar bienes de ilícito comercio. A modo de ejemplo, las drogas, alimentos contaminados, medicamentos en mal estado, cintas cinematográficas copiadas,

son bienes susceptibles de *incautación* y nunca de *decomiso*; son bienes de ilícito comercio y, por tanto, destinados a su destrucción, inutilización o uso excepcional. De igual modo, sobre aquellos bienes cuya posesión configura la comisión de un hecho punible (v.gr. bienes provenientes del contrabando o el arma de fuego cuyo porte es prohibido) se impone su ocupación a título de *incautación*, en consecuencia, respecto al tenedor de tales objetos la medida comporta la pérdida definitiva de la propiedad del bien.

A decir de Tamayo, "*el decomiso no persigue un apoderamiento definitivo de los bienes sino temporal, en tanto que la incautación sí, pues lo incautado no está sujeto a devolución, ni siquiera en caso de absolución del imputado. Ambas son medidas de aseguramiento ('ocupación') destinadas a permitir una prueba sobre ellos, que generan consecuencias jurídicas diferentes*"¹.

Consecuencialmente, *incautación* y *decomiso* no son términos sinónimos en cuanto a los efectos jurídicos que producen su imposición. El bien decomisado es susceptible de ser devuelto a su tenedor o propietario una vez satisfechas las exigencias de las labores de investigación que motoriza el representante del Ministerio Público. Los bienes incautados, en cambio, sólo tienen un único destino: su destrucción, inutilización o su uso excepcional en supuestos específicos como los contenidos en la ley de drogas.

No obstante, en la praxis jurídica, por amparo de verdaderas imprecisiones en que incurre la normativa vigente, se tiende a utilizar indiscriminadamente ambos términos como si supusieran idénticos efectos, circunstancias que, tal y como se acotó en líneas precedentes, es ajena al espíritu y contenido de las instituciones comentadas². Consecuencialmente, a modo de ejemplo, hacemos hincapié en lo dispuesto en los dos primeros apartes del artículo 218 del Código Orgánico Procesal Penal:

"Artículo 218. Incautación.* En el curso de la investigación de un hecho delictivo, el Ministerio Público, con autorización del Juez de control podrá **incautar la correspondencia y otros documentos que se presuman emanados del autor del hecho punible o dirigidos por él, y que puedan guardar relación con los hechos investigados.*

De igual modo, podrá disponer la incautación de documentos, títulos, valores y cantidades de dinero disponibles en cuentas bancarias o en caja de seguridad de los bancos o en poder de terceros, cuando existan fundamentos razonables para decidir que ellos guardan relación con el hecho delictivo investigado.

En los supuestos previstos en este artículo, el órgano de policía de investigaciones penales, en casos de necesidad y urgencia, podrá solicitar directamente al Juez de control la respectiva orden, previa autorización, por cualquier medio, del Ministerio Público, la cual deberá constar en la solicitud". (Negrillas y subrayados nuestros).

La norma aludida confunde la ocupación penal a título de *decomiso* o de *incautación*. La desposesión de la correspondencia del imputado, así como los documentos, títulos, valores y cantidades de dinero disponibles en cuentas bancarias o cajas de seguridad de los bancos o en poder de terceros, es de carácter provisional o temporal, circunstancia que obliga a concluir que la

¹Tamayo Rodríguez, José Luis. "*Medidas Cautelares o de Coerción Real...*". Caracas, 2002.

² Amén de las confusiones semánticas susceptibles de alegar.

ocupación penal en tales supuestos responde a la medida de *decomiso* y nunca a título de incautación. Y ello es así conforme lo siguientes asertos: primero, tales objetos no son de *ilícito comercio*; y segundo, sobre los bienes u objetos enumerados -en el supuesto de estar involucrados con la comisión del hecho punible- corresponderá la aplicación de la pena de *comiso*³ y no la destrucción o inutilización de los mismos.

³ Siempre y cuando dichos objetos no pertenezcan a la víctima u otro tercero afectado, supuestos en los cuales, los bienes deberán ser devueltos a sus legítimos propietarios.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 15-01-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO PENAL ADJETIVO

4.- TEMA: MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

5.- MÁXIMA

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS MEDIDAS DE CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO: DRD-6-340-2011

6.2.- FECHA: 11-08-2011

6.3.- RESUMEN

(...)

Antes de suscribir cualquier observación o comentario sustancial con respecto al escrito sometido al análisis de este Despacho, conviene detenernos en algunas consideraciones dogmáticas que inspiran el régimen de la protección cautelar en el proceso penal venezolano.

El artículo 285 numeral 3 de la Constitución de 1999, prescribe literalmente lo siguiente:

“Artículo 285.- Son atribuciones del Ministerio Público:

(...)

3. Ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores o las autoras y demás partícipes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración...”.

En esa misma dirección, el Código Orgánico Procesal Penal, al apuntar las atribuciones legales que han sido conferidas al Ministerio Público, dispone expresamente:

“Artículo 108.- Atribuciones del Ministerio Público. Corresponde al Ministerio Público en el proceso penal:

(...)

2. Ordenar y supervisar las actuaciones de los órganos de policía de investigaciones en lo que se refiere a la adquisición y conservación de los elementos de convicción.

11. Requerir del tribunal competente las medidas cautelares y de coerción personal que resulten pertinentes.

12. Ordenar el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados directamente con la perpetración del delito...”.

Y asimismo, el artículo 283 del Código Orgánico Procesal Penal, no vacila en prescribir lo que sigue:

“El Ministerio Público, cuando de cualquier modo tenga conocimiento de la perpetración de un hecho punible de acción pública, dispondrá que se practiquen las diligencias tendientes a investigar y hacer constar su comisión, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la responsabilidad de los autores y demás partícipes, y el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración”.

Pues bien, conforme los preceptos legales transcritos, es claro que el Ministerio Público tiene la posibilidad de solicitar la adopción de *medidas asegurativas* en el proceso penal. Todo proceso persigue un fin mediato: la obtención de una resolución judicial. No obstante, el proceso se identifica con un conjunto de actos y formalidades que corrientemente tienden a dilatarse en el tiempo. Precisamente por ello, el legislador ha diseñado diferentes mecanismos *cautelares* cuyo propósito es garantizar las piezas en que pueda fundarse una decisión verdaderamente justa; y no sólo eso, dispuso, asimismo, de elementos necesarios para que dicha resolución no quede ilusoria, irrealizable e intangible para las partes materiales y procesales del juicio. En resguardo de lo anterior, adelantaremos algunas consideraciones dogmáticas relacionadas con la “potestad cautelar” que ostenta el Ministerio Público en el proceso penal.

I. Potestad Cautelar en el Proceso Penal Venezolano. Las Medidas Asegurativas Cautelares y Probatorias según el Código Orgánico Procesal Penal.

Los mecanismos cautelares tienen como objeto preservar las condiciones objetivas en que se produjeron los hechos y, por supuesto, garantizar que el transcurso del tiempo no devendrá en un perjuicio irreparable para la justicia y para las partes del delito. En ese contexto, las *medidas cautelares penales* buscan asegurar la celebración del juicio, garantizar la protección de la víctima y procurar que los culpables reparen los daños causados por el delito. Así pues, es perfectamente factible hablar de un polivalente abanico de objetivos que procura toda providencia cautelar: por una parte, lograr la correcta celebración del juicio y garantizar la integridad de los medios probatorios y la presencia del imputado; y por otra, coadyuvar con la correcta ejecución de la sentencia, procurando la reparación de los daños ocasionados.

El Ministerio Público, como sujeto principal y parte procesal en el novísimo enfoque procesal penal venezolano, ostenta un *Poder Cautelar* que tiende, lógica y mediatamente, a la

culminación del proceso con una justa y adecuada resolución. En principio, el referido *Poder Cautelar* se traduce en un catálogo extenso de *medidas asegurativas* (cautelares y probatorias) que pueden recaer -dependiendo de cada caso en particular- sobre el imputado, y/o contemporáneamente, sobre objetos o cosas que guarden relación con la comisión del hecho delictivo. Así pues, con un mayor rigor técnico, antes de referirnos a un *poder cautelar*, de ahora y en lo sucesivo, preferimos acogernos al término de *medidas asegurativas* en el proceso penal.

En primer lugar, las medidas asegurativas cautelares podemos escindirlas en: (i) Medidas de Coerción Personal: como por ejemplo, las medidas cautelares sustitutivas (artículo 256 del Código Orgánico Procesal Penal) y la privación judicial de libertad (artículo 250 *ejusdem*); y, (ii) Medidas de Coerción Reales: como por ejemplo, el embargo, el secuestro, la prohibición de enajenar y gravar, y las medidas cautelares innominadas (artículos 585 y siguientes del Código de Procedimiento Civil).

Por otra parte, dentro de las medidas asegurativas probatorias encontramos: (i) El Decomiso; (ii) La Incautación; (iii) La Recolección de Bienes; y, (iv) La Clausura Asegurativa. Dichas medidas, tal y como lo dispone el artículo 283 del Código Orgánico Procesal Penal, tienen el cometido de procurar el "aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración del hecho criminal investigado".

A los efectos de la presente opinión, este Despacho dedicará los apartados subsiguientes sólo a la delimitación conceptual y dogmática de las *Medidas Asegurativas Cautelares* admisibles en el proceso penal venezolano.

II. Medidas Asegurativas Cautelares

Las *medidas cautelares* comparten una característica esencial: en todos los casos suponen una limitación en la esfera de los derechos personales y patrimoniales del imputado. Consecuencialmente, trátase de medidas asegurativas cautelares **personales** o **reales**, sus efectos colegirán necesariamente una restricción en la esfera de los derechos del imputado.

Las *medidas de aseguramiento personal* son aquellas que recaen directamente sobre el imputado, o en palabras con un mayor rigor técnico, aquellas que restringen o limitan su libertad física. La doctrina predominante entiende que la libertad, como valor y derecho supremo, no es susceptible de privación absoluta; únicamente puede ser limitada, restringida, pero nunca suprimida en su totalidad. Asimismo, el Estado, como detentador monopólico de la Administración de Justicia, es el único ente legitimado para imponer límites a la libertad individual; para ello, el legislador ha dispuesto de diversos mecanismos destinados a garantizar la eficacia del poder punitivo estatal. Entre tales mecanismos resaltan las *medidas de coerción personal*, distintas a las penas corporales definitivas, tendientes éstas últimas a reprimir la conducta delictual y servir de escarmiento al penalmente responsable. Aquellas, en cambio, cumplen una función netamente cautelar, pues garantizan las resultas del proceso y procuran una justicia palpable y material.

A diferencia de las *medidas de coerción personal*, las *reales* recaen sobre el patrimonio del imputado o de un tercero. En estos casos, la limitación incide sobre la libertad de disposición de un determinado bien, sea mueble o inmueble, y, por tanto, la restricción gravita sobre el patrimonio. En ese contexto, Aragüena Fanego, de modo genérico, define las *medidas de coerción real* "como aquellas medidas procesales que, recayendo de modo exclusivo sobre el patrimonio del

*legalmente obligado a su prestación, están específicamente orientadas al aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias derivadas del hecho punible por el que se procede a declarar en su día la sentencia*¹.

Las *medidas asegurativas cautelares* en el proceso penal básicamente responden al inventario previsto en el Código de Procedimiento Civil. En ese sentido, el artículo 551 del Código Orgánico Procesal Penal reza textualmente:

"Artículo 551. Remisión. Las disposiciones del Código de procedimiento Civil relativas a la aplicación de las medidas preventivas relacionadas con el aseguramiento de bienes muebles e inmuebles, serán aplicables en materia procesal penal".

Así pues, la norma transcrita nos obliga remitirnos al artículo 585 del Código de Procedimiento Civil:

"Artículo 585. Las medidas preventivas establecidas en este Título las decretará el juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama".

Adicionalmente, el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil tipifica el catálogo de *medidas cautelares* admisibles en nuestro ordenamiento jurídico, el cual, responde a un régimen *mixto* pues la protección cautelar no se circunscribe a un *numerus clausus* de mecanismos cautelares, sino que faculta a la autoridad judicial decretar cualesquiera otras providencias que considere adecuadas para garantizar los resultados del proceso (entiéndase: medidas cautelares innominadas). La norma invocada advierte que la autoridad judicial competente podrá decretar "*el embargo de bienes muebles, el secuestro de bienes determinados y la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles*"; y asimismo apunta que el "*Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra*"².

1. Características de las Medidas Asegurativas Reales

Los cuatro aspectos neurálgicos que definen todo mecanismo de protección cautelar son: (i) *Instrumentalidad*: Las *medidas asegurativas reales* no constituyen un fin en sí mismas sino que ellas tienden a garantizar la eficacia de una resolución judicial ulterior; (ii) *Provisionalidad*: Las consecuencias derivadas de la protección cautelar deducen una duración finita y subordinadas a los resultados de una decisión judicial; (iii) *Naturaleza Jurisdiccional*: En materia de *medidas cautelares reales*, el principio general es que las mismas sólo pueden acordarse previa autorización de una autoridad judicial³; y, (iv) *Oficialidad*: Con atención a lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 108 del Código Orgánico Procesal Penal, todo representante Fiscal está facultado para requerir al

¹Aragüena Fanego, Coral. "*Teoría General de las medidas cautelares reales en el proceso penal*". Barcelona, España, 1991. Página 119.

²Son estas las *medidas cautelares innominadas*. Vid artículo 588 del Código de Procedimiento Civil.

³Dicho principio general admite excepciones; el Ministerio Público podría, de *motu proprio*, ejecutar medidas cautelares sin autorización judicial previa, en los supuestos de flagrancia, inspecciones en la escena del crimen, registros nocturnos (artículo 204, numeral 1° y 3°), en inspecciones de personas (artículo 205 COPP), y en las inspecciones de vehículos (artículo 207 COPP). Fuera de tales supuestos, o de aquellos que la ley señala expresamente como diligencias tendentes a asegurar los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración del hecho punible, el Ministerio Público tiene vedado decomisar, ocupar o incautar bienes o limitar derechos de las personas.

tribunal competente el decreto de las medidas cautelares y de coerción personal pertinentes y necesarias para el esclarecimiento de los hechos objeto de la investigación. Consecuencialmente, los mecanismos cautelares legalmente establecidos no dependen del impulso de la parte materialmente afectada por el delito.

2. Requisitos de Procedencia de las *Medidas Asegurativas Reales*

La procedencia de cualquier *medida de aseguramiento cautelar* depende de que se acredite la concurrencia de dos extremos imprescindibles: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Al respecto, el profesor Tamayo explica:

"...es necesario distinguir entre los diversos poderes de que, en la fase preparatoria, dispone el fiscal del Ministerio Público. Y así vemos que existen poderes cuyo ejercicio está completamente remitido a su discreción, mientras que otros no pueden ser ejercitados si previamente no comprueba su fundamento jurídico... Ejemplo de lo segundo... como sería el caso de un vehículo hurtado que se encuentre en el garaje interno de una casa, cuyo ejercicio está condicionado por la verificación de unos determinados presupuestos (suficientes indicios de culpabilidad y periculum in mora), condicionamiento plenamente justificado en virtud de que con el ejercicio de este poder de disposición se va a producir una limitación en la esfera de los derechos, bienes personales, bienes patrimoniales del procesado"⁴.

Dedicaremos un apartado sumario a cada uno de los requisitos de procedencia aducidos:

2.1 *Fumus Boni Iuris*

El *fumus boni iuris* constituye el primer requisito que debe verificar el juez al enfrentarse a la obligación de dictar una providencia cautelar. Se trata de la indagación que hace el órgano judicial sobre la posibilidad cualificada, sobre la apariencia cierta, de que el derecho involucrado por el solicitante de la medida cautelar en la realidad exista y que, en consecuencia, será efectivamente reconocido mediante la sentencia definitiva.

Así pues, el *fumus boni iuris* es producto de un juicio breve y sumario hecho por el juez y que hace a éste presumir sobre las probabilidades de triunfo de quien solicita la providencia cautelar, acerca de la verosimilitud de los derechos que ha invocado como propios, y, en fin, sobre el cumplimiento de los requisitos que fueren necesarios para que su pretensión de fondo sea declarada con lugar. De manera que, de forma alguna, esa decisión provisional ata al juez al momento de dictar su fallo definitivo luego del estudio minucioso y reflexivo de los hechos objeto de la investigación y del ordenamiento jurídico, quien conserva para esa oportunidad total libertad de decisión para confirmar o revocar su pronunciamiento previo.

De acuerdo con las precisiones expuestas *supra*, oportuno es señalar que el *fumus boni iuris* se traduce en la existencia de un juicio o razonamiento judicial, mediante el cual, se prevén las probabilidades sólidas de que el solicitante de la medida será beneficiado por lo dispuesto en la resolución judicial definitiva⁵.

⁴ Tamayo Rodríguez, José Luis. *"Medidas cautelares o de Coerción Real en el COPP"*. Caracas, 2002.

⁵ Nuevamente Aragüena Fanego, citando a su vez al maestro Calamandrei, complementa con lo siguiente: *"El fumus boni iuris – o apariencia del derecho – supone que a la adopción de una medida cautelar debe preceder – nos dice Calamandrei –*

No obstante, en materia procesal penal la perspectiva de lo planteado cambia radicalmente. Tal y como afirma Gimeno Sendra: "...considerando que tanto las medidas cautelares personales como las patrimoniales y en lo que al responsable criminal se refieren, más que un juicio o razonamiento positivo respecto a una previsible resolución final favorable a quien solicita la medida cautelar, exigen la razonable atribución a una persona determinada de la comisión del hecho punible"⁶. O en palabras propias de Ortells Ramos, la imposición de una providencia cautelar depende de "un juicio sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida y, en consecuencia, sobre la futura imposición al mismo de una pena"⁷. Así pues, la formulación del presupuesto *in commento* en instancias penales, evidencia evidentes diferencias con respecto al ámbito civil.

En efecto, el proceso civil requiere que el solicitante de una medida cautelar ostente la *apariencia buena de ser titular del derecho que se reclama*. Sin embargo -y ello funge como una acotación obvia- el objeto, naturaleza, fines y presupuestos del proceso civil difieren radicalmente del proceso penal; precisamente por ello, el profesor Tamayo antes de referirse al *fumus boni iuris*, prefiere hablar de "*suficientes indicios de culpabilidad*" (junto con el *periculum in mora*) como presupuesto fundamental de las *medidas cautelares reales*⁸. Trátese de *indicios de culpabilidad* o de *indicios de criminalidad*, ambas expresiones son amparadas por las conclusiones de Aragüena Fanego:

"...expresión ésta que circunscribe o acota el objeto sobre el cual deberá recaer la valoración del órgano jurisdiccional, radicalmente diverso al objeto civil, y que conlleva además, como sabemos, una doble alteración con respecto a este ámbito relativa, de un lado, al sujeto que va a ser centro de tal valoración judicial (el favorecido por la medida, en el civil; el gravado con ella, en el penal) y, de otro, al signo que debe arrojar tal valoración (positivo, en el civil; negativo, en el penal).

Concluimos sosteniendo, por tanto, la validez del fumus en el proceso penal, aún cuando entendido de modo radicalmente opuesto al civil, ya que aquí, habida cuenta de las acusadas diferencias existentes, entendemos que más que de fumus boni iuris habría que hablar del fumus mali iuris o, como propone Guariniello de fumus commisi delicti..."⁹.

2.2 Periculum in mora

Ya Chiovenda advertía en su momento que el tiempo invertido en la motorización de un proceso no podría devenir en un perjuicio para quien ostentara la razón. Partiendo de dicha premisa, las *medidas cautelares* son instrumentos tendentes, precisamente, a impedir que el

un preventivo cálculo de probabilidades sobre lo que podrá ser el contenido de la futura resolución principal, cálculo del que el Órgano Jurisdiccional pueda extraer la conclusión de que la resolución final declarará el derecho en sentido favorable a quien solicita la medida cautelar. La Cognición cautelar se limita, en todo caso, a un juicio de 'probabilidad' y 'verosimilitud' del cual Calamandrei resalta su carácter hipotético, carácter que está íntimamente unido a la naturaleza misma de la medida cautelar, constituyendo, además, un aspecto necesario de instrumentalidad'. Ob. Cit. Página 22.

⁶Gimeno Sendra, Vicente. "*El proceso de Habeas Hábeas*". Madrid, 1985. Páginas 65 y 32.

⁷Ortells Ramos, Manuel. "*Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal*". R.G.L.J. Madrid, 1978. Página 472,

⁸Con similar fórmula se pronuncia el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Español, cuando requiere el examen de los "*indicios de criminalidad*" para acordar la protección cautelar solicitada.

⁹Aragüena Fanego, Coral. "*Teoría General de las medidas cautelares reales...*". Páginas 47 y 48. Asimismo Vid. Pié de Página N° 39.

transcurso del proceso atente contra quien defiende una pretensión justificada¹⁰. Aragüena Fanego sostiene *ab initio* lo siguiente:

"...podría decirse que el concepto de 'periculum in mora' se determina por la concurrencia de dos elementos: en primer lugar, la necesidad de que a la resolución final preceda un periodo de tiempo, más o menos largo, para que puedan ser realizados todos aquellos actos que resultan indispensables para que tal resolución pueda ser dictada, aspecto éste al que Calamandrei se refirió con la terminología de 'peligro de retraso'... y que, como señaló Rocco, resulta necesario para que la resolución nazca con las mayores garantías de justicia. En segundo lugar, el elemento al que el maestro italiano designó con la expresión 'peligro de infructuosidad'... y que supone la posibilidad de que durante ese lapso de tiempo se sucedan hechos o acciones que imposibiliten o dificulten la efectividad práctica de la resolución principal, al haber disminuido o desaparecido los bienes sobre los cuales hubiera podido hacerse efectiva la ejecución"¹¹.

La procedencia de toda providencia cautelar se ve sujeta a la comprobación *ex ante* de los perjuicios susceptibles de ser soportados por los afectados del hecho penalmente reprochable. Con el propósito único de esquivar los efectos dañinos que derivan de la dilatación natural del *iter procedimental*, es que las medidas cautelares se erigen como mecanismos idóneos tendentes a evitar que la prolongación del proceso no devenga en la inejecutabilidad del fallo definitivo. He allí precisamente el espíritu mismo del *periculum in mora* como requisito de procedencia obligado de todo mecanismo cautelar: *que la ejecución de la resolución judicial definitiva no sobrevenga en ilusoria o de imposible cumplimiento*.

¹⁰ En el campo del *Derecho Administrativo* -pero perfectamente vigente en nuestra disciplina- el maestro Canova González, refiriéndose a la máxima *in commento*, sostiene: "*Este precepto del Derecho... está en total concordancia con la garantía de la tutela judicial efectiva, ya que poco efectiva será la protección de derechos de los ciudadanos que prestaría el Estado si permitiera que el transcurso del tiempo indispensable para poder declarar tales derechos, es decir, el proceso en sí, constituya un menoscabo para su disfrute pleno por el titular*". Canova González, Antonio. "*Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*". Editorial Sherwood. Colección Contencioso Administrativo N° 1. Caracas, 1998. Página 273. El propio Chiovenda advertía que las medidas asegurativas respondían a la "*necesidad efectiva y actual de alejar el temor de un daño jurídico*". Chiovenda, Giuseppe. "*Istituzioni di diritto processuale civile*". Volumen I. 2da. Edición. Nápoles, 1935. Páginas 250 y 251.

¹¹ Aragüena Fanego, Coral. "*Teoría General de las medidas cautelares reales...*". Página 50.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 06-02-2012

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE DEFENSA INTEGRAL DEL AMBIENTE Y DELITO AMBIENTAL

3.- TIPO DE DOCTRINA: PROTECCIÓN DEL AMBIENTE.

4.- TEMA: MEDIDAS JUDICIALES PRECAUTELATIVAS

5.- MÁXIMA

EL PRINCIPIO PRECAUTORIO, 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. ES ESENCIALMENTE UNA MEDIDA PROACTIVA, HACIA EL FUTURO.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO 24-F40NN-0234-11

6.2.- FECHA: 21/12/2011

6.3.- RESUMEN

“En fecha 19-12-2011, el Ministerio Público procedió a dar inicio a la investigación asignándole el Nro 24F40NN-0234-11, por la presunta comisión del delito de INUNDACIÓN, previsto y sancionado en el artículo 348 del Código Penal, EXTRACCIÓN ILÍCITA DE MATERIALES, y DEGRADACIÓN DE SUELOS, TOPOGRAFÍA Y PAISAJE, previsto y sancionado en los artículos 31 y 43 de la Ley Penal del Ambiente, respectivamente, en perjuicio de la COLECTIVIDAD.

En fecha 19-12-2011, el Ministerio Público en compañía de los Ingenieros (...) y (...), Presidente y Vice-Presidente respectivamente del Instituto para el Control y Conservación de la Cuenca del Lago de Maracaibo, conjuntamente con Funcionarios de la Primera División de Infantería del Ejército Bolivariano, realizaron Inspección Aérea, Fijaciones Fotográficas y Terrestre a bordo de un helicóptero adscrito al Ejército Venezolano de acuerdo a lo establecido en el artículo 202 del Código Orgánico Procesal Penal, en el Sector San Isidro, Parroquia San Isidro Municipio Maracaibo estado Zulia, específicamente en el Hato Los Gorditos, donde se dejó constancia de lo siguiente: *“existencia en ese predio rural de una excavación de aproximadamente 200 mts de largo x 100 de ancho y 12 metros de profundidad, la cual se encontraba totalmente llena de agua producto de las precipitaciones acaecidas en el Sector en los últimos días, asimismo se observó en uno de los linderos de la excavación, un sitio por donde se desbordó la misma agregando un gran caudal de agua hacia los Sectores aledaños causando inundación aguas abajo. Se verificó la existencia de una vía de acceso a la excavación en la cual se observan huellas de maquinaria pesada. En el recorrido terrestre se pudo observar, que la excavación antes mencionada se encuentra aproximadamente a 15 metros de una vía de acceso o Terraplén debajo del cual se*

encuentra el Gasoducto Transcaribeño Antonio Ricaurte y aproximadamente a 15 metros la existencia de otra excavación de menos dimensiones dispuesta para las actividades de extracción de minerales no metálicos también colmatada de agua de lluvia. Desde el recorrido aéreo se observó desde una perspectiva panorámica que la dinámica del fluido de las aguas dada la pendiente existente en el lugar, permitió la colmatación de ambas excavaciones, produciendo agregar al caudal natural que discurre por el sector producto de las lluvias, el volumen de agua retenido en dichas excavaciones"

El Principio Precautorio, 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. Es esencialmente una medida proactiva, hacia el futuro.

"...Que el derecho al ambiente sano implica la protección de los derechos legítimos, colectivos y difusos..."

"...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 el caso que nos ocupa, es menester resaltar el contenido del artículo 35 del Decreto 2219 de fecha 23-04-1992, referido a las Normas para Regular La Afectación de Los Recursos Naturales Renovables Asociada a La Exploración y Extracción De Minerales, publicada en Gaceta Oficial N° 4.418 Extraordinario del 27 de abril de 1992:

Artículo 35. Las personas autorizadas para realizar cualquier actividad de exploración y extracción de minerales en un área determinada serán responsables de recuperarla de la degradación ambiental que ocasionen o de resarcir al Estado los gastos pertinentes, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 27 de la Ley Orgánica del Ambiente.

En perfecta consonancia de los preceptos constitucionales relativos a la valoración del ambiente como un derecho humano fundamental, así como el artículo 31 y 43 de la Ley Penal del Ambiente, regulan aspectos que versan sobre la explotación de los suelos complementando la conducta que regula con lo dispuesto en las normas del Decreto 2219 antes descrito, por mandato del artículo 8 de la Ley Sustantiva Ambiental.

Estas disposiciones según el artículo 1 del aludido Decreto, tienen por objeto establecer los requisitos para obtener autorizaciones y aprobaciones para la ocupación del territorio, y para la afectación de los recursos naturales renovables, así como lineamientos que permitan controlar las actividades de exploración y extracción de minerales metálicos y no metálicos a cielo abierto, a los fines de atenuar el impacto ambiental que puedan ocasionar tales actividades.

Así las cosas, la autorización otorgada en fecha 06-01-2010 bajo el Oficio Nro 0021 por la Dirección Estatal Ambiental Zulia del Ministerio del Poder Popular Para el Ambiente, al Administrado (...) en su carácter de propietario y/o representante legal del Fundo Hato Los Gorditos, ubicado en el Sector San Isidro, Parroquia San Isidro, Municipio Maracaibo estado Zulia, para la Afectación de Recursos Naturales en la actividad de EXTRACCIÓN DE MINERALES NO METÁLICOS DE TIPO I, en

una superficie de 14.50 hectáreas; cuya vigencia fue de un (01) año (vencida para el momento del hecho), disponía dar cumplimiento al artículo 35 del Decreto 2219, vale decir, recuperar el área afectada de la de la degradación ambiental o de resarcir al Estado los gastos pertinentes, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 27 de la Ley Orgánica del Ambiente.

Dentro de este orden de ideas, la inspección Aérea y Terrestre efectuada por el Ministerio Público en fecha 19-11-2011, evidenció de manera notoria que el administrado (...) en su carácter de propietario y/o representante legal del Fundo Hato Los Gorditos, no acometió medidas de mitigación, recuperación y restauración del área afectada producto de la explotación del mineral no metálico (arena) permisado, y más grave aún continuó permitiendo que se ejecutaran tales extracciones en el tiempo y consecuentemente produjo la contribución a la inundación producto de la gran pluviometría acaecido en la zona. De allí la urgencia en la práctica de las medidas que se solicitaron y fueron acordadas por el Juzgado Noveno de Primera Instancia en Funciones de Control del estado Zulia, en fecha 21 de diciembre de 2011, en los siguientes términos:

PRIMERO: Se ordena la paralización de las actividades de Extracción de Minerales No Metálicos (Arena y/o capa vegetal) en el Fundo Hato Los Gorditos, ubicado en el Sector San Isidro, Parroquia San Isidro, Municipio Maracaibo estado Zulia, hasta tanto la Dirección Estatal Ambiental Zulia del Ministerio del Poder Popular Para el Ambiente, realice un Estudio de Suelos y Topografía del área que determine o cualquier otro estudio específico que permita determinar la viabilidad o no de continuar generándose autorizaciones de explotación de mineral no metálico en dicho Fundo.

SEGUNDO: Se ordena al Ciudadano: (...), para que en un lapso de cinco (05) días continuos de haber sido notificado, presente a la Dirección Estatal Ambiental Zulia del Ministerio del Poder Popular Para el Ambiente con copia al Ministerio Público, "UN PLAN DE ACHIQUE" para disminuir y/o rebajar el nivel de agua contenido en la excavación u hoyo que abarca la superficie del Fundo Hato Los Gorditos, ubicado en el Sector San Isidro, Parroquia San Isidro, Municipio Maracaibo estado Zulia; debiendo éste organismo evaluarlo y pronunciarse hasta que sea viable dicha actividad, la cual deberá supervisarla con apoyo del Ejército Bolivariano acantonado en la Zona Comando 103 GAC/LM G/J "JOSÉ GREGORIO MONAGAS" 1era División de Infantería e informar al Tribunal y al Ministerio Público.

TERCERO: Se ordena al Ciudadano: (...), V.- 9.769.980, para que en un lapso de Diez (10) días continuos de haber sido notificado, presente a la Dirección Estatal Ambiental Zulia del Ministerio del Poder Popular Para el Ambiente con copia al Ministerio Público, UN PLAN DE SANEAMIENTO DE LA SUPERFICIE AFECTADA EN EL FUNDO HATO LOS GORDITOS, ubicado en el Sector San Isidro, Parroquia San Isidro, Municipio Maracaibo estado Zulia; producto de la extracción de minerales no metálicos (arena); debiendo éste organismo evaluarlo y pronunciarse hasta que sea viable dicha actividad, la cual deberá supervisarla con apoyo de Funcionarios del Ejército del 103 GAC/LM G/J "JOSÉ GREGORIO MONAGAS" Ejército Bolivariano, e informar al Tribunal y al Ministerio Público.

CUARTO: Se prohíbe la circulación de maquinaria pesada y/o vehículos no permisados por la Empresa Pdvs Gas S.A o Cuerpos de Seguridad, a una distancia de 21 metros del Gasoducto Transcaribeño Antonio Ricaurte, equivalente a 6 metros de Franja de Máxima Seguridad y 15 metros de Franja de Resguardo; ya que se considera un Área de Protección de Obra Pública y merecen amparo especial a tenor de lo establecido en el artículo 15 y 16 numeral 6 de la Ley

Orgánica Para la Ordenación del Territorio; Así como prohibición de actividades que impliquen la utilización de maquinaria pesada a una distancia de 50 metros del Gasoducto en cuestión.”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 15-08-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE CONSULTORÍA JURÍDICA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO PENAL ADJETIVO

4.- TEMA: NUEVAS VÍCTIMAS DE UN HECHO QUE YA ESTÁ SIENDO INVESTIGADO.

5.- MÁXIMA

NO ES PROCEDENTE ORDENAR EL INICIO DE UNA NUEVA INVESTIGACIÓN CUANDO APAREZCAN NUEVAS VÍCTIMAS DE UN HECHO QUE YA ESTÁ SIENDO INVESTIGADO. EL PROPIO CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL CONTEMPLA LAS FORMAS EN QUE ÉSTAS PUEDEN INCORPORARSE AL PROCESO, INDEPENDIEMENTE DE LA FASE PROCESAL EN QUE SE ENCUENTRE LA CAUSA.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO: OFICIO N° DCJ-15-1173-2011-0040330

6.2.- FECHA: 15-08-2011

6.3.- RESUMEN

Me dirijo a usted, en la oportunidad de referirme a su comunicación N° MER-4-2011-1451, por medio de la cual plantea la situación ocurrida en la causa signada con el N° 14F4-0306-10, seguida contra los ciudadanos (...), (...) y (...).

En relación con ello, manifiesta que conjuntamente con otras representaciones del Ministerio Público presentó escrito acusatorio en la causa en cuestión, pero resulta ser que la conducta desplegada por los acusados afectaron a múltiples víctimas, motivo por el cual, aún se continúan recibiendo denuncias de personas que se encuentran afectadas por los mismos hechos, a pesar de la existencia de un acto conclusivo ya presentado.

Es ante tal situación que solicita la opinión de este órgano asesor, con el propósito de incorporar las nuevas víctimas al proceso penal.

Ahora bien, 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 1999, relativa al procedimiento para solicitar instrucciones y elevar consultas, la cual establece:

“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.”

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.

Ahora bien, como es bien sabido la víctima es una de las partes en el proceso penal, y su protección es de rango constitucional, ya que el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone:

“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.”

Esta norma guarda estrecha relación con el artículo 26, que contempla la tutela judicial efectiva de la siguiente manera:

(...)

Estas normas de rango constitucional, que en forma general protegen a la víctima, garantizándole el derecho de acceso a los órganos de justicia, y a obtener una decisión a la mayor brevedad posible, encuentran repercusión en el Código Orgánico Procesal Penal, que en su artículo 23 establece la protección a las víctimas de la siguiente manera:

(...)

El principio procesal de protección a la víctima encuentra su desarrollo en forma más amplia en el artículo 120 *eiusdem*, según el cual el derecho de acceso a la órganos de administración de justicia penal implica el derecho de presentar querrela, de adherirse a la acusación fiscal o presentar una acusación particular propia, ejercer las acciones civiles para reclamar las reparaciones a que haya lugar, a ser notificada de la resolución del fiscal que ordena el archivo de los recaudos, ser oída por el tribunal antes de decidir acerca del sobreseimiento o antes de dictar cualquier otra decisión que ponga termino al proceso o lo suspenda condicionalmente. También tiene el derecho de apelar la decisión que acuerde el sobreseimiento y de la sentencia absolutoria.

Dicho esto, se debe precisar que es la fase de investigación la oportunidad procesal correspondiente para que el fiscal del Ministerio Público practique todas las diligencias tendientes a investigar y hacer constar la comisión del hecho punible, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la responsabilidad de los demás autores y partícipes, y el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con el hecho, toda vez que así lo establece el artículo 283 del Código Orgánico Procesal Penal.

De ello se desprende que una eficiente labor investigativa pasa por identificar todas las personas involucradas con el hecho, bien sea como imputados o víctimas.

En este contexto, es necesario acotar que si bien es cierta la protección que se le ha brindado a la víctima, garantizando sus derechos y estableciendo los mecanismos necesarios para que se involucre e intervenga en el proceso penal, no es menos cierto que la figura central es el imputado, y es en torno a él que giran las diversas etapas del proceso penal.

No obstante, la víctima es una parte relevante del proceso, por ser la afectada por la conducta desplegada por el imputado, más ello no quiere decir que su presencia o participación sea obligatoria en todo el recorrido del proceso, como si ocurre con el imputado.

De acuerdo con Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre L, en su obra "El Proceso Penal":

"La participación de la víctima y los perjudicados en el proceso se explica por la protección del derecho a la verdad, la justicia y la reparación. La víctima tiene derecho a que se esclarezca lo que ocurrió y, a partir de ello, que se logre la reparación de los daños que el autor del hecho punible ha causado. La justicia no sólo se refiere a la sanción del responsable, sino que involucra medidas de justicia simbólica..." (2004, 130).

Es por ello, que con la finalidad de garantizar la justicia, la participación de la víctima y la reparación del daño, que el propio legislador, ha establecido en el mencionado artículo 120 del Código Orgánico Procesal Penal, las oportunidades procesales que tiene para intervenir, así como los mecanismos para hacerlo.

Entonces, en el caso de que aparezcan víctimas de un hecho punible, luego de presentado el acto conclusivo de acusación, lo primero que corresponde hacer al representante del Ministerio Público es verificar la conjunción entre el hecho investigado y la cualidad de la persona, ya que de no ser así debería iniciarse una nueva investigación.

Una vez verificada la relación entre la persona y la causa, deberá ser informada de los derechos que a su favor establecen las leyes, al igual que las diferentes formas que tiene de participar en el proceso penal, dependiendo de la etapa procesal en que se encuentre.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 15-03-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO PENAL ADJETIVO

4.- TEMA: OFRECIMIENTO DE LA DENUNCIA Y ACTAS DE ENTREVISTAS COMO MEDIOS DE PRUEBA

5.- MÁXIMA

EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO NO PUEDE PROMOVER COMO MEDIOS PROBATORIOS LAS ACTAS DE ENTREVISTAS SUSTANCIADAS EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN, SINO QUE DEBE OFRECER LOS TESTIMONIOS PERSONALES DE CADA UNO DE LOS INFORMANTES, FUNCIONARIOS Y TESTIGOS QUE RESULTARON ENTREVISTADOS, CON EL OBJETO DE QUE RATIFIQUEN EN JUICIO SUS INFORMACIONES Y DEPOSICIONES ESCRITAS.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO DRD-18-079-2011

6.2.- FECHA: 04-04-2011

6.3.- RESUMEN

(...)

Adicionalmente, el Fiscal del Ministerio Público, al momento de promover las “pruebas testimoniales” que acreditaban la supuesta comisión del hecho punible inquirido, ofrece como medios probatorios: (i) la denuncia interpuesta por la ciudadana **G G V M**, en su condición de víctima en el proceso penal instruido; y, (ii) las distintas actas de entrevistas suscritas por dicho Despacho al momento de recibir las deposiciones de cada uno de los testigos e informantes que participaron en la sustanciación de la fase de investigación.

Sobre el particular, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en jurisprudencia reciente, no ha vacilado en afirmar lo siguiente:

“Por ello, dado que entre los distintos principios o instituciones que integran y dan sustancia a la noción de orden público constitucional, se encuentran fundamentalmente, por una parte, el derecho a la defensa, el cual implica dentro del ámbito procesal penal, entre otras cosas, que el proceso sea contradictorio a los fines de que las partes hagan valer sus derechos e intereses legítimos; y por otra parte, al

principio de presunción de inocencia, que implica en el caso de la prueba testimonial la exigencia de la inmediación del juez respecto a la deposición del testigo; y dada la decisión del Juez Cuadragésimo Noveno de Control de incorporar a través del artículo 339.2 del Código Orgánico Procesal Penal - por su lectura-, las actas contentivas de la declaración de dos personas levantadas en el transcurso de la investigación, sin que se les convoque a comparecer al juicio oral a deponer como testigos, esta Sala considera que tal proceder del mencionado Juez de Control constituye una violación del derecho a la defensa y del principio de presunción de inocencia, y en consecuencia, establece con carácter vinculante que los testimonios escritos, como consecuencia de la inmediación deben ser ratificados en juicio¹. (Negritillas nuestras)

A la luz de lo transcrito antes, el Fiscal no debió promover como medios probatorios las actas de entrevistas sustanciadas en la fase de investigación, sino que debió ofrecer los testimonios personales de cada uno de los informantes, funcionarios y testigos que resultaron entrevistados con el objeto de que ratificaran en juicio sus informaciones y deposiciones escritas.

¹Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, suscrita en fecha 20 de junio de 2005 (N° 1303. Expediente 04-2599).

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 06/02/2012

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE DEFENSA INTEGRAL DEL AMBIENTE Y DELITO AMBIENTAL

3.- TIPO DE DOCTRINA: PROTECCIÓN DEL AMBIENTE. MEDIDAS JUDICIALES PRECAUTELATIVAS.

4.- TEMA: PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS

5.- MÁXIMA

CONSIDERA EL MINISTERIO PÚBLICO QUE EL OBJETIVO ESENCIAL DE ESTAS MEDIDAS, ES ASEGURAR QUE LAS ACTIVIDADES DE SANEAMIENTO, CONSTRUCCIÓN, RECUPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LOS MUROS, DIQUES Y DEMÁS DEFENSAS DE LAS AGUAS DEL RÍO CHAMA, SE REALICEN POR PARTE DE LOS ORGANISMOS COMPETENTES, SIN LOS INCONVENIENTES PRESENTADOS POR LOS LUGAREÑOS DE LA ZONA, 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 Y ES QUE LAS MEDIDAS DEBIDO A LA URGENCIA TIENEN EN PRINCIPIO UN ROL TEMPORAL, SUBSISTEN MIENTRAS DURE EL DAÑO O EL RIESGO DE DAÑO Y TIENDEN INCLUSO A FORZAR A LOS AGRESORES A ADECUARSE A LAS FORMALIDADES EXIGIDAS POR LAS LEYES, REGLAMENTOS O PERMISOS.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO S/N

6.2.- FECHA: 19/12/2011

6.3.- RESUMEN

“Las fuertes lluvias en el oriente colombiano y occidente venezolano que han provocado el desbordamiento de los principales ríos del sur del lago que drenan hacia el lago de Maracaibo, produjeron el desbordamiento y rotura de muros a ambas márgenes del Río Chama, afectando a centros poblados y zonas de producción agropecuaria, ocasionando grandes daños y pérdidas humanas.

Esta situación produjo por parte del Ejecutivo Nacional la Declaratoria de Emergencia de la Zona Sur del Lago, para iniciar las actividades de saneamiento, construcción, recuperación y

mantenimiento de los muros, diques y demás defensas de las aguas del Río Chama, bajo la dirección técnica del ministerio del poder popular para el ambiente, en estrecha coordinación con el distrito militar no. 2.

Estas actividades de saneamiento se han ido ejecutando progresivamente por parte de las autoridades competentes, sin embargo se han venido suscitando varios inconvenientes tales como dificultad para el derecho de paso, el préstamo para acarrear material para la reconstrucción y reparación de los muros, problemas con los ocupantes de las zonas protectoras del río, siembra dentro de la zona protectora y sobre los diques, presencia de alcantarillas en los diques de protección, existencia de drenajes artificiales, pastoreo de ganado sobre los muros, construcción de muros entre el dique de contención y el río lo que ocasiona el estrangulamiento del caudal del río, la resistencia de los lugareños de la zona para evitar las ejecuciones de los organismos competentes en forma técnica.

Considera el Ministerio Público que el objetivo esencial de estas medidas, es asegurar que las actividades de saneamiento, construcción, recuperación y mantenimiento de los muros, diques y demás defensas de las aguas del Río Chama, se realicen por parte de los organismos competentes, sin los inconvenientes presentados por los lugareños de la zona, 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 y es que las medidas debido a la urgencia tienen en principio un rol temporal, subsisten mientras dure el daño o el riesgo de daño y tienden incluso a forzar a los agresores a adecuarse a las formalidades exigidas por las leyes, reglamentos o permisos.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece como un derecho fundamental **EL DERECHO A UN AMBIENTE SEGURO, SANO Y ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO**, así nuestra Carta Magna establece 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, 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, y 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.

De allí la urgencia en la práctica de las medidas que se solicitaron y fueron acordadas por el Juzgado Tercero de Primera Instancias en Funciones de control del Circuito Judicial del estado Zulia, Extensión Santa Bárbara, en fecha 28 de abril de 2011, en los siguientes términos:

PRIMERO: Prohibición a todos los ocupantes de los predios ubicados en la zona de influencia de la cuenca media, y baja del río Chama, de la colocación de alcantarillas o tubos en los muros de contención existentes u otro tipo de estructuras.

SEGUNDO: Prohibición a todos los ocupantes de los predios ubicados en la zona de influencia de la cuenca media, y baja del Río Chama, la construcción de drenajes artificiales dirigidos hacia el cauce de dicho río, permitiendo el drenaje solo por sistema de bombeo, por encima del muro de contención sin perjudicar las estructuras existentes.

TERCERO: Solo se permite el establecimiento de gramíneas sobre los diques de contenciones existentes y por construir, en toda la trayectoria de la cuenca media y baja del Río Chama, hasta la desembocadura, para evitar el deterioro de los mismos.

CUARTO: Se permite el acceso y paso hacia el Río Chama a todas a las autoridades competentes en todos los Fundos que se encuentran ubicados en el área de influencia del Río Chama, con el objeto de facilitar los trabajos de saneamiento, construcción, recuperación y mantenimiento de los muros, diques y demás defensas de las aguas del Río Chama y a los fines de solucionar la problemática generada por su desbordamiento.

QUINTO: Prohibición a todos los ocupantes de los predios ubicados en la zona de influencia de la cuenca media, y baja del Río Chama, la realización de actividades susceptibles de degradar el ambiente, relacionadas con la tala de especies forestales, quema de vegetación, movimientos de tierra, establecimientos de cultivos, agrícolas y pastoreo de animales sobre los muros de contención localizados en toda la trayectoria de la cuenca media y baja del Río Chama, hasta su desembocadura.

SEXTO: Una vez culminados los trabajos generados por la Emergencia Decretada por el Ejecutivo Nacional en la Zona Sur del Lago, el Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, deberá mantener un seguimiento o supervisión ambiental en toda la trayectoria de la cuenca media y baja del Río Chama, hasta su desembocadura, a fin de evitar en lo sucesivo, este tipo de contingencias.

SEPTIMO: Se comisiona al Ministerio del Poder Popular para el Ambiente y el Distrito Militar No. 2 de la Dirección Estatal Ambiental Zulia, para que de forma coordinada realicen conjuntamente con el Ministerio de Agricultura y Tierras (MAT), Instituto nacional de Tierras (INTI), el Fondo de Desarrollo Agrícola y Social (FONDAS) y el Instituto para la Conservación del Lago de Maracaibo (ICLAM), con la activa participación de los consejos Comunales, la organización de actividades de educación ambiental a los ocupantes de los predios ubicados en la zona de influencia de la Cuenca media, y Baja del Río Chama, sobre el uso adecuado del recurso suelo, agua y biota, así como el establecimiento de cultivos agrícolas para la zona y usos de fertilizantes y insecticidas (pesticidas, herbicidas, etc) utilizándolos con criterio técnico, ya que estos se infiltran en el suelo y percolan hasta el curso de agua desembocando aguas abajo al sur del Lago de Maracaibo.

OCTAVO: Se ordena al Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, realizar talleres o charlas de concientización y sensibilización ambiental, a los ocupantes de los predios ubicados en la zona de influencia de la Cuenca Media, y Baja del río Chama, sobre la importancia de este curso de agua, e instarlos al cumplimiento de la normativa ambiental, a los fines de conservar la zona

protectora del tantas veces mencionado Río Chama todo ello con la finalidad de proteger los intereses del Estado Venezolano.”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 06-02-2012

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE DEFENSA INTEGRAL DEL AMBIENTE Y DELITO AMBIENTAL

3.- TIPO DE DOCTRINA: PROTECCIÓN DEL AMBIENTE

4.- TEMA: PROTECCIÓN DE PARQUES NACIONALES (FUN RACE I)

5.- MÁXIMA

LOS PARQUES NACIONALES SOLAMENTE SE UTILIZARAN PARA LA EDUCACIÓN DEL PÚBLICO, PARA TURISMO O INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS EN LAS CONDICIONES QUE PERMITEN LOS DECRETOS Y RESOLUCIONES DICTADOS A TRAVÉS DEL INSTITUTO NACIONAL DE PARQUES. EN ESTE SENTIDO EL ARTÍCULO 8 DE LA LEY PENAL DEL AMBIENTE ESTABLECE QUE PARA ESTAR EN PRESENCIA DE UN ÁREA BAJO RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN ESPECIAL (ABRAE) TIENE QUE ESTAR REGULADA EN EL ARTÍCULO 58 DE LA MISMA LEY PENAL SUSTANTIVA, Y DEBE ESTAR NECESARIAMENTE ESTABLECIDA EN UNA LEY, REGLAMENTO DEL EJECUTIVO NACIONAL O EN UN DECRETO APROBADO EN CONSEJO EN MINISTROS Y PUBLICADO EN GACETA OFICIAL.

EL OBJETIVO ESENCIAL DE ESTAS MEDIDAS, ES PROHIBIR LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS TIPO RÚSTICO 4X4, HASTA “RECUPERAR DE MANERA GRADUAL Y ESPONTÁNEA LAS AFECTACIONES OCASIONADAS PRODUCTO DE LAS ACTIVIDADES DE RUSTIQUEOS Y APERTURAS DE CAMINOS VERDES (TROCHAS)”, PARA ASEGURAR EL CESE DE LOS DAÑOS Y MOLESTIAS O RIESGOS QUE DE ELLO SE PRODUZCA, DEBIDO A LAS ACTIVIDADES DESARROLLADAS POR LA ORGANIZACIÓN FUN RACE Y ASOCIACIONES O EMPRESAS HOMOLOGAS. 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.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO 07-F12A-2C-GSA-0003-09.

6.2.- FECHA: 19/12/2011

“En fecha veintiocho (28) de enero de 2009, esta representación fiscal, ordenó el inicio de investigación penal ambiental, por la presunta comisión de delitos ambientales tipificados en los artículos 42, 43 y 58 de la ley penal del ambiente referidos a Actividades y Objetos Degradantes, Degradación de Suelos, Topografía y Paisaje y Actividades en Áreas Especiales y Ecosistemas Naturales cometidos presuntamente en el Parque Nacional Canaima, específicamente en el sector oriental (la Gran Sabana), municipio Gran Sabana del estado Bolívar, relacionadas con las prácticas efectuadas por conductores de vehículos conocidas como Fun Race 4x4 (rustiqueo), las cuales tienen un alto poder de destrucción de los suelos y vegetación existentes en estas áreas de interés turísticos altamente visitadas.

La doctrina define lo que se entiende por Parque Nacional y señala que son aquellos espacios naturales protegidos que adquiere esta figura que asocia la protección de la totalidad de la vida animal y vegetal con la actividad recreativa, esto ilustra la protección global y dinámica de la naturaleza que se otorga a los parques y queda prohibida la explotación de sus recursos naturales, la razón es obvia, los parques nacionales son, de muchos sentidos, de verdaderos laboratorios científicos que aseguran eficazmente la salvaguarda del patrimonio natural, como las especies vegetales, raras especies animales amenazadas, sistemas ecológicos que establecen hábitats naturales, recursos escénicos y esta salvaguarda es fundamental porque el equilibrio de la existencia humana depende ella.

Los Parques Nacionales solamente se utilizaran para sola y educación del público, para turismo o investigaciones científicas en las condiciones que permiten los decretos y resoluciones a través del Instituto Nacional de Parques. En este sentido el artículo 8 de la Ley Penal del Ambiente establece que para estar en presencia de un área Bajo Régimen de Administración Especial (ABRAE) tiene que estar regulada en el artículo 58 de la misma Ley Penal Sustantiva, y debe estar necesariamente establecida en una Ley, Reglamento del Ejecutivo Nacional o en un Decreto aprobado en Consejo en Ministro y publicado en Gaceta Oficial.

También es importante señalar que en cuanto a la circulación de vehículos, cada Parque Nacional establecerá las normas de circulación interna de acuerdo a las características propias del mismo, en este orden de ideas el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio sobre Administración y Manejo de Parques Nacionales y Monumentos Naturales establece, entre otras cosas, en el artículo 24 que en todos aquellos casos de circulación de vehículos deberá sujetarse a las normas establecidas en cada parque y los excesos de velocidad, escapes libres que produzca contaminación o cualquier otra acción violatoria o perjudicial al parque, será severamente castigada incluso con prohibición temporal de circulación dentro del parque y sin menoscabo de la obligación de reparar los daños causados y de la responsabilidad civil y penal que sea aplicable al propietario del vehículo según la leyes, de la misma forma el artículo 65 de este Reglamento establece que la guardería ambiental, esta orientada para hacer cumplir las leyes y reglamentos en el sentido de la comprobación, vigilancia, fiscalización, prevención y paralización de las actividades que directa o indirectamente pudiera ocasionar daños o riesgos al ambiente de los Parques Nacionales y Monumentos Naturales, a tales efectos y dispondrá de una unidad de guardería ambiental integrada por los funcionarios del instituto, así como efectivos de la Guardia Nacional y los Guardaparques y Civiles, quienes cumplirán funciones de guardería ambiental de acuerdo a los

establecido en el respectivo plan de ordenación y manejo del área y su correspondiente reglamento de uso.

Considera el Ministerio Público que el objetivo esencial de estas medidas, es asegurar el cese de los daños y molestias o riesgos que de ello se produzca, debido a las actividades desarrolladas por la Organización FUN RACE Y ASOCIACIONES O EMPRESAS HOMOLOGAS, 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.

Queda entonces establecido en la Constitución 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 son las Aéreas Bajo Régimen de Administración Especial (ABRAE), sino que además también tiene la obligación de ser vigilante y cuidadoso en todas aquellas actividades que degraden el medio ambiente, que aún no siendo ABRAES, 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. Ello debe ser así, por cuanto estas medidas buscan detener de manera inmediata estos delitos ambientales de lesión o de peligro.

Asimismo, en La Ley Orgánica del Ambiente establece: ... *"Se declaran de utilidad pública la conservación, la defensa y el mejoramiento del ambiente."*

De allí la urgencia en la práctica de las medidas que se solicitaron y fueron acordadas por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia en Funciones de Control del estado Bolívar, Extensión Puerto Ordaz, en fecha 03 de marzo de 2011, en los siguientes términos:

PRIMERO: La no circulación de vehículos tipo rústico 4x4 hasta tanto se complete el proceso natural conocido como sucesión vegetal, que consiste en recuperar de manera gradual y espontánea las afectaciones ocasionadas producto de las actividades de rustiqueos y aperturas de caminos verdes (trochas), para darle cumplimiento a esta medida precautelativa judicial.

y asociaciones o empresas homologas, la organización y celebración de las denominadas validas o eventos de esta nociva disciplina en todos los parques nacionales de la república bolivariana de Venezuela, todo ello dejando a salvo las facultades que conforme a lo establecido en el reglamento parcial de la ley orgánica para la ordenación del territorio sobre administración y manejo de parques nacionales y monumentos naturales, se le confieren a los funcionarios del instituto nacional de parques (Inparques) sobre la circulación de vehículos, lo cual deberá sujetarse a las normas establecidas en cada parque.

SEGUNDO: Que el Ministerio del poder Popular para el Ambiente, a través del presidente del instituto nacional de parques (INPARQUES), a los fines de dar estricto cumplimiento a lo acordado por el Tribunal.

TERCERO: Que se notifique del la presente decisión a esta Representación Fiscal, en la presente dirección: Centro Comercial Lucy – Planta Baja, Local “D” - Edificio Sede del Ministerio Público - Calle Ikabarú - Santa Elena de Uairén, Estado. Bolívar, Teléfonos: (0289-995.1734/ 1977) y (0414-2484431 - 0426-5800803)”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 06-02-2012

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE DEFENSA INTEGRAL DEL AMBIENTE Y DELITO AMBIENTAL

3.- TIPO DE DOCTRINA: AMBIENTE. MEDIDAS JUDICIALES PRECAUTELATIVAS INNOMINADAS

4.- TEMA: PROTECCIÓN DE PARQUES NACIONALES (FUN RACE II)

5.- MÁXIMA

EL OBJETIVO ESENCIAL DE ESTAS MEDIDAS, ES INSTAR A LAS EMPRESAS PATROCINANTES DE LA ORGANIZACIÓN FUN RACE 4X4 PARA QUE A SUS PROPIAS EXPENSAS PROMUEVAN, GENEREN, DESARROLLEN Y CONSOLIDEN EN LOS MEDIOS IMPRESOS Y AUDIOVISUALES CAMPAÑAS CONCIENTIZADORAS Y DISUASIVAS TENDENTES A EVITAR LOS DAÑOS QUE PRODUCEN ESTE TIPO DE ACTIVIDADES EN TODOS LOS PARQUES NACIONALES DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, BAJO EL CRITERIO TÉCNICO DEL INSTITUTO NACIONAL DE PARQUES (INPARQUES), ASEGURANDO ASÍ EL CESE DE LOS DAÑOS Y MOLESTIAS O RIESGOS QUE DE ELLO SE PRODUZCA, ELAS TIENDEN ÚNICAMENTE A SUPRIMIR LA CAUSA DE LA AGRESIÓN Y A CONSERVAR EL AMBIENTE EN EL ESTADO EN QUE SE ENCUENTRE CONSIDERANDO SU CARÁCTER DE URGENCIA.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO 07-F12A-2C-GSA-0003-09.

6.2.- FECHA: 04/03/2011

6.3.- RESUMEN

“En fecha veintiocho (28) de Enero de 2009 esta Representación Fiscal, ordenó el inicio de investigación penal ambiental, por la presunta comisión de delitos ambientales tipificados en los artículos 42, 43 y 58 de la Ley Penal del Ambiente referidos a **ACTIVIDADES Y OBJETOS DEGRADANTES, DEGRADACIÓN DE SUELOS, TOPOGRAFÍA Y PAISAJE Y ACTIVIDADES EN ÁREAS ESPECIALES Y ECOSISTEMAS NATURALES** cometidos presuntamente en el Parque Nacional Canaima, específicamente en el sector oriental (La Gran Sabana), Municipio Gran Sabana del estado Bolívar, relacionadas con las practicas efectuadas por conductores de vehículos conocidas como **FUN RACE 4X4** (Rustiqueo), las cuales tienen un alto poder de destrucción de los suelos y vegetación existentes en estas áreas de interés turísticos altamente visitadas.

El objetivo esencial de estas medidas, es instar a las empresa patrocinantes de la organización fun race 4x4 para que a sus propias expensas promuevan, generen, desarrollen y consoliden en los medios impresos y audiovisuales campañas concientizadoras y disuasivas tendentes a evitar los daños que producen este tipo de actividades en todos los Parques Nacionales de la República Bolivariana de Venezuela, bajo el criterio técnico del Instituto Nacional de Parques (INPARQUES), asegurando así el cese de los daños y molestias o riesgos que de ello se produzca, ellas tienden únicamente a suprimir la causa de la agresión y a conservar el ambiente en el estado en que se encuentre considerando su carácter de urgencia.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece como un derecho fundamental EL DERECHO A UN AMBIENTE SEGURO, SANO Y ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO.

Queda también establecido 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 son las Áreas Bajo Régimen de Administración Especial (ABRAE), sino que además también tiene la obligación de ser vigilante y cuidadoso en todas aquellas actividades que degraden el medio ambiente, que aún no siendo ABRAES, 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. Ello debe ser así, por cuanto estas medidas buscan detener de manera inmediata estos delitos ambientales de lesión o de peligro.

La Ley Orgánica del Ambiente establece que: ... *“Se declaran de utilidad pública la conservación, la defensa y el mejoramiento del ambiente.”*

Y ello debe ser así por cuanto el artículo 4 de la mencionada Ley en su numeral 1º se refiere a la *“Corresponsabilidad: Deber del Estado, la sociedad y las personas de conservar un ambiente sano, seguro 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 se reconoce el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano, 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, unas de las excepciones es la Constitución venezolana vigente que en su preámbulo expresadamente declara el *“equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad”*.

Por todo lo anteriormente expuesto, se solicitaron las medidas judiciales precautelativas innominadas de carácter ambiental y fueron acordadas en los siguientes términos:

PRIMERO: se ordene a las empresas TOYOTA, ORIENTAL DE SEGUROS PIRELLI, MILE MARKER, FILTROS WINNER, COCA COLA, BECO, EL NACIONAL, GLOBOVISION, CARNU, JUMBOK, MRW, T.M.T, BIMBO, NET ASISTENCIA, MIDLAND, MAIZORITOS, TW STEEL, KYS CIRCUITO DIGITAL, YUTICO TECNIVUELOS, DIARIO EL IMPULSO, SIN FLASH.COM, AUTO SPORT, PLUMROSE, LUMROSE EXPRESS, BWAV ALLOY WEEEL, CRUISERHEADS.COM, RED BULL Y TOYOSAN, PATROCINADORAS DE LA ORGANIZACIÓN FUN RACE 4X4 para que a sus propias expensas promuevan, generen, desarrollen y consoliden en los medios impresos y audiovisuales campañas concientizadoras y disuasivas tendentes a evitar los daños que producen este tipo de actividades en todos los Parques Nacionales de la República Bolivariana de Venezuela, bajo el criterio técnico del Instituto Nacional de Parques (INPARQUES).

SEGUNDO: que se notifique de la presente decisión a las empresas TOYOTA, ORIENTAL DE SEGUROS PIRELLI, MILE MARKER, FILTROS WINNER, COCA COLA, BECO, EL NACIONAL, GLOBOVISION, CARNU, JUMBOK, MRW, T.M.T, BIMBO, NET ASISTENCIA, MIDLAND, MAIZORITOS, TW STEEL, KYS CIRCUITO DIGITAL, YUTICO TECNIVUELOS, DIARIO EL IMPULSO, SIN FLASH.COM, AUTO SPORT, PLUMROSE, LUMROSE EXPRESS, BWAV ALLOY WEEEL, CRUISERHEADS.COM, RED BULL Y TOYOSAN.”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 06/02/2012

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE DEFENSA INTEGRAL DEL AMBIENTE Y DELITO AMBIENTAL

3.- TIPO DE DOCTRINA: PROTECCIÓN DEL AMBIENTE. MEDIDAS JUDICIALES PRECAUTELATIVAS

4.- TEMA: PROTECCIÓN DE PARQUES NACIONALES (Médanos de Coro)

5.- MÁXIMA

CON EL OBJETO DE PROTEGER LOS PARQUES NACIONALES Y ESPECÍFICAMENTE PREVENIR LOS DAÑOS IRREPARABLES AL ECOSISTEMA, LOS RECURSOS HÍDRICOS, ASÍ COMO DAÑOS A LAS PERSONAS, DENTRO DEL PARQUE NACIONAL MÉDANOS DE CORO, UBICADO EN EL ESTADO FALCÓN; SE SOLICITARON MEDIDAS JUDICIALES PRECAUTELATIVAS DE CARÁCTER AMBIENTAL LAS CUALES FUERON ACORDADAS.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO 11-F14-075-2009 4CO/421/2011

6.2.- FECHA: 19/12/2011

6.3.- RESUMEN

“En fecha 05 de agosto de 2009, se inicia investigación por cuanto se reciben actuaciones del Destacamento 42° de la Guardia Nacional, Primera Compañía, Quinto Pelotón, Comando Médanos de Coro, mediante las cuales dejan constancia de que se efectúan recorridos de vigilancia donde se pudieron constatar que en efecto se mantenían rastros de vehículos rústicos, las cuales estaban siendo borradas por el viento, siendo vehículos no autorizados por el Instituto Nacional de Parques, vulnerando así las normas y planes de ordenación, manejo y reglamento de uso de Parques Nacionales y Monumentos Naturales.

En fecha 16 de julio de 2009, se recibe informe del Instituto Nacional de Parques, Región Falcón, informe de la problemática de los vehículos a motor dentro del Parque Nacional Médanos de Coro, mediante el cual dejan constancia de: “Formulación del Problema: presencia de vehículos a motor (Buggys, Moto-Triciclos), en las áreas de los Médanos activos, sin ninguna permisología al respecto, violando la normativa legal vigente del Plan de Ordenamiento de Uso del Parque Nacional Médanos de Coro, en los sectores de Campo Alegre, adyacencias de la Intercomunal Coro-Punto Fijo y área de Dunas por el sector Monumento a la Madre.

El Instituto Nacional de Parques nunca ha autorizado este tipo de actividades por los siguientes razones: No lo permite la normativa legal vigente; No se tiene definida una ruta interna

en las formaciones de los Médanos; El acceso a los Médanos, por la parte norte del monumento a la Madre tiene una sola y es educativo y de esparcimiento; los vehículos a motor tipo Buggys, moto-triciclo, causan ruidos excesivos y pueden causar problemas a la escasa fauna silvestre que habita en el área; en estas áreas se encuentra ubicada el Cementerio de los Indios y la presencia de Calzadas, los cuales deben ser protegidos por tener una importancia Histórico-Cultural, en donde la artesanía y otros objetos precolombinos se encuentran dispersados en varios sectores en el área de Médanos; Debido a las altas velocidades que adquieren estos vehículos en su ruta , entre el paso de una Duna y otra pueden causar accidentes a las personas que caminan por estas áreas; El constante tránsito de estos vehículos por el área de Dunas incrementa el desplazamiento de las partículas de arena, modificando el flujo normal de materia y energía entre los ecosistemas. Por otra parte, es una actividad no cónsona con los objetivos de la creación de un Parque Nacional o Monumento Natural.

De los aspectos naturales de relevancia dentro del Parque Nacional Médanos de Coro se encuentra la vegetación que aunque poco densa, juega un papel importante, de darse un tránsito vehicular en los Médanos estaría amenazada, ya que la vegetación es muy frágil, como para que haya una sucesión rápida, ya que lo poco que llueve o la disponibilidad de agua es muy baja, suelos arenosos, altas temperaturas, intensa radiación, vientos fuertes y constantes que hacen difícil la recuperación. El Cuji y el Cactus Arborescente son especies dominantes en el médano, tienen la particularidad de frenar el avance de las Dunas, actuando como barreras y fijadoras de las mismas. Otra importancia de estas especies es que al aumentar su cobertura aumenta el microclima permitiendo el medio para albergar reptiles y aves que se adaptan a estas condiciones; La presencia de especies endémicas de fauna y flora no se descarta en el Parque Médanos de Coro, por lo que se debe garantizar la conservación de hábitats que garanticen la sobrevivencia de las mismas así como se lleven a cabo investigaciones científicas a futuro.

En fecha 02 de febrero de 2010, se recibe informe realizado por funcionario adscrito al Centro de investigaciones Antropológicas, Arqueológicas y Paleontológicas, (CIAAP) de la Universidad Francisco de Miranda, presentando informe donde hace referencia a la importancia de los Yacimientos Arqueológicos en el Perímetro del Parque Nacional Médanos de Coro.

Si la actividad se realiza en las depresiones de las dunas, se afecta el microhábitat de las especies que por un tiempo las ocupan, así como refugios y nidos de aves y/o reptiles que se ubican en estos lugares. Las afectaciones van desde compactación del suelo en las depresiones hasta el aumento del proceso de transporte de la arena, así como producción de sonidos no apropiados para la fauna. De allí la urgencia en la práctica de las medidas que se solicitaron y fueron acordadas por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia en Funciones de Control, Extensión Santa Ana de Coro, en fecha 25 de febrero de 2011, en los siguientes términos:

La prohibición total de acceso de vehículos tipo Buggys 4x2, motos de tres y cuatro y cualquier otro tipo de vehículos automotor dentro de los linderos del Parque Nacional Médanos de Coro, a excepción de la carretera nacional Coro-Punto Fijo y el hombrillo que se encuentra entre los médanos desde la entrada intercepción variante norte hasta llegar a la Estación de Peaje Los Médanos que es utilizado por los turistas para estacionar sus vehículos, así como los que custodian los funcionarios de la guardia nacional Alcabala de los méanos y los de la Estación de Peaje Los Médanos adscritos a FONTUR.”

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 06/02/2012

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE DEFENSA INTEGRAL DEL AMBIENTE Y DELITO AMBIENTAL

3.- TIPO DE DOCTRINA: PROTECCIÓN DEL AMBIENTE

4.- TEMA: PROTECCIÓN Y CONSERVACIÓN DE LA FAUNA SILVESTRE ASÍ COMO SUS PRODUCTOS

5.- MÁXIMA

BASTA QUE SE COMETA CUALQUIER ACCIÓN U OMISIÓN QUE LESIONE O PONGA EN PELIGRO EL AMBIENTE COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, PARA QUE EL ESTADO ACTÚE PARA GARANTIZAR A TRAVÉS DE LA LEY, LA PROTECCIÓN PREVENTIVA Y/O ANTICIPADA QUE TIENDA A ELIMINAR EL PELIGRO E INTERRUMPIR LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO AL AMBIENTE, O PARA EVITAR LAS CONSECUENCIAS DEGRADANTES QUE TAL HECHO O ACTO OCASIONA AL MEDIO AMBIENTE.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO 24-F40NN-0165-10

6.2.- FECHA: 23/05/2011

6.3.- RESUMEN

“La República Bolivariana de Venezuela está inscrita dentro de los países que propugnan la conservación de los procesos ecológicos, las especies biológicas tanto animales como vegetales, y los rasgos físicos y paisajísticos naturales.

La Ley de Protección a la Fauna Silvestre declara de utilidad pública, la conservación, el fomento y aprovechamiento racional de la Fauna Silvestre.

De igual manera, Venezuela es signataria de diversos acuerdos y convenios internacionales, entre los que se destacan: Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) (1977), Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América (1941), Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino de la Región del Gran Caribe (1986) de cual se deriva el Protocolo Relativo a las Áreas, Flora y Fauna Silvestres Especialmente Protegidas (SPAW), Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional; actualmente denominada “Convención RAMSAR para los Humedales” (1988), y Convención sobre Diversidad Biológica (1994).

Entre las justificaciones de orden jurídico y ambiental que originaron la promulgación de la Ley de Protección a la Fauna Silvestre fue declarar de utilidad pública:

- 1.- La creación de Reservas, Refugios y Santuarios de Fauna Silvestre;
- 2.- La conservación, el fomento y aprovechamiento racional de la fauna silvestre;
- 3.- La ordenación y el manejo de las poblaciones de animales silvestres;
- 4.- La importación y aclimatación de animales silvestres, previas las regulaciones que establezca el Ministerio de Agricultura y Cría (Ministerio de Ambiente);
- 5.- la investigación científica de la fauna silvestre.

En consecuencia, se procede a la protección de dichas especies por medio de Instituciones del Estado como El Ministerio del Poder Popular Para el Ambiente, y demás organismos de Guardería Ambiental, con el objeto de proteger y utilizar racionalmente la fauna silvestre, sus productos, y el ejercicio de la caza.

En fecha **16MAY2010**, fue presentado por este Despacho Fiscal ante el Juzgado Primero de Primera Instancia en funciones de Control del circuito judicial Penal del estado Zulia, bajo el asunto No VP02-P-2010-007646, al ciudadano: (...), a quien se le imputó la presunta comisión del delito de **COMERCIALIZACIÓN DE EJEMPLARES DE LA FAUNA SILVESTRE**, previsto y sancionado en el párrafo único del artículo 59 de la Ley Penal del Ambiente, en perjuicio de **LA COLECTIVIDAD**; decretándosele la Medida Cautelar Sustitutiva a la Privación Judicial Preventiva de Libertad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 256 ordinales 3 y 4 del Código Orgánico Procesal Penal, ello en virtud que el imputado fuera sorprendido en fecha 15-05-2010, por funcionarios de la Guardia Nacional Bolivariana de Venezuela, en el Punto de Control Fijo del peaje de la Guajira Venezolana, Municipio Mara del estado Zulia, a bordo de un vehículo transportando en un bolso y dentro del mismo una bolsa de material sintético la cantidad de doscientos (250) animales de la fauna silvestre (Tortugas Bebes).

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 comprende desde Leyes Orgánicas, Decretos y Resoluciones que abarcan la protección y ordenamiento de ecosistemas o hábitats, hasta la protección específica de especies amenazadas de extinción.

Basta que se cometa cualquier acción u omisión que lesione o ponga en peligro el ambiente como bien jurídico protegido, para que el Estado actúe para garantizar a través de la ley, la protección preventiva y/o anticipada que tienda a eliminar el peligro e interrumpir la producción del daño al ambiente, o para evitar las consecuencias degradantes que tal hecho o acto ocasiona al medio ambiente.

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. De allí la urgencia en la práctica de las medidas que se solicitaron y fueron acordadas en los siguientes términos:

1. Se prohíbe la caza de ejemplares de la fauna silvestre, dentro de los Parques Nacionales, Monumentos Naturales, Refugios o Santuarios de Fauna o en ecosistemas naturales, salvaguardando las prerrogativas que tiene el ente rector de la materia ambiental.
2. Se prohíbe la caza, comercialización y la tenencia de aves canoras y otras especies de animales de la fauna silvestre, no autorizadas por la autoridad competente, así como sus productos en vías públicas (carreteras, autopistas, caminos, calles, avenidas, etc.) y en locales comerciales, impidiendo así que estas especies se extingan y sean domesticadas y apartadas de sus ecosistemas naturales.
3. Estas medidas estarán a cargo del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, específicamente la Dirección Estatal Ambiental del estado Zulia conjuntamente con el Instituto Nacional de Parques (INPARQUES) y la Guardia Nacional Bolivariana en funciones de Servicio de Guardería Ambiental, los cuales deberán diseñar y aplicar las estrategias y programas de vigilancia y control de supervisión permanente en todo el territorio del estado Zulia, a fin de darle cumplimiento a esta medida de protección.
4. Se ordene a la Dirección Estatal Ambiental Zulia del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, la revisión exhaustiva de los recaudos consignados por los administrados en la oportunidad de solicitar permisos de caza para ejemplares de la fauna Silvestre conforme al calendario cinegético.
5. Se prohíbe la caza, comercialización y la tenencia ilícita de tortugas, aves canoras y otras especies de animales de la fauna silvestre así como sus productos, con fines de exportación, para el lucro y beneficio económico personal. Esta medida estará a cargo de la Guardia Nacional Bolivariana en los puntos de control limitrofes del estado Zulia.
6. Se ordena a la Dirección Estatal Ambiental Zulia del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, para que realice campañas de educación ambiental a la colectividad respecto de la protección de la fauna silvestre y la prohibición de su comercialización.
7. Se prohíbe la promoción, comercialización y venta ilícita de ejemplares de la fauna silvestre, por medios electrónicos y demás redes sociales de comunicación. A los fines del cumplimiento de la presente medida se ordene al Ministerio del Poder Popular para el Ambiente y al Instituto Nacional de Parques (INPARQUES) la difusión de esta medida por los medios de comunicación, y que se notifique al Ministerio Público de inmediato ante cualquier actividad ilícita referida a ejemplares de la Fauna Silvestre.
8. Se exceptúe de la aplicación de esta medida a los pueblos indígenas asentados en esta entidad federal, siempre y cuando las actividades que realicen susceptibles de afectar la fauna silvestre objeto de presente solicitud, sea conforme a su modelo tradicional de subsistencia, de ocupación del espacio y convivencia con el ecosistema, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes inherentes a la materia.

“

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 18-02-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO PENAL ADJETIVO

4.- TEMA: PRUEBA DE EXPERTICIA

5.- MÁXIMA

PARA PROMOVER LA PRUEBA DE EXPERTICIA, DEBE REQUERIRSE LA DECLARACIÓN DE LOS EXPERTOS, A TENOR DE LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 354 DEL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL, Y LA EXHIBICIÓN A ELLOS DE LAS EXPERTICIAS CORRESPONDIENTES, PARA QUE -DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 242 *EJUSDEM*-, ÉSTOS RECONOZCAN SUS FIRMAS, Y EXPONGAN SOBRE SU CONTENIDO. ASIMISMO, EN EL PUNTO CORRESPONDIENTE AL OFRECIMIENTO DE ESTA PRUEBA, PUDIERA SOLICITARSE AUTORIZACIÓN PARA QUE -DE ACUERDO CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 358 DEL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL-, SE DE LECTURA A CADA UNA DE ESAS ACTAS, DURANTE EL DEBATE DE JUICIO ORAL Y PÚBLICO.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO DRD-454-2011

6.2.- FECHA: 31-12-2011

6.3.- RESUMEN

“... ”

En lo que respecta a lo descrito en el Capítulo V del escrito acusatorio¹, se observó que la representación del Ministerio Público ofreció indebidamente algunos medios probatorios. A título ilustrativo, puede apuntarse que -por una parte- se promovió la declaración de la ciudadana B C (experta que practicó el Reconocimiento Médico legal N° 9700-145-356), y separadamente se ofreció el respectivo dictamen pericial, como prueba documental.

Lo anterior, constituye una forma errónea de ofrecer las pruebas de experticias, ya que las declaraciones de los expertos respecto a lo peritado, constituye un solo medio de prueba simple, denominado “*prueba de experticia*”.

En este sentido, la Doctrina Institucional ha señalado que:

¹ Cabe acotar que su contenido se encuentra incompleto, en ese sentido, las observaciones señaladas por este Despacho sólo versan respecto a lo legible.

“Los dictámenes periciales no pueden ser considerados como pruebas documentales, éstos constituyen uno de los elementos estructurales de la prueba de experticia, que ha de considerarse simple o intraprocesal; por tanto, el ofrecimiento de los dictámenes periciales bajo la calificación de prueba documental supone una contradicción a su misma esencia”².

Para promover la prueba de experticia, debe requerirse la declaración de los expertos, a tenor de lo previsto en el artículo 354 del Código Orgánico Procesal Penal, y la exhibición a ellos de las experticias correspondientes, para que -de conformidad con lo establecido en el artículo 242 *ejusdem*-, éstos reconozcan sus firmas, y expongan sobre su contenido. Asimismo, en el punto correspondiente al ofrecimiento de esta prueba, pudiera solicitarse autorización para que -de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 358 del Código Orgánico Procesal Penal-, se de lectura a cada una de esas actas, durante el debate de Juicio oral y público.

Sobre otro aspecto, cabe apuntar que en este escrito acusatorio, los representantes del Ministerio Público incluyeron -entre los medios de prueba ofrecidos- el testimonio del ciudadano ÁL G G RI, por ser *“testigo de los delitos denunciados por la víctima”*.

Según se señaló en el acto conclusivo: *“Este medio de prueba es: **Pertinente**, en vista que este ciudadano aportó su entrevista los hechos de violencia contra la víctima (sic) en la presente causa de los cuales fue testigo”*.

Acerca de este particular, ha de señalarse que si dicha declaración aportó datos de interés sobre los hechos investigados³, debía hacerse referencia a ella entre los elementos de convicción expresados en el escrito acusatorio, para así dejar por sentado lo expuesto por este ciudadano en la citada entrevista, y manifestar la convicción extraída de ello.

Por otra parte, en relación a la acusación presentada por la abogada **M G C**, Fiscal Décimo Sexto del Ministerio Público del Segundo Circuito estado Bolívar con competencia en materia de Violencia contra la Mujer, el 22 de julio de 2011, pudo apreciarse que ésta incluyó indebidamente algunas apreciaciones subjetivas al narrar los hechos acontecidos.

Por ejemplo, indicó que el ciudadano J S H le exigió *“brutal y vilmente”* a la ciudadana DI V M R que desalojara la residencia común.

Acerca del uso de expresiones valorativas en el escrito de acusación, debe acotarse lo sostenido por la Doctrina Institucional:

“(…) Luego de haber analizado el escrito de acusación al que se hizo mención, este Despacho pudo constatar -en torno al primero de esos aspectos- que los representantes del Ministerio Público reseñaron los supuestos fácticos acontecidos, mediante la utilización de formas adjetivas y adverbiales con las cuales calificaron indebidamente los hechos investigados.

Un relato descrito de ese modo, debe ser considerado como una exposición mediante la cual el narrador expone lo sucedido según lo que ha percibido su particular perspectiva y de acuerdo a sus propias valoraciones y convicciones; sin embargo, ello

² Informe Anual del Ministerio Público. Año 2007. Versión digital. Pág. 31.

³ Tal y como lo expresó la representación del Ministerio Público en su acto conclusivo.

no supondrá necesariamente la expresión de las circunstancias propias de los acontecimientos materializados, de conformidad con lo que ha sido indagado a través de las vías jurídicas.

Es posible que las percepciones del relator y la realidad que ha sido narrada coincidan, empero, ello no ocurre así en todos los casos, es por eso que -atendiendo a la finalidad del proceso penal, así como a los efectos que podría llevar consigo la alteración de las circunstancias investigadas-, quien suscribe considera que la descripción de los hechos objeto del proceso debe expresar efectivamente lo ocurrido según las resultas de la actividad indagatoria, sin que corresponda en ese espacio del escrito añadir las percepciones o consideraciones que al respecto se ha formado la representación del Ministerio Público.

Sólo cuando los representantes del Ministerio Público han de expresar en su escrito cuál ha sido la convicción alcanzada en relación con el objeto del proceso, qué calificación jurídica consideran aplicable, cuál es la necesidad y pertinencia de los medios de prueba ofrecidos y la pretensión que han promovido, resulta admisible que emitan su propia valoración para calificar -con un lenguaje respetuoso- los hechos y el derecho, siempre que esas consideraciones se encuentren expresamente fundamentadas y que el criterio expuesto haya sido formado mediante un proceso intelectual lógico y objetivo, todo lo cual es posible únicamente atendiendo al cúmulo de elementos obtenidos durante el desarrollo de una investigación que debe encontrarse ceñida a los principios rectores del debido proceso.

*Acerca de este planteamiento, cabe acotar que -aun cuando en estos supuestos es posible consentir el señalamiento de las valoraciones propias de la representación del Ministerio Público- en ningún caso es permisible el uso de un lenguaje inapropiado o impertinente. Por el contrario, **los términos empleados para caracterizar las circunstancias a las que han de aludirse, deben revelar la ecuanimidad de quien los utiliza, reseñando la verdad fáctica sin exageraciones ni mermas;** adicionalmente deben ser útiles para calificar jurídicamente los supuestos fácticos, pues -de no ser así- su expresión perdería sentido y significación a los efectos del proceso.*

Con base a las consideraciones antes expuestas, este Despacho puede afirmar que los representantes del Ministerio Público hicieron un uso indebido del lenguaje en el escrito acusatorio examinado, al calificar los hechos en su parte narrativa mediante la utilización de términos -en algunos casos inapropiados y en otros impertinentes- que permiten resaltar la subjetividad con la que se describió el relato⁴.

Por otra parte, al describir los hechos imputados, la representación del Ministerio Público expresó que familiares y clientes habían presenciado lo denunciado. No obstante, tampoco en esta acusación se aprecia que se haya indagado sobre los datos de identificación de éstos, ni que se haya realizado alguna actuación para recabar sus declaraciones, todo lo cual era pertinente y necesario para precisar lo ocurrido.

⁴ Informe Anual del Ministerio Público. Año 2007. Tomo II. Memorandum N° DRD-268-2007, del 29 de junio de 2007. Págs.139-141.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 20-04-2011

2.- DEPENDENCIA:

FISCALÍA CUARTA DEL MINISTERIO PÚBLICO ANTE LAS SALAS DE CASACIÓN Y SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE

3.- TIPO DE DOCTRINA:

DERECHO PENAL ADJETIVO

4.- TEMA:

RECURSO DE CASACIÓN. MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA.

5.- MÁXIMA

LA CORTE DE APELACIONES AL MOMENTO DE PRONUNCIARSE CON RESPECTO AL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA DEFENSA DE LOS CIUDADANOS (...), RESOLVIÓ DE MANERA MOTIVADA LAS DENUNCIAS IMPUGNADAS, NO DEJANDO DUDAS DEL POR QUÉ RESULTARON CONDENADOS LOS REFERIDOS CIUDADANOS POR EL DELITO QUE SE LES ATRIBUYE, CON APOYO EN EL ESTUDIO REALIZADO DEL ESCRITO RECURSIVO, DE LA SENTENCIA RECURRIDA, LAS ACTAS QUE INTEGRAN EL EXPEDIENTE, BASÁNDOSE EN CRITERIOS PROPIOS Y JURISPRUDENCIALES Y EXPLICANDO DE MANERA COHERENTE POR QUÉ LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUICIO SE ENCUENTRA MOTIVADA, ADEMÁS DE SEÑALAR QUE EN LA SENTENCIA PROFERIDA POR EL TRIBUNAL DE JUICIO, FUERON ANALIZADOS LOS ELEMENTOS PROBATORIOS CONTROLADOS EN EL DEBATE ORAL, Y QUE DE ACUERDO CON LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS QUE ACREDITÓ EL JUZGADO DE JUICIO, LA ACTUACIÓN DE LOS ACUSADOS NO SE ENCUENTRA INSERTA DENTRO DEL SUPUESTO DE LA EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD DE LEGÍTIMA DEFENSA.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO

RC-F4TSJ-0009-11/RC-262

6.2.- FECHA:

11/10/2011

6.3.- RESUMEN

“En este sentido, considera esta Representante del Ministerio Público, que no le asiste la razón a la defensa de los ciudadanos (...) al señalar en la primera denuncia de su recurso de casación, **que la sentencia de la Corte de Apelaciones no contiene análisis efectuado por los Jueces Superiores que la suscriben, que tenga relación directa con los motivos de apelación, limitándose a repetir extractos de la sentencia de Primera Instancia y hasta de los expedientes de la fase preparatoria**, en virtud que como se evidencia del contenido de la sentencia impugnada, la Corte de Apelaciones le dio respuesta a todas y cada una de las pretensiones expuestas por la defensa de los acusados en su recurso de apelación, refiriéndose al análisis y comparación de los elementos de prueba cursantes en autos efectuado por el Tribunal A Quo, para lo cual se hizo necesaria la transcripción de la declaración de los ciudadanos (...) en el

debate oral y público, a los fines de hacer constar que los mismos reconocieron que el primero de ellos le disparó a quien en vida respondiera al nombre de (...), alegando que se vio obligado a dispararle para defender a su padre, no teniendo la intención de sesgarle la vida, sin embargo de la revisión del resto de los elementos de prueba cursantes en autos, se evidenció que la herida que presentaba el mencionado acusado, lo impactó a la altura del tórax (región anatómica vital), siendo una lesión leve que no puede determinarse que sea causada por un arma de fuego.

Por otra parte, el Tribunal de Alzada fundamentó de manera precisa y coherente, porque consideraba que era una omisión subsanable que el acta de debate de fecha 12 de noviembre de 2008 no reposara en el expediente, explicando de igual forma, por qué negaba la tesis de la legítima defensa alegada por los acusados y cómo el Tribunal de Instancia llegó a la conclusión de que los hoy condenados eran invasores de la Finca "Las Pulgas", en consecuencia, la Corte de Apelaciones resolvió de manera fundada, las peticiones de la defensa, a través de razonamientos propios, de hecho y de derecho .../ toda vez que la Corte de Apelaciones en su decisión, señaló que a través de los testimonios de los trabajadores (...), quedó desvirtuada la afirmación de los procesados, sobre que la víctima llegó al lugar de los hechos disparando, toda vez que dichos testigos señalan que llegó el occiso, escucha unos disparos de la montaña, sacó su pistola de inmediato y sin mediar palabras, fue herido por (...), instado por su padre, siendo de igual forma contestes en mencionar, que la víctima efectuó un disparo al aire sin ninguna dirección, por cuanto estaba gravemente herido, con lo que quedó desvirtuado el primer requisito de la legítima defensa, como lo es la agresión ilegítima, negando con ello la necesidad del medio empleado para impedirlo...

Por consiguiente, el Tribunal de Alzada se refirió en su sentencia al argumento explanado por la defensa de los ciudadanos (...), sobre los testimonios de los trabajadores de la finca, los cuales lejos de favorecerlos, demuestra el incumplimiento de las condiciones para que su actuación encuadre dentro de la eximente de responsabilidad de la Legítima Defensa. /Por otra parte, es menester resaltar que la defensa de los acusados de autos está errada cuando **señala que la Corte de Apelaciones dice o da a entender que aún y cuando el acta de debate no incluya "el contenido en extenso de las declaraciones de los imputados ni de los testigos que les son favorables, ese contenido figura ya en los documentos de la fase preparatoria e intermedia (auto de apertura)..." lo cual es inaceptable porque las pruebas que puede tomar en consideración el Tribunal de Juicio son las que se han incorporado legítimamente al debate**, toda vez que de la revisión exhaustiva de la sentencia de la Corte de Apelaciones se desprende que tal afirmación no fue realizada por el referido Tribunal de Alzada, más sin embargo sí fue efectuada por la defensa pública en el escrito de apelación en su sexta denuncia, en la cual refiere que en las declaraciones rendidas por los testigos durante la fase de investigación en ningún momento refieren que el ciudadano (...) le indicara a su hijo (...), que le diera muerte a la víctima de autos. /En relación a tal pretensión formulada en apelación, el Tribunal de Alzada se pronunció, exponiendo que aún y cuando la defensa se encuentre en lo cierto, tal situación sólo puede verificarse en el juicio oral y público, a través del principio de oralidad, inmediación, concentración y contradicción, agregando que las entrevistas realizadas a los ciudadanos (...), durante la fase de investigación, no se realizaron bajo la modalidad de la prueba anticipada, evidenciándose con ello y con la lectura de la sentencia proferida por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Guárico con sede en San Juan de los Morros, que dicho Tribunal Superior **no dijo ni dio a entender** que las declaraciones de los testigos que de

acuerdo a la recurrente en casación favorecieron a sus defendidos, se encontraban en los documentos de la fase preparatoria o intermedia.

En otro orden de ideas es importante acotar, que la defensa de los acusados (...), refirió en la segunda denuncia realizada en casación, **que la Corte de Apelaciones en la técnica analítica empleada, consideró el acta de debate de fecha 12 de noviembre de 2008, la cual no reposa en el expediente ni es posible establecer donde se encuentra, siendo impresa del sistema Juris 2000, por lo tanto al justificar la Corte de Apelaciones las omisiones del Tribunal de Instancia, dejó de estimar el derecho que asistía a la defensa y al justiciable y dejó de apreciar las consecuencias jurídicas de tal omisión, incurriendo asimismo en quebrantamiento de la motivación.**

/En relación a lo antes expuesto, es menester resaltar que el acta de debate de fecha 12 de noviembre de 2008, al igual que las demás actas correspondientes a la celebración del juicio oral y público y la sentencia emitida por el Tribunal que conoció la causa en la citada fase, debían ser revisadas por el Tribunal de Alzada, a los fines de sustentar su decisión, no constando en el expediente el acta de juicio de fecha 12 de noviembre de 2008, en razón de que como quedó asentado por el Tribunal de Alzada, ese día hubo fallas eléctricas en la ciudad de Valle de la Pascua, debiendo ser impresa la misma del sistema Juris 2000, siendo enviada a la Corte de Apelaciones con una nota realizada por el Secretario del Juzgado A-quo, donde se lee *"firmada en original"*, lo cual no viola el derecho a la defensa, siendo ésta una omisión que puede subsanarse, por lo tanto el Tribunal Colegiado no dejó de estimar el derecho que asistía a la defensa y al justiciable ni dejó de apreciar las consecuencias jurídicas de tal omisión, toda vez que el Tribunal de Instancia cumplió con el deber de remitir a la Corte de Apelaciones todas las actas correspondientes a la celebración del debate, igualmente el Tribunal de Alzada explicó de manera fundada, las razones por las cuales el acta objeto de discusión no constaba en original en el expediente, en consecuencia no incurrió en quebrantamiento de la motivación.

/En este sentido, es preciso hacer referencia al contenido del artículo 370 del Código Orgánico Procesal Penal. *"Artículo 370. Valor del acta. El acta sólo demuestra el modo cómo se desarrolló el debate, la observancia de las formalidades previstas, personas que han intervenido y actos que se llevaron a cabo".* /Asimismo, es menester traer a colación la sentencia número 095 de fecha 05 de marzo de 2002, emanada de la Sala de Casación Penal, con Ponencia de la Magistrada Blanca Rosa Mármol de León: *"...el acta de debate es todo cuanto queda consignado mediante una relación escrita, acerca del juicio oral y público; más no configura una prueba que pueda ser incorporada y por consiguiente infringirse..."* /Asimismo, no le asiste la razón a la defensa cuando refiere **que el tratamiento que le dio la Corte de Apelaciones tanto al acta de debate de fecha 12 de noviembre de 2008, la cual no se encuentra suscrita por ninguna de las partes interesadas, aún cuando se le colocara "firmada en original" como a las denuncias formuladas, violó la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el derecho a la defensa.**

Con referencia a lo antes expuesto, es importante acotar que el acta de debate de fecha 12 de noviembre de 2008 no se encuentra suscrita por ninguna de las partes interesadas, debido a que fue impresa del sistema Juris 2000, no existiendo en original, debido a las fallas eléctricas ocurridas ese día en la ciudad de Valle de la Pascua, motivo por el cual el acto de juicio oral y público culminó al día siguiente, sin embargo la referida acta una vez impresa fue enviada a la Corte de Apelaciones previa solicitud vía telefónica de ese Tribunal de Alzada, a los fines que se le

realizara el estudio correspondiente, efectuándose la remisión a través de una comunicación y con una nota del secretario del Juzgado A-quo donde se lee *"firmada en original"* con lo cual da fe pública que su contenido corresponde con la actuación de las partes, por otra parte, la Corte de Apelaciones se pronunció y motivó todas las denuncias que fueron realizadas en apelación, no señalando la recurrente cual pretensión de acuerdo a su criterio no recibió un tratamiento acorde por la Corte de Apelaciones, por lo tanto, en el presente caso no fue violado por el Tribunal de Alzada la tutela judicial efectiva, el debido proceso ni el derecho a la defensa.

Igualmente no está en lo cierto la defensa, cuando indicó **que la Corte de Apelaciones no motivó la segunda denuncia realizada en apelación respecto a la *"...forma y modo de ocurrencia de los hechos con respecto a la negativa tácita de la primera instancia en cuanto a la existencia de la Legítima Defensa invocada por la Defensa..."*** toda vez que el Tribunal de Alzada dejó constancia que el Juzgado A-quo luego del análisis de las declaraciones rendidas por los testigos y del reconocimiento médico legal practicado a quien en vida respondiera al nombre de (...), llegó a la conclusión que los ciudadanos hoy condenados no actuaron en legítima defensa, infiriendo la Corte de Apelaciones que la sentencia de Primera Instancia, cumplió con la determinación precisa y circunstanciada de los hechos que estimó acreditados.

En este sentido, es preciso destacar que de la revisión de los testimonios de los acusados, los cuales se encuentran contenidos en la sentencia proferida por la Corte de Apelaciones, se desprende que los mismos se presentaron en la Finca "Las Pulgas", ordenándole a las personas que se encontraban trabajando las tierras, que sacaran las maquinarias de allí y que se fueran y que al ser divisado el movimiento de las máquinas por quien en vida respondiera al nombre de (...) y su hijo (...), se trasladaron a las referidas tierras en un vehículo Toyota y luego de una fuerte discusión, resultó muerto el primero de los ciudadanos en mención, no quedando demostrado en el expediente, que los ciudadanos (...), sufrieran agresión ilegítima, igualmente, quienes declararon en fase de juicio como testigos, y que de acuerdo a lo alegado por la defensa en apelación, sus testimonios fueron favorables a los acusados, no refieren en la deposición realizada en el debate, que el ciudadano (...), estuviera apuntando con el arma de fuego que tenía a ninguno de los acusados, no constando en la causa que la herida sufrida por el acusado (...), fuera ocasionada por algún proyectil, por otra parte si la intención del referido ciudadano hoy condenado era defender y no sesgar la vida de la víctima, podía dispararle en una región del cuerpo que no fuera vital, mas aún cuando la distancia que los separaba a ambos no superaba los ocho (08) metros, en consecuencia, el medio empleado para impedir la presunta agresión no era necesario, asimismo, no quedó demostrado en el expediente falta de provocación suficiente por parte de los acusados, mas aún cuando se presentaron en la Finca "Las Pulgas", con una actitud dominante, provocando que las personas que se encontraban trabajando la tierra retiraran sus máquinas, por otra parte, de los hechos acreditados por el Tribunal de Juicio, no se desprende que el ciudadano (...), haya actuado en estado de incertidumbre, temor o terror.

/En otro orden de ideas, se observa respecto al alegato realizado por la defensa, donde aduce que la Corte de Apelaciones se atrevió a referir situaciones que no quedaron demostradas en el Juicio Oral como lo es la condición de invasores de los procesados, en este sentido, es preciso destacar que el Tribunal de Alzada indicó que el Juzgado A-quo luego del análisis realizado sobre los presupuestos exigidos para la materialización de la legítima defensa, se refirió a la condición de invasores de los acusados de autos en la finca de la víctima occiso (...), lo cual afirmó en base al acta de investigación de fecha 02-08-07 suscrita por el

funcionario (...), adscrito al Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas, Sub. Delegación Zaraza, mediante la cual se deja constancia que el ciudadano (...), al ser verificado en el Servicio Integrado de Información Policial (SIPOL), posee registro signado con el expediente número H.566.396 por el delito de invasión, no obstante, es importante acotar que la condición que puedan tener los acusados sobre la Finca "Las Pulgas", en nada contraría la comisión del delito por el cual fueron condenados. /Precisado lo anterior esta Representante del Ministerio Público observa que la Corte de Apelaciones al momento de pronunciarse con respecto al recurso de apelación interpuesto por la defensa de los ciudadanos (...), resolvió de manera motivada las denuncias impugnadas, no dejando dudas del por qué resultaron condenados los referidos ciudadanos por el delito que se les atribuye, con apoyo en el estudio realizado del escrito recursivo, de la sentencia recurrida, las actas que integran el expediente, basándose en criterios propios y jurisprudenciales y explicando de manera coherente por qué la sentencia del Tribunal de Juicio se encuentra motivada, además de señalar que en la sentencia proferida por el Tribunal de Juicio, fueron analizados los elementos probatorios controlados en el debate oral, y que de acuerdo con la determinación de los hechos que acreditó el Juzgado de Juicio, la actuación de los acusados no se encuentra inserta dentro del supuesto de la eximente de responsabilidad de Legítima Defensa."

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 20-04-2011

2.- DEPENDENCIA:

FISCALÍA CUARTA DEL MINISTERIO PÚBLICO ANTE LAS SALAS DE CASACIÓN Y SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

3.- TIPO DE DOCTRINA:

DERECHO PENAL ADJETIVO

4.- TEMA:

RESPECTO A LAS OPORTUNIDADES PROCESALES PARA Oponer Excepciones

5.- MÁXIMA

LAS EXCEPCIONES DECLARADAS SIN LUGAR EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR PUEDEN SER OPUESTAS NUEVAMENTE EN LA FASE DE JUICIO, EN LA OPORTUNIDAD SEÑALADA EN EL ARTÍCULO 344 *EIUSDEM*, ES DECIR, EN EL DÍA Y HORA FIJADO POR EL JUEZ DE JUICIO PARA LA CELEBRACIÓN DE LA AUDIENCIA ORAL Y PÚBLICA.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO F4-TSJ-0015-2011-340/AC-201

6.2.- FECHA: 20/04/2011

6.3.- RESUMEN

“...el mencionado Tribunal de Alzada, al emitir su pronunciamiento en torno al recurso de apelación propuesto, en primer lugar verificó y revisó la decisión emitida por el Juzgado de Control, así como los fundamentos de la misma; en segundo lugar, se refirió a las circunstancias denunciadas por el apelante; y en tercer lugar, expresó de forma clara y precisa los fundamentos de hecho y de derecho por los cuales adoptó su fallo, poniendo en evidencia de forma ordenada, el proceso lógico que lo llevó a concluir que el escrito de excepciones incoado por la defensa del ciudadano (...), era extemporáneo y que por ende la decisión emitida por el Juzgado Décimo Tercero en Funciones de Control mediante la cual así lo estableció, no incurrió en el vicio de inmotivación denunciado, por cuanto lejos de dejar de señalar los fundamentos de la misma, expresó de manera concreta y concisa, las razones por las que en su criterio, el escrito consignado por el defensor (...), perseguía que se decretara el Sobreseimiento de la Causa seguida contra su defendido, por no revestir carácter penal los hechos atribuidos...en virtud de lo cual, no le cercenó al referido ciudadano sus derechos constitucionales a la Defensa, al Debido Proceso y a la Tutela Judicial Efectiva...”

Por otra parte, considera el Ministerio Público, que además de que la sentencia emitida por el mencionado Tribunal de Alzada se encuentra motivada, está ajustada a derecho al declarar Sin Lugar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la decisión del Juzgado de Primera

Instancia, en la que señaló que el escrito de excepciones consignado por el abogado (...), en su carácter de defensor privado del ciudadano (...) era extemporáneo, toda vez que del contenido de los recaudos consignados en el expediente formado con ocasión de la presente acción de amparo, se evidencia que en fecha 7 de julio de 2010, el referido abogado presentó el escrito de excepciones, de conformidad con el artículo 28 en concordancia con los artículos 29 y 30 del Código Orgánico Procesal Penal, en el que solicita al mencionado Juzgado Décimo Tercero de Control, que decrete el Sobreseimiento de la Causa seguida contra su defendido...el artículo 328 del Código Orgánico Procesal Penal, que establece:...le confiere a las partes en la fase intermedia del procedimiento penal ordinario, que tiene por finalidad lograr la depuración del mismo, comunicar al imputado sobre la acusación interpuesta en su contra y permitir que el Juez ejerza el control de la acusación, con la realización de un análisis de los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan el escrito acusatorio; la posibilidad de oponerse a la persecución penal mediante la utilización de las excepciones, las cuales están contempladas en el artículo 28 del Código Orgánico Procesal Penal y cuyo trámite esta previsto en el artículo 30 eiusdem, normas que disponen lo siguiente:

...Siendo que el accionante alegó en su escrito de excepciones, que de conformidad con el literal "c" del artículo 28 del Código Orgánico Procesal Penal, se oponía a la acusación presentada por el Ministerio Público, en virtud de la indebida persecución penal en contra de su defendido, por cuanto los hechos narrados por la Vindicta Pública en el mismo no revisten carácter penal, por lo que solicita el Sobreseimiento de la Causa, en razón de lo cual como lo consagra el artículo 328 en concordancia con el artículo 30 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual establece el trámite correspondiente, debe entonces acogerse la oportunidad establecida en el artículo 328 del Código Orgánico Procesal Penal, debiendo destacar en este caso, que no obstante que el escrito de excepciones de la defensa del ciudadano (...), fue interpuesto extemporáneamente, como lo expresó el Juez de Control en su sentencia y fue ratificado por el accionante, dicho Tribunal A quo se pronunció no solamente en relación a los alegatos contenidos en dicho escrito, sino también sobre los alegatos en la Audiencia Oral y Pública, para concluir...Por lo que considera esta Representante del Ministerio Público, que dicho Juzgado de Instancia, a pesar de haber realizado la advertencia en cuanto a la extemporaneidad del escrito de excepciones y así haberlo declarado en su decisión, se pronuncia en cuanto al fondo del pedimento perseguido con la oposición de las mismas, al referir que del mismo se evidencia que no se opusieron las excepciones en contra de la acusación presentada por el Ministerio Público y que se solicita expresamente el Sobreseimiento de la presente causa por considerar la defensa que se daban los supuestos previstos en los numerales 1 y 2 del artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal y sobre la base de ese petitorio, es que considera que no se dan los supuestos señalados por las defensas, toda vez que en primer lugar tales argumentos necesariamente deben ser debatidos y dilucidados en el Juicio oral y público, por considerar que hasta este momento procesal existe un hecho punible, previsto como delito, en la Ley sustantiva vigente y que corresponderá al Ministerio Público demostrar no solamente la existencia de dicho delito sino la responsabilidad penal que en este momento atribuye al ciudadano (...); y por otro lado corresponderá a la defensa demostrar sus argumentos que rebaten la opinión Fiscal, por lo tanto, se niega la solicitud de sobreseimiento a favor del ciudadano (...), por considerar que no se dan los supuestos del art. 318 numerales 1 y 2 del texto adjetivo vigente, fundamentando con los referidos pronunciamientos su fallo y en consecuencia, no incurriendo en el vicio de falta de motivación denunciado por el accionante en su recurso de apelación.

Aunado a lo anterior, observa el Ministerio Público que en relación a la excepción invocada por la defensa en la audiencia preliminar, de conformidad con lo pautado en el artículo 28

numeral 4 literal "c" de la norma adjetiva penal, la cual fue declarada extemporánea en el referido acto, es menester resaltar que el artículo 31 numeral 4 *eiusdem*, establece que durante la fase de juicio, las partes sólo podrán oponer las excepciones declaradas sin lugar por el Juzgado de Control al término de la Audiencia Preliminar, toda vez que estos podrán hacerse valer nuevamente en una etapa de juicio, la cual constituye la fase más garantista del proceso penal, al contar la parte con un medio judicial preexistente distinto a este último, a saber, la facultad de oponer nuevamente tales excepciones en la fase de juicio oral...Por lo que deduciendo que el motivo esencial que ha proveído el ejercicio de la presente acción de amparo constitucional, se encuentra constituido por la declaratoria de extemporaneidad de las excepciones opuestas por la defensa en la audiencia preliminar, y teniendo su fundamento en la naturaleza jurídica de la fase intermedia del proceso penal, y, especialmente en la celeridad que ha pretendido imprimirle el Legislador a la misma, y más allá, al momento de transición entre ésta y la fase de juicio, a lo cual se añade en el punto *sub examine*, que tal y como lo establece la precitada norma, al igual que lo hace el artículo 31 en su cardinal 4 *eiusdem*, las excepciones declaradas sin lugar en la audiencia preliminar pueden ser opuestas nuevamente en la fase de juicio, en virtud de que las mismas podían ser opuestas en la fase de juicio oral, en la oportunidad señalada en el artículo 344 *eiusdem*, es decir en el día y hora fijado por el juez de juicio para la celebración de la audiencia oral y pública...

De lo que se observa, que el accionante al tener en la vía ordinaria alternativas judiciales para el restablecimiento de la situación jurídica infringida, no debió emplear la acción de amparo para dicho cometido, tomando en cuenta que se trata de un recurso extraordinario, que solamente puede ser utilizado, cuando no exista en la vía ordinaria un instrumento jurídico para la restitución de la tutela jurídica solicitada. Asimismo, considera esta Representante del Ministerio Público, que la decisión emitida por el referido Tribunal Décimo Tercero de Primera Instancia en Funciones de Control, se encuentra ajustada a derecho y no le cercenó sus derechos a la Defensa, al Debido Proceso y a la Tutela Judicial Efectiva por cuanto efectivamente las mismas eran extemporáneas, al haber sido presentadas al cuarto (4) día hábil anterior a la fecha de celebración de la Audiencia Preliminar, fuera del lapso establecido en el artículo 328 del Código Orgánico Procesal Penal, teniendo el accionante la oportunidad de oponerlas nuevamente en la Fase del Juicio Oral y Público, tal como lo dispone el artículo 31 *eiusdem*; debiendo resaltar quien suscribe, que a pesar de que eran extemporáneas, el referido Juzgado de Instancia se pronunció en su fallo, sobre el pedimento contenido en las mismas, al referir que eso es materia de juicio...es importante señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del Código Orgánico Procesal Penal, que establece:...entre las facultades y cargas que el artículo le confiere a las partes en la fase intermedia, se encuentra la posibilidad de promover las pruebas a ser producidas en el juicio oral, lo cual debe ser realizado hasta cinco (5) días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la Audiencia Preliminar, ello, no como una formalidad trivial, sino, entre otras razones, como un medio de aseguramiento del cabal ejercicio del control de la prueba, lo cual resulta esencial para que las partes puedan preparar adecuadamente sus propias defensas. Por lo que los medios de prueba ofrecidos por la defensa del imputado, deben aportarse cinco días antes de la celebración de la Audiencia Preliminar, pudiendo las partes promover las pruebas que serán evacuadas en el juicio oral y público, señalando los hechos que pretenden demostrar a través de las mismas, con el objeto de que el Juez de Control decida sobre la necesidad y pertinencia de la prueba y las partes dispongan del tiempo suficiente para preparar de manera efectiva las defensas que estimen pertinentes, siendo que en el caso que nos ocupa el defensor además de proponer las pruebas extemporáneamente, tampoco refiere que pretende demostrar con la promoción de esas pruebas, ni su pertinencia y utilidad. Asimismo, el lapso para que las partes puedan ofrecer

pruebas, es preclusivo, ello con el fin de resguardar su derecho a la defensa incluyendo el derecho a la prueba y al control de la misma que es inherente a este y el derecho a la Igualdad Jurídica, cuya operatividad se logra mediante el resguardo al Debido Proceso en beneficio de todas las partes, de la justicia y del efectivo respecto de sus derechos fundamentales.

No obstante, la ley adjetiva penal prevé dos excepciones, fuera del previsto en el citado artículo 328, para el ofrecimiento de las pruebas en el juicio penal cuando se trate de pruebas de las cuales las partes hayan tenido conocimiento luego de la Audiencia Preliminar, en el artículo 343 y en el caso de que surjan hechos o circunstancias nuevas que requieran ser esclarecidos, de acuerdo al artículo 359, ya que causaría una lesión en el derecho a la defensa de la otra, alejando al proceso de su naturaleza como instrumento fundamental para la realización de la justicia. Tenemos pues, entre las facultades y cargas, que el artículo 328 del Código Orgánico Procesal Penal, le confiere a las partes en esta fase procesal la posibilidad de promover las pruebas a ser producidas en el juicio oral en su numeral 7, la cual constituye una de las fases de la actividad probatoria, constituida en el poder jurídico de las partes de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del Juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso, uno al derecho a la defensa, consistente en que las pruebas lícitas, necesarias, pertinentes y tempestivas sean admitidas por el Juez...estando el proceso penal sujeto a términos preclusivos, por razones no sólo de certeza y de seguridad jurídica, sino también, como modo del establecimiento de una necesaria ordenación del proceso, que sea capaz de asegurar, en beneficio de todas las partes, que el mismo sea seguido de manera debida, sin dilaciones ni entorpecimientos injustificables, en obsequio de la justicia, ello en resguardo del debido proceso, del derecho a la defensa y la seguridad jurídica. Por lo que, el ofrecimiento de las pruebas de la defensa debe ser realizado, tal como se le exige a las demás partes del proceso, dentro del lapso que dispone el artículo 328 del Código Orgánico Procesal Penal, a saber, hasta cinco días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar, ello como un medio de aseguramiento del cabal ejercicio del control de la prueba, lo cual resulta esencial para que las partes puedan preparar adecuadamente sus propias defensas...

Demostrado entonces que la referida Corte de Apelaciones del Circuito Judicial no actuó fuera de los límites de su competencia, al emitir su fallo de fecha 28 de septiembre de 2010, toda vez que como se mencionó anteriormente, constituye el Juzgado de Alzada del Tribunal Décimo Tercero de Primera Instancia en Funciones de Juicio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, al cual le correspondía conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa del ciudadano (...), en contra de la decisión emitida por dicho Tribunal de Primera Instancia, que en la Audiencia Preliminar celebrada el 24 de agosto de 2010, declaró sin lugar el recurso de apelación incoado, confirmando la decisión del referido Juzgado de Control que declaró extemporáneo el escrito de excepciones presentado; dictó su sentencia en forma motivada, sin lesionar los derechos constitucionales a la Defensa, al Debido Proceso y a la Tutela Judicial Efectiva del referido ciudadano, por lo que considera esta Representante del Ministerio Público, que la acción de amparo interpuesta por (...), debe ser declarada SIN LUGAR...".

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 20-04-2011

2.- DEPENDENCIA:

FISCALÍA CUARTA DEL MINISTERIO PÚBLICO ANTE LAS SALAS DE CASACIÓN Y SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

3.- TIPO DE DOCTRINA:

DERECHO PENAL ADJETIVO

4.- TEMA:

RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES. MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 582 DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (CAMBIO DE CRITERIO).

5.- MÁXIMA

LA IMPOSICIÓN DE MÁS DE UNA MEDIDA CAUTELAR SUSTITUTIVA DE LA PRIVATIVA DE LIBERTAD, NO VULNERA LOS DERECHOS A LA LIBERTAD Y AL DEBIDO PROCESO DE LOS ADOLESCENTES QUEJOSOS, PUESTO QUE, MÁS ALLÁ DE LA LITERALIDAD DEL ENUNCIADO LEGAL, ELLAS FUERON APLICADAS POR EL JUEZ DE CONTROL, CON BASE EN SU CRITERIO, AL ANÁLISIS Y PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS CONCRETAS Y EN CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES QUE RIGEN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES RESTRICTIVAS DE LIBERTAD, EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 44 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA... ASÍ, LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DA A LOS JUECES LA POTESTAD DE APRECIAR LOS HECHOS Y SOBRE LA BASE DE ELLOS, ACORDAR LAS MEDIDAS CAUTELARES QUE CONSIDEREN PERTINENTES PARA EL ASEGURAMIENTO DE LAS RESULTAS DEL JUICIO.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO

F4-TSJ-0046-2010

6.2.- FECHA:

20/04/2011

6.3.- RESUMEN

“...Las medidas cautelares sean privativas o sustitutivas de libertad, tienen como finalidad el aseguramiento de la comparecencia del imputado a los actos procesales que se llevan a cabo durante el desarrollo de la causa seguida al mismo, siendo **RESPONSABILIDAD** exclusiva del Estado asegurar las resultas de éste, a los fines de lograr la aplicación de una justicia expedita. En términos generales tenemos, que las medidas cautelares sustitutivas de libertad son entendidas como aquellas que buscan garantizar que el proceso logre la verdad de los hechos, con el aseguramiento de sus resultas, y tienen como característica la temporalidad ya que aparecen en el presente para asegurar el futuro.

Sobre este contexto la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, ha establecido: "...De lo anterior se aprecia, que el Estado como garante de la legalidad, requiere de un mecanismo idóneo para asegurar las resultas del proceso, siendo en éste caso, la aplicación de una medida de coerción personal, que procederá atendiendo a las circunstancias particulares del caso en concreto **y para lo cual el juez deberá realizar un análisis valorativo de dichas circunstancias para que en su lugar pueda acordar medidas más adecuadas y menos gravosas que permitan garantizar la comparecencia del imputado a los actos procesales** y a que los mismos se desenvuelvan con la mayor normalidad...".

Debe destacarse que la imposición de las medidas cautelares en referencia, están establecidas en normas contenidas en instrumentos internacionales, tales como en el Pacto Internacional de los **Derechos** Civiles y Políticos así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Artículo 9, numeral 3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos:...Artículo 7 numeral 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José): (...)gualmente en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el artículo 44 numeral 1:(...) Y encontrándose las medidas cautelares en materia de responsabilidad penal del adolescente, prevista en el artículo 581 la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la prisión preventiva como medida cautelar en el artículo 582 *Ibidem* las medidas cautelares sustitutivas de libertad, a saber: "Artículo 581...Artículo 582... Se colige de estas normas, que cuando estén dadas las condiciones para detener preventivamente a un adolescente por la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable, tal privación de libertad puede evitarse aplicando en su lugar otras medidas menos gravosas que le permitan al adolescente estar en libertad mientras se le investiga, pero es claro este artículo cuando establece que tal aplicación podrá hacerse de manera razonada y en consecuencia señala cuales son esas otras medidas que pueden evitar la detención de un adolescente, es decir, las otras medidas cautelares que comprende este sistema penal de responsabilidad del niño y del adolescente, una vez que se ha considerado la procedencia o no de la medida de prisión preventiva.

En este sentido, es preciso destacar que el artículo 582 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, contiene la palabra "alguna", término este que interpretado de manera restrictiva presupone la obligación del Juez de imponer una de las medidas y no varias de las que señala este artículo, sin embargo, la interpretación de las normas, no puede efectuarse siempre en forma gramatical, porque la imposición de una o varias medidas cautelares, dependen de la forma en que el Juez valora las circunstancias concretas del caso y es sólo a través de las actas que conforman la causa, que se puede determinar cuales son las medidas necesarias que aseguran las resultas del proceso y que al estar estas medidas bien fundamentadas conforme a derecho, no constituyen violación a la libertad personal ni al debido proceso, además que el fin último del proceso es la búsqueda de la verdad, así como la aplicación de una justicia rápida y expedita, y la reinserción social del adolescente.

Así mismo, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, establece que si las condiciones que autorizan la detención preventiva pueden ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el Tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado o interesada, deberá imponer en su lugar, alguna de las medidas previstas en el artículo 582 de la citada normativa legal, las cuales, son menos severas que la prisión preventiva y tienen como propósito asegurar las resultas del proceso, objetivo este perseguido por el Tribunal de Instancia que conoce la causa, tal y como se desprende en la decisión dictada en fecha 15 de marzo de 2010, donde señala:...Expresado lo que antecede, tenemos que en el caso sub examine, el accionante denuncia la violación de la libertad personal y el debido proceso, por cuanto el referido Tribunal de Instancia impuso dos (2) medidas cautelares sustitutivas de libertad previstas en el artículo 582 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes...argumentación que no comparte esta Representante del Ministerio Público,

toda vez, que la norma no debe ser analizada netamente de forma gramatical, ya que debe tomarse en consideración el espíritu, propósito y razón que tuvo el legislador al momento de dictar esa norma, como lo es el aseguramiento de los fines del proceso penal, que consagra el artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal, de manera que aún cuando la norma señala la palabra "alguna", la obligación del juzgador es efectuar un análisis de las circunstancias concretas del caso, a objeto de imponer medidas menos gravosas que le permiten al adolescente estar en libertad mientras es investigado, como son las medidas cautelares sustitutivas de libertad, las cuales se aplican de manera preventiva y que resultan necesarias para lograr el aseguramiento de los resultados del proceso, análisis este que hizo el Juez de manera fundamentada cuando aplicó las medidas a los adolescentes accionantes hoy en amparo, no incurriendo en ilegalidad alguna por haber verificado todos y cada uno de los requisitos de procedencia, fundamentando en consecuencia la pertinencia y necesidad de las mismas (...).

En este orden, la imposición de medidas cautelares sean privativas o sustitutivas de libertad, en jóvenes y adolescentes, tienden a asegurar que el imputado se someta al proceso y no obstruya la investigación, para lograr el fin último del proceso como lo es la búsqueda de la verdad que impone el artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal, así como la aplicación del derecho respectivo, por lo tanto, la aplicación de las medidas impuestas conforme a los literales "B" y "C" del artículo 582 de la Ley especial en materia de Adolescente, son coherentes, proporcionales y lógicas. Por lo que esta Representante del Ministerio Público, opina que en materia de adolescente puede imponerse más de una medida cautelar sustitutiva de libertad, tal y como lo han venido haciendo regularmente los Tribunales de Instancia, sin que esto resulte violatorio de derechos constitucionales ni principios legales, por encontrarse cumplidos los extremos para su procedencia y estar debidamente fundamentados, por lo que, resultaría impropio, suponer que los Jueces con competencia en materia de responsabilidad penal del adolescente, no puedan aplicar las medidas cautelares sustitutivas que consideren pertinentes, en proporción a la naturaleza del hecho punible y a las consecuencias jurídicas que ello conlleva (...).

Por las razones antes expuestas considera esta Representante del Ministerio Público, que no le asiste la razón a la defensa accionante, ya que no se encuentra vulnerada la libertad personal ni el debido proceso, consagrados en los artículos 44 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como ningún derecho constitucional a los adolescentes que representa, puesto que las medidas cautelares sustitutivas de libertad contempladas en el artículo 582 literales "B" y "C" de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que le fueron impuestas en el acto de presentación en su debida oportunidad, se encuentran fundamentadas y en nada lo afectan mientras son investigados..."

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 15-03-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO PENAL ADJETIVO

4.- TEMA: SOBRESEIMIENTO POR PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL (DELITOS PERMANENTES)

5.- MAXIMA

EL DESACATO, POR INCUMPLIMIENTO DE LA ACCIÓN ORDENADA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL, ES UN DELITO DE MERA ACTIVIDAD CON EFECTOS PERMANENTES, EN CONSECUENCIA, EN ESTE SUPUESTO EL LAPSO DE PRESCRIPCIÓN DEBE COMENZAR A CALCULARSE DESDE EL DÍA EN QUE CESÓ LA PERMANENCIA DEL HECHO.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ECRITO DRD-016-2011

6.2.- FECHA: 18-01-2011

6.3.- RESUMEN

“... ”

La representante del Ministerio Público hace su solicitud basándose en el artículo 318 numeral 3, del Código Orgánico Procesal Penal (prescripción de la acción penal). El escrito sostiene lo siguiente:

*“En este orden de ideas, el delito de **DESACATO DE LA AUTORIDAD**, contempla una pena de prisión de seis meses a dos años, siendo aplicable de conformidad con el artículo 37 del Código Penal, su termino medio, a saber: un año a tres meses; correspondiéndole en consecuencia un lapso de prescripción de tres años, según las previsiones del artículo 108 ordinal 5º ejusdem. En consecuencia, siendo que la última actuación practicada fue realizada en fecha 30/09/2005, sin que hasta el día de hoy se haya verificado la presencia de una circunstancia interruptiva de la prescripción ordinaria (Art. 110 Código Penal), y habiendo transcurrido desde la fecha: 30 de Septiembre de 2005, hasta la presente fecha, un total de tres (03) años, siete (07) meses y tres (03) días, tiempo éste que supera el lapso de tiempo aplicable para ejercer la acción penal, considera quien suscribe que en el presente caso la acción penal se encuentra evidentemente **PRESCRITA**...”*

En cuanto a la motivación expuesta, se evidencia que el cálculo de la prescripción fue incorrecto, pues en resguardo de lo dispuesto en el artículo 110 del Código Penal vigente, la Fiscal fundamenta el mismo estableciendo que entre la fecha en que el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas revoca la sentencia apelada, y se decreta con lugar la demanda de Modificación de Guarda, y la fecha en que suscribe el escrito de Solicitud de Sobreseimiento, el delito se encontraba prescrito, ya que, según su criterio, no se había verificado ningún acto procesal que interrumpiera la prescripción ordinaria.

Al respecto, en criterio de quien suscribe, dicha apreciación fue errada, pues se pudo constatar, que durante el periodo antes mencionado, la Fiscal imputó formalmente el delito de Desacato a la Autoridad a los ciudadanos **B C D E R** y **M A R L**. Así pues, desde que se dictó la orden judicial de revocación del régimen de guarda de la niña **N S L** (entiéndase: 30 de septiembre de 2005), hasta la fecha en que se presentó la Solicitud de Sobreseimiento (entiéndase: 6 de abril de 2009), sí hubo actos de interrupción del proceso -que son la citación para imputar y la imputación propiamente dicha de los ciudadanos investigados (realizada en fecha 03 de abril de 2007)-; por tanto, es necesario reconocer que sí se produjo una interrupción de la prescripción ordinaria. A continuación detallamos lo establecido en el Código Penal al respecto:

"Art. 110. (...)

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...

La prescripción interrumpida comenzará a correr nuevamente desde el día de la interrupción...". (Negrillas nuestras).

En ese contexto, los Actos de Imputación que realizó la representante del Ministerio Público en fecha 03 de abril de 2007, y que en efecto provocan la interrupción de la prescripción, fueron reseñados de la siguiente manera en el escrito fiscal:

"ACTO DE IMPUTACIÓN en fecha 03/04/2007, comparece previa citación, por ante la sede de esta representación Fiscal, la ciudadana **B C D E R** titular de la cédula de identidad N° X.XXX.XXX, con relación al delito previsto en el artículo 270 de la ley Orgánica para la Protección del niño y del adolescente a saber el tipo penal de **DESACATO A LA AUTORIDAD**, toda vez que existe una decisión emanada de la **CORTE SUPERIOR DEL TRIBUNAL DE PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ÁREA METROPOLITANA DE CARACAS Y NACIONAL DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL**, de fecha 30/09/2005, en la cual le ordena a su persona y a su esposo ciudadano **M A R L**, la entrega formal de la niña **N E S L** a su progenitora, y hasta la fecha han incumplido con dicha orden, delito este que el Ministerio Público le imputa.

ACTO DE IMPUTACIÓN en fecha 03/04/2007, comparece previa citación, por ante la sede de esta representación Fiscal, el ciudadano **M A R L** titular de la cédula de identidad N° X.XXX.XXX con relación al delito prevista en el artículo 270 de la ley Orgánica para la Protección del niño y del adolescente a saber el tipo penal de **DESACATO A LA AUTORIDAD**, toda vez que existe una decisión emanada de la

CORTE SUPERIOR DEL TRIBUNAL DE PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ÁREA METROPOLITANA DE CARACAS Y NACIONAL DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL, de fecha 30/09/2005, en la cual le ordena a su persona y a su esposa la ciudadana **B C D E R**, la entrega formal de la niña **N E S L** a su progenitora, y hasta la fecha han incumplido con dicha orden, delito este que el Ministerio Público le imputa”.

En razón de lo antes expuesto, la Fiscal del Ministerio Público no debió solicitar el Sobreseimiento de la causa, ya que una vez analizado el escrito, se evidencia que no había prescrito la acción penal, pues desde el momento de la ocurrencia de los hechos investigados (entiéndase: 30 de septiembre de 2005), hasta la fecha en que se produjo la interrupción del proceso por conducto de los actos de imputación realizados contra los ciudadanos **B C D E R** y **M R L** (entiéndase: 3 de abril de 2007), únicamente habían transcurrido 1 año, 6 meses y 3 días, siendo el plazo de la prescripción ordinaria del delito imputado -conforme el artículo 108 numeral 5, del Código Penal-, de 3 años. Asimismo, este Despacho debe advertir que desde la fecha en que se formalizaron los actos de imputación de los ciudadanos aducidos (entiéndase: 3 de abril de 2007), hasta la fecha de la Solicitud de Sobreseimiento examinada (entiéndase: 6 de abril de 2009), sólo habían transcurrido 2 años y 3 días, lo cual, tampoco satisfacía el plazo de prescripción invocado *supra*.

Tampoco se evidencia que hubiere operado la prescripción extraordinaria o judicial, pues para ello es necesario que el proceso se prolongue sin culpa del imputado, por un tiempo superior al de la prescripción aplicable más la mitad del mismo (entiéndase: 4 años y 6 meses). De manera que si se toma en cuenta que el delito se consumó en la fecha de la decisión jurisdiccional (entiéndase: 30 de septiembre de 2005), y que la averiguación penal se inició en fecha 01 de septiembre de 2006, debe concluirse que para el momento de la Solicitud de Sobreseimiento (entiéndase: 6 de abril de 2009), tampoco estaría prescrito el delito imputado, pues no habrían transcurrido los 4 años y 6 meses exigidos por la norma.

Aunado a lo expuesto *supra*, cabe acotar que esta Dirección sostuvo en reciente opinión, que de los 3 verbos rectores que conforman el tipo penal de Desacato a la Autoridad (entiéndase: impedir, entorpecer o incumplir)¹, sólo el “incumplimiento de la acción de la autoridad judicial” se traduce en un delito de mera actividad de efecto permanente, pues el sujeto activo, con el incumplimiento de la orden judicial, continúa realizando el tipo penal. Así pues, hasta tanto el agente no cumpla con la orden emanada de la autoridad, se sigue consumando el hecho punible.

En este sentido, y en resguardo de los hechos sometidos para la consideración de este Despacho, se evidencia que los ciudadanos **B C D E R** y **M A R L**, incumplieron la orden proferida por el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Consecuencialmente, al mantenerse en el tiempo la situación antijurídica, este Despacho advierte que el tipo penal imputado se trataba de un delito de mera actividad de efecto permanente. Así las cosas, tal y como prescribe el acápite inicial del artículo 109 del Código Penal:

¹ El Artículo 270 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, reza textualmente: “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”.

"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 ejecución; y para las infracciones continuadas o permanentes, desde el día en que cesó la continuación o permanencia del hecho...". (Negrillas nuestras)

En función de lo anotado anteriormente -y considerando que la modalidad del tipo penal de desacato que fue imputado a los ciudadanos **B C D E R** y **M A R L**, se trataba de un delito permanente-, es claro que en este supuesto no podía alegarse la prescripción de la acción penal, pues a los efectos del cómputo de la prescripción en los delitos permanentes, el plazo comenzará a calcularse desde el día en que cesó la permanencia del hecho. Así pues, los ciudadanos **B C D E R** y **M A R L**, nunca abandonaron la situación antijurídica que suponía el incumplimiento de la orden judicial; por tanto, al entenderse que el delito se seguía consumando, no podía iniciarse el cómputo del plazo dispuesto legalmente para que operara la prescripción ordinaria de la acción penal.

Incluso, este Despacho advierte que aún y cuando se hubiere considerado que el delito imputado se trataba de un delito instantáneo (entiéndase: no permanente), tampoco era procedente la Solicitud de Sobreseimiento por prescripción, pues en este caso la prescripción ordinaria había sido interrumpida en fecha 3 de abril de 2007, y el plazo de la prescripción extraordinaria tampoco había operado aún.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 16-01-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO PENAL ADJETIVO

4.- TEMA: SOBRESEIMIENTO Y COSA JUZGADA

5.- MÁXIMA

LA PRECISIÓN DE LOS HECHOS INVESTIGADOS COMPORTA UN REQUISITO ESENCIAL DE LA SOLICITUD DE SOBRESEIMIENTO, EN TANTO QUE PERMITE DEFINIR LAS CIRCUNSTANCIAS FÁCTICAS SOBRE LAS CUALES HABRÁN DE RECAER LOS EFECTOS DE LA DECISIÓN JURISDICCIONAL.

EN CASO DE DECLARARSE CON LUGAR LA SOLICITUD DE SOBRESEIMIENTO INTERPUESTA POR LOS REPRESENTANTES DEL MINISTERIO PÚBLICO, MEDIANTE DECISIÓN JURISDICCIONAL DEFINITIVAMENTE FIRME, LO RESUELTO ADQUIRIRÍA AUTORIDAD DE COSA JUZGADA, Y ESTO, EN UN SENTIDO FORMAL, IMPLICARÍA QUE LO DECIDIDO RESULTA YA INIMPUGNABLE, Y EN UN SENTIDO SUSTANCIAL, IMPLICARÍA QUE LA DECISIÓN DICTADA SERÍA INMUTABLE Y, POR TANTO, NO PODRÍA LUEGO SEGUIRSE OTRO PROCESO, EN CONTRA DEL SUJETO RESPECTO AL CUAL SE EMITIÓ EL PRONUNCIAMIENTO JURISDICCIONAL, POR LOS MISMOS HECHOS Y CAUSA.

PARA OPONER LA COSA JUZGADA O LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE *NON BIS IN IDEM*, SE HA EXIGIDO TRADICIONALMENTE LA EXISTENCIA DE UNA TRIPLE IDENTIDAD, RELATIVA A LA PERSONA, EL OBJETO Y LA CAUSA, SOBRE LOS CUALES RECAEN.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO: DRD-11-457-2011

6.2.- FECHA: 30-12-2011

6.3.- RESUMEN

(...)

Si bien en el Capítulo Tercero y Cuarto del acto conclusivo¹, se hizo referencia al escrito de denuncia por el cual se dio inicio a la investigación en el presente caso, y en él se aludió particularmente a algunas de las situaciones que -a decir del ciudadano M. R. A.- configuraron las presuntas irregularidades atribuidas a los imputados en esta causa, tal precisión debió ser realizada por los representantes del Ministerio Público, con ahondamiento sobre todas sus circunstancias

¹ Relativos a las actuaciones practicadas durante la Fase Preparatoria y a la fundamentación jurídica del acto.

(tiempo, modo² y lugar), considerando para ello todos los resultados arrojados por las diligencias de investigación practicadas.

Al respecto, conviene destacar que la indicación por parte de la representación del Ministerio Público -en esta especie de acto conclusivo- sobre todas las circunstancias fácticas acaecidas, coadyuva a delimitar el alcance de la solicitud fiscal, y a determinar la procedencia o no en el caso concreto de alguna de las causales previstas en el artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal.

Sobre este particular, la Doctrina Institucional ha sostenido de manera reiterada lo siguiente:

“Son los hechos contenidos en la solicitud de sobreseimiento los que van a ser ponderados por el juez, por lo que no basta una exposición indiferenciada de los mismos, se requiere su descripción, precisando claramente su relación con cada uno de los imputados, según sea el caso, lo que permitirá determinar cuándo y cómo fue cometido el hecho investigado, o contrariamente, concluir que el mismo no llegó a realizarse, o si habiéndose realizado, el mismo no es típico, además de determinar el alcance de la solicitud de sobreseimiento”³.

Adicionalmente, debe resaltarse que la precisión de los hechos investigados comporta un requisito esencial de la solicitud de sobreseimiento, en tanto que permite definir las circunstancias fácticas sobre las cuales habrán de recaer los efectos de la decisión jurisdiccional.

Precisamente acerca de este aspecto, conviene advertir que la precisión de las circunstancias fácticas bajo las cuales se suscitaron los hechos investigados, guarda estrecha vinculación con uno de los efectos procesales que surgen de la declaratoria con lugar de este acto conclusivo, a saber: la Cosa Juzgada.

De acuerdo con el artículo 319 del Código Orgánico Procesal Penal:

“Artículo 319. Efectos. El sobreseimiento pone término al procedimiento y tiene la autoridad de cosa juzgada. Impide por el mismo hecho, toda nueva persecución contra el imputado o imputada y acusado o acusada a favor de quien se hubiere declarado, salvo lo dispuesto en el artículo 20 de este Código, haciendo cesar todas las medidas de coerción que hubieren sido dictadas”.

Esto significa que, en caso de estimarse procedente la pretensión fiscal y declararse con lugar la solicitud de sobreseimiento interpuesta por los representantes del Ministerio Público, mediante decisión jurisdiccional definitivamente firme, lo resuelto adquiriría autoridad de Cosa Juzgada, y esto -en un sentido formal- implicaría que lo decidido resulta ya *inimpugnable*.

² Entre ellas: las acciones ejercidas concretamente por cada uno de los imputados.

³ *Informe Anual del Ministerio Público*. Año 2004. Memorandum N° DRD-185-2004, del 12 de abril de 2004. Pág. 847-850. Ver también: *Informe Anual del Ministerio Público*. Año 2003. Memorandum N° DRD-3-10522, del 24 de marzo de 2003. Pág. 716.

Aunado a ello, sustancialmente la Cosa Juzgada conferiría a la decisión dictada el carácter de *inmutable*, y -en consecuencia- no podría luego seguirse otro proceso, en contra del sujeto respecto al cual se emitió el pronunciamiento jurisdiccional, por los mismos hechos y causa⁴.

Por otra parte, la Cosa Juzgada brindaría *eficacia coercitiva* a la decisión jurisdiccional dictada, y -en ese sentido- ésta tendría que ser ejecutada en sus propios términos⁵.

Para garantizar que se cumplan los efectos de la Cosa Juzgada, se ha previsto en el artículo 49, numeral 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que:

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

(...) 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente”.

Tal prohibición ha sido consagrada además en diversos instrumentos internacionales, tales como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁶ y la Convención Americana de Derechos Humanos⁷.

Más concretamente, en el artículo 21 del Código Orgánico Procesal Penal se advierte también que:

“Artículo 21. Cosa Juzgada. Concluido el juicio por sentencia firme no podrá ser reabierto, excepto en el caso de revisión conforme a lo previsto en este Código”.

Lo anterior, pone de manifiesto la existencia de un amplio régimen de protección de la Cosa Juzgada en nuestro ordenamiento jurídico penal, que incluso -siguiendo las tendencias del derecho comparado- ha extendido su alcance, con la consagración del principio del *Non Bis In Idem*, en el artículo 20 del Código Orgánico Procesal Penal⁸, que procura evitar también el desarrollo de múltiples persecuciones, en contra de un mismo sujeto, por idéntico objeto y causa.

El autor Jorge Clariá Olmedo se ha referido a este fenómeno global, como el *“ensanche del efecto negativo de la cosa juzgada penal”*, y en virtud de ello, no sólo puede oponerse en otro proceso la Cosa Juzgada, para hacer valer los efectos impeditivos y positivos que devienen de ella; sino que además puede exigirse el cumplimiento del principio de *Non Bis In Idem*⁹.

Sobre este particular, el autor Jorge Vazquez Rossi ha sostenido lo siguiente:

⁴ Lo contrario conduciría -de manera indirecta- a la revisión de lo decidido, y a su eventual modificación.

⁵ En general, ese carácter de inimpugnabilidad e inmutabilidad que adquiere una decisión con autoridad de Cosa Juzgada, se traduce en un efecto de tipo *impeditivo*, toda vez que ya no podrá revisarse lo decidido, ni llevarse a cabo otro proceso, en contra de un mismo sujeto, por idéntica causa y objeto. Mientras que, la eficacia coercitiva que deviene de dicha decisión, comporta por el contrario un efecto *positivo*, en tanto que obliga al cumplimiento de lo decidido y a su exigibilidad.

⁶ Artículo 14, inciso 7: *“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto en virtud de una sentencia firme y respetuosa de ley de procedimiento penal de cada país”.*

⁷ Artículo 8, inciso 4: *“(...) el inculpado absuelto por una sentencia definitivamente firme no podrá ser sometido nuevamente a juicio por los mismos hechos”.*

⁸ *“Artículo 20. Nadie debe ser perseguido o perseguida penalmente más de una vez por el mismo hecho. Sin embargo, será admisible una nueva persecución penal:*

1. Cuando la primera fue intentada ante el tribunal incompetente, que por ese motivo concluyó el procedimiento.

2. Cuando la primera fue desestimada por defectos en su promoción o en su ejercicio”. (Negrillas nuestras).

⁹ Que -conforme de ha expuesto- prohíbe el ejercicio de múltiples persecuciones penales, en contra de un individuo, igualmente por los mismos hechos y causa.

" (...) la garantía no se limita a la sentencia, ya que se extiende, como una exigencia de seguridad, al ámbito de la persecución penal: esto es, al desarrollo investigativo previo a la resolución definitiva. La consecuencia es la de que un individuo que ha sido absuelto o condenado por un hecho, no puede ser nuevamente sometido a proceso por el mismo hecho.

A los mismos efectos opera el sobreseimiento definitivo que, en tal sentido, es idéntico a una sentencia" (...).

La garantía opera, en consecuencia, no sólo respecto a una pluralidad condenatoria, sino persecutoria".

Como consecuencia de lo anterior, agrega este autor que:

"Mediando una decisión jurisdiccional conclusiva, condenatoria, absolutoria o desincriminante, no cabe habilitar un nuevo proceso por los mismos hechos, ya que nos encontramos ante una situación en la que se ha agotado o extinguido la acción penal. Esto significa que el espacio protector se extiende a los actos procedimentales iniciales, por los que no cabe indagar al imputado, ni procesarlo ni realizar en su en torno actos adquisitivos-probatorios –en los supuestos de investigación a cargo del Ministerio Público". (Negrillas nuestras).

Para oponer la Cosa Juzgada o la aplicación del Principio de *Non Bis In Idem*, según sea el caso, se ha exigido tradicionalmente la existencia de una triple identidad, relativa a la persona, el objeto y la causa, sobre los cuales recaen¹⁰.

En ese sentido, estas garantías operan en favor de aquel sujeto que ya fue juzgado o sometido a una persecución penal, en otro procedimiento, por los mismos hechos.

Esos hechos que se le atribuyen a esa persona, deben coincidir con los que previamente dieron lugar a una persecución penal en su contra, o -en otro supuesto- con los que ya fueron decididos en un proceso penal concluido.

Acerca de este punto, cabe resaltar que –tal y como lo sostiene el autor Jorge Clariá Olmedo- la identidad del objeto debe versar sobre la materialidad de la conducta (incluyendo sus elementos objetivos, subjetivos y condicionantes de la imputación), independientemente de la calificación jurídica que se estime aplicable¹¹. Según lo refiere de manera expresa este autor: "*Es intrascendente el distinto encuadramiento penal*"¹².

Aunado a todo lo anterior, deben identificarse los motivos de la persecución o juzgamiento en los distintos casos, pues sólo de ese modo podrá afirmarse la triple identidad que dogmáticamente se ha requerido para sostener la Cosa Juzgada y la aplicación del Principio del *Non Bis In Idem*, en un caso concreto.

¹⁰ Por lo general, éstas han sido conocidas en la doctrina como: *eadem personae, eadem res y eadem causa petendi*.

¹¹ En ese mismo sentido, ver: VAZQUEZ R., Jorge E.: *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Conceptos Generales. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. Pág. 294 y MAIER, Julio: Pág. 606 y siguientes, por ejemplo.

¹² CLARIÁ O., Jorge A: *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Actualizado por Jorge Vázquez Rossi. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires Pág. 74.

En este contexto, la identidad del sujeto viene a representar el aspecto subjetivo de los presupuestos requeridos para la afirmación de la Cosa Juzgada y la aplicación del principio de *Non Bis In Idem*; mientras que la identidad del objeto y la causa, constituyen sus elementos objetivos.

En el caso examinado, la imprecisión en la descripción de los hechos atribuidos a los imputados, genera desconcierto en cuanto al objeto del proceso, y -por tanto- no podría delimitarse uno de esos elementos objetivos que, como se ha referido, debe concurrir para oponer la Cosa Juzgada y el Principio del *Non Bis In Idem*, en caso de acordarse el sobreseimiento solicitado. Nos referimos concretamente a la llamada: *eadem res* o identidad del objeto (hechos).

Habida cuenta de lo expuesto, y atendiendo al contenido de la solicitud de sobreseimiento analizada, estimamos que la actuación ejercida por los representantes del Ministerio Público, en la causa N° 17-F1-00388-01, hace inefectiva las garantías de Cosa Juzgada y Única Persecución Penal, previstas en nuestro ordenamiento jurídico, y ello no guarda consonancia con lo establecido en el artículo 285 numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el cual se dispone que:

“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”.

Adicionalmente, creemos que con ello se inobserva lo previsto en el artículo 16 numeral 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público:

“Artículo 16. Son competencias del Ministerio Público:

*(...) 2. **Garantizar** el debido proceso, la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, **el respeto de los derechos y garantías constitucionales**, así como de los tratados, convenios y acuerdos internacionales vigentes en la República, actuando de oficio o a instancia de parte”* (Negrillas nuestras).

Para cumplir con los mandatos antes transcritos, y garantizar la Cosa Juzgada, así como también la Prohibición de Múltiple Persecución Penal¹³, la Doctrina Institucional ha sostenido que los representantes del Ministerio Público deben narrar de manera precisa los hechos investigados. Sobre este particular, se ha indicado lo siguiente:

“(…) considerando que de conformidad con lo previsto en el numeral 7, del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela <Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente; por tanto, en resguardo de la aducida máxima (non bis in idem), la prolija descripción de los hechos acontecidos, así como el señalamiento enjundioso de las circunstancias de “modo, tiempo y lugar” que rodean la

¹³ Artículo 49, numeral 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 20 del Código Orgánico Procesal Penal.

*investigación, se torna en un imperativo ineludible a propósito de la motivación exigida en todo escrito de sobreseimiento*¹⁴.

Llama la atención que los representantes del Ministerio Público hayan desatendido a esta forma, y comprendieran entre el objeto de su solicitud de sobreseimiento: "**las presuntas irregularidades ocurridas en la Asamblea Legislativa del Estado Nueva Esparta durante los años 1996, 1997, 1998 y 1999, con ocasión al faltante y desvío de fondos públicos imputables a los descuentos realizados a través de deducciones a los obreros, empleados y Diputados del aludido cuerpo legislativo, por concepto de Seguro Social Obligatorio, Paro Forzoso y Caja de Ahorros**", sin describir con exactitud cada una de ellas, ni atribuir las a quien particularmente correspondiera; pues -si en esos términos se acordase la petición fiscal, con autoridad de Cosa Juzgada- pudiera entenderse erróneamente que los efectos de la respectiva decisión jurisdiccional deben recaer incluso sobre la totalidad de irregularidades acaecidas durante el período antes especificado¹⁵, en el estado Nueva Esparta, con ocasión al actividad antes señalada, aunque no hayan sido efectivamente investigadas en la presente causa, por ejemplo.

Dicha actuación, a nuestro juicio, veda el alcance de la verdad que se pretende alcanzar, con afectación de intereses suprapersonales, toda vez que se trata de hechos presuntamente punibles, cometidos en contra del patrimonio público.

¹⁴ Informe Anual del Ministerio Público. Año 2006. Memorándum N° DRD-20-315-2006, del 25 de agosto de 2006. Pág

¹⁵ Años 1996, 1997, 1998 y 1999.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 28-12-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE CONSULTORÍA JURÍDICA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO PENAL ADJETIVO

4.- TEMA: SUPUESTO ESPECIAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

5.- EXTRACTO

EN LOS DELITOS QUE SE PRESUMA PUEDAN SER CATALOGADOS COMO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA, DEBE DETERMINARSE LA PARTICIPACIÓN DE LOS LLAMADOS “FACTORES DE PODER” EN LA COMISIÓN DEL HECHO PUNIBLE, YA QUE DE LO CONTRARIO NOS ENCONTRAMOS ANTE UN DELITO COMÚN, NO SIENDO APLICABLE POR ELLO LA LEY ORGÁNICA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO OFICIO N° DCJ-8-1648-2011-0068721

6.2.- FECHA: 29-12-2011

6.3.- RESUMEN

Me dirijo a usted, en la oportunidad de dar respuesta a su Oficio N° 24-F16-0139-11-051144, mediante el cual eleva consulta a esta Dirección de Consultoría Jurídica, con relación a la procedencia de prescendencia total o parcial del ejercicio de la acción penal, en la investigación N° 24-F16-1856-11, por cuanto el imputado (...), suministró información, que a su criterio es relevante para la averiguación que se adelanta contra otros dos ciudadanos, quienes presuntamente forman parte de una organización de delincuencia organizada.

Ahora bien, a los fines de evacuar cualquier consulta que sea solicitada a esta Consultoría Jurídica, o a cualquiera de las otras direcciones que conforman el Despacho de la Fiscal General de la República, debemos partir de las recientes instrucciones dictadas por la máxima autoridad de esta institución, en fecha 28 de julio de 2011, a través de la Circular N° DFGR-VFGR-DGAJ-DCJ-DRD-018-2011, que regula el “Procedimiento para Elevar Consultas”.

En dicha Circular, se destaca que según el “Reglamento Interno que define las competencias de las dependencias que integran el Despacho del Fiscal General de la República”, la mayoría de las direcciones que integran el Despacho, tienen la atribución de emitir opiniones, fijar directrices y evacuar consultas a los representantes fiscales, en las materias de su competencia, y específicamente a esta Dirección le es reconocida tal competencia en el artículo 7, numeral 2 de dicho Reglamento.

Ahora bien, según la mencionada Circular "Del Procedimiento de para Elevar Consultas", *"... es necesario que al elevar su planteamiento lo haga por escrito, con información detallada de la situación a estudiar, precisando las dudas que requiere sean aclaradas y señalando la opinión jurídica que le merezca el asunto con la indicación de los fundamentos legales en los cuales se sustente."*

De igual forma, se indica en la Circular, que las opiniones jurídicas que emite el Despacho a través de las Direcciones, tienen un carácter netamente orientador, es decir, que no podrá supeditarse la actuación fiscal a la espera de una respuesta por parte de la dependencia consultada, ya que ello ocasionaría un retraso en la tramitación de la causa.

Si bien es cierto que la opinión jurídica que emita cualquiera de las direcciones que conformamos el Despacho de la Fiscal General de la República, preceden a un análisis del aspecto consultado, se entiende que el mismo es una orientación y que el representante fiscal goza de autonomía en el cumplimiento de su labor, tal como lo señala la citada circular, ello *"...sin menoscabo de las facultades de coordinación, supervisión y control de las Direcciones de adscripción."*

Es decir, que sobre la base de lo ya señalado, esta Consultoría Jurídica, no ostenta entre sus atribuciones "dar instrucciones o lineamientos" a los fiscales del Ministerio Público, ya que tal actuación es propia de las direcciones a las cuales se encuentran adscritos los representantes fiscales.

Entrando a analizar el caso planteado en su solicitud de opinión, nos encontramos ante la posible solicitud de aplicación del supuesto especial de principio de oportunidad, figura conocida con el nombre de delación, prevista en el artículo 39 del Código Orgánico Procesal Penal, y también en las leyes especiales contra la delincuencia organizada y el secuestro y la extorsión.

En este sentido, lo primero que debe determinarse en el caso concreto es cuál de las normativas vigentes es la aplicable, teniendo presente que los delitos señalados por usted y por los cuales ha sido procesada la persona que se beneficiaría con la aplicación del supuesto especial, ha sido procesada por los delitos de extorsión agravada, prevista en el artículo 16 de la Ley contra el Secuestro y la Extorsión, y Asociación Ilícita para Delinquir, prevista y sancionada en el artículo 6 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada.

En este ámbito, observamos que en base al criterio de jerarquía de las leyes, corresponderá aplicar la norma contenida en el artículo 21 de la Ley contra el Secuestro y la Extorsión, publicada en Gaceta Oficial N° 39.194 del 5 de julio de 2009, ya que frente a la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada, es una ley especial y posterior, que contempla el presupuesto de la delación, mientras que la mencionada ley orgánica, abarca a los delitos propios de la delincuencia organizada, como por ejemplo la incautación o confiscación de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o de químicos esenciales o de capitales o bienes.

Al efecto, es importante hacer una distinción, en cuanto a lo que sería la imputación de los hechos punibles a los que nos venimos refiriendo, con el señalamiento, que sólo el representante fiscal que tiene conocimiento de una causa, es el llamado a calificar jurídicamente los hechos.

Así, en el caso específico del delito de extorsión agravada al cual usted refiere, el mismo se encuentra previsto en el artículo 16 de la Ley contra el Secuestro y la Extorsión, mientras que las agravantes se tipifican en el artículo 19 de ese instrumento legal, sin que se indicara en cuál de ellas se subsume la conducta de los imputados, y por tanto, se debe precisar de forma exacta la calificación jurídica de los hechos, para garantizar el principio de legalidad y por ende el debido proceso.

Ahora bien, más allá de lo anterior, debe distinguirse si efectivamente el delito de extorsión ante el que nos encontramos es el previsto en la Ley contra el Secuestro y la Extorsión, o si dicho delito es producto de la actividad de un grupo, que llene ciertas exigencias en cuanto a su conformación, para poder ser considerado como de delincuencia organizada, y en cuyo caso la ley que se debería aplicar es la de Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada.

Para poder determinar si la actividad delictiva se encuadra o no en lo que podría considerarse como delincuencia organizada, traeré a colación una ponencia presentada por mi persona en un evento académico realizado este año 2011, por esta Institución, en donde el tema central era la delincuencia organizada, y donde sostuve lo siguiente:

“Con fundamento en esta autorizada doctrina, podemos concluir que la existencia de estas empresas criminales con carácter permanente y estructura organizada, depende exclusivamente de la protección que le ofrecen integrantes de los cuerpos policiales, de los órganos de administración de justicia y de otras importantes instituciones públicas y privadas.

*De allí, que la característica esencial de delincuencia organizada es la **participación de factores de poder, tanto del sector público como del privado**, para “proteger a los miembros del grupo contra la persecución penal y para neutralizar la acción del Estado y de sus autoridades”.*

Es decir, que en base a lo anterior, puede concluirse que ante la inexistencia de los llamados “factores de poder”, no podríamos hablar de delincuencia organizada, sino de delincuencia común.

De lo señalado por usted en su oficio, no queda claro el por qué se estima que se ha configurado el delito de asociación para delinquir previsto en la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada, ya que no se hace mención a la existencia o participación de “factores de poder”, en la comisión de la extorsión agravada, debiendo tenerse en cuenta que en el supuesto de no contar esos elementos (ya referidos), podría subsistir el mismo tipo penal consagrado en el Código Penal, pero no el de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada.

Luego de que se tengan claras las circunstancias previamente señaladas, resta evaluar la posibilidad de solicitar la aplicación de la delación contenida en el artículo 21 de la Ley contra el Secuestro y la Extorsión, en donde se señala lo siguiente:

El Ministerio Público suspenderá el ejercicio de la acción penal conforme a lo establecido en el artículo 39 del Código Orgánico Procesal Penal a los autores o autoras, cooperadores o cooperadoras, cómplices o encubridores o encubridoras de los delitos tipificados en la presente Ley, que colaboren eficazmente con las autoridades competentes para lograr la frustración o el esclarecimiento del delito investigado, la aprehensión de otros autores o autoras, cooperadores o cooperadoras, cómplices o

encubridores o encubridoras, la liberación de la persona secuestrada o evitar que se realicen otros delitos.

El proceso penal será reanudado respecto al informante arrepentido o arrepentida y la pena establecida para estos casos será rebajada hasta la mitad, cuando las informaciones suministradas hayan satisfechos las expectativas por las cuales se suspendió el ejercicio de la acción penal.

En virtud de la remisión que la misma ley especial hace al Código Orgánico Procesal Penal, es necesario citar el artículo 39 de ese instrumento legal, que consagra la figura de la delación en los siguientes términos:

Supuesto especial. *El Fiscal del Ministerio Público solicitará al Juez de control autorización para suspender el ejercicio de la acción penal cuando se trate de hechos producto de la delincuencia organizada o de la criminalidad violenta y el imputado colabore eficazmente con la investigación, aporte información esencial para evitar que continúe el delito o se realicen otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos, o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la pena que corresponda a los hechos punibles, cuya persecución se suspende, sea menor o igual que la de aquellos cuya persecución facilita o cuya continuación evita./ El ejercicio de la acción penal se suspende en relación con los hechos o las personas en cuyo favor se aplicó este supuesto de oportunidad, hasta tanto se concluya la investigación por los hechos informados, oportunidad en la cual se reanudará el proceso respecto al informante arrepentido./ El Juez competente para dictar sentencia, en la oportunidad correspondiente, rebajará la pena aplicable, a la mitad de la establecida para el delito que se le impute al informante arrepentido, cuando hayan sido satisfechas las expectativas por las cuales se suspendió el ejercicio de la acción, lo cual deberá constar en el escrito de acusación./ En todo caso, el Estado adoptará las medidas necesarias para garantizar la integridad física del informante arrepentido.*

En este ámbito, es oportuno tomar en consideración lo señalado por la Circular N° DFGR-DCJ-DRD-2008-016, de fecha 13 de noviembre de 2008, referida a la "Aplicación del Principio de Oportunidad", por cuanto la misma contiene instrucciones emanadas de la Máxima Autoridad de esta Institución, y en ella se realizan algunas consideraciones en cuanto a la figura de la delación, y al respecto se indica que:

"La procedencia de este supuesto requiere la eficacia de la información proporcionada por el delator, debiendo ésta coadyuvar a la investigación de hechos producto de la delincuencia organizada o de la criminalidad violenta, que puede abarcar la investigación en la que se encuentra involucrado, u otra ya aperturada o que se aperture en razón de la información que suministre; ello deberá constar en su escrito de acusación contra el delator, en donde deberá expresar al juez si fueron o no satisfechas las expectativas por las que se suspendió el ejercicio de la acción. De igual forma, es importante tener presente que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se ha pronunciado respecto a la procedencia de este supuesto especial.

Así, la aplicación de este criterio de oportunidad contempla dos fases; la primera, que inicia con la suspensión de la causa seguida al delator, siempre que la pena que le corresponda a éste sea menor o igual a la correspondiente a la de aquellos cuya persecución facilita, o la del delito cuya continuación evita; y la segunda, que se verifica con la valoración que hace el fiscal de la colaboración prestada por el imputado, de la cual dependerá el beneficio final, que es la disminución de la pena.

En tal sentido, se insiste en la necesaria obligación que tiene el Fiscal del Ministerio Público de investigar suficientemente los hechos antes de realizar su solicitud de aplicación del Principio de Oportunidad, todo esto porque se requiere que el mismo tenga un grado de certeza suficiente de que el imputado fue autor y/o participe en los hechos investigados antes de que se vea beneficiado con la figura, ello a los fines de mantener la idea garantista de nuestro derecho penal, respetando el debido proceso, la presunción de inocencia, y tomando en consideración que con la aceptación del Principio de Oportunidad queda viva la responsabilidad civil a la que hubiere lugar."

Con base en lo señalado en la citada Circular, se observa que la *segunda fase* a la cual se refiere, en su criterio ya se encontraría cubierta, puesto que expone que la información suministrada por el imputado ha sido de vital importancia para el desarrollo de la investigación y ha permitido tomar acciones respecto a otros involucrados, por lo cual tan sólo faltaría verificar lo relativo a la pena de los delitos en cuestión, y posteriormente, se deberá presentar ante el juez de control, la solicitud de suspensión del ejercicio de la acción penal respecto al ciudadano (...), tal como dice el Código Orgánico Procesal Penal "*hasta tanto se concluya la investigación por los hechos informados, oportunidad en la cual se reanudará el proceso respecto al informante arrepentido.*

Por último, es necesario insistir en el tema de la determinación de cuándo nos encontramos ante un delito propio de la delincuencia organizada, ya que de no ser así, al no intervenir "factores de poder", y de tratarse de un delito común, de igual forma cabría la posibilidad de acceder a la solicitud de un principio de oportunidad, bajo la figura de la delación, pero ya no con relación a la delincuencia organizada, sino como un delito violento en caso de que corresponda.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

3. ADMINISTRATIVO FUNCIONARIAL

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 17-10-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE CONSULTORÍA JURÍDICA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO LABORAL

4.- TEMA: ANTICIPO DE PRESTACIÓN ANTIGÜEDAD

5.- MÁXIMA

LOS ANTICIPOS A CUENTA DE LA PRESTACIÓN DE ANTIGÜEDAD SE OTORGAN SÓLO PARA SATISFACER LAS OBLIGACIONES PREVISTAS EN EL PARÁGRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 108 DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, SIEMPRE QUE SEAN CONSIGNADOS “AL MOMENTO DE HACER LA SOLICITUD RESPECTIVA”: LA INFORMACIÓN, DATOS, DOCUMENTOS Y PRESUPUESTOS, PARA VERIFICAR LOS SUPUESTOS QUE MOTIVAN LA MISMA, Y POSTERIORMENTE, UNA VEZ ACORDADO EL ANTICIPO, EL PATRONO TIENE LA “*POTESTAD DISCRECIONAL*” DE SOLICITAR O NO A LOS TRABAJADORES LA INFORMACIÓN SOBRE EL DESTINO PARA EL CUAL FUERON EMPLEADOS LOS FONDOS OTORGADOS.

6.- CONTENIDO

6.1.- NUMERO DE ESCRITO MEMORANDO No. DCJ-17-1326-2011

6.2.- FECHA: 17-10-2011

6.3.- RESUMEN

Se emite opinión a la solicitud formulada por la Dirección de Recursos Humanos, a través de Memorando N° DRH-DRL-961-2011, de fecha 05 de octubre de 2011, en referencia a lo previsto en el artículo 100, del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo que prevé la frecuencia de los Anticipos de **PRESTACIÓN** de Antigüedad, indicándose en su último aparte de la citada norma que: “*El patrono o entidad respectiva, podrá exigir al trabajador información sobre el destino de la suma de dinero solicitada en anticipo, o del crédito o aval, según fuere el caso, y las pruebas que lo evidencien*”.

Al respecto, debe iniciarse el análisis de la consulta formulada haciendo mención a que los requerimientos de pago del 75% del acumulado de prestaciones sociales de los fiscales, funcionarios y empleados del Ministerio Público, deben estar sujetos a los supuestos establecidos en el artículo 108, Parágrafo Segundo de la Ley Orgánica del Trabajo, que transcribimos textualmente a continuación:

(...)

En tal sentido, esta unidad consultora en ejercicio del ámbito de su competencia, pasa de seguida a indicar los particulares siguientes: La Doctrina del Profesor Rafael Alfonso Guzmán, de su libro "*Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo*", respecto a la antigüedad, señala:

"...La prestación de antigüedad (cinco días de salario por mes), atendiendo a la voluntad del trabajador se depositará y liquidará mensualmente en forma definitiva, en un fideicomiso individual o en un Fondo de Prestaciones de Antigüedad, o se acreditará mensualmente a nombre del trabajador también en forma definitiva, en la contabilidad de la empresa; lo acreditado o depositado mensualmente se pagará al término de la relación de trabajo y devengará intereses... En otras palabras, el derecho a la prestación se causa, nace, al vencimiento de cada mes de servicio, pero no es exigible mas que a la terminación de la relación...".¹ (Subrayado añadido).

Igualmente, analizando la naturaleza jurídica de la prestación de antigüedad, el Tribunal Supremo de Justicia en algunos de sus fallos ha expresado su carácter preponderante de previsión social, así:

"Es necesario acotar que la prestación de antigüedad devengada por el trabajador durante el tiempo que dure la relación de trabajo, tiene como finalidad el ahorro obligatorio del trabajador, por tal razón, es que únicamente está autorizado a retirar cantidades equivalentes hasta el setenta y cinco por ciento (75%) de lo que tenga acreditado, y únicamente con la finalidad de satisfacer determinadas necesidades del trabajador y de su familia, que el legislador consideró esenciales...". (Negritas añadidas).²

Con base al contexto del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, así como en los criterios doctrinales y jurisprudenciales antes citados, en principio, podemos entender, que la intención del legislador está orientada a que la prestación de antigüedad se cancele al término de la relación laboral y no antes, ya que la misma tiene como finalidad el ahorro obligatorio del trabajador.

No obstante, aún cuando la legislación laboral en sus disposiciones normativas contempla una protección al trabajador, también como fin inmediato para la protección de otros intereses, lo autoriza a retirar cantidades equivalentes hasta el setenta y cinco por ciento (75%) de lo que tenga acreditado, únicamente con la finalidad de satisfacer determinadas necesidades del trabajador y de su familia.

Como muestra de ello, el legislador -a nuestro entender- flexibilizó la norma que establece la entrega del anticipo del 75 % de lo acreditado antes del término de la relación laboral; en procura de la satisfacción de derechos fundamentales de rango Constitucional para el trabajador como son: el derecho a una vivienda digna (construcción, adquisición, mejora o reparación de vivienda para él y su familia, para la liberación de hipoteca o de cualquier otro gravamen sobre vivienda de su propiedad), supuesto que se encuentra en sintonía con el artículo 82 de la

¹ Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, sentencia de fecha 19-02-2009, asunto JP31-R-2008-000050, Partes, José Efigenio Brizuela contra Estación de Servicio Mi LLano, C.A.

² Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia No. 796 de fecha 16 de Diciembre de 2003, con Ponencia del Magistrado JUAN RAFAEL PERDOMO, caso M.A. Gutiérrez contra Emegas C.A

Constitución de la República de Venezuela; derecho a la educación (pensiones escolares para él, su cónyuge, hijos o con quien haga vida marital), (artículo 102 C.R.B.V); y derecho a la salud (gastos por atención médica y hospitalaria de las personas antes indicadas), (artículo 83 C.R.B.V) y dentro de éste, el derecho a la vida.

De esta manera, los supuestos contenidos en el párrafo segundo del artículo 108, en concordancia con normas de rango constitucional, nos indican que cualquier adelanto de prestaciones sociales que se le conceda al trabajador, debe ser justificado, bajo los límites preestablecidos por la misma norma. Estos límites se basan, tanto en la cantidad concedida como en las razones para lo cual se concede, los cuales deben ser de estricta observancia tanto para el Ministerio Público como para el trabajador. Por lo tanto, cuando el legislador creó la figura de la Prestación de Antigüedad, la misma fue encaminada a traer bienestar de carácter social, tanto al trabajador como a su grupo familiar, así como también de algún modo premiar al trabajador por su fidelidad en el servicio y prestar un auxilio en caso de cesantía hasta el instante en que consiga un medio de subsistencia por haber finalizado otro.

Aunado a estas restricciones, el vigente Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (Gaceta Oficial Nº 38.426, de fecha 28 de abril de 2006) dispone en su artículo lo siguiente:

(...)

Con base a lo anterior, se observa entonces que para el pago de este concepto el patrono como buen padre de familia, debe cuidar la regularidad de la solicitud de anticipo "*salvo en el supuesto previsto en el literal d)*" y la posibilidad de solicitar al trabajador la información sobre el destino de la suma de dinero solicitada en anticipo y las pruebas que lo evidencien.

Cabe destacar lo que considera la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en relación al artículo 108 de la Ley Orgánica de Trabajo:

"...entiende la Sala, específicamente con relación a lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, que existen causales taxativas para otorgar los anticipos de prestaciones, las cuales deben ser invocadas y soportadas al momento de hacer la solicitud respectiva; luego, exigir al trabajador posteriormente la información sobre el destino para el cual se empleó la cantidad otorgada en anticipo, específicamente en este caso, es una potestad discrecional del patrono o empleador, ello en atención del vocablo 'podrá' empleado en el artículo 100 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo".³ (Negritas añadidas).

De acuerdo a lo expresado, se reitera que los anticipos a cuenta de la prestación de antigüedad se otorgan sólo para satisfacer las obligaciones previstas en el Párrafo Segundo del Artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, siempre que sean consignados "*al momento de hacer la solicitud respectiva*": la información, datos, documentos y presupuestos, para verificar los supuestos que motivan la misma, y posteriormente, una vez acordado el anticipo, el patrono tiene la "*potestad discrecional*" de solicitar o no a los trabajadores la información sobre el destino para el cual fueron empleados los fondos otorgados.

³Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sent. Nº 00910 de fecha 29 de septiembre de 2010. Exp. Nº 0614.

Ahora bien, en cuanto al criterio sostenido por la Dirección consultante al considerar *“que, con la solicitud por escrito realizada por el trabajador o trabajadora, a través de la Planilla ‘Solicitud de Anticipo de Haberes de Prestación de Antigüedad en Fideicomiso’, el presupuesto y la autorización del cónyuge o concubino, de ser el caso, serían suficiente (sic) elementos justificativos del requerimiento efectuado...”*.

Es oportuno advertir que, debe tomarse en cuenta que la norma prevé dos momentos para exigir información, uno previo a la concesión del Anticipo de Haberes de Prestación de Antigüedad en Fideicomiso y otro posterior a ello, que se hará exigible de considerarlo así el patrono, por lo tanto, esta Dirección se permite sugerir sólo a título ilustrativo que para el primer supuesto los soportes que debe contener la solicitud en comento deben ser:

- Formato de Solicitud debidamente llenado y firmado.
- Copia de la cédula de identidad y carnet del trabajador solicitante.
- Copia de la cédula de identidad y autorización del cónyuge o concubino (a) (si fuera el caso).
- Documentos probatorios (documento de propiedad del inmueble, informe médico, presupuesto o facturas, acta de divorcio, entre otros, según sea el caso).

Ahora bien, posteriormente en caso de que el patrono deba hacer uso de su potestad discrecional como control posterior sobre el destino de la suma solicitada en anticipo, o del crédito o aval, según el caso, el artículo 74 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, solo prevé que el patrono podrá exigir al trabajador la consignación de las pruebas que lo evidencien.

En razón de los argumentos antes expuestos, estima este órgano Asesor, salvo mejor criterio, que la interpretación que debe dársele al contenido del artículo 74 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo es que el trabajador podrá solicitar Anticipo de Haberes de Prestación de Antigüedad en Fideicomiso al patrono hasta un 75% para cubrir necesidades de vivienda, pensiones escolares y gastos médicos para el trabajador y su grupo familiar; para lo cual el patrono deberá solicitar la documentación justa y necesaria, así como podrá requerir la información, sobre el destino de las cantidades entregadas como anticipo, según el caso, en virtud que, dicha documentación es de suprema importancia para la Institución, pues a través de ella podrá demostrar la liberación de la obligación sobre futuras pretensiones del trabajador y su familia, en estricto cumplimiento de lo previsto en el Parágrafo Segundo del Artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, en caso contrario, el pago de este concepto en forma anticipada sin estar debidamente justificado, atentan no solo contra la salud del trabajador sino contra su integridad y la de su entorno familiar, ya que hace ineficaz una norma de gran contenido social.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 05-09-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE CONSULTORÍA JURÍDICA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO ADMINISTRATIVO

4.- TEMA: ANTIGÜEDAD

5.- MÁXIMA

AL SER LA CLÍNICA POPULAR EL PARAÍSO UN ÓRGANO DESCONCENTRADO Y DEPENDIENTE DEL MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA LA SALUD, SE CONFIGURA EL REQUISITO PREVISTO EN EL PARÁGRAFO ÚNICO DEL ARTÍCULO 58 DEL ESTATUTO DE PERSONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO, RAZÓN POR LA CUAL ES PROCEDENTE RECONOCER EL TIEMPO DE SERVICIO QUE SE HUBIESE PRESTADO EN LA MISMA A LOS EFECTOS DE LA ANTIGÜEDAD DEL FUNCIONARIO.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO MEMORANDO N° DCJ-24-1161-2011

6.2.- FECHA: 05-09-2011

6.3.- RESUMEN

La Dirección de Recursos Humanos a través del memorando N° DRH-660 de 30 de junio de 2011, solicitó la opinión de este Órgano Asesor su opinión en relación con la situación de la ciudadana (...), titular de la cedula de identidad N° (...), quien se desempeña como Secretario I adscrita a la Fiscalía (...), en el sentido que se le reconozcan a los efectos de su antigüedad, los años de servicios prestados en la Clínica Popular El Paraíso en la ciudad de Caracas. Al efecto remite copia del escrito de la ciudadana antes identificada, como fotocopia de “Antecedente Laboral” expedido por la Clínica Popular El Paraíso, de fecha 09 de mayo de 2011.

Al respecto, primeramente se debe atender a lo dispuesto en los artículos 58 y 59 del Estatuto de Personal del Ministerio Público, que expresamente disponen lo siguiente:

“Artículo 58.- A los efectos del cálculo inicial de la prima de antigüedad, los fiscales, funcionarios y empleados, mencionados en el Parágrafo Primero del artículo 55, deberán consignar, ante la Dirección de Recursos Humanos del Despacho del Fiscal General de la República, los documentos probatorios de su antigüedad en el servicio.

***Parágrafo Único:** Se reconocerá, a los efectos de la prima de antigüedad, el tiempo de servicio prestado a entes de cualquier rama del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal; así como el laborado para órganos que, según la Constitución, tengan*

autonomía funcional; el prestado en Institutos Autónomos sometidos a régimen de tutela o a personas jurídicas de Derecho Público con forma de Derecho Privado, siempre que, en este último caso, el Estado tenga una participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital o patrimonio, durante el tiempo de prestación de servicios.

Artículo 59.- *Sólo se admitirá como prueba de la prestación de servicios, a los efectos de cualquier beneficio previsto en el presente Estatuto, documentos originales o copias certificadas expedidas por el correspondiente organismo, en los cuales se deberá indicar: fecha de ingreso y egreso, cargo desempeñado, sueldo y jornada de trabajo cumplida, la cual no podrá ser inferior a medio tiempo. Podrá admitirse como prueba, para aquellos fiscales, funcionarios o empleados cuya relación de empleo público haya sido de tipo contractual, el original o copia certificada del respectivo contrato, el cual deberá contener idénticas menciones a las exigidas para las certificaciones antes aludidas.”*

Ahora bien, siguiendo lo establecido en las disposiciones antes transcritas, esta Dirección de Consultoría Jurídica debe verificar los siguientes extremos:

a) Que la ciudadana (...) haya consignado los documentos probatorios de su antigüedad de servicio. Así como que los mismos contengan las menciones siguientes: fecha de ingreso y egreso, cargo desempeñado, sueldo y jornada de trabajo cumplida, la cual no podrá ser inferior a medio tiempo.

b) Que haya prestado servicio a entes de cualquier rama del Poder Público Nacional, Estadal o Municipal; a órganos que tengan autonomía funcional; a Institutos Autónomos sometidos a régimen de tutela o a personas jurídicas de Derecho Público con forma de derecho privado.

Así las cosas, puede verificar esta Dirección de Consultoría Jurídica que la funcionaria (...) consignó Antecedente de Servicio expedido por la Coordinadora de Recursos Humanos, (...), de la Clínica Popular El Paraíso, en el cual se deja constancia que la ciudadana (...) prestó servicios en esa Institución desde el 02 de febrero de 2004 hasta el 02 de febrero de 2011, desempeñando el cargo de Secretaria I, teniendo una carga horaria de cuarenta (40) horas semanales, esto es, un promedio de ocho (8) horas diarias de trabajo de lunes a viernes.

Dichos datos fueron confirmados por esta Dirección de Consultoría Jurídica mediante la solicitud de información efectuada a la Clínica Popular El Paraíso, la cual mediante Oficio N° CP-455 de fecha 25 de agosto de 2011, suscrito por el (...), Coordinador de Recursos Humanos y el Dr. Mauricio Vega, Director, señalaron lo siguiente:

“(...) en relación a la ciudadana (...), titular de la cédula de identidad N° (...), al respecto le informo que la ciudadana en mención prestó servicios en ésta (sic) clínica desde el 06/10/2004 hasta el 02/02/2011, bajo el cargo Fijo de Secretaria, en un horario de ocho (08) horas diarias, comprendidas de 8:30 am a 12:00 pm y de 1:30 pm a 4:30 pm, devengando un Sueldo básico mensual de Bs. 1.223,90, más el beneficio de Cesta Ticket por Jornada efectivamente laborada por 38,00 Bs cada ticket (...).” (Se anexa copia)

De tal manera que del Antecedente de Servicio consignado por la ciudadana (...), así como de la información suministrada a esta Dirección de Consultoría Jurídica por la Clínica Popular El Paraíso, se desprende el cumplimiento de los extremos exigidos por el artículo 59 del Estatuto de Personal del Ministerio Público.⁷

Ahora bien, el otro requisito previsto en el artículo 58, párrafo único es determinar si la ciudadana (...) prestó servicio a un ente adscrito a cualquier rama del Poder Público Nacional, Estadal o Municipal, así como en cualquier otro de los que allí se mencionan.

Al respecto, se observa que la constancia denominada Antecedente de Servicio es expedida por la Clínica Popular El Paraíso, sin embargo, no se puede leer dado lo ilegible del encabezado de la constancia, el organismo de adscripción respectivo. No obstante lo anterior, del oficio N° CP-455 se observa que la Clínica Popular El Paraíso forma parte de Barrio Adentro II, Viceministerio de Servicio de Redes de Salud, del Ministerio del Poder Popular para la Salud.

Aunado a lo anterior, esta Dirección de Consultoría Jurídica consultó la Resolución N° 3.133 de fecha 17 de septiembre de 2004, publicada en Gaceta Oficial N° 38.026 del 20 de septiembre de 2004, a través de la cual se decretó «EL ESTABLECIMIENTO DEL PROGRAMA PRESTACIONAL DE ACCESO Y ATENCIÓN MÉDICA DE SEGUNDO NIVEL DENOMINADO “RED DE CLINICAS POPULARES”», por parte de la Presidencia de la República.

Al hilo de lo anterior, dicha Resolución establece que se crea el programa prestacional de acceso y atención médica de segundo nivel denominado “RED DE CLINICAS POPULARES”, el cual estará bajo la rectoría del Ministerio de Salud y Desarrollo Social (artículos 1 y 2 de la Resolución N° 3.133). Dicho programa “estará conformado por las CLINICAS POPULARES, bajo la figura de órganos desconcentrados, dependiendo de los criterios, parámetros y requisitos que el Ministerio de Salud y Desarrollo Social establezca mediante resolución, conservando en todos los casos el carácter público y gratuito de la prestación del servicio, y promoviendo el ejercicio del control social sobre la gestión pública” (artículo 3 *eiusdem*).

Dicho programa de “RED DE CLINICAS POPULARES”, será financiado con los recursos ordinarios y extraordinarios que al efecto determine el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Salud y Desarrollo Social (artículo 7 de la Resolución N° 3.133).

De las disposiciones antes referidas se evidencia que las Clínicas Populares y, en el caso que nos ocupa, la Clínica Popular El Paraíso, forma parte de este programa denominado “RED DE CLINICAS POPULARES” y por tanto, adscrita al Ministerio de Salud y Desarrollo Social.

En consecuencia, puede concluir esta Dirección de Consultoría Jurídica que al ser la Clínica Popular El Paraíso, un órgano desconcentrado y dependiente del Ministerio del Poder

⁷ Obsérvese la no concordancia en la fecha de ingreso de la ciudadana Janeth Rondón, que se evidencia del Antecedente Laboral consignado por la funcionaria (02/02/2004) y la fecha que figura en el Oficio CP-455 del 25 de agosto de 2011 (06/10/2004). En todo caso, debe esa Dirección de Recursos Humanos, de conformidad con los criterios o lineamientos que maneja establecer cuál de las dos fechas ha de considerar a los fines del cálculo respectivo. Anexo a dicho oficio CP-455, se haya copia de la Resolución de fecha 14 de julio de 2008, mediante la cual se le otorga a la ciudadana (...), titular de la cedula de identidad Nro. (...), el ingreso como funcionaria de carrera a partir del día 01-08-2008, de acuerdo al artículo 43 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Popular para la Salud, se configura el requisito previsto en el párrafo único del Artículo 58 del Estatuto de Personal del Ministerio Público.

Finalmente, es opinión de esta Dirección de Consultoría Jurídica que se le reconozca a la ciudadana (...), titular de la cédula de identidad N° (...), el tiempo de servicio prestado en la Clínica Popular El Paraíso, adscrita al Ministerio de Salud y Desarrollo Social, dejando a la consideración de la Dirección de Recursos Humanos, el determinar la fecha de inicio que ha de tomar en cuenta a los fines del cálculo respectivo.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 25-10-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE CONSULTORÍA JURÍDICA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO ADMINISTRATIVO

4.- TEMA: BONO DE EVALUACIÓN DEL AÑO 2006

5.- MÁXIMA

EL BONO DE EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO CORRESPONDIENTE AL PERIODO 2005-2006, OTORGADO POR EL ENTONCES FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA, ERA CONFERIDO A TODO EL PERSONAL ADSCRITO EN LA INSTITUCIÓN QUE REUNIERA LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LAS NORMAS PARA LA CONCESIÓN DEL BONO ÚNICO POR CONCEPTO DE EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO, ESTABLECIÉNDOSE EN SU NUMERAL 11 COMO UNA DE LAS EXCEPCIONES PARA EL PAGO DEL REFERIDO BONO “(...) QUIENES HAYAN SIDO IMPUTADOS POR LA PRESUNTA COMISIÓN DEL HECHO PUNIBLE O DE ÍNDOLE ADMINISTRATIVA, HASTA TANTO SE PRODUZCA UNA DECISIÓN ABSOLUTORIA...”, AL EXISTIR UNA SENTENCIA ABSOLUTORIA EMITIDA POR EL ÓRGANO JURISDICCIONAL RESPECTIVO DEBE ENTENDERSE QUE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DEL INVESTIGADO HA QUEDADO INCÓLUME Y POR LO TANTO LE CORRESPONDE EL PAGO DEL BONO RESPECTIVO.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO MEMORANDO No. DCJ-11-1351-2011

6.2.- FECHA: 25-10-2011

6.3.- RESUMEN

La Dirección de Recursos Humanos a través de Memorando DRH-DRL-926-2011 de fecha 19 de agosto de 2011, remitió “(...) escrito, con anexo de sentencia absolutoria, suscrito por el ciudadano (...) titular de la cédula de identidad N° (...), en el cual solicita se reconsideren ciertos pagos que le dejaron de hacer durante el año 2006, por encontrarse para el momento, en alguno de los supuestos de exclusión”.

Al efecto, el ciudadano (...), en la comunicación consignada ante esa Dirección, expuso lo siguiente:

“(...) Me dirijo a Usted, en ocasión de saludar y a su vez de acusar recibo de comunicado N° ; (sic) DRH-DRL-SPS-641-2007 (049228) de fecha Veintiocho (sic) (28) de Agosto (sic) de 2007, emanado de ese Superior Despacho, todo con ocasión al oficio N°: 05-FT-RJPV-0002-07 de fecha Ocho (08) de Enero (sic) de 2007, suscrito por mi persona que para el momento que ostentaba el cargo de Fiscal de (sic) Ministerio Público (sic) para el Régimen

*Procesal transitorio (sic) del Estado Aragua- (sic) / Ahora bien, ciudadano (a) Director, que en atención a la Circular N°-DFGR-1318-2006, de fecha 30-11-2006, correspondiente a la asignación de Bonificación Especial que se le otorgara al personal activo adscrito al Ministerio Público (sic), y que en base a un supuesto de exclusión contemplados (sic) en las normas no fue cancelado (sic) la Bonificación Única por concepto de Evaluación de Desempeño del Periodo 2005-2006, donde fui notificado mediante oficio N° DRH-DT-1181-2006 de fecha 15-11-2006, donde el referido Bono me fue retenido hasta tanto obtenga una Decisión (sic) Absolutoria (sic). / En bases (sic) a los antes expuestos consigno **Copia Certificada de la Sentencia Absolutoria** emanada por el Tribunal Quinto (...) del Estado Aragua causa N° (...), seguida injustamente en mi contra la Fiscala Vigésima (...) del Estado Aragua con competencia de (sic) (...), solicito de ese Superior Despacho me sea entregado el dinero que me tiene retenido por concepto de Bonificación Especial e inclusive otros bonos que se me hayan dejado de pagar e incluso los intereses que he dejado de percibir por causa del retardo procesal donde injustamente fui enjuiciado.”. (Énfasis de la cita)*

Se desprende del caso sometido a la consideración de esta Dirección de Consultoría Jurídica que el ciudadano (...), fue imputado por la presunta comisión de uno de los delitos contenidos en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (derogada) hoy Ley Orgánica Contra la Corrupción, sin embargo, una vez llevada a cabo la Audiencia de Juicio Oral y Privado ante el Tribunal de Primera Instancia en Función de Juicio N° V del Circuito Judicial Penal del estado Aragua, el referido Juzgado resolvió lo siguiente:

“(...

***Primero:** Se Absuelve al ciudadano (...), de nacionalidad venezolana, mayor de edad, natural de Maracay Estado Aragua, nacido el (...), de 42 años de edad, titular de la cédula de identidad N° V- (...), de estado civil soltero, de profesión abogado (...); de la comisión del delito de **Peculado de Uso**, previsto y sancionado en el artículo 71 numeral 5 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (derogada) hoy artículo 54 de la Ley Orgánica Contra la Corrupción, cometido en perjuicio del Estado Venezolano.”. (Énfasis y subrayado de la cita)*

Al efecto, conviene señalar que la sentencia absolutoria conlleva la finalización del proceso penal y como consecuencia de ello *“La libertad del imputado se otorgará aun cuando la sentencia absolutoria no esté firme y se cumplirá directamente desde la sala de audiencias...”*.¹

Sigue el citado autor haciendo referencia a la absolución en el proceso penal, para lo cual cita una sentencia emanada de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 31 de marzo de 2000, contenida en expediente N° 92/0692 con ponencia del Magistrado Rafael Pérez Perdomo², en la cual se acotó lo siguiente: *“(...) para llegar a una sentencia absolutoria el juez debe valorar todos y cada uno de los elementos probatorios, para así poner de relieve la imposibilidad de condenar; es decir, precisar las razones de hecho y de Derecho que justifican la absolución del acusado”*.

¹ Moreno Brant, Carlos E. El proceso Penal Venezolano. Manual Teórico-Práctico. Editores Vadell Hermanos. Caracas. Venezuela. 2003. Pág 485.

² . Ob cit. Pág 485

Asimismo, debe advertirse que el proceso penal al cual estuvo sometido el ciudadano (...), con el carácter de imputado, tuvo su fundamentación en la acción persecutoria del Estado, y desde el inicio de la correspondiente investigación estaba amparado por el derecho fundamental a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 49, numeral 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela³, presunción que quedó ratificada e intacta con la decisión emanada del Juzgado de Primera Instancia en Función de Juicio N° V del Circuito Judicial Penal del estado Aragua.

A mayor abundamiento, sobre la referencia que se ha hecho sobre el principio de presunción de inocencia y a la importancia que éste tiene, durante y después de concluido el proceso penal, es propicio hacer referencia al señalamiento expresado por el autor Alberto Arteaga Sánchez⁴, quien al definir el referido principio, expresó:

*“Significa, concretamente que el ciudadano aprehendido por la presunta comisión de un delito goza de una situación de inocencia que debe ser desvirtuada por el Estado [...]. Al procesado no le incumbe entonces, probar que no cometió el delito, es el Estado en todo caso, quien debe probarlo y para indagar la verdad debe buscar evidencias, recoger testimonios y acopiar datos que permitan llegar a su condenatoria o absolución. Y éste es el papel del Juez, a quien corresponde llegar a la verdad, **y si no se logra probar la comisión del hecho punible y no hay pruebas concluyentes de la culpabilidad del sujeto, éste quedará libre de toda imputación**, absuelto de todo cargo y confirmada su condición de inocente, que nunca perdió, aunque el proceso sembró dudas sobre tal situación”.* (Énfasis añadido).

De conformidad con lo antes expuesto, resulta claro que si bien es cierto, el peticionario fue imputado por la presunta comisión de uno de los delitos contenidos en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (derogada) hoy Ley Orgánica Contra la Corrupción, no es menos cierto, que una vez llevada a cabo la Audiencia de Juicio Oral y Privado, el Juzgado antes señalado decidió que *“Se Absuelve al ciudadano (...)”*, con lo cual el referido sujeto dejó de tener formalmente la condición de imputado.

Como corolario de lo indicado, en virtud de las consideraciones antes expresadas y salvo mejor criterio, este Órgano Asesor concluye que el ciudadano (...), tiene derecho a percibir las bonificaciones o pagos que fueron otorgados por el entonces Fiscal General de la República, así como los otorgados por la Fiscal General de la República hasta el 24 de Octubre de 2007⁵ de los cuales hubiese sido excluido por el hecho de haber sido imputado por la presunta comisión de un hecho punible, ya que con la absolución decretada por el Tribunal respectivo, quedó intacta la presunción de inocencia que constitucionalmente le asiste como una de las manifestaciones del debido proceso; y en consecuencia lo procedente es desaplicar respecto del referido ciudadano la excepción contenida en las circulares a través de las cuales se ordenó la cancelación de pagos únicos o bonificaciones especiales, cuyo fundamento de exclusión hubiese sido el haber sido imputado por la presunta comisión de un hecho punible.

³- Artículo 49 CRBV: *“El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia: (...) 2. Toda persona se presume inocente mientras no pruebe lo contrario”.*

⁴- Arteaga Sánchez, Alberto. Derecho Penal Venezolano. Editores Paredes Hermanos. Caracas Venezuela. 1994. Pág 188

⁵-Fecha en la cual la Máxima Autoridad del Organismo, a través de Resolución N° 1139 decidió sustituirlo del cargo de Fiscal Provisorio del Ministerio Público para el Régimen Procesal Transitorio de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua.

Asimismo, concretamente respecto del Bono de Evaluación de Desempeño correspondiente al periodo 2005-2006, se advierte que el entonces Fiscal General de la República, dictó el 20 de abril del año 2006, las Normas para la Concesión del Bono Único por concepto de Evaluación de Desempeño, estableciendo en su numeral 11, las excepciones para el pago del referido Bono, de la siguiente manera:

"11. Quedan excluidos del pago del Bono Único por concepto de Evaluación de Desempeño, los contratados bajo cualquier modalidad, así como aquellos Supervisores, Fiscales Superiores, Fiscales Principales, Fiscales Auxiliares, Abogados Adjuntos, Profesionales, Técnicos, Empleados y Obreros que se encuentren en las siguientes situaciones:

***11.1. Que hayan sido notificados de sanciones disciplinarias y/o administrativas durante el período de evaluación, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica del Ministerio Público, el Estatuto de Personal del Ministerio Público y la Ley Orgánica del Trabajo. Como medida precautelativa quedan igualmente excluidos quienes hayan sido imputados por la presunta comisión del hecho punible o de índole administrativa, hasta tanto se produzca una decisión absolutoria.**" (Énfasis de la cita)*

Se desprende de los numerales antes citados, que respecto de las exclusiones de pago del Bono de Evaluación correspondiente al período 2005-2006, cuando la causa fuere haber "(...) sido imputados por la presunta comisión del hecho punible...", tal exclusión aplicaba de manera precautelativa y hasta tanto se produjera "(...) una decisión absolutoria...".

En el caso bajo análisis, se observa que el ciudadano (...) consignó con su solicitud, copia certificada de la sentencia absolutoria emitida por el órgano jurisdiccional respectivo, razón por la cual, se estima que se cumple con el requisito exigido en las referidas normas para que proceda el pago respectivo.

Aunado a las consideraciones antes señaladas, es oportuno señalar que la Dirección de Recursos Humanos a través de Oficio N° DRH-DRLSP-646-2007 049228 de fecha 29 de agosto de 2007, expresamente le notifico al ciudadano (...), que "(...) la Bonificación Única por concepto de Evaluación de Desempeño, la cual en su caso le fue retenida hasta tanto obtenga una decisión absolutoria, de la investigación que se le sigue."

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 28-09-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE CONSULTORÍA JURÍDICA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO ADMINISTRATIVO

4.- TEMA: DELEGACIÓN DE FIRMA

5.- EXTRACTO

DE CONFORMIDAD CON LA NORMATIVA QUE RIGE A ESTA INSTITUCIÓN Y EN APLICACIÓN SUPLETORIA DE REGULACIONES CONTENIDAS EN LEYES QUE RIGEN LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CENTRAL, ES PROCEDENTE QUE LA FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA LE DELEGUE EN UN JEFE DE DIVISIÓN LA FIRMA DE COMUNICACIONES INTERNAS Y DE MERA TRAMITACIÓN QUE SE CORRESPONDAN CON LA DIVISIÓN RESPECTIVA.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO: MEMORANDO No. DCJ-11-1285-2011

6.2.- FECHA: 28-09-2011

6.3.- RESUMEN

En atención a requerimiento efectuado por la Dirección de Coordinación del Despacho, a través de Memo Rápido N° 2525 de fecha 02 de agosto de 2011, anexo al cual remitió “(...) memorando N° DATCI-4334-2011, de fecha 29 de julio de 2011, con sus respectivos anexos, suscrita por la ciudadana Raquel Rocío Gásperi, Directora de Asesoría Técnico Científica e Investigaciones, mediante la (sic) cual solicita a la máxima autoridad de esta Institución, la consideración de otorgamiento de delegación de firma para las comunicaciones internas de mera tramitación, a los licenciados (...), quienes se desempeñan como Jefes de División en la Unidad Criminalística contra la Vulneración de Derechos Fundamentales. Remisión que se hace a los fines de que se sirva revisar la vialidad (sic) de dicho planteamiento”.

De la referida comunicación, se desprende que la solicitud efectuada por esa Dirección se circunscribe a conocer si es posible que la ciudadana Fiscal General de la República, autorice la delegación de firma a dos Jefes de División adscritos a la Unidad Criminalística contra la Vulneración de Derechos Fundamentales, con sede en el Área Metropolitana de Caracas.

En tal sentido, a los fines de emitir la opinión solicitada se estima pertinente efectuar las siguientes consideraciones:

Para el autor venezolano José Peña Solís¹, la delegación de firma (...) *no comporta una transferencia o desviación de la competencia, ya que no modifica ni afecta en lo más mínimo el orden legal de asignación de competencias a los distintos órganos. Se trata más bien de un acto mediante el cual el órgano superior descarga en el inferior parte de su labor material, como lo es la firma de determinados documentos contentivos de actos administrativos. Por tanto, el superior o 'delegante' no llega, ni siquiera temporalmente, a perder su competencia, porque el acto contenido en el documento firmado por el delegado ha sido previamente adoptado por el que tiene atribuida legalmente la competencia ('delegante')*.

El criterio expresado por el referido autor, también ha sido señalado por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital², al expresar que:

"(...) en la delegación de firmas no se transfiere en ningún caso al delegatario potestad alguna para decidir, solo se le encomienda una actividad meramente material que implica la suscripción de los documentos específicos señalados en el acto de delegación, en los que debe expresarse que la decisión fue dictada por el superior delegante, quien continua teniendo la titularidad y ejercicio de todas sus competencias y quien, en definitiva, asume la responsabilidad sobre el acto dictado que solo fue suscrito por el inferior delegado." (Énfasis añadido).

Sin embargo, siendo que en el caso bajo análisis la delegación de firma solicitada está dirigida concretamente a dos funcionarios que desempeñan el cargo de Jefes de División, conviene destacar el contenido de los artículos 60 y 61 de la Ley Orgánica de Administración Central, los cuales disponen lo siguiente:

(...)

De conformidad con las normas antes citadas, la Ley Orgánica de Administración Central, permite que los Ministros puedan delegar las atribuciones conferidas por Ley o la firma de documentos en el Vice Ministro y en otros funcionarios (entre los cuales se encuentran los Jefes de División).

Sobre esa posibilidad de delegar la firma de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de Administración Central, señaló la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a través de sentencia de fecha 6 de febrero de 2001 contenida en el expediente N° 00-2797, lo siguiente:

"(...)

Según los preceptos transcritos, coexisten dos tipos de delegaciones: la delegación de atribuciones y la delegación de firmas. La delegación de atribuciones o facultades en un acto jurídico general o individual, por medio del cual un órgano administrativo transmite parte de sus poderes o facultades. Siendo, pues, a otro órgano que son

¹. Peña Solís, José. "Manual de Derecho Administrativo. Adaptado a la Constitución de 1999 y a la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001". Volumen Segundo. Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2005. p 261.

².- Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital. Expediente N° 005871. Sentencia del 12 de marzo de 2008.

transmitidas tanto la competencia como la responsabilidad que trae aparejada su ejercicio, los actos dictados se estiman emanados del funcionario inferior delegado y no del superior delegante. En consecuencia, tales actos son susceptibles de impugnación a través del recurso administrativo de reconsideración por ante el mismo funcionario que los emitió, y, una vez agotado dicho recurso, el administrado tendrá a su disposición el recurso jerárquico ante el respectivo superior jerárquico.

La delegación de firma, en cambio, no es una transmisión de competencias en el sentido apuntado, ya que el inferior delegado se limita a suscribir los documentos o actos señalados en la delegación, conservando el superior delegante la competencia, la decisión y la responsabilidad sobre el acto en sí mismo considerado. Es por ello que, no siendo responsables los delegados de la ilegalidad de los actos, los recursos de reconsideración deben interponerse ante el propio superior delegante.

Al efecto, al aplicar los criterios antes señalados al Ministerio Público, debe necesariamente indicarse que la conducción de este Organismo está regulada en el artículo 284 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

“Artículo 284.- El Ministerio Público estará bajo la dirección y responsabilidad del Fiscal o la Fiscal General de la República, quien ejercerá sus atribuciones directamente con el auxilio de los funcionarios o funcionarias que determine la ley.”(Énfasis añadido)

Por otro lado, el artículo 25, numeral 20 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, dispone lo siguiente:

(...)

Así pues, con fundamento en la norma constitucional y en la disposición legal antes citadas, así como en el criterio doctrinal y jurisprudencial antes referidos, puede concluir este Órgano Asesor señalado que es procedente que la Fiscal General de la República delegue en los ciudadanos (...) y (...), ambos Jefes de División adscritos a la Unidad Criminalística contra la Vulneración de Derechos Fundamentales, con sede el Área Metropolitana de Caracas, la firma de las comunicaciones internas y de mera tramitación que se correspondan con las Divisiones respectivas.

No obstante, se recomienda que en la Resolución a través de la cual se autorice la delegación de firma solicitada se señale qué tipo de documentos podrán suscribir los funcionarios antes señalados.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 22-09-2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: DIRECCIÓN DE CONSULTORÍA JURÍDICA

3.- MATERIA: DERECHO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE

4.- TEMA: ESTABLECIMIENTO DE CARGA FAMILIAR

5.- MÁXIMA

TENIENDO COMO PRINCIPIO RECTOR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, QUE CONSTITUYE UN REFERENTE DE OBLIGATORIA OBSERVANCIA EN LA TOMA DE DECISIONES CONCERNIENTES A LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES; Y SIENDO QUE LA DECLARATORIA, REALIZADA POR UN TRIBUNAL COMPETENTE DE CARGA FAMILIAR ES EN BENEFICIO ABSOLUTO DE LA NIÑA (...), ESTA DIRECCIÓN DE CONSULTORÍA JURÍDICA ES DE LA OPINIÓN QUE DEBE SER INCLUIDA EN EL SISTEMA DE RECURSOS HUMANOS PARA QUE DISFRUTE DE LOS BENEFICIOS QUE LE PUEDAN CORRESPONDER A TODO HIJO O HIJA DE UN FUNCIONARIO DEL MINISTERIO PÚBLICO, PUES DICHA MEDIDA SIN DUDA COADYUVARÁ A GARANTIZAR EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA NIÑA, ASÍ COMO EL DISFRUTE PLENO Y EFECTIVO DE SUS DERECHOS Y GARANTÍAS.

6.- CONTENIDO

6.1.- NUMERO DE ESCRITO MEMORANDO No. DCJ-24-1253-2011

6.2.- FECHA: 22-09-2011

6.3.- RESUMEN

Se emite opinión a solicitud formulada por la Dirección de Recursos Humanos a través de Memorando N° DRH-862 de fecha 22 de agosto de 2011, mediante el cual plantea la situación de la ciudadana (...), titular de la cedula de identidad N° (...), quien se desempeña como Asistente Administrativo II adscrita a la Fiscalía (...) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado (...), en el sentido que solicita que la niña (...) sea incluida en el sistema de recursos humanos para que disfrute de los beneficios que le corresponden a los hijos de los funcionarios activos del Ministerio Público.

A este respecto, se envía copia de la resolución interlocutoria con fuerza de definitiva, dictada por el Tribunal de Mediación y Ejecución de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado (...), de fecha 04 de mayo de 2011, mediante la cual declara como carga familiar de la ciudadana (...), a la niña (...), de (...) de edad, a los fines que disfrute de los beneficios que le suministra la solicitante (...).

Según se desprende de la mencionada resolución interlocutoria con fuerza de definitiva, la ciudadana (...), funcionaria de esta Institución, es abuela materna de la niña (...) y es quien, de conformidad con lo allí expuesto, tiene bajo su cuidado y protección a la niña, desde su nacimiento, contribuyendo con los gastos generados para la manutención y necesidades de la misma, en virtud que la madre de la niña, ciudadana (...), es estudiante y no cuenta con los recursos económicos suficientes para cumplir con los gastos de manutención de su hija.

Ahora bien, con vista de lo expuesto, a los fines de emitir la opinión solicitada debemos acudir a las disposiciones constitucionales y legales previstas en interés de los niños, niñas y adolescentes.

En este orden de ideas, tanto la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 78, así como el artículo 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante, la Convención) y el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (en adelante, LOPNA), consagran un principio de interpretación y aplicación de las normas o leyes denominado el "Interés Superior del Niño"¹, el cual es de obligatorio acatamiento para el Estado, la familia y la sociedad en la toma de decisiones relacionadas con niños, niñas y adolescentes.²

El artículo 76 Constitucional establece igualmente el deber del padre y de la madre, compartido e irrenunciable, de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas. Deber igualmente previsto en el artículo 5 de la LOPNA, así como la responsabilidad prioritaria, inmediata e indeclinable, de la familia de asegurar a los niños, niñas y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

En este orden de ideas, la LOPNA prevé que la obligación de manutención comprende todo lo relativo al sustento, vestido, habitación, educación, cultura, asistencia y atención médica, medicinas, recreación y deportes, requeridos por el niño, niña y adolescente (art. 365); estando dicha obligación principalmente en cabeza del padre y de la madre respecto de sus hijos e hijas que no hayan alcanzado la mayoría (366).

Sin embargo dispone el artículo 368 de la LOPNA, que *"si el padre o la madre han fallecido, no tienen medios económicos o están impedidos para cumplir la Obligación de Manutención, ésta recae en los hermanos o hermanas mayores del respectivo niño, niña o adolescente; los ascendientes, por orden de proximidad; y los parientes colaterales hasta el tercer grado"*.

¹ Como señala el autor CILLERO BRUÑOL, Miguel, "EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO" [en línea], pág. 8. Disponible en Web: http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf (22/09/2011): El interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. "El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo "interés superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "declarado derecho"; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior".

² Ídem, agrega el autor antes citado que "Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos. Entendiendo de este modo la idea de "principios", la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades."

Ahora bien, observa esta Dirección de Consultoría Jurídica que de conformidad con lo expuesto en la resolución interlocutoria de fecha 04 de mayo de 2011, la ciudadana (...) *"coadyuva con lo (sic) gastos de manutención de la niña (...), desde su nacimiento y es la responsable de cubrir todo lo relacionado con la comida, vestido, medicinas y su bienestar"*, a pesar que la niña convive con su madre; sin embargo, ésta *"no cuenta con los recursos económicos para la manutención de su hija, ya es estudiante (sic)"*. Acorde con lo expuesto en dicha decisión, la madre de la niña manifestó su acuerdo con la solicitud ya que *"desea que la niña disfrute de los beneficios que le otorga la solicitante..."*

De todo lo anteriormente referido, se desprende que la figura de la carga familiar ha sido establecida en interés del niño, con el propósito de asegurar o garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes previstos tanto en nuestra Constitución, como en la Convención y la LOPNA y que a algunos de los cuales, se hizo referencia en líneas anteriores.

En consecuencia y teniendo como principio rector el Interés Superior del Niño, que constituye un referente de obligatoria observancia en la toma de decisiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes; y siendo que la declaratoria, realizada por un Tribunal competente, de carga familiar es en beneficio absoluto de la niña (...), esta Dirección de Consultoría Jurídica es de la opinión que debe ser incluida en el sistema de recursos humanos para que disfrute de los beneficios que le puedan corresponder a todo hijo o hija de un funcionario del Ministerio Público, pues dicha medida sin duda coadyuvará a garantizar el desarrollo integral de la niña, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 01-08-2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: DIRECCIÓN DE CONSULTORÍA JURÍDICA

3.- MATERIA: DERECHO ADMINISTRATIVO

4.- TEMA: ESTUDIOS DE CUARTO NIVEL PARA PAGO DE PRIMA

5.- EXTRACTO

LA ESPECIALIZACIÓN EN GERENCIA PÚBLICA DICTADA POR EL INSTITUTO DE ESTUDIOS SUPERIORES DE ADMINISTRACIÓN (IESA), HA SIDO CALIFICADA POR EL CONSEJO NACIONAL DE UNIVERSIDADES EN LA RESOLUCIÓN N° 101 DE FECHA 04 DE JULIO DE 2003, PUBLICADA EN GACETA OFICIAL N° 37.744 DE 01 DE AGOSTO DE 2003, COMO ESTUDIO DE POSTGRADO, RAZÓN POR LA CUAL DEBE SER CONSIDERADA COMO ESTUDIO DE CUARTO NIVEL A LOS EFECTOS DEL PAGO DE LA PRIMA DE PROFESIONALIZACIÓN QUE CORRESPONDE A LOS FUNCIONARIOS QUE PRESTAN SERVICIOS EN EL MINISTERIO PÚBLICO.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO: MEMORANDO No. DCJ-11-1024-2011

6.2.- FECHA: 01-08-2011

6.3.- RESUMEN

La Dirección de Recursos Humanos a través de Memorando N° DRH-DTD-DRS-1373-2011 de 12 de julio de 2011, solicitó la opinión de este Órgano Asesor en relación con si la Especialización en Gerencia Pública dictada por el Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA), debe ser considerada como curso de capacitación o estudio de cuarto nivel, para finalmente definir si debe cancelarse prima de profesionalización a la ciudadana (...), titular de la cédula de identidad N° (...).

Al respecto se ha de señalar que, tal como se dispone por el Consejo Nacional de Universidades en la Resolución N° 101 de fecha 04 de julio de 2003, publicada en Gaceta Oficial N° 37.744 de 01 de agosto de 2003, la “Especialización en Gerencia Pública”, modalidad presencial del Instituto de Estudios Superiores de Administración, sede Avenida IESA, edificio IESA, San Bernardino, Caracas, es un programa de postgrado autorizado por dicho Consejo Nacional de Universidades, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Normativa General de los

Estudios de Postgrado para las Universidades e Institutos debidamente autorizados por el Consejo Nacional de Universidades, publicada en Gaceta Oficial N° 37.328 de 20 de noviembre de 2011.¹

Ahora bien, siendo el Consejo Nacional de Universidades el organismo autorizado para autorizar la creación y funcionamiento de un programa de postgrado y siendo que se puede constatar de la Gaceta Oficial N° 37.744 de fecha 01 de agosto de 2003, la existencia de la Resolución N° 101 de fecha 04 de julio de 2003, por medio de la cual se autoriza dicho programa, esta Dirección de Consultoría Jurídica no tiene más que verificar la existencia de dicho extremo, para opinar que dicha Especialización en Gerencia Pública es un estudio de cuarto nivel.

En efecto, de conformidad con la Normativa General de los Estudios de Postgrado para las Universidades e Institutos debidamente autorizados por el Consejo Nacional de Universidades, las Especializaciones constituyen estudios de postgrado de carácter formal conducentes a la obtención de un grado académico (artículo 12). Grado académico de Especialista de conformidad con el artículo 20 *eiusdem*.²

En consecuencia, opina esta Dirección de Consultoría Jurídica que si la ciudadana (...) ha presentado ante la Dirección de Recursos Humanos todos los soportes que permitan comprobar la finalización de dichos estudios de postgrado, le ha de corresponder el pago de la prima que otorga el Ministerio Público a los fiscales, funcionarios y empleados que han acreditado dicha modalidad de estudios.

¹ La autorización de creación y funcionamiento de dicho programa de postgrado, incluso se puede corroborar de la información contenida en la página Web del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, Consejo Consultivo Nacional de Postgrado: <http://www.ccnpg.gob.ve/postaut.asp?tipobus=1&buscar=si&paso=2&Institutos=IESA&Grados=Especializaci%F3n&Submit=Buscar> (01/08/2011).

² Opinión que se puede confirmar con la propia información contenida en la página Web del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, Consejo Consultivo Nacional de Postgrado: http://www.ccnpg.gob.ve/directorio_nacional/busqueda_det.asp?id=1966 (01/08/2011).

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 26-05-2011

2.- DIRECCIÓN REMITENTE: DIRECCIÓN DE CONSULTORÍA JURÍDICA

3.- MATERIA: DERECHO ADMINISTRATIVO

4.- TEMA: JUBILACIÓN

5.- EXTRACTO

EL FUNCIONARIO O FISCAL DEL MINISTERIO PÚBLICO A QUIEN SE LE HUBIESE CONFERIDO EL BENEFICIO DE JUBILACIÓN DEBERÁ SOLICITAR LA SUSPENSIÓN DEL PAGO DEL REFERIDO BENEFICIO PARA PODER DESEMPEÑAR CUALQUIER OTRO CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN DENTRO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Y EN CASO DE NO HABERLO HECHO OPORTUNAMENTE DEBERÁ ENTONCES REINTEGRAR LOS MONTOS QUE DE MANERA INDEBIDA HUBIESE PERCIBIDO POR ESTE CONCEPTO.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO MEMORANDO N° DCJ-11-653-2011

6.2.- FECHA: 26-05-2011

6.3.- RESUMEN

La Dirección de Recursos Humanos de este Organismo a través de Memorando N° DRH-DRL-068-2011 de fecha 21 de enero de 2011, solicitó la opinión a esta Dirección de Consultoría Jurídica *“(...) con relación al planteamiento efectuado por la ciudadana (...), a través de comunicación de fecha 10/01/2011, cuya copia se anexa, en la cual solicita se deje sin efecto el requerimiento efectuado por esta Dirección, de reintegrar cantidades de dinero percibidas como personal jubilada de esta Institución durante el tiempo que se desempeñó como Juez titular de Primera Instancia. / Cabe observar que, la mencionada ciudadana ampara su solicitud en la Sentencia (sic) de fecha 01/11/2006, (...) caso Clodosbaldo Russian (sic)...”.*

Al efecto la Dirección de Recursos Humanos, remitió comunicación suscrita por la ciudadana (...), en la cual expuso lo siguiente:

“(...) me dirijo a usted con la finalidad de dar respuesta a comunicación emanada de la Dirección de Recursos Humanos de ese Organismo en el cual se me informa mi obligación de efectuar el reintegro de las cantidades recibidas como personal jubilado del Ministerio Público (sic), según el contenido del cálculo que me anexan, sin que exista en el mismo un basamento legal o jurisprudencial que explique el motivo de tal decisión... / Es de hacer notar que ciertamente se me otorgo (sic) el beneficio (sic) de Jubilación (sic) el 1° de junio del año (...), luego ingrese (sic) al Poder Judicial en el

Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas donde me desempeñe (sic) como Juez temporal hasta el 28 de marzo de 2008 en que fui designada Juez Titular de Primera (...), no habiendo suspendido el beneficio (sic) de Jubilación(sic) recibido ya que para esa fecha el Tribunal Supremo de Justicia se había pronunciado el 1° de noviembre de 2006, sobre la solicitud de Sobreseimiento (sic) interpuesta por la Dra Mónica Andrea Rodríguez, Fiscal Quinta del Ministerio Público (sic)...contra presuntas irregularidades atribuidas al ciudadano Clodosbaldo Russian (sic), Contralor General de la Republica (sic) sobre 'el cobro doble de ingresos como funcionario activo y como jubilado', solicitud que fue acogida y Declarada (sic) CON LUGAR por la sala Plena del Juzgado de Sustanciación de nuestro Máximo Tribunal, caso de las mismas características del mió (sic); ya que el ciudadano Contralor General de la Republica (sic) ejerciendo dicho cargo no había suspendido la jubilación que le había sido otorgada por otro Organismo Público (sic).../ Decisión esta que origino (sic) que estando en la misma condición del Contralor General de la Republica (sic) y en base al Principio (sic) Constitucional (sic) de Igualdad (sic) no suspendiera la jubilación a partir del 28 de marzo de 2008 cuando adquirí la Titularidad (sic) del cargo de Juez de Primera Instancia. / Por lo que considero improcedente la Notificación (sic) de que he sido objeto por parte de la Dirección de Recursos Humanos en la personal de su Directora, donde solicita el reintegro de la cantidad de Doscientos Cincuenta y Tres Mil Seiscientos Cuarenta Bolívares con Cincuenta y Nueve Céntimos (253.640,59 Bs) correspondiente al calculo realizado desde el 01 de enero de 2006 hasta el 11 de enero de 2010, aunado a que no hay ningún tipo de motivación que indique el porque (sic) se ha fijado dicho lapso a reintegrar..."

A los fines de emitir la opinión solicitada a este Órgano Asesor, se pasan a efectuar las siguientes consideraciones:

Alega la ciudadana (...), que desde su ingreso al Poder Judicial para ocupar el cargo de Juez Temporal no suspendió la pensión de jubilación que se le había otorgado en este Organismo a partir del 1° de junio de 2001, esto en virtud de que de acuerdo a sus dichos, le era aplicable el criterio emitido por el Juzgado de Sustanciación de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia contenido en sentencia de fecha 26 de noviembre de 2006, correspondiente a la solicitud de sobreseimiento solicitada por el Ministerio Público respecto de la denuncia interpuesta por el ciudadano Gerardo Blyde contra Clodosbaldo Russián.

Al efecto, alega la peticionaria que el caso analizado en la sentencia antes señalada es "(...) de las mismas características del mió (sic)"; razón por la cual, es preciso verificar si efectivamente tal y como lo alega la referida ciudadana le es aplicable en idénticas condiciones el criterio establecido por el Máximo Tribunal de la República en el caso antes referido.

En tal sentido, debe advertirse que si bien la sentencia en comentario analizó el contenido y alcance del artículo 148 de la Carta Magna, luego para hacer referencia al caso concreto del ciudadano Clodosbaldo Russián, señaló lo siguiente:

"(...omissis...)"

El análisis detallado de la decisión de la Sala Constitucional permite descartar de manera radical que la conducta del ciudadano Clodosbaldo Russián Uzcátegui, por el hecho de percibir la pensión como funcionario jubilado de la Contraloría Municipal del Distrito Federal y al recibir el sueldo por el ejercicio del cargo de Contralor General de la República Bolivariana de Venezuela resulte violatorio del artículo 148 constitucional, pues –como de manera reitera aparece indicado– el supuesto de hecho es el ejercicio simultáneo de dos cargos públicos, permitiendo el Constituyente algunas excepciones en el entendido que no existe incompatibilidad en el ejercicio simultáneo de ambas actividades. Tampoco resulta subsumible la conducta del Contralor General de la República en la hipótesis presentada por la parte in fine del referido artículo 148 de la Carta Magna, según la cual nadie podrá disfrutar más de una jubilación o pensión, salvo los casos expresamente determinados en la ley, pues en la actualidad el ciudadano Clodosbaldo Russián Uzcátegui disfruta una sola pensión de jubilación.

*Por otra parte, la designación del Contralor General de la República se produce bajo la vigencia del Reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República, institución que goza de autonomía funcional según sentencia de la Sala Constitucional de fecha 11 de abril de 2002. Dicho cuerpo normativo, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.558 de fecha 13 de octubre de 1998, establecía en su artículo 9 que ‘El ingreso a la Contraloría, mediante nombramiento, de personas jubiladas por la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y los Municipios, así como por otras leyes o estatutos sólo será posible en los cargos a que se refiere el artículo anterior [cargos de libre nombramiento y remoción], pero en todo caso se atenderá al régimen de incompatibilidades entre jubilaciones y sueldos que rija al funcionario en su condición de jubilado...’ **Posteriormente, el mencionado Reglamento fue modificado, siéndole añadido al referido artículo 9 lo siguiente: ‘El ingreso a la Contraloría, mediante nombramiento, de personas jubiladas por la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y los Municipios, así como por otras leyes o estatutos sólo será posible en los cargos a que se refiere el artículo anterior [cargos de libre nombramiento y remoción], pero en todo caso se atenderá al régimen de incompatibilidades entre jubilaciones y sueldos que rija al funcionario en su condición de jubilado. Aparte Único: de producirse ingresos en las circunstancias señaladas, la Dirección de Recursos Humanos notificará al organismo o ente que haya otorgado la jubilación, a fin que tome las medidas pertinentes.’ (Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.218 de fecha 13 de junio de 2001).***

Sigue la sentencia señalando, lo siguiente:

“Se pregunta este Juzgado de Sustanciación: ¿Debía la Contraloría General de la República estimar aplicable esta última parte de la norma a una situación de hecho nacida bajo el imperio de una disposición derogada? ¿Cuáles serían las “medidas pertinentes” a ser tomadas de admitirse la aplicación de la norma a las situaciones ya

existentes de cobro de pensiones de jubilación por funcionarios en cargos de libre nombramiento y remoción? Retomando la noción de tipicidad, resulta imprescindible que la antijuridicidad esté determinada de una manera precisa e inequívoca, debiendo el sentenciador ser rígido en cuanto a la apreciación judicial, no permitiéndosele en la labor de subsunción el libre arbitrio como intérprete. Por tal motivo, no siendo posible establecer en los términos señalados la antijuridicidad de la conducta del ciudadano Clodosbaldo Russián Uzcátegui, resulta imposible subsumirla, como paso subsiguiente, en tipo penal alguno; en consecuencia, queda evidenciada la procedencia del sobreseimiento por cuando el hecho imputado no es típico, y así se declara.”

Así las cosas, se desprende de la sentencia antes señalada que la situación del ciudadano Clodosbaldo Russián fue analizada por el Tribunal Supremo Justicia bajo el amparo de normas muy concretas aplicables a los funcionarios adscritos a la Contraloría General de la República, como lo son el Reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.558 de fecha 13 de octubre de 1998, el cual fue modificado posteriormente en fecha 13 de junio de 2001 y publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.218 de la misma fecha, siendo que el fundamento del análisis del Máximo Tribunal fue la de establecer que al haberse dado el ingreso del referido ciudadano antes de la reforma efectuada al Reglamento en comento, el cual en su artículo 9, aparte único, establece *que “De producirse ingresos en las circunstancias señaladas, la Dirección de Recursos Humanos notificará al organismo o ente que haya otorgado la jubilación, a fin de que tome las medidas pertinentes”*, razón por la cual, se estimó que la conducta del ciudadano Clodosbaldo Russián al cobrar una pensión y el sueldo correspondiente al cargo que desempeña en la actualidad no fue antijurídica, análisis que tal y como se acotó previamente se efectuó para este caso en concreto, el cual salvo mejor criterio, no tiene aplicación o efectos vinculantes respecto de otros casos, salvo que se trate por ejemplo de un caso en idénticas condiciones, es decir, un funcionario jubilado de otro organismo del Estado que reingrese a prestar servicios en la Contraloría General de la República, a quien se le pudieran aplicar las normas antes señaladas, estimándose que tal y como lo alega la ciudadana (...), no es cierto que su caso sea de iguales condiciones al del ciudadano Clodosbaldo Russián.

Asimismo, es menester acotar que en todo caso aquellas decisiones emanadas del Tribunal Supremo de Justicia y que efectivamente tiene un carácter vinculante, son aquellas emanadas de la Sala Constitucional y a las que expresamente se les confiere tal carácter, ordenándose inclusive su publicación en la Gaceta Oficial, supuestos que en la sentencia bajo análisis no se encuentran presentes, razón por la cual, debe forzosamente concluirse indicando que su contenido no tiene carácter vinculante.

Con fundamento en las consideraciones antes señaladas, es por lo que debe indicarse que no es procedente que la ciudadana (...), pretenda fundamentar su incumpliendo en reconocer y reintegrar los montos que indebidamente le fueron depositados, sólo con un criterio que aunque emanado del Tribunal Supremo de Justicia, analiza con normas muy particulares un caso particular el cual además no tiene carácter vinculante.

A mayor abundamiento para el análisis del asunto planteado a la consideración de este Órgano Asesor, es menester verificar qué dispone el Estatuto de Personal del Ministerio Público, en relación con el personal jubilado de esta Institución que reingresa a otros organismos del Estado.

En tal sentido, dispone el artículo 137, parágrafo segundo, dispone lo siguiente:

“Artículo 137.-

(...omissis...)

Parágrafo Segundo: La prestación, por parte de los jubilados del Ministerio Público, de funciones públicas remuneradas, permanentes o transitorias, distintas a las exceptuadas expresamente por el artículo 123 de la Constitución de la República, bien sea que tenga su origen por elección o por nombramiento de autoridad competente, al servicio de la República, de las Entidades Federales, de los Municipios, o de algún instituto o establecimiento público sometido por la ley a control de tutela o de cualquier otro tipo, por parte de dichas entidades, o en la dirección y administración de las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones y otras personas jurídicas indicadas en el numeral 2 del artículo 2° de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público que, a los efectos de esa Ley, le dan carácter de funcionario público, produce la suspensión del pago del monto de la jubilación que le fuera concedida por el Ministerio Público, durante todo el tiempo que permanezca en el cargo, el cual se restablecerá al cesar en esas funciones, en el mismo porcentaje acordado inicialmente, salvo las variaciones previstas en el artículo 160. A los fines indicados, el jubilado deberá hacer del conocimiento del Ministerio Público, tanto la aceptación del respectivo cargo como la conclusión del mismo. Las cantidades percibidas por el jubilado, en contravención de esta disposición deberán ser reintegradas al Fisco Nacional, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales en que pudieran incurrir por ello.” (Énfasis y subrayado añadido).

Se colige de la norma antes citada de manera clara, la obligación que tiene cualquier funcionario jubilado adscrito a esta Institución y quien luego del otorgamiento de ese beneficio desempeñe otro cargo público en otro organismo del Estado, de suspender el pago de la pensión de jubilación otorgada por el Ministerio Público desde el momento que asume el cargo respectivo hasta tanto cese en el desempeño del mismo, es decir, que en el caso bajo análisis la ciudadana (...), debió desde la fecha de su designación como Juez en el Poder Judicial (temporal, provisorio o titular) dirigirse a la Dirección de Recursos Humanos de este Organismo a los fines de solicitar la suspensión del referido beneficio; sin embargo, visto que en el caso bajo análisis no se efectuó tal suspensión y referida ciudadana percibió a la vez, tanto el sueldo de juez, como la pensión de jubilación, es por lo que estima este Órgano Asesor que las cantidades que le fueron indebidamente depositadas por concepto de pensión de jubilación, deben ser reintegradas a este Organismo, esto en virtud de que operó un pago de lo indebido, el cual está sujeto a repetición por parte del Ministerio Público.

En todo caso, para materializar la devolución de los montos pagados indebidamente a favor de la ciudadana (...), se sugiere que esa Dirección de Recursos Humanos elabore un oficio dirigido a la referida ciudadana, en el cual se le informe que de conformidad con lo previsto en el artículo antes referido debió suspender el cobro de su pensión de jubilación desde la fecha en que fue designada para ocupar el cargo de juez y en virtud de que los montos depositados por este Organismo durante el período en el cual desempeñó el referido cargo no le correspondían, deberá devolverlos al Ministerio Público en los términos en que establezca esa Dirección de mutuo acuerdo con la deudora.

Asimismo, estima esta Dirección que a los fines de poder determinar con precisión cual es el daño patrimonial que pudo habersele ocasionado a este Organismo, lo mas recomendable es dirigir una comunicación a la Dirección de Recursos Humanos de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura en la cual se solicite una relación de cargos de la referida ciudadana, información que será de importancia para poder cotejar con las nóminas del personal jubilado de esta Institución efectivamente desde qué momento la ciudadana (...), percibió la pensión de jubilación y el sueldo de juez.

Es importante destacar, que en caso de existir alguna negativa por parte de la ciudadana (...), en reintegrar las sumas indebidamente depositadas por este Organismo, subsisten a favor del Ministerio Público el ejercicio de las acciones civiles, penales y administrativas que correspondan; siendo oportuno sugerir a esa Dirección de Recursos Humanos que ponga en conocimiento de este caso a la mayor brevedad la Dirección de Auditoría Interna de este Organismo.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 09-02-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE CONSULTORÍA JURÍDICA

3.- MATERIA: DERECHO CONSTITUCIONAL, LABORAL Y FUNCIONARIAL

4.- TEMA: LEY ORGÁNICA DE EMOLUMENTOS, PENSIONES Y JUBILACIONES DE LOS ALTOS FUNCIONARIOS Y ALTAS FUNCIONARIAS DEL PODER PÚBLICO.

5.- MAXIMA

ES OBLIGACIÓN DEL ESTADO GARANTIZAR Y ESTABLECER LOS MECANISMOS NECESARIOS PARA QUE CADA TRABAJADOR TENGA UN SALARIO DIGNO Y JUSTO, ACORDE A LAS FUNCIONES QUE DESEMPEÑA, QUE LE PERMITA SATISFACER SUS NECESIDADES Y TENER ACCESO A LA SALUD, EDUCACIÓN, Y EN GENERAL A ELEVAR SU NIVEL DE VIDA.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO MEMORANDO N° DCJ-6-8-11-15-56-2011

6.2.- FECHA: 09-02-2011

6.3.- RESUMEN

En atención a la recientemente promulgación de Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, la Dirección de Consultoría Jurídica efectuó las siguientes consideraciones:

El primer aspecto que debe señalarse, es que de conformidad con lo previsto en el artículo 1 el objeto de la referida Ley es *“Regular y establecer los límites máximos a los emolumentos, pensiones, jubilaciones y demás beneficios sociales de carácter remunerativo, o no, de los altos funcionarios, altas funcionarias, personal de alto nivel y de dirección del Poder Público Nacional y de elección popular,”* y al efecto, dispone en su artículo 4 que los emolumentos comprenden *“(…) salarios y sueldos; dietas, primas; sobresueldos; gratificaciones; bonos; bono vacacional; bonificación de fin de año y asignaciones monetarias o en especies de cualquier naturaleza”*. (Énfasis añadido)

Es así, como en atención a las normas antes referidas, la Ley en comento pone un límite a los sueldos, salarios, primas, bonos (vacacional, de fin de año, entre otros), jubilaciones y pensiones de los altos funcionarios taxativamente señalados en los artículos 8, 9, 10, 11, 12 y 13.

En relación con el límite de salarios establecido en la ley, se impone efectuar las siguientes observaciones:

Tal y como se expresó en líneas anteriores, la normativa de la ley está dirigida a poner un límite a los emolumentos que perciben los altos funcionarios del Poder Público Nacional, pero dentro de esos emolumentos se incluyeron de manera inapropiada los sueldos y salarios, como si estos formaran parte de ellos, lo cual desde el punto de vista legal no es acertado.

Es por ello, que a los fines de justificar la impropiedad jurídica a la cual se hace referencia con la inclusión de los salarios dentro de los emolumentos de los altos funcionarios del Poder Público Nacional, es necesario verificar a qué se refiere cada uno de estos conceptos, de la siguiente manera:

En tal sentido, la Real Academia Española expresa que emolumento proviene de latín *"emolumentum"*, utilidad, retribución y lo define como *"remuneración adicional que corresponde a un cargo o empleo"*. Esta definición ha sido citada y revisada por la Sala Político Administrativa Accidental del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 28 de marzo de 2006, señalándose lo siguiente:

"Conforme al Diccionario de la Lengua Española, la palabra 'emolumento' procede del latín emolumentum, que significa utilidad, retribución; de allí que se entienda por emolumento la remuneración adicional que corresponde a un cargo o empleo y por remuneración, la acción o efecto de remunerar o simplemente significa 'retribución'. Es decir, que para la Real Academia Española, los conceptos 'emolumento' y 'remuneración', pueden utilizarse como sinónimos, así como también pueden ser utilizados indistintamente los términos 'salario' y 'sueldo'...". (Énfasis añadido)

Se desprende de la sentencia antes referida, que el Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido el carácter *adicional* del emolumento respecto a la remuneración que se percibe por el desempeño de un cargo o empleo.

Por otro *lado*, para referirnos a lo que debe entenderse por salario, es oportuno revisar qué dispone el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, en los siguientes términos:

(...)

Es así como el salario debe entenderse como la remuneración de carácter regular y permanente que percibe el funcionario por la prestación de sus servicios, a diferencia de los emolumentos, que deben entenderse como una remuneración adicional al salario percibida por el funcionario.

Asimismo, a los fines de abundar en el análisis del aspecto antes señalado, se impone revisar la Carta Magna a los fines de verificar qué conceptos derivados de la relación laboral permitió el constituyente limitar, pudiéndose constatar que el artículo 147, dispone lo siguiente:

(...)

Se desprende de la norma antes señalada, que el constituyente estableció de manera expresa dos situaciones que revisten interés para el análisis del alcance de la Ley Orgánica de

Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, a saber:

1°.- Que las escalas de salarios en la Administración Pública se establecerán reglamentariamente conforme a la ley; y

2°.- Que podrá establecerse límites "razonables" a los emolumentos que perciben los funcionarios públicos municipales, estatales y nacionales.

Es decir, de conformidad con la norma constitucional antes señalada, lo que puede limitarse razonablemente deben ser los emolumentos, pero no existe en la misma una habilitación al legislador para que pueda "limitar" por vía de ley los sueldos y salarios de los funcionarios al servicio del Estado venezolano -ya sean de alto nivel, de dirección o electos por el poder popular-, esto en virtud de que el salario de los trabajadores, está establecido como un derecho humano, razón por la cual, cualquier ley que regule salario debe ser progresista, es por ello que conviene revisar el artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a efectos de verificar de qué manera concibió el legislador el salario de los trabajadores, de la siguiente manera:

*"Artículo 91. Todo trabajador o trabajadora tiene derecho a un **salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales.**"*. (Énfasis añadido)

Se desprende de la norma antes citada, que el constituyente lejos de permitir la reducción de los salarios, estimó pertinente establecer a favor de todos los trabajadores y sin excepción alguna un "(...) *salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales.*", es decir, que cualquier ley que estime regular el tema de los salarios no puede colocarse al margen de la referida norma constitucional, ya que esta es una norma de contenido progresista, que le garantiza a todos los trabajadores un salario "suficiente" que le permita vivir con dignidad, así como satisfacer sus necesidades y las de su grupo familiar.

Es por ello que la reducción de salarios que prevé la ley analizada para los altos funcionarios del Poder Público Nacional, está en franca contradicción con las normas constitucionales antes analizadas (91 y 147), por un lado, porque impone una reducción de salarios que no ha sido establecida por el constituyente, situación que violenta flagrantemente el derecho humano de esos altos funcionarios a obtener un salario suficiente tal y como lo reguló el constituyente, y por la otra, porque esa reducción de salarios impactará negativamente respecto de los funcionarios de menor jerarquía, quienes a pesar de no estar expresamente señalados en los artículos 8, 9, 10, 11, 12, y 13, podrán ver también afectados sus salarios, ya que a largo plazo será muy probable que los sueldos que tienen asignados no sufrirán ningún tipo de aumento, esto a los fines de evitar que ese aumento pueda incidir en que esos funcionarios de menor jerarquía y con menos responsabilidades lleguen a tener remuneraciones más elevadas que la establecida por la Ley de Emolumentos para los altos funcionarios. Ello sin entrar a analizar la situación de algunos funcionarios que ya en la actualidad, sin ocupar algunos de los cargos mencionados en la ley objeto de análisis, debido al reconocimiento de sus competencias, devengan sueldos superiores a los topes aquí establecidos.

Las circunstancias antes señaladas, violentan sin lugar a duda la garantía constitucional reconocida a todos los trabajadores de tener un salario "suficiente", esto en virtud que en atención al artículo 6 de la ley analizada, esa asignación de límites máximos de salarios para altos funcionarios ha sido establecida en atención al nivel de dedicación, la complejidad de las funciones, la responsabilidad y la jornada laboral, situación que en la práctica desconoce derechos de esos funcionarios de tener el sueldo que venían percibiendo y el que realmente se corresponde con el nivel de responsabilidad, complejidad de las funciones y nivel de gerencia que deben tener en el desempeño de esos cargos.

Al establecer la violación constitucional del salario como un derecho humano esencial, constituido por el ingreso justo y suficiente que debe asignársele al trabajador y su grupo familiar, el cual coadyuvará en poder acceder a un nivel de vida digno, conviene referir el artículo 19 de la Carta Magna, el cual regula la garantía de los derechos humanos de la siguiente manera:

"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.." (Énfasis añadido)

Entre las principales características de los Derechos Humanos -entre los cuales se encuentra el derecho al salario suficiente-, destacan la progresividad y la inviolabilidad de los mismos, siendo que con la **reducción** de salarios regulada en la Ley de Emolumentos se violenta tales principios, situación que sin lugar a duda incidirá a su vez en otros derechos constitucionales, tales como el derecho a un nivel de vida adecuado, derecho a la salud y derecho a la educación, situación que es contraria al Estado democrático y social de Derecho y de justicia, regulado en el artículo 2 de nuestra Carta Magna, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, entre otros, la preeminencia de los derechos humanos.

La calidad de vida que se deriva del derecho humano al salario, se encuentra también regulada en el artículo 83 Constitucional, el cual establece que el Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, y no cabe duda que para el mantenimiento de esa calidad de vida protegida constitucionalmente, es necesario, al menos, mantener el salario de todos los trabajadores en los términos establecidos en el artículo 91, ya que ésta es otra de las maneras que tiene el Estado de garantizar a los ciudadanos el ejercicio pleno de sus derechos económicos y sociales.

Es obligación del Estado garantizar y establecer los mecanismos necesarios para que cada trabajador tenga un salario digno y justo, acorde a las funciones que desempeña, que le permita satisfacer sus necesidades y tener acceso a la salud, educación, y en general a elevar su nivel de vida.

Por lo tanto, una reducción o limitación del salario a límites máximos previamente establecidos sin haberse efectuado un estudio socio económico no garantiza la suficiencia exigida en el artículo 91 de la Carta Magna, lo cual constituye una desmejora en la calidad de vida de los trabajadores, por cuanto tal situación les limitaría el acceso a derechos como la salud o la educación, contrariando de esta manera los postulados establecidos en la Constitución de la

República Bolivariana de la República, así como normas constitucionales que regulan la protección, progresividad e intangibilidad de los derechos laborales, tal y como lo establece el artículo 89, en los siguientes términos:

(...)

Otro aspecto que debe indicarse, es que las normas contenidas en la Ley en comento conllevan una invasión en lo que respecta a la independencia de los poderes públicos, así como lo relativo a las autonomías de institutos, universidades y municipios y organismos dotados con autonomía funcional- entre los cuales se encuentra el Ministerio Público-, cuando recae en manos del Poder Ejecutivo¹ el establecimiento de límites legal a las remuneraciones y otros beneficios laborales percibidos por los altos funcionarios de la Administración Pública.

En nuestro caso concreto, la ley analizada violenta el artículo 273 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela², norma que inviste a este Organismo de autonomía funcional, prerrogativa que se confiere a un grupo de órganos que aun cuando forman parte de la Administración Pública en sentido amplio, no guardan ningún tipo de dependencia jerárquica ni de ninguna otra naturaleza con los demás órganos del Poder Público Nacional, pues su marco contralor está constituido por la Constitución y las leyes que los crean; y que su razón de ser se encuentra en la necesaria independencia de Poderes que debe caracterizar al Estado social de derecho..

Es así como las normas contenidas en la Ley bajo análisis, se encuentran al margen de la disposición constitucional antes referida, ya que desconoce expresamente la independencia o libertad de actuación que poseen los órganos dotados de autonomía funcional –entre los cuales se encuentra el Ministerio Público- y que fue expresamente reconocida por el constituyente; y con ello, se terminan vulnerando mejores beneficios en materia de seguridad social, que por la vía de las normas internas, estos entes han desarrollado en mejora de todos sus trabajadores.

Las consideraciones antes expresadas fundamentan la inconstitucional que vicia el contenido de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del poder Público, en todo caso, de llegar a desestimarse el alegato de inconstitucionalidad y considerar pertinente que la referida Ley mantenga su vigencia, entonces la alternativa legal más recomendable sería solicitar que se reforme el artículo 4, a los fines de que se excluya de los emolumentos el salario percibido por los trabajadores, así como suprimir el artículo 6 a los fines de evitar que la proporcionalidad exigida en la ley, termine afectando a un mayor grupo de trabajadores (funcionarios de menor jerarquía), quienes a largo plazo e inevitablemente verán mermados sus salarios.

¹ **Artículo 18.** *Dentro de los límites establecidos en la presente Ley, las máximas autoridades del Poder Público aprobarán las escalas de sueldos y salarios y el sistema de beneficios sociales del personal de alto nivel y de dirección, que laboren en los órganos y entes bajo su dirección y administración, control y tutela. / Estas escalas de sueldos y salarios y el sistema de beneficios sociales sólo entrarán en vigencia a partir de la publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. / En el caso del Poder Ejecutivo Nacional dichas escalas de sueldos y salarios, así como el sistema de beneficios sociales, serán aprobados por el Presidente o Presidenta de la República...* (Énfasis añadido)

² **Artículo 273.** *El Poder Ciudadano se ejerce por el Consejo Moral Republicano integrado por el Defensor o Defensora del Pueblo, el Fiscal o la Fiscal General y el Contralor o Contralora General de la República./ (...) / El Poder Ciudadano es independiente y sus órganos gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa. A tal efecto, dentro del presupuesto general del Estado se le asignará una partida anual variable. / Su organización y funcionamiento se establecerá en ley orgánica.* (Énfasis añadido).

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 23-09-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE CONSULTORÍA JURÍDICA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE

4.- TEMA: PENSIÓN DE SUPERVIVENCIA

5.- MÁXIMA

ENTIENDE ESTA DIRECCIÓN DE CONSULTORÍA JURÍDICA QUE LA ADOLESCENTE (...), EN PRINCIPIO, PODRÍA SER BENEFICIARIA DE UNA PENSIÓN DE SUPERVIVENCIA, NO OBSTANTE ESTA APRECIACIÓN, ES NECESARIO QUE CONSTE EN EL EXPEDIENTE CORRESPONDIENTE LA SOLICITUD QUE DEBE FORMULARSE DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 153 DEL ESTATUTO DE PERSONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO, ASÍ COMO DEBE CONOCERSE QUIEN O QUIENES SON LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LA MENCIONADA MENOR DE EDAD, ASÍ COMO SERÍA PRUDENTE CONTAR CON UNA DECLARACIÓN DE ÚNICOS Y UNIVERSALES HEREDEROS, CON LA FINALIDAD DE ASEGURARNOS QUE LA ADOLESCENTE SEA LA ÚNICA PERSONA BENEFICIARIA DE TAL BENEFICIO.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO: MEMORANDO No. DCJ-24-1257-2011

6.2.- FECHA: 23-09-2011

6.3.- RESUMEN

Los artículos 148, 150 y 153 del Estatuto del Estatuto del Personal del Ministerio Público, establecen lo siguiente:

“Artículo 148.- (...) Parágrafo Único: En caso de producirse la muerte de un fiscal, funcionario o empleado del Ministerio Público, con ocasión del ejercicio de sus funciones, sin tener cumplidos los requisitos para su jubilación, corresponderá a su cónyuge e hijos menores o incapacitados, o a los demás posibles causahabientes que se indican en el presente Estatuto, en las mismas condiciones que él determine, una pensión extraordinaria de supervivencia, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del sueldo o remuneración devengada para el momento de su muerte.

Artículo 150.- (...)

A falta de cónyuge o concubina, los hijos menores o incapacitados del fiscal, funcionario o empleado fallecido, concurrirán por partes iguales a la pensión de supervivencia. Cuando sea uno (1) solo el beneficiario, este percibirá el monto total de la misma.

A falta de cónyuge o concubina, los hijos menores o incapacitados del fiscal, funcionario o empleado fallecido, concurrirán por partes iguales a la pensión de supervivencia. Cuando sea uno (1) solo el beneficiario, este percibirá el monto total de la misma.

(...)

Artículo 153. La pensión de supervivencia se causará desde la fecha del fallecimiento del fiscal, funcionario o empleado, y se tramitará a solicitud de los interesados, quienes deberán comprobar su cualidad para ser titulares de tal derecho.

(...)

Parágrafo Segundo: *Si en el lapso indicado no se hubiese presentado ninguna solicitud, se entenderá extinto el derecho a la pensión de supervivencia."*

Revisado el contenido de la documentación antes citada y analizado conforme a los requisitos de procedencia para el otorgamiento de la pensión de supervivencia contenidos en los artículos 148, 150 y 153 del Estatuto de Personal del Ministerio Público, se ha de señalar lo siguiente:

1.- Para configurarse el supuesto de pensión extraordinaria de supervivencia previsto en el parágrafo único del Artículo 148 del Estatuto de Personal, se requiere que el funcionario o funcionaria fallecido no haya llenado los extremos requeridos para haber sido acreedor de un beneficio de jubilación, así como que su muerte fuese con ocasión del ejercicio de sus funciones. En el caso de la ciudadana (...),-aun cuando no se evidencia de los recaudos anexados su tiempo de servicio en la Administración Pública-, se puede presumir que no llena los requisitos para hacerse acreedora de dicho beneficio, por cuanto ni cumple con el tiempo de servicio en el Ministerio Público, ni cuenta con la edad mínima requerida de conformidad con el artículo 133 del Estatuto de Personal del Ministerio Público¹; sin embargo, este extremo debe ser avalado por la Dirección consultante. Por otro lado, se evidencia de los recaudos anexos (Declaración de Accidente de Trabajo de fecha 15 de junio de 2011, presentado por la Dra. Luisa Ortega Díaz en su carácter de Fiscal General de la República) que la funcionaria falleció con ocasión del ejercicio de sus funciones, pues a los fines de desempeñar labores propias del cargo que desempeñaba se trasladaba hacia el interior de la República.

2.- La funcionaria fallecida, según consta de la partida de defunción y de partida de nacimiento, antes identificadas, tuvo una hija de nombre (...), quien a la presente fecha cuenta con quince (15) años de edad. Así mismo, se evidencia de la partida de defunción de (...), que no le sobrevive cónyuge.

¹ De conformidad con lo previsto en el artículo 133 del Estatuto de Personal del Ministerio Público, "tendrá derecho a la jubilación el fiscal, funcionario o empleado que haya alcanzado la edad de cincuenta (50) años, si es hombre, y cuarenta y cinco (45), si es mujer, siempre que tenga cumplidos veinte (20) años de servicio, de los cuales al menos diez (10) deberán haber sido prestados al Ministerio Público, bien en forma continua o discontinua (...)". De tal forma, al haber ingresado la ciudadana (...) al Ministerio Público el 01/12/2010 (...), no contaba con los diez años de servicio en la Institución, ni tenía la edad mínima requerida de conformidad con la normativa antes señalada, esto es, cuarenta y cinco (45) años.

3.- Como corolario de lo anterior, en aplicación del artículo 150 del Estatuto de Personal del Ministerio Público y en principio, al no existir cónyuges u otros hijos (circunstancia esta última que puede corroborarse plenamente con una Declaratoria de Únicos y Universales Herederos), la única beneficiaria de una pensión de supervivencia que otorgue el Ministerio Público sería (...), salvo prueba en contrario.

4.- Ahora bien, otro aspecto importante y del cual no se evidencia su presencia en los recaudos enviados a esta Dirección, es la solicitud de los interesados -condición necesaria para que el Ministerio Público tramite lo conducente-, quien o quienes deberán comprobar su cualidad para ser titular o titulares de tal derecho. Del cumplimiento de este requisito se han de verificar dos circunstancias: i) La solicitud no sólo pone en marcha el aparato Administrativo, sino que su falta de presentación dentro de los doce meses siguientes al fallecimiento del funcionario, hace que se considere "*extinto el derecho a la pensión de supervivencia*"²; ii) Bajo el supuesto que la única beneficiaria de una posible pensión de supervivencia sea la adolescente (...), con dicha solicitud se podrá conocer o determinar quiénes son los representantes legales de la misma, con quienes se entenderá el Ministerio Público a los fines del cumplimiento de todos los requisitos necesarios para hacer efectiva dicha pensión de supervivencia.

En conclusión, entiende esta Dirección de Consultoría Jurídica que la adolescente (...), en principio, podría ser beneficiaria de una pensión de supervivencia, no obstante esta apreciación, es necesario que conste en el expediente correspondiente la solicitud que debe formularse de conformidad con el artículo 153 del Estatuto de Personal del Ministerio Público, así como debe conocerse quien o quienes son los representantes legales de la mencionada menor de edad, así como sería prudente contar con una declaración de únicos y universales herederos, con la finalidad de asegurarnos que (...), sea la única persona beneficiaria de tal beneficio.

² Artículo 153 del Estatuto de Personal del Ministerio Público.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 11-10-2011

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE CONSULTORÍA JURÍDICA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO LABORAL

4.- TEMA: SUPLENCIAS

5.- MÁXIMA

CON FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 89 NUMERALES 1 Y 3 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, EL PAGO DE SUPLENCIAS DEBE HACERSE DE ACUERDO CON EL NÚMERO DE DÍAS EFECTIVAMENTE LABORADOS POR EL TRABAJADOR, ESTO EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA SUPREMACÍA DE LAS FORMAS.

ASIMISMO, EN EL CASO DE SUPLENCIAS PARA CARGOS DE ALTO NIVEL, EN ATENCIÓN A LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 91 CONSTITUCIONAL, DEBE CANCELARSE AL SUPLENTE LA PRIMA POR CARGO, ESTO EN VIRTUD DE QUE DEBE APLICARSE EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL SEGÚN EL CUAL DEBE RECONOCER IGUAL SALARIO POR IGUAL TRABAJO.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO: MEMORANDO No. DCJ-11-1312-2011

6.2.- FECHA: 11-10-2011

6.3.- RESUMEN

“La Dirección de Recursos Humanos a través de Memorando N° DRH-DRL-940-2011 de fecha 05 de octubre de 2011, solicitó opinión respecto al *“(…) criterio que debe establecerse con relación al pago de los suplentes al finalizar sus servicios en el Ministerio Público, ya que el Manual de Normas y Procedimientos de Trámites y Pago de Suplencias (sic), aprobado según Punto de Cuenta N° 674 de fecha 25/07/2005 y que rige actualmente, en la sección de Normas Generales de dicho instructivo en los puntos nros: 25, 27, 28, 29 y 30, presenta un vacío normativo en cuanto a los días a pagar al suplente cuando laboran un mes que traer 31 días.”*

Asimismo, solicita que en atención a lo previsto en el punto 26 del Manual de Normas y Procedimientos para el Trámite y Pago de Suplencia, el cual establece que para el pago de toda suplencia se tomará en cuenta como base de cálculo para el pago, el sueldo básico del cargo sin tomar en cuenta las demás asignaciones que perciba el titular, se aclare la duda de esa Dirección en cuanto a *“(…) si es procedente cancelar la prima por cargo en los casos del personal de alto nivel”*.

Se desprende de la solicitud formulada por esa Dirección de Recursos Humanos, que la opinión requerida a este Órgano Asesor se circunscribe a dos situaciones concretas:

1°.- Cómo efectuar el pago cuando la suplencia se ha realizado en un mes que tiene treinta y un (31) días y no treinta (30), tal y como lo regula el Manual de Normas y Procedimientos para el Trámite y Pago de Suplencia; y

2°.- Si es procedente cancelar la prima por cargo en el caso de suplencias para personal de alto nivel.

Sobre el primero de los particulares, debe comenzar por revisarse el Manual de Normas y Procedimientos para el Trámite y Pago de Suplencia, a los fines de verificar qué se entiende por suplencia y de qué manera se reguló el pago de las mismas.

En tal sentido, el punto 4 de las Normas Generales, al establecer qué debe entenderse como suplencia, señala lo siguiente:

"4- Se entiende por suplencia para efectos de este manual, la acción de ocupar temporalmente un cargo o puesto de trabajo cuando quien lo ocupe se ausente por las siguientes razones: vacaciones, reposos médicos, permisos remunerados o no, y cualquier otra causa que la origine."

Por otro lado, en cuanto al pago de las suplencias, se puede verificar que los puntos 25, 27, 28, 29 y 30, regulan en líneas generales la forma de efectuar el pago de las mismas, en los siguientes términos:

"25. El pago de la suplencia se calcula tomando como base los días efectivamente trabajados, incluyendo sábados, domingos, feriados y aquellos que el Ministerio Público otorgue como días de asueto, siempre que estén incluidos dentro del lapso ininterrumpido de la suplencia y hasta el último día hábil de la misma." (Énfasis añadido)

"27. Las suplencias por concepto de vacaciones de funcionarios y empleados, se cancelan a razón de treinta días continuos." (Énfasis añadido)

"28. Las suplencias por concepto de vacaciones de obreros se cancelan a razón de 24 días hábiles y se agrega un día adicional por año de servicio que tenga el obrero titular, hasta un máximo de 30 días hábiles, de acuerdo a lo establecido en la Convención Colectiva del Personal Obrero del Ministerio Público vigente".

"29. En caso de que la suplencia se inicie en el primer día del mes, se debe tomar como base para el pago, el equivalente a 30 días, independientemente del número de días que tenga el mes." (Énfasis añadido)

"30. Cuando la suplencia se inicie en fecha posterior al primer día del mes, se tomará como base para el cálculo de pago de la primera fracción, los días exactos que tenga dicho mes (28, 29, 30 ó 31, según sea el caso)".

Se desprende de los puntos antes citados que a los efectos del Manual de Normas y Procedimientos para el Trámite y Pago de Suplencia, puede entenderse como suplencia la acción a

través de la cual se suple temporalmente al titular del cargo, cuando éste debe separarse del mismo por el disfrute de vacaciones, reposos médicos, permisos remunerados o no, o cualquier otra causa que la origine.

Por otro lado, en cuanto al pago de las mismas se desprende de los puntos antes citados, lo siguiente:

1°.- Que el pago de las suplencias debe calcularse tomado como base los días efectivamente trabajados (punto 25).

2°.- Que cuando el fundamento de la suplencia sea el disfrute de las vacaciones del titular del cargo, el pago de las mismas se cancelará a razón de treinta (30) días continuos (punto 27)

3°.- En caso de que la suplencia inicie en el primer día del mes, como base para el pago se tomará en cuenta para el pago el equivalente a treinta días, independientemente del número de días que tenga el mes.

4°.- Si la suplencia inicia en una fecha posterior al primer día del mes, se tomará como base para el cálculo del pago de la primera fracción, los días exactos que tenga dicho mes.

Una vez anotados los particulares antes señalados, debe señalar esta Dirección de Consultoría Jurídica que de la lectura detallada de cada uno de los puntos antes citados, se advierte que existe contradicción entre los mismos en cuanto a la regulación que contienen para establecer el pago de la suplencia, toda vez, que en una de ellas se establece que la base de cálculo para el pago de las suplencias será *"(...) los días efectivamente trabajados..."*, y luego en otro de los puntos regula que cuando se trate de vacaciones del titular el pago de la suplencia se cancelara a razón de treinta (30) días, es por ello que cabe preguntarse: ¿Qué pasa cuando esa suplencia por concepto de vacaciones es de treinta y un días (31) y no de treinta (30), tal y como lo regula el punto 27?

Asimismo, se pudo verificar que en el Manual respectivo independientemente de la causa que motive la suplencia, la base de cálculo para el pago de la misma es de treinta (30) días y no ofrece ninguna regulación expresa cuando se trate del pago de suplencias que hayan sido efectivamente cumplidas en un mes que tiene treinta y un (31) días.

Al efecto, debe estimar esta Dirección de Consultoría Jurídica que en la práctica no deben ser pocos los casos en los cuales el suplente presta sus servicios en un mes que tenga treinta y un (31) días, y en tal sentido, a los fines del pago respectivo e independientemente de que no exista un punto que de manera expresa reconozca el pago íntegro de esos días, debería prevalecer a favor del trabajador la regulación contenida en el punto 25, el cual dispone que *"El pago de la suplencia se calcula tomando como base los días efectivamente trabajados..."*, esto es así, debido a que al no existir una norma que regule el pago de los treinta y un días, resultaría contradictorio que aún teniendo la certeza que esa es la cantidad de días que fueron efectivamente laborados por el suplente, para el pago de la misma se atiende sólo a la regulación contenida en los puntos antes citados, para concluir que le corresponde el pago sólo de treinta días (30) y no de treinta y uno (31) tal y como debe ser al haberlo laborado.

En el Manual respectivo existe un vacío al no incluir una norma que de manera expresa consagre el pago de los treinta y un (31) días de suplencias, cuando efectivamente éstos hayan sido laborados por el trabajador y, ante tal situación, salvo mejor criterio, estima este Órgano Asesor que la solución legal no puede ser la de aplicar el pago de treinta días (30) en aplicación restrictiva de las normas contenidas en el Manual y dejar de reconocer y cancelar a favor del trabajador un día laborado respecto del cual tiene derecho de percibir la contraprestación monetaria correspondiente, asumir un análisis distinto, constituiría sin lugar a duda una violación de los derechos laborales que le asisten a ese trabajador.

El criterio asumido por este Órgano Asesor encuentra su fundamento en principios constitucionales contenidos en el artículo 89 de la Carta Magna, específicamente los contenidos en los numerales 1 y 3, los cuales disponen lo siguiente:

(...)

Al hilo de las consideraciones antes expresadas, conviene hacer referencia a la decisión contenida en el expediente N° AA60-S-2006-748 emanada de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha trece (13) de noviembre de dos mil seis, en la cual al hacer referencia al alcance procesal del Principio de la Supremacía de la Realidad, acotó lo siguiente:

(...) el principio constitucional de la realidad de los hechos sobre las formas o apariencias, no puede limitar su utilidad sólo a aquellas situaciones donde lo oculto es la relación de trabajo, sino que puede ser un instrumento eficaz para otras, donde lo aparente son precisamente las notas de laboralidad.” (Énfasis añadido)

Se desprende de la sentencia antes señalada que el principio constitucional de la supremacía de la realidad sobre las formas, no debe emplearse sólo para develar aquellas situaciones donde lo oculto es la relación de trabajo, sino que puede implicar además que su aplicación vaya más allá pudiendo ser verificados otros aspectos derivados de una relación laboral, y en el caso bajo análisis, puede verse con claridad como en aplicación de ese principio constitucional la realidad es que el trabajador laboró unos días a los cuales tiene derecho de recibir íntegramente la contraprestación que le corresponda.

Es así como puede concluirse este punto señalando que al margen de las normas generales que están contenidas en el Manual de Normas y Procedimientos para el Trámite y Pago de Suplencia, tales regulaciones no pueden colocarse por encima de las normas y principios que en materia laboral contiene la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y que permiten que ante cualquier duda que pueda tener el empleador respecto de la aplicación de normas legales o reglamentarias, se aplique siempre la que más favorezca al trabajador.

Otro de los aspectos contenidos en la solicitud de opinión, se refiere a que sí es procedente cancelar la prima por cargo en el caso de suplencias para personal de alto nivel.

Para el análisis de este aspecto, es menester verificar que regula el referido Manual, pudiéndose constatar que el punto 26 establece lo siguiente:

“26. Para toda suplencia se debe tomar como base de cálculo para el pago, el sueldo básico del cargo sin tomar en cuenta las demás asignaciones que devengue el titular,

bien sea que se trate de un personal externo a la Institución o de un trabajador interno, caso éste en el cual procede una diferencia de sueldo."

Del punto antes citado, se desprende que para todas las suplencias, incluidas aquellas que eventualmente puedan darse en cargos de alto nivel, la base de cálculo debe ser el sueldo básico del cargo sin tomar en cuenta las demás asignaciones que puedan corresponderle al titular, entre las cuales se encuentran las primas, razón por la cual, salvo mejor criterio, estima esta Dirección de Consultoría Jurídica que aunque puede ser poco frecuente ver este tipo de suplencia, tomado en consideración la naturaleza de estos cargos, se estima que cuando se de una suplencia respecto de algunos de ellos la forma de calcular el pago de la misma debería hacerse de acuerdo con el punto antes citado.

No obstante, también en aplicación del principio constitucional de la supremacía de la realidad (artículo 89.1 Constitucional), podría entenderse que la realidad es que el suplente que asuma temporalmente un cargo de alto nivel lo asume con todas las responsabilidades y obligaciones que implica el desempeño del mismo, razón por la cual, tendría derecho a percibir los beneficios que deriven del desempeño del cargo respectivo -aunque sea temporal- en los mismos términos que su titular; incluyéndose por tanto el reconocimiento del pago de la prima por cargo.

El argumento antes esgrimido tiene su justificación en el hecho de que si entendemos que el suplente es la persona que cubre la falta temporal del titular del cargo por razones o circunstancias sobrevenidas -aun cuando se trate de un cargo de alto nivel-, se entiende que en tal supuesto si desempeña las funciones que le corresponden al titular, entonces debería reconocérsele el pago de las mismas tal y como se le hubiese pagado a su titular, argumentación que encuentra fundamento en el artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que señala ***"(...) Se garantizará igual salario por igual trabajo..."***.

Es oportuna la ocasión, para advertir que de la revisión efectuada por esta Dirección de Consultoría a algunas de las normas generales contenidas en el Manual de Normas y Procedimientos para el Trámite y Pago de Suplencia, se pudo constatar que existen algunos vacíos para regular situaciones administrativas que pueden presentarse en materia de suplencias y que muy probablemente son bien conocidas por esa Dirección de Recursos Humanos, es por ello que se sugiere revisar el contenido del referido Manual y tratar de adaptar su regulación con fundamento en las normas constitucionales, legales y reglamentarias que puedan aplicarse al efecto.

Asimismo, para concluir se debe precisar que ante la duda que pueda existir entre las normas contenidas en cualquier Manual institucional destinado a regular aspectos de contenido laboral o funcional, siempre debe tenerse en consideración que esas normas internas no pueden colocarse ni por encima, ni al margen de las normas constitucionales, las cuales siempre tendrán aplicación preferente para el análisis y solución de cualquier caso concreto que pueda presentarse y que no pueden dejar de ser apreciadas y valoradas en un Organismo como el Ministerio Público, al cual le corresponde de acuerdo con el numeral 1 del artículo 16 de la ley que rige a esta Institución ***"1. Velar por el efectivo cumplimiento de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela..."***.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

4.- DERECHO ADMINISTRATIVO

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 20/04/2012

2.- DEPENDENCIA:

FISCALÍA SEGUNDA ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN SALA PLENA Y ANTE LAS SALAS CONSTITUCIONAL, POLÍTICO ADMINISTRATIVA Y ELECTORAL

3.- TIPO DE DOCTRINA:

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

4.- TEMA:

COMPETENCIAS CONCURRENTES

5.- MÁXIMA

LOS ESTADOS NO CONSTITUYEN PARCELAS EN EJERCICIO DE SOBERANÍA, YA QUE SUS ACTUACIONES DEBEN REALIZARSE EN ARMONÍA CON EL PODER NACIONAL, CON EL ESTADO EN SU CONJUNTO Y TOMANDO EN CUENTA LA EXISTENCIA DE COMPETENCIAS CONCURRENTES.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO

FSATSJ-55-2011

6.2.- FECHA:

31/05/11

6.3.- RESUMEN

“...no observa el Ministerio Público, que el recurrente haya acompañado su libelo de demanda con anexo alguno de donde se evidencia el derecho de propiedad que denuncia como violado, vale decir, de algún instrumento público o **privado** que así lo evidencie./ Tampoco constata de autos el Ministerio Público, que en la etapa procesal correspondiente, vale decir, en la probatoria que se abrió en este juicio, el recurrente haya promovido prueba alguna tendente a evidenciar el derecho de propiedad que alega, así como tampoco en ninguna instancia del proceso, siendo esta otra razón para declarar este alegato sin lugar. / Por otro lado, cabe indicar ciudadanos Magistrados, que en el supuesto negado de que dichos bienes figuren a nombre del Gobierno Bolivariano de Miranda, ello no constituye obstáculo alguno para que la reversión abarque dichos bienes sea cual fuere el nombre de la persona a cuyo nombre estuviere el título de propiedad, ya que el servicio de salud es de naturaleza nacional, por lo que jamás podrá afirmarse que por figurar a nombre del Estado Miranda, ella sea la única o exclusiva propietaria, pues se trata de un bien adscrito para prestar un servicio nacional, a través de un ente estatal. / Finalmente cabe indicar, que el Ministerio Público en su estudio no encontró disposición legal ni constitucional que disponga, que por el hecho de la transferencia de un servicio público, los bienes que forman parte indefectiblemente de ella pasen de un patrimonio a otro, sino que lo que se entiende es que dichos bienes son propiedad del Estado en general, del cual a su vez forman parte los Estados y

Municipios, siendo esta otra razón para declarar sin lugar, este alegato. (...) / no es cierto que el hecho que el Ejecutivo Nacional haya ordenado la transferencia de recursos destinados por el Gobierno Bolivariano de Miranda al área de salud al Gobierno central, signifique en forma alguna la trasgresión de dichas normas, en virtud que el destino de dicho presupuesto por el hecho de tal transferencia no ha sido cambiado, pues su destino seguirá siendo el de protección de la salud de los habitantes del Estado en general, del cual el Estado Miranda forma parte, mediante el pago de los sueldos de los funcionarios del área de la salud, los cuales inclusive pueden habitar, morar u hospedarse fuera del territorio del Estado Miranda. / Por otro lado estima el Ministerio Público, que en el presente caso no estamos en presencia de un acto de ilegal ejecución, en razón de que la citada orden de transferencia a sido dada al Gobierno Bolivariano del Estado Miranda, por el Ejecutivo Nacional, el cual goza de competencia para revertir la transferencia de un servicio público, servicio público que no puede divorciarse en forma alguna de los bienes y recursos económicos o financieros que indefectiblemente se requieren para su prestación, es decir, que el presupuesto forma parte integrante del servicio transferido, el cual debe revertirse con los mismos componentes con que se concedió./ Igualmente, cabe indicar en cuanto concierne a esta denuncia, que la misma fue realizada en forma genérica, sin indicar de manera precisa cuál o cuáles normas de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y de su Reglamento N° 1 resultaban violadas, y es el caso que el Ministerio Público no obstante tal omisión al revisar tales disposiciones legales, no encuentra ninguna transgresión, resultando en consecuencia procedente declarar sin Lugar, este alegato. (...) / Finalmente el Ministerio Público debe acotar, que tampoco de las actuaciones contenidas en las carpetas que fueron remitidas como expediente administrativo al Ministerio Público y a la que se hizo referencia con antelación se evidencia, prueba alguna de los alegatos esgrimidos por la parte recurrente y antes por el contrario se observa que el proceso de reversión de dicho servicio público, tuvo lugar a petición del anterior Gobernador del Estado Miranda y antes de que el actual Gobernador ganara las elecciones y lo sustituyera, así como la continuidad en el pago de los salarios devengados por los trabajadores de dicho servicio de salud y la realización de dicha reversión, sin trauma alguno, ni manifestaciones populares en contra..." (Informe del Ministerio Público consignado ante la Sala Políticoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia; p.p 12-15, 18).

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 16/04/2012

2.- DEPENDENCIA:

FISCALÍA TERCERA DEL MINISTERIO PÚBLICO ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN SALA PLENA Y ANTE SUS SALAS CONSTITUCIONAL, POLÍTICO

3.- TIPO DE DOCTRINA:

DERECHO ADMINISTRATIVO

4.-TEMA:

RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE NULIDAD INTERPUESTO CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE EFECTOS PARTICULARES POR PRESUNTAMENTE ESTAR INCURSOS EN VICIOS DE NULIDAD ABSOLUTA COMO EL FALSO SUPUESTO.

5.- MÁXIMA

EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL CASO BAJO ANÁLISIS DETERMINÓ SI LA MERCANCÍA IMPORTADA POR LA EMPRESA RECURRENTE SE ENCONTRABA EN CONDICIÓN DE ABANDONO LEGAL Y A TAL EFECTO VERIFICÓ EL MARCO LEGAL APLICABLE Y LAS CONDICIONES DE LA MERCANCÍA PARA LA FECHA U OPORTUNIDAD EN QUE LA MERCANCÍA OBJETO DE OPERACIÓN ADUANERA FUE DECLARADA ANTE LA RESPECTIVA ADUANA, DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 30 DEL DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DE ADUANAS. ES POR ELLO, QUE VERIFICADA LA DECLARACIÓN DE LA MERCANCÍA, SE EVIDENCIA QUE A LAS FECHAS DE EMISIÓN DE LAS RESOLUCIONES IMPUGNADAS, EL LAPSO DE TREINTA (30) DÍAS QUE PREVÉ EL DECRETO LEY EFECTIVAMENTE HABÍA TRANSCURRIDO SIN QUE EL PROPIETARIO DE LAS MISMAS HUBIERA DADO CUMPLIMIENTO A SU DEBER Y RESPONSABILIDAD DE RETIRAR DE LA ADUANA DE PUERTO CABELLO, POR LO QUE SE CONFIGURÓ EL ABANDONO LEGAL.

COMPROBADO LO ANTERIOR Y CONSTATADO QUE CIERTAMENTE EL LAPSO PARA EL RETIRO DE LA MERCANCÍA IMPORTADA POR LA SOCIEDAD MERCANTIL NESTLÉ DE VENEZUELA, SA., HABÍA TRANSCURRIDO, SIN QUE LA MISMA HUBIERE SIDO RETIRADA DE LOS RESPECTIVOS ALMACENES ADUANEROS, PUEDE CONCLUIR ESTA FISCALÍA DEL MINISTERIO PÚBLICO QUE, LAS RESOLUCIONES IMPUGNADAS SE ENCONTRABAN AJUSTADAS A DERECHO Y POR LO TANTO EL VICIO ALEGADO DE FALSO SUPUESTO NO SE ENCUENTRA CONFIGURADO, POR LO QUE SE SOLICITÓ SU DESESTIMACIÓN.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO

FTTSJ-10-2011

6.2.- FECHA:

08/02/2011

6.3.- RESUMEN

“El objeto del presente recurso de nulidad lo constituyen los actos administrativos contenidos en las Resoluciones números 017 y 018 de fecha 7 de marzo de 2008 dictadas por la Comisión Presidencial para la Disposición final de Mercancías Legalmente abandonadas en las Aduanas de Venezuela, mediante las cuales declara el presunto abandono de mercancías por parte de la empresa mercantil denominada la Sociedad Mercantil Nestlé de Venezuela, S.A., así como la posterior adjudicación de la mercancía al Tesoro Nacional y a la empresa denominada Producción y Distribución de Alimentos (PDVAL); adjudicación que correspondía a treinta y seis (36) contenedores de leche importada que se encontraban en la Aduana Marítima de Puerto Cabello, Estado Carabobo.

A tal efecto, se denuncia el vicio de falso supuesto de hecho, en razón de que el Ministro de Finanzas y la Comisión Presidencial creada para la disposición final de mercancías legalmente abandonadas en las Aduanas de Venezuela emitieron las identificadas resoluciones con la finalidad de adjudicar la mercancía contenida en los treinta y seis (36) contenedores, al considerar que la Sociedad Mercantil Nestlé de Venezuela, S.A.; había abandonado la mismas”.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 20/04/2012

2.- DEPENDENCIA: FISCALÍA SEGUNDA ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN SALA PLENA Y ANTE LAS SALAS CONSTITUCIONAL, POLÍTICOADMINISTRATIVA Y ELECTORAL

3.- TIPO DE DOCTRINA: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA ELECTORAL

4.- TEMA: ELECCIONES SINDICALES

5.- MÁXIMA

TODOS PROCESOS ELECTORALES IMPLICAN EJERCICIO DE SOBERANÍA POPULAR EN MICRO, EN MARCO DE CADA ORGANIZACIÓN DE QUE SE TRATE Y DEBE REGIRSE POR LOS PRINCIPIOS CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DE TRANSPARENCIA, CONFIABILIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA, PARA LOS ELECTORES.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO FSATSJ-23-2011

6.2.- FECHA: 01/03/11

6.3.- RESUMEN

“...el Ministerio Público es del criterio que ciertamente, la Comisión Electoral de la Asociación Sindical de Trabajadores Administrativos de la Universidad de Carabobo (AEUC), ciertamente vulneró los derechos y principios denunciados en el presente caso, por cuanto se aprecia con meridiana claridad que hubo irregularidades en el proceso eleccionario para los cargos de renovación de la Junta Directiva de la mencionada Asociación Sindical, en el proceso electoral, realizado en fecha 26 de noviembre de 2009, irregularidades éstas que se contraen a las mencionadas a lo largo de este escrito. / Para el Ministerio Público resulta extraño, e incongruente, que la Comisión Electoral Central haya recibido y/o aceptado los resultados de las Mesas Electorales donde se eligió la Junta Directiva de la Filial Aragua, entregados por la misma Sub-Comisión de Aragua, pero, sin embargo se negaron a contabilizar los resultados de las Actas de Escrutinio de las ya tantas veces nombradas mesas electorales números 26 y 27, aún habiéndolas recibido y sellado./ Al respecto, se estima que si hubo -a decir de la parte recurrida-, signos de violación de las urnas o cajas electorales, y por ende, para ellos, no eran confiables sus resultados, debieron haber probado tal alegato. / Para el Ministerio Público, ello no es suficiente razón para restarle valor al contenido de dichas actas, pues, a juicio de este Ente Ministerial, debieron haber efectuado una revisión minuciosa de los instrumentos de votación de las mencionadas Mesas 26 y 27, de la Filial de Aragua, comparando los tarjetones válidos, los nulos, -si los hubiere-, y los cuadernos de

votación, y confrontarlos con los datos transcritos en las Actas de Escrutinio, subsanando de este modo la duda presentada, y verificando así, ya, con total certeza, si la voluntad del voto de los electores se respetó o no, caso éste último, cuando se debía aplicar tajantemente el contenido de los artículos 218 y 219 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, referidos a la nulidad de la votación de una Mesa Electoral respecto a una elección determinada y a la declaración de nulidad de las Actas de Escrutinios respectivamente. (...) Sin embargo, debe resaltar el Ministerio Público que tampoco está de acuerdo, por no considerarlo correcto ni confiable, lo aducido por los apoderados judiciales de los recurrentes en cuanto a que: "...por razones de la distancia entre Maracay y Valencia y lo avanzado de la hora (1:30 am), el representante que traía las Actas de Votación y Escrutinio, se desvió para su casa motivado al cansancio, producto del mismo proceso electoral, de manera de entregarlas en el transcurso de la mañana...", y que: "...ha sido uso y costumbre, desde cuando éramos Asociación Civil, en todos los procesos electorales habidos, que la Sub-Comisión Electoral de la Filial de Aragua, recibe de los miembros de las Mesas Electorales, las Actas de Escrutinio, las urnas o cajas y el material utilizado, por separado, es decir, un Acta de Escrutinios con los cómputos pertenecientes a la elección de la Junta Directiva de Valencia y, otra, de elección de la Junta Directiva de la Filial Aragua, trayendo luego, hasta el sitio donde se encuentra la Comisión Electoral Central, en Valencia, para hacerle entrega de las respectivas Actas de Escrutinios, de las urnas o cajas electorales y del material utilizado en dicho proceso electoral..."/ Ante esta declaración de la parte recurrente se debe precisar, que si bien es cierto que los usos y costumbres son fuentes del derecho, no son ley, y deja ciertamente abierta la duda de la confiabilidad del resultados de cualquier elección, el hecho de que la persona encargada de trasladar las urnas o cajas electorales, sea cual fuere el motivo, se vaya a su casa en vez de concretar la actuación para la cual está autorizado y por demás obligado.(...) Finalmente, a criterio del Ministerio Público en la presente demanda contencioso electoral interpuesta conjuntamente con amparo cautelar no se presenta la caducidad de la acción por cuanto en el presente caso, además de observarse ilícitos administrativos y electorales, éstos se configuran *per se*, con el carácter de orden público, ya que afecta a un gran número de personas que forman en su conjunto la Asociación Sindical de Trabajadores Administrativos de la Universidad de Carabobo (AEUC) y los postulantes que forman también la Plancha N° 2, es decir, deben prevalecer las siguientes razones a los fines de no declarar la caducidad del primer proceso electoral y que esa Sala Electoral conozca el fondo del mismo y de las irregularidades cometidas y que constan en autos: / Primera: Que entre los lapsos de caducidad previstos en el artículo 183 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales que contempla como principios rectores de todo proceso electoral, los de soberanía popular y democracia, deben prevalecer estos últimos por tener rango constitucional y no cabe pensar que donde está en juego la soberanía y la democracia, tenga cabida lapsos de caducidad que impidan conocer el fondo de procesos electorales. / Segunda: Porque tal y como se consiga anexo al presente informe, existen ciudadanos investigados penalmente, miembros de la Sub-Comisión Electoral del primer proceso, por lo que aunque el Ministerio Público conoce la no prejudicialidad entre el proceso penal y el contencioso administrativo especial electoral, consideramos que ambos no se pueden parar o parcelar, a tal punto que como consecuencia del primero pudiese producirse una condena penal y en el segundo, como consecuencia de la aplicación ortodoxa de la figura procesal de la caducidad, ni siquiera se conozcan los ilícitos administrativos probados en autos. / Por otra parte, el Ministerio Público es del criterio, que en aras de que todas las partes relacionadas con el presente proceso contencioso electoral sientan total confiabilidad y seguridad del mismo, solicita, con el debido respeto a esa Honorable Sala Electoral que: 1.- Anule el primer proceso contencioso electoral, por

los diversos vicios que se desarrollaron en él (...) 2.- El segundo proceso contencioso electoral, suspendido por la medida cautelar se deje sin efectos, / (...) 3.- Que se convoque a nuevas elecciones por las razones explanadas en el punto N°2, (...) / Igualmente, el hecho de que los demandantes hayan sido proclamados y juramentados por la Federación Nacional de Trabajadores, no les da legitimidad en los cargos pues esa Federación no es el órgano competente para la realización de tal cometido, ni el consentimiento -tácito- del Consejo Universitario de tales autoridades convalida tal situación. (...) / Por las razones anteriormente expuestas, estima el Ministerio Público, que el presente recurso contencioso-electoral (...) debe ser declarado "CON LUGAR", y así lo solicita respetuosamente a esa Honorable Sala..." (Informe del Ministerio Público consignado ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia; p.p 19-25).

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 20/04/2012

2.- DEPENDENCIA: FISCALÍA SEGUNDA ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN SALA PLENA Y ANTE LAS SALAS CONSTITUCIONAL, POLÍTICOADMINISTRATIVA Y ELECTORAL

3.- TIPO DE DOCTRINA: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

4.- TEMA: FRAUDE A LA LEY

5.- MÁXIMA

NO RESULTA AJUSTADO A DERECHO QUE UN CANAL DE TELEVISIÓN PRETENDA SER CALIFICADO COMO INTERNACIONAL, Y SE ENCUENTRA PROBADO EN JUICIO QUE SU PROGRAMACIÓN ES MAYORITARIAMENTE DE CORTE NACIONAL, PUES LO CONTRARIO SERÍA INCURRIR EN FRAUDE A LA LEY, POR PRETENDER ESE CANAL, POR VÍA DE SU CALIFICACIÓN COMO “INTERNACIONAL”, NO SOMETERSE A LOS CONTROLES QUE ESTABLECE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO FSATSJ-85-2011

6.2.- FECHA: 03/08/11

6.3.- RESUMEN

“...el Ministerio Público aprecia de autos, que el acto administrativo impugnado lo es el de primer grado vale decir, la resolución N° PADSR-1.555 de fecha 15 de enero de 2010, en lugar de el de segundo grado cual es la Providencia N° PADSR-1.559, de fecha 09 de febrero de 2010, que fue la que agotó la vía administrativa, motivo por el cual el presente recurso resulta inadmisibile y así se solicita sea declarado de manera sobrevenida. (...) / El presente caso involucra el interés general, en virtud de lo expresamente consagrado en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (...) / ha tenor de lo dispuesto en artículo 20 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión vigente para la fecha en que fue dictada la norma técnica en referencia, o sea la publicada en la Gaceta Oficial N° 38.333, de fecha 12 de diciembre, el Directorio de Responsabilidad Social tenía dentro de su competencia: “...discutir y aprobar las normas técnicas derivadas de esta Ley...”, norma esta que se repitió en las sucesivas reformas dicha Ley, motivo por el cual en criterio del Ministerio Público sí era competente y así solicita sea declarado. (...) / no se evidencia en forma

alguna limitación a dicho derecho a la libertad de expresión , (...) la falta de inscripción de la recurrente no llevará como consecuencia que (...) podrá expresarse, sino que lo que establece es que dicha expresión deberá realizarla dentro del marco legal. / Por otro lado, cabe indicar (...) que dicho derecho a la libertad de expresión entraña el cumplimiento de deberes y responsabilidades especiales que garanticen el respeto a los derechos, reputación y protección de la seguridad social y nacional, el orden público, la salud y la moral pública, principios estos por los cuales el Estado debe velar a través del establecimiento de normas de desarrollo de las normas constitucionales y legales, como aconteció en el presente caso. / Aunado a lo anterior, el Ministerio Público hace suya la apreciación de esa Sala Políticoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia de admisión de este recurso, en el sentido de que la protección al derecho a la libertad de expresión y pensamiento no aplica a las personas jurídicas sino a las personas naturales, no resultando en consecuencia posible la violación de tales derechos a la persona jurídica que aquí recurre. (...) / la libertad económica no constituye un derecho absoluto sino que esta sometido a las disposiciones que rigen su desarrollo. / En el caso de autos se aprecia, que está plenamente demostrado que la producción de RCTV era de carácter nacional, pues no basta con darle la denominación de internacional, sino que lo que sirve de parámetro para su clasificación es la situación real, fáctica, en cuanto al tipo de transmisión. (...) / el Ministerio Público no aprecia desproporción alguna en el ejercicio de la competencia que la Ley de Responsabilidad social en Radio y Televisión le otorga al Directorio de Conatel y que ejerció en el presente caso (...) / constan en autos los parámetros de programación que tomo en cuenta la administración para calificar a la recurrente como productora nacional, vale decir, los supuestos de hecho. (...) / el acto administrativo recurrido independientemente de que satisfaga o no las expectativa de la recurrente contiene tanto las razones de hecho como las de derecho en que se fundamentó. / Por otro lado cabe acotar que igualmente debe declararse sin lugar este alegato, en virtud de la declaratoria que de manera reiterada a hecho esa Sala de la improcedencia de alegato la existencia del vicio de falso supuesto conjuntamente con el de in motivación, por ser estos incompatibles o excluyentes. (...) / En virtud de las consideraciones de hecho y de derecho que anteceden, el Ministerio Público estima que el presente recurso de nulidad debe declararse **INADMISIBLE SOBREVENIDAMENTE**, y a todo evento, **SIN LUGAR...**" (Informe del Ministerio Público presentado ante la Sala Políticoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia; p.p 5-7, 9, 12, 14, 17, 23-25).

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 20/04/2012

2.- DEPENDENCIA:

FISCALÍA SEGUNDA ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN SALA PLENA Y ANTE LAS SALAS CONSTITUCIONAL, POLÍTICOADMINISTRATIVA Y ELECTORAL

3.- TIPO DE DOCTRINA:

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

4.-TEMA:

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

5.- MÁXIMA

EN LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS Y DE CONTRATACIONES PÚBLICAS RESULTA FUNDAMENTAL LA OBSERVANCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, EL DECRETO 1417, DEL 31 DE JULIO DE 1996, CONTENTIVO A LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN PARA LA EJECUCIÓN DE OBRAS LAS NORMAS GENERALES DE CONTRATACIÓN Y LA LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO

FSATSJ-42-2011

6.2.- FECHA:

14/04/11

6.3.- RESUMEN

“...el Ministerio Público observa de la revisión del expediente, que consta en autos el hecho sobre el cual se fundó la decisión impugnada, cual fue el que el citado contrato se suscribió a sabiendas de la existencia de objeciones respecto a la inviabilidad de la obra (...) / consta en autos que efectivamente la recurrente se concertó con la parte contratante tanto para suscribir el contrato no obstante la existencia de objeciones respecto a su viabilidad, así como también que la recurrente se concertó con la contratante para recibir el treinta por ciento (30%) del costo de la obra en calidad de anticipo encontrándose esa paralizada por objeciones de carácter técnico, hecho este que debió ser verificado por la recurrente y garantizado al contratista previo a la suscripción del contrato de obra. (...) / no resulta ajustado al espíritu, propósito y razón de las disposiciones contenidas en las Normas Generales de Contratación el que en conocimiento de la existencia de problemas de viabilidad de la obras, el ente contratante y el contratista haya aceptado la suscripción del contrato y el pago del anticipo en referencia. (...) / En cuanto al alegato según el cual a la recurrente no le fue notificada la inviabilidad de la obra, estima el Ministerio Público que la defensa fundada en tal hecho debe declararse sin lugar, en virtud de que independientemente de tal notificación, ella como contratista estaba en la obligación de conocerla en virtud de que tal conocimiento es un requisito indispensable para la contratación a tenor de lo dispuesto en el artículo 73 del Decreto 1417 de fecha 31 de julio de 1996, contentivo de las Condiciones Generales

de Contratación para la Ejecución de Obras / (...) En virtud de las consideraciones que anteceden, el Ministerio Público es del criterio, que el presente recurso debe ser declarado SIN LUGAR..." (Informe del Ministerio Público consignado ante la Sala Políticoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia; p.p 13, 16-18, 23).

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

5. DERECHO CONSTITUCIONAL

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 20/04/2012

2.- DEPENDENCIA:

FISCALÍA CUARTA DEL MINISTERIO PÚBLICO ANTE LAS SALAS DE CASACIÓN Y SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.

3.- TIPO DE DOCTRINA:

DERECHO CIVIL

4.- TEMA:

EXEQUÁTUR DE SENTENCIA DE DIVORCIO

5.- MÁXIMA

LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LAS SENTENCIAS Y LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS, ES LA NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO APLICABLE A LA SOLICITUD DE EXEQUÁTUR EN VENEZUELA, DE UNA SENTENCIA JUDICIAL DICTADA POR EL JUZGADO SÉPTIMO DE FAMILIA, BARRANQUILLA, REPÚBLICA DE COLOMBIA, PAÍS MIEMBROS DE LA MISMA Y QUE VERSA SOBRE MATERIA CIVIL.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO

F4-TSJ-0040-11 /EXQ-21 EXP. NÚMERO 2011-0576

6.2.- FECHA:

11/10/2011

6.3.- RESUMEN

“Siendo el presente, un caso con elementos de extranjería lo conducente es, en aplicación de la anterior disposición, determinar si existen normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular las establecidas en los Tratados Internacionales vigentes en Venezuela, que regulen lo relativo al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, de lo cual tenemos, que se solicita mediante el procedimiento de exequátur, se conceda fuerza ejecutoria a una sentencia

dictada por el Juzgado Séptimo de Familia, de Barranquilla, República de Colombia, país que igual que la República Bolivariana de Venezuela, es parte de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, ratificada por ambos Estados y aprobada conforme a lo publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, número 33.144, de fecha 15 de enero de 1985, ...

Por ende, la referida Convención internacional, es la norma de Derecho Internacional Privado aplicable a este caso, pues se trata de la solicitud de Exequátur en Venezuela, de una sentencia judicial dictada por el Juzgado Séptimo de Familia, Barranquilla, República de Colombia, países miembros de la misma y que versa sobre materia civil. /Y para tales efectos, pasamos a confrontar si se cumplen los requisitos señalados en el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, ratificada por ambos Estados, los cuales se señalan a continuación:

De manera que verificado de la norma que antecede, que las sentencias jurisdiccionales extranjeras, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados partes, si reúnen las condiciones antes mencionadas, paso de seguidas a comprobar si la sentencia dictada por Tribunal Séptimo de Familia, de Barranquilla, República de Colombia, cuyo exequátur se requiere, cumple con tales exigencias, lo cual hago de la siguiente manera: **/A. Que vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden:** /En cuanto a este requisito, se aprecia, que la decisión extranjera dictada por el Juzgado Séptimo de Familia, Barranquilla, de la República de Colombia, de fecha 8 de julio de 2004, fue presentada en copia certificada y se estampó un sello húmedo del Consejo Superior de la Judicatura, en el cual se da fe del cargo de secretario de dicho Tribunal, del ciudadano (...), que suscribió dicha certificación y que a su vez se le colocó por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia, la apostilla de la Convención de La Haya del 5 de octubre de 1961, ... **/B. Que la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional y los documentos anexos que fueren necesarios según la presente Convención, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado donde deban surtir efecto.**

Al respecto, cabe destacar, que la sentencia cuya ejecución en la República Bolivariana de Venezuela se solicita, cumple con esta condición, por ser el castellano el idioma oficial en Colombia y en la República Bolivariana de Venezuela, cumpliéndose con el requisito previsto en el literal b del artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. **/C. Que se presenten debidamente legalizados de acuerdo con la ley del Estado en donde deban surtir efecto.** /En cuanto a este requisito, se aprecia, que la decisión extranjera y los demás documentos presentados ante la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, cumplen con lo dispuesto en la Convención de La Haya del 5 de octubre de 1961, que suprime el requisito de la legalización de los documentos públicos extranjeros, toda vez que, tal como lo establece el artículo 2 en concordancia con los artículos 3 y 4 de dicha Convención, de la cual son partes la República Bolivariana de Venezuela y la República de Colombia, cada uno de los Estados contratantes exonerará de legalización de los documentos a los que se aplica dicha Convención y que deben ser exhibidos en su territorio, refiriéndose la legalización, solamente a la formalidad por la cual los agentes diplomáticos o consulares del país en el territorio del cual se debe exhibir el documento, certifican la veracidad de la firma, que la persona que firma el documento efectivamente lo ha hecho y cuando proceda, la identidad del sello o timbre colocado en el documento, siendo la única formalidad que puede exigirse para

certificar la veracidad de lo antes referido, la adición de la apostilla, que será colocada sobre el documento o en una extensión del mismo, y deberá efectuarse de acuerdo al modelo anexo a dicha Convención. /Requisito que se cumplió en este caso, toda vez que la sentencia de divorcio cuya ejecución en la República Bolivariana de Venezuela se solicita, contiene la apostilla a que se refiere el artículo 4 de la Convención de la Haya del 5 de octubre de 1961, con lo que se cumple con el requisito contenido en el literal c del artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, que establece que para que proceda la ejecución de la sentencia extranjera se requiere que los documentos se encuentren debidamente legalizados, de acuerdo a la Ley del Estado donde deban surtir efecto.

d) Que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efecto. /Sobre el particular, se observa, que el artículo 42 de la Ley de Derecho Internacional Privado, establece los criterios atributivos de Jurisdicción en materia de relaciones familiares y el estado civil, ... /De lo que se aprecia, que tiene jurisdicción para conocer del asunto, el Tribunal del Estado cuyo derecho resulte aplicable al fondo de la controversia, por lo que el Juzgado Séptimo de Familia de Barranquilla, de la República de Colombia, tenía competencia plena para conocer y juzgar de acuerdo a su legislación, la demanda de divorcio planteada por la ciudadana (...), en contra del ciudadano (...), por cuanto dichos ciudadanos celebraron su matrimonio Católico ... por lo que dicho Estado tenía plena jurisdicción para el conocimiento del presente caso. /Y en ese mismo orden de ideas, la Ley de Derecho Internacional Privado determina el domicilio de la persona física en materia de divorcio, en los artículos 11, 12 y 15, que establecen: ... /Por lo que, el derecho aplicable para resolver la solicitud de divorcio, es el de la República de Colombia, donde se encontraba domiciliada la ciudadana (...) cuando presentó la demanda de divorcio, por lo que le correspondía el conocimiento de la misma y su resolución, al Juzgado Séptimo de Familia de Barranquilla, República de Colombia, como en efecto se hizo, en virtud de lo cual se dio cumplimiento al requisito contenido en el literal d del artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.

e) Que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional deban surtir efecto. /Sobre este requisito, dirigido a garantizar el derecho a la defensa del demandado (...), mediante la correcta citación, es menester señalar, que aún cuando no se corrobora de la sentencia cuyo exequátur se pretende, ni el medio utilizado para practicar la citación del referido ciudadano, ni que el mismo fuera debidamente citado con tiempo suficiente para comparecer, sin embargo considera el Ministerio Público, que no le fue vulnerado el derecho a la defensa, toda vez que el referido ciudadano, solicita conjuntamente con la ciudadana (...), la ejecución en la República Bolivariana de Venezuela, de la sentencia dictada el 8 de Julio de 2004, por el Juzgado Séptimo de Familia de Barranquilla, República de Colombia, no alegando la violación de la garantía constitucional del derecho a la defensa, en el proceso de divorcio seguido en su contra. /Por lo que considera esta Representante del Ministerio Público, que en esta causa, se cumplió con el requisito establecido en el literal e del artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.

f) Que se haya asegurado la defensa de las partes: /En relación a este requisito, se aprecia, que en el juicio de divorcio celebrado con ocasión de la demanda presentada por la

ciudadana (...), la misma tuvo el tiempo suficiente para presentar sus pruebas y aunque no consta que el demandado haya sido citado en dicho proceso, se le garantizó el ejercicio de sus derechos, toda vez que el mismo solicita la ejecución de la sentencia dictada el 8 de Julio de 2004, por el Juzgado Séptimo de Familia de Barranquilla, República de Colombia, conjuntamente con la referida ciudadana, no alegando la vulneración de sus derechos constitucionales a la defensa y al debido...

/g) Que tengan el carácter de ejecutoriados o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictados: /Sobre este requisito, se aprecia, que la decisión extranjera, se encuentra definitivamente firme y ejecutoriada, tal como consta del texto de la misma, donde se señala: / *"...Se pone a consideración de los apoderados de las partes el presente fallo y de deja constancia que contra ella no se interpone recurso alguno. No siendo otro el objeto de la presente diligencia, la cual queda notificada por estrado se da por terminada y se suscribe por quienes en ella intervinieron..."* ... /En tal sentido, al no haberse interpuesto ningún recurso contra dicha decisión, la misma quedó definitivamente firme y por ende adquirió fuerza de cosa juzgada en la República de Colombia, por lo que se cumplió con el requisito establecido en el literal g del artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.

h) Que no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución. /Asimismo, estima el Ministerio Público, que dicha decisión no afecta ni contraría los principios esenciales del orden público venezolano, respecto del cual tenemos que: *"...el concepto de orden público representa una noción que cristaliza todas aquellas normas de interés público que exigen observancia incondicional, y que no son derogables por disposición privada"*. (Sentencia número 301 de la Sala de Casación Civil, expediente número 99-340, de fecha 10 de agosto de 2000. Ponente Magistrado Dr. Carlos Oberto Velez). /Por lo tanto, la sentencia cuyo exequátur se pretende, decretó el divorcio del matrimonio que contrajeron los ciudadanos (...), lo cual se encuentra permitido en nuestra legislación, en el artículo 185 del Código Civil y por ende no constituye un principio fundamental en el orden jurídico venezolano, cumpliéndose con el requisito previsto en el literal h de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. /... razones por las cuales opino, que **debe concedérsele fuerza ejecutoria a la mencionada decisión, en el territorio venezolano.**"

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN:

20/0
4/2

2.- DEPENDENCIA:

FISCALÍA TERCERA ANTE LAS SALAS DE CASACIÓN Y SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

3.- TIPO DE DOCTRINA:

DERECHO CONSTITUCIONAL

4.- TEMA:

INMOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

5.- MÁXIMA

LA INMOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA COMO VICIO QUE CONFIGURA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y AL DEBIDO PROCESO, ESTABLECIDOS EN LOS ARTÍCULOS 26 Y 49, DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO

S/N

6.2.- FECHA:

12/07/2011

6.3.- RESUMEN

“En este caso, no hay dudas respecto a la participación del imputado en el hecho objeto de las acusaciones del Ministerio Público y de la víctima querellante, pues es claro que se le atribuye su negligencia en la atención del post-operatorio inmediato del ciudadano (...), al cual intervino en calidad de médico tratante y cirujano principal, siendo que se demostró en la tardía reintervención, que había un sangrado voluminoso en el abdomen y que esa circunstancia no atendida oportunamente, produjo la baja brusca de los valores de hemoglobina y hematocrito, lo que le ocasionó un daño neurológico severo e irreversible, hechos por los cuales fue acusado, como consta en autos.

Tampoco hay dudas respecto a que la resolución de la Alzada delatada en amparo, no se pronunció sobre los recursos de apelación interpuestos, al no atender el alegato sobre la ilogicidad manifiesta en el fallo de Primera Instancia que, por una parte, manifestó que no se encontraban precisados por el Ministerio Público y la parte querellante, los hechos objeto del proceso, pero en su texto narró cómo quedaron los hechos establecidos en la acusación fiscal, dejando en evidencia que se limitó a repetir, ligeramente, que en los escritos acusatorios no se determinó con precisión, qué constituía la actividad negligente cometida por parte del imputado, por la cual recaería exclusivamente en él la responsabilidad penal por el delito de Lesiones Culposas Gravísimas, dado que en el acto médico intervinieron varios médicos, concluyendo erróneamente que la decisión de

Primera Instancia se encontraba ***“...debidamente motivada, existiendo perfecta logicidad entre los presupuestos de derecho explanados en ella, en los fundamentos en la que se asienta y la dispositiva dada en consecuencia, quedando irrito el vicio denunciado por los impugnantes,...*”**.

Igualmente, no se pronunció sobre la falta de aplicación en el presente caso del Reglamento de Quirófanos, de donde deriva la consideración que el médico tratante es el responsable de la recuperación post operatoria, limitándose la responsabilidad de los otros médicos actuantes en la operación (anestesiólogo y ayudante), a su actuación en el acto médico hasta la recuperación de la anestesia, siendo que en el presente caso la víctima presentó complicaciones con posterioridad a su recuperación de la anestesia, lo cual evidencia claramente que la responsabilidad por su estado de salud recae exclusivamente en el médico tratante y cirujano principal, a quien se atribuye su actuar negligente al no acudir al llamado de las enfermeras, esposa del paciente y otros médicos, para examinar la descompensación de la víctima, a pocas horas de la intervención que le practicó, que daba fuertes indicios de sangrado interno.

Es tan ostensible que la Alzada recurrida no resuelve los argumentos de apelación en este caso que, pretendiendo hacerlo, omite un aspecto de lo que consta en el fallo, de cuya apelación conocía, silenciando que el Tribunal Trigésimo de Primera Instancia en función de Control de Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, fundamentó su decisión en la consideración de procedencia de la excepción de falta de requisitos formales para intentar la acción propuesta, pero en definitiva decretó el sobreseimiento de la causa fundamentado en la circunstancia que el hecho punible no se realizó o no puede atribuírsele al imputado, contenido en el artículo 318, numeral 1 del Código Orgánico Procesal Penal, sobre lo cual no existe motivación alguna en el fallo de la Primera Instancia, menos aún en el que hoy se denuncia ante esta Sala. Desconociéndose si para los Jueces tal hecho no ocurrió, o por el contrario, si ocurrió pero es atribuible a otro, quedando dudas a quien.

De todo lo anterior queda en evidencia no sólo la inmotivación del fallo de la Alzada Recurrida, al pretender dar por resueltos todos los planteamientos de los recursos de apelación ejercidos por el Ministerio Público y la parte querellante, pues a pesar de haberse atendido alguno de esos alegatos, queda demostrado que tanto el Juez de Control como la Sala 3 de la Corte de Apelaciones de Caracas, hicieron valoraciones de fondo, en una oportunidad procesal no permitida para ello -fase intermedia-, sobre el material probatorio ofertado, mas aún tratándose de un caso tan complejo como el que nos ocupa, donde se ventilan varios aspectos de la praxis médica, siendo que cada parte plantea sus argumentos y promueven pruebas, aunado a que en dicha audiencia preliminar el imputado declaró sobre esos hechos, donde cae en contradicción, ya que por una parte alega que no lo llamaron de la clínica, pero reconoce que la esposa del paciente lo llamó en la noche; así como otro médico, circunstancias que, necesariamente, deben dar lugar a la apertura a juicio, donde con la inmediatez del Juez de Juicio y la incorporación de los elementos probatorios, se establezca válidamente si el imputado de este caso, es responsable o no del delito atribuido por el Ministerio Público y la acusación particular propia.

En consecuencia, al haber convalidado la Alzada recurrida las violaciones contenidas en la decisión del Tribunal de Control, y no responder adecuadamente a los argumentos contenidos en las apelaciones ejercidas tanto por el Ministerio Público como por los apoderados judiciales de la víctima, considera esta Representación del Ministerio Público que se produjeron las violaciones a los derechos constitucionales denunciados como infringidos, al debido proceso y tutela judicial efectiva,

por lo que se impone la necesidad de la declaratoria Con Lugar de la presente acción de amparo constitucional, para que sea anulado, no solo el fallo impugnado, sino también la sentencia de Primera Instancia, cuyo análisis y valoración adelantado de las pruebas tuvieron influencia decisiva en el dispositivo del fallo de sobreseimiento, resultando que ambas resoluciones judiciales no cumplen con lo que este Alto Tribunal ha establecido como exigencia de un fallo motivado, donde es necesaria la resolución de todos los planteamientos de apelación, aunado a que invadieron la competencia de los Tribunales de Juicio, al efectuar valoración del material probatorio ofrecido por el Ministerio Público para el debate, tratándose de un asunto sumamente complejo como es la imputación por actuación negligente de un médico, conocido como "mala praxis".

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 20/04/2012

2.- DEPENDENCIA: FISCALÍA TERCERA ANTE LAS SALAS DE CASACIÓN Y SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

3.- TIPO DE DOCTRINA: DERECHO CONSTITUCIONAL

4.- TEMA: INMOTIVACIÓN POR FALTA DE VALORACIÓN DE PRUEBAS

5.- MÁXIMA

LAS MUERTES PRODUCIDAS EN PROCEDIMIENTOS POLICIALES DEBEN INVESTIGARSE EN FORMA RIGUROSA, TODA VEZ QUE A LOS AGENTES DEL ESTADO VENEZOLANO CORRESPONDE BRINDAR SEGURIDAD A LA CIUDADANÍA Y ACTUAR CONFORME A LOS PARÁMETROS QUE PAUTA LA CONSTITUCIÓN, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DEMÁS LEYES DE LA REPÚBLICA, POR LO QUE SE IMPONE A LOS OPERADORES DE JUSTICIA, SER EXIGENTES EN EL ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE TODO EL MATERIAL PROBATORIO QUE SE RECIBE EN EL DEBATE.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO: S/N

6.2.- FECHA: 03/03/2011

6.3.- RESUMEN

En el presente caso, el Ministerio Público fue categórico cuando en su recurso de apelación manifestó que en la decisión del Tribunal de Juicio, hubo ilogicidad en su motivación, específicamente en la manera cómo fueron valorados los elementos probatorios que amparó la absolución de los acusados, sin efectuarse la **comparación** de las experticias por separado y su debida concatenación con las deposiciones de los testigos que comparecieron al debate, siendo que en su pretendida respuesta sobre ese argumento fundamental se concluyó sobre la petición del Ministerio Público que ***“...es evidente la incongruencia del argumento, al presentarse dentro de un recurso por inmotivación un cuestionamiento que tan sólo es aparente pues en nada se opuso judicialmente respecto al testimonio a la correspondiente pretensión procesal de la fiscalía...”***, aunado a que sobre otras pruebas determinó el Tribunal de Juicio que no guardan relación con el hecho, sin mayor análisis ni explicación de estas apreciaciones, sobre lo cual nada dijo el fallo impugnado en esta oportunidad, que se limitó a repetir el contenido de la también inmotivada sentencia de Juicio, que consideró válida, pero sin apoyo en razonamiento propio alguno, luego de efectuar una errónea interpretación de los argumentos de la apelación del Ministerio Público y de silenciar pronunciamiento expreso sobre parte de ellos, lo que le convierte en un fallo inmotivado.

El texto fundamental de la República, constitucionaliza la investigación penal de los delitos contra los derechos humanos, en virtud de lo cual las muertes producidas en procedimientos policiales deben investigarse en forma rigurosa, toda vez que a los agentes del Estado Venezolano corresponde

brindar seguridad a la ciudadanía y actuar conforme a los parámetros que pauta la Constitución, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y demás leyes de la República, por lo que se impone a los operadores de justicia, ser exigentes en el análisis y valoración de todo el material probatorio que se recibe en el debate, toda vez que al momento de ocurrir el hecho que origina la investigación surge una gran dificultad, que se traduce en el hecho cierto que el acopio de los elementos de prueba iniciales, la mayoría de ellas ubicadas en el sitio del suceso, quedan al arbitrio de los que intervienen en esas muertes, quienes no sólo coleccionan las evidencias, sino que procuran alterar o modificar los hechos realmente ocurridos; y, en este caso, hay prueba de ello en autos, dado que funcionarios del mismo cuerpo policial donde trabajan los responsables de la muerte de la víctima (...), lo recogieron del lugar donde éste habría caído muerto, levantaron el cadáver, aún cuando estaban conscientes que no sobrevivió a las múltiples heridas; aunado a que en el presunto sitio del suceso (señalado expresamente por ellos a los investigadores del hecho, que así lo declararon en Juicio y donde se practicaron inspecciones), aparece un cartón con restos de sustancia presuntamente hemática, pero en ella no se localizó derrame de masa encefálica, siendo que la herida a la cabeza le produjo estallido de las regiones temporal izquierda, parietal y occipital, con evidente exposición de la referida sustancia.

Toda esa actuación irregular aleja la posibilidad de conocer la verdad de lo acontecido y por ello hay enorme impunidad en relación con estas muertes producidas a manos de agentes del Estado Venezolano. Los funcionarios policiales tienen delimitado su marco de actuación y si bien tienen derecho a salvar su vida, esta circunstancia tiene que ser ampliamente debatida y probada, fehacientemente, mediante el juicio público y contradictorio, pues la legítima defensa no es una situación que pueda probarse automáticamente con el sólo dicho de quien alega haber actuado en esa circunstancia o de quienes lo acompañan.

Por ello, insiste el Ministerio Público en las denuncias que hoy fundamenta ante esta Sala, con la finalidad de obtener la justicia de un hecho que el acervo probatorio obtenido durante la celebración del debate del juicio oral y público, indica que ocurrió en forma distinta a como lo resolvió el Juez de Juicio y confirmó el fallo impugnado, que tuvo bajo su conocimiento la delación oportuna de esta grave situación, efectuada por el Ministerio Público, responsable de la investigación del hecho, que categóricamente ha solicitado y puesto de relieve la necesidad que la prueba técnica criminalística que se obtuvo debidamente en el debate, sea analizada y valorada en toda su integridad, para poder tener certeza de lo acontecido, lo que está ausente en este caso, por la falta de motivación en la valoración de tales probanzas, que no fue atendido debidamente por el fallo que impugnamos, que debió resolver todos los planteamientos y ordenar la celebración de un nuevo juicio, que es lo que en justicia corresponde.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO 2011”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 18/04/2012

2.- DEPENDENCIA:

FISCALÍA CUARTA DEL MINISTERIO PÚBLICO ANTE LAS SALAS DE CASACIÓN Y SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

3.- TIPO DE DOCTRINA:

DERECHO CONSTITUCIONAL

4.- TEMA:

RÉGIMEN DE CONVIVENCIA FAMILIAR

5.- MÁXIMA

EL ESTADO DEBE PROTEGER LAS RELACIONES FAMILIARES, GARANTIZANDO TANTO A LOS PADRES COMO LOS HIJOS, Y ESPECIALMENTE SI ESTOS SON NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, DONDE SE ENCUENTRA INVOLUCRADO EL ORDEN PÚBLICO Y LOS INTERESES SUPERIORES PROTEGIDOS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO, ASÍ COMO LOS DERECHOS QUE DERIVAN DE ÉSTAS. EN ATENCIÓN A LO CUAL, DEBE VELAR POR EL COMETIDO PREPONDERANTE DE QUE LA INTERACCIÓN FAMILIAR PROPENDA DE DESARROLLARSE DE MANERA SANA, PACÍFICA, Y SATISFACTORIA EN LA MEJOR MEDIDA DE LO POSIBLE PARA TODAS LAS PARTES INVOLUCRADAS, GARANTIZANDO ESTOS POSTULADOS DE CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL, Y QUE HAN SIDO RECOGIDOS INCLUSIVE EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SUSCRITOS Y RATIFICADOS POR VENEZUELA.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO

F4-TSJ-0019-2011-340/AC-201

6.2.- FECHA:

11/10/2011

6.3.- RESUMEN

“En tal sentido, como lo indica el Tribunal de Alzada en su sentencia, la apelante pudo solicitar al Juez A-Quo que revisara la Medida dictada si consideraba que el bienestar del niño lo justificara, así como oponerse a la **MISMA**, esgrimiendo como fundamento, los argumentos expuestos en el punto previo de su escrito de apelación, sin requerir un pronunciamiento de dicho Tribunal Superior sobre los mismos, a través del recurso de apelación incoado. /Asimismo, según el artículo 488 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, contra la sentencia definitiva dictada sobre el Régimen de Convivencia Familiar, se puede ejercer recurso de apelación, el cual será admitido sólo en el efecto devolutivo.

Por otra parte, cabe destacar, que el presente caso se inicia el 21 de diciembre de 2009, en virtud de la demanda incoada por el ciudadano (...), en la que solicitó la fijación del Régimen de Convivencia Familiar y el establecimiento del Régimen de Manutención, por lo que considera quien suscribe que el instrumento jurídico aplicable para la resolución de esta causa, es la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y

Adolescentes, de fecha 10 de diciembre de 2007, y por ende tanto el Juzgado Superior Tercero como la ciudadana (...), han incurrido en error, cuando se refieren a los artículos 387 y 512 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, de fecha 2 de octubre de 1998, relativos al Régimen de Visitas y las Medidas Preventivas, ya que dicha Ley ya se encontraba reformada, por lo que el instrumento jurídico que regulaba el proceso iniciado, era la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, debiendo referirse a los artículos contenidos en dicha Ley, que correspondían a la Medida de Régimen de Convivencia Familiar dictada por el Tribunal A-Quo... /De lo que se desprende, que el Juez de Alzada si bien es cierto señala por una parte que de acuerdo al artículo 512 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, el Régimen de Convivencia Familiar, es un medida preventiva, que se caracteriza por ser decretada sin oír previamente a la parte contraria y por otra parte indica que el Tribunal A-Quo debió instar al peticionario a demostrar a través de algún medio, la necesidad de dictar la medida solicitada, también es cierto que dicho pronunciamiento no alteró el resultado de la decisión emitida, toda vez que efectivamente la sentencia dictada por el Tribunal A-Quo mediante la cual se le decretó el Régimen de Convivencia Familiar Provisional, a favor del ciudadano (...) y su hijo, se efectuó tomando en consideración el Interés Superior del Niño, que estaba dado por el derecho que tiene a estar en contacto con su padre y mantener una relación fraternal con el mismo, con fundamento en el resultado del Informe presentado por el Equipo Multidisciplinario, en el que se constata que el ciudadano (...), expresó grandes deseos de compartir con su hijo, tomando como referencia la relación materna y manifestó su disposición a recibir orientación y apoyo en el proceso que estaba atravesando, por lo que se sugirió la fijación de un Régimen de Convivencia Familiar de manera progresiva, tal como fue dictado por el Tribunal de Instancia, en su sentencia, de fecha 10 de marzo de 2010; por lo que la decisión emitida por el Juzgado Superior que declaró Sin Lugar el recurso de apelación incoado por la ciudadana (...) y confirmó la decisión emitida por el mencionado Tribunal A-Quo, se encuentra ajustada a derecho.

De lo que se deduce, que el Estado debe proteger las relaciones familiares, garantizando tanto a los padres como los hijos, y especialmente si estos son niños, niñas y adolescentes, donde se encuentra involucrado el orden público y los intereses superiores protegidos por el ordenamiento jurídico, así como los derechos que derivan de éstas. En atención a lo cual, debe velar por el cometido preponderante de que la interacción familiar propenda de desarrollarse de manera sana, pacífica, y satisfactoria en la mejor medida de lo posible para todas las partes involucradas, garantizando estos postulados de consagración constitucional, y que han sido recogidos inclusive en Instrumentos Internacionales suscritos y ratificados por Venezuela, como la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas, en fecha 20 de noviembre de 1989, concretamente en el artículo 9, numerales 1 y 3, en concordancia con el artículo y 18, numeral 1, que establecen lo referido a continuación: ...

El que los hijos no habiten con ambos padres, sino con uno de ellos o bajo su dirección, crea una desigualdad, que si bien no hace cesar los derechos y deberes de los padres, en cuanto a la guarda ... sin embargo, con relación a los hijos menores de siete años habidos en el matrimonio cuyo vínculo se rompió por divorcio o nulidad, así como en los casos de separación de cuerpos, o porque de hecho los padres tienen residencias separadas, el artículo 360 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente señala: "Los hijos que tengan siete años o menores, deben permanecer con la madre, excepto en el caso que ésta no sea titular de la patria potestad o que, por razones de salud o seguridad, resulta conveniente que se separen temporal o indefinidamente de ella"...

El legislador ha considerado que en estos casos la madre debe tener la guarda del menor, indudablemente porque razones sociológicas, psicológicas, culturales, etc., le han convencido a que el menor de siete años

se encuentra mejor bajo la guarda de su madre que de su padre, dada la particular situación en que se encuentra cada cónyuge fuera del hogar común, y esta previsión, fundada en el interés superior del menor, en la realidad que conoce esta Sala por máximas de experiencia, cual es la responsabilidad de la mujer venezolana, conduce a que en casos muy particulares -como éste- se le dé a la mujer un trato distinto al de los hombres, con relación a los menores y en materia muy puntual, lo que no constituye una discriminación para con el hombre.../Planteada así la cuestión, la Sala considera que no existe discriminación en la ley, cuando otorga en todo caso la guarda de los hijos menores de siete años a la madre, y así se declara" ...

En armonía con el fallo parcialmente transcrito, estima la Sala que la decisión accionado se fundamentó en lo que el Juez consideró era más favorable al interés superior del niño. Sobre la preocupación del padre sobre la educación de su hijo, se afirma más adelante en la sentencia supra citada lo siguiente;.../“Cuando no hay acuerdo entre los padres sobre la educación, custodia, residencia o habitación del menor, incluso el menor de siete años, indefectiblemente habrá que oírlo para que haga uso de su derecho, y como hay menores que aún no hablan o no tienen uso de razón, el juez debe analizar la situación de su desarrollo en la familia de origen, lo que no involucra un desconocimiento del artículo 360 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, pero sí un control en beneficio del menor, de su derecho a desarrollarse con sus padres (así estén separados), que evite el desarraigo, la ruptura en la crianza compartida a que tienen derecho los menores, o el goce ...de ambos padres...

Este derecho constitucional en beneficio del interés superior del menor, se traduce en que los cambios de domicilio o habitación dentro del país, o la posibilidad de habitar fuera de Venezuela, deben ser analizados por el juez, a petición de parte o si se le pide permiso o autorización para viajar, a fin de evitar que los derechos del menor sean vulnerados, y así se interpreta lo señalado, que a su vez se fundamenta igualmente en el artículo 76 constitucional cuya interpretación se solicita.../Conforme a dicha norma (artículo 76) “El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable ... /”...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. El concepto jurídico indeterminado “interés superior” del niño se conecta con uno de los principios de carácter excepcional, junto al de cooperación de la colectividad hacia metas de integración, que tipifica el Derecho de Menores y le diferencian de las restantes ramas de la Ciencia del Derecho, cual es el principio eminentemente tuitivo, en el que reside la esencia misma de su existir (MENDIZÁBAL OSES, L. Derecho de menores. Teoría general. Madrid. Ed. Pirámide. 1977. p. 49).

Por ello, el “interés superior del niño” previsto en el artículo 8 de la 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 el del niño, porque a las necesidades de éste subviene la tutela jurídica con la cual se obtiene el fin superior de la comunidad social...”. Sentencia número 1917, de fecha 14 de julio de 2003, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Magistrado Ponente Jesús Eduardo Cabrera Romero.

“...Ahora bien, esta Sala concluye que, en el caso bajo análisis, quedó claramente demostrada la incomodidad que se producía en las visitas supervisadas por lo inapropiado del lugar donde se desarrollaban y la actitud positiva de la niña ante las visitas del padre.

Asimismo, como antes se indicó en este fallo, en ningún momento se demostró que el padre haya realizado alguna conducta incestuosa o inapropiada con respecto a la niña; tampoco se comprobó que el demandante haya presentado alguna alteración en sus funciones mentales que lo hubiese privado de su conciencia y discernimiento y, en este sentido se debe destacar que, **en los supuestos como el que se analiza, ante todo, tiene preeminencia el interés superior del niño que, como ha establecido esta Sala Constitucional en sentencia n.º 1917 del 14 de julio de 2003 (caso: José Fernando Coromoto Angulo y otra), se trata de un concepto jurídico indeterminado, que consiste en el amplio margen de discrecionalidad razonable que tiene el Juez o Jueza que lo aplica a un caso concreto, quien cuenta con la libertad para la apreciación de lo que es más beneficioso o conveniente para el niño, niña o adolescente, 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 a través de criterios de razonabilidad y proporcionalidad...**. (Subrayado y Negrillas de la Fiscal). Sentencia número 1739, de fecha 17 de diciembre de 2009, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Magistrado Ponente Pedro Rondó Haaz...”/“...**El derecho a la tutela judicial efectiva**, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 eiusdem), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaaura...”:

... Sentencia número 708, dictada por la Sala Constitucionales del Tribunal Supremo de Justicia, Magistrado Ponente Jesús Eduardo Cabrera, de fecha 10 de mayo de 2001. /“...**la necesidad de que cualquiera sea la vía procesal escogida para la defensa de los derechos o 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. En consecuencia, teniendo presente que las normas de procedimiento son una expresión de los valores constitucionales, la acción de amparo contra resoluciones, sentencias, actos u omisiones de los Tribunales de la República, está dirigida a proteger el derecho a un debido proceso que garantice una tutela judicial efectiva. Así las cosas, el justiciable, salvo las excepciones previa y expresamente establecidas en la ley, tiene derecho a que en dos instancias de conocimiento se produzca un pronunciamiento acerca de una defensa o alegato opuesto...”. Sentencia número 2174, dictada por la Sala Constitucionales del Tribunal Supremo de Justicia, Magistrado Ponente Antonio J. García García, de fecha 11 de septiembre de 2002. ... /De lo antes expuesto y luego del estudio de la acción de amparo interpuesta por la ciudadana **MARIANA CAROLINA MARCANO** y la sentencia emitida por el Juzgado Superior Tercero del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Area Metropolitana de Caracas

y Nacional de Adopción Internacional, el 10 de agosto de 2010, así como los demás elementos cursantes en el expediente constituido con ocasión de la presente acción de amparo; esta Representante del Ministerio Público opina que el mencionado Tribunal de Alzada, no omitió pronunciarse sobre el documento público a través del cual requiere que se recabe de la Fiscalía Primera del estado Zulia, el expediente donde cursa la denuncia por amenaza de muerte propinada contra el ciudadano (...), progenitor de su hijo, de la cual se deriva el peligro que corre la vida de su hijo al estar con su padre, por cuanto en su sentencia refiere que el 16 de octubre de 2009, dictó auto razonado donde niega por inconducente e impertinente, lo pedido por la ciudadana (...) en su escrito de descargo y contestación, sobre lo antes indicado, lo cual fue apelado por sus abogadas y declarado sin lugar por la Corte Superior Segunda; le asistía la razón al Juzgado Superior cuando indicaba en el punto previo de su decisión, que no debía pronunciarse sobre los argumentos esgrimidos por la referida ciudadana, relativos a la existencia de dos expedientes con identidad de partes, objeto y causa, ante dos Tribunales distintos, es decir, Litispendencia, toda vez que dichos argumentos pudieron ser expuestos como fundamento tanto de la solicitud de revisión de la Medida de Régimen de Convivencia Familiar Provisional emitida por el Juzgado A Quo, como de la oposición a la misma, y por ende no constituían los fundamentos para ejercer el recurso de apelación en contra de dicho Auto, toda vez que a través del recurso de apelación únicamente se persigue la revisión de los vicios contenidos en el auto impugnado; ... /Por otra parte, si bien el Juez de Alzada señala por una parte que de acuerdo al artículo 512 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, el Régimen de Convivencia Familiar Provisional, es un medida preventiva, que se caracteriza por ser decretada sin oír previamente a la parte contraria y por otra parte indica que el Tribunal A-Quo debió instar al peticionario a demostrar a través de algún medio, la necesidad de dictar la medida solicitada, también es cierto que dicho pronunciamiento no alteró el resultado de la decisión emitida, toda vez que efectivamente la sentencia dictada por el Tribunal A-Quo mediante la cual se le decretó el Régimen de Convivencia Familiar Provisional, a favor del ciudadano (...) y su hijo, se efectuó tomando en consideración el Interés Superior del Niño, que estaba dado por el derecho que tiene a estar en contacto con su padre y mantener una relación fraternal con el mismo, con fundamento en el resultado del Informe presentado por el Equipo Multidisciplinario, en el que se constata que el ciudadano (...), expresó grandes deseos de compartir con su hijo, tomando como referencia la relación materna y manifestó su disposición a recibir orientación y apoyo en el proceso que estaba atravesando, por lo que se sugirió la fijación de un Régimen de Convivencia Familiar de manera progresiva, tal como fue dictado por el Tribunal de Instancia, en su sentencia, de fecha 10 de marzo de 2010, por lo que la decisión emitida por el Juzgado Superior que declaró Sin Lugar el recurso de apelación incoado por la ciudadana (...) y confirmó la decisión emitida por el mencionado Tribunal A-Quo, se encuentra ajustada a derecho, todo lo cual se encuentra en consonancia con el deber que tiene el Estado de proteger las relaciones familiares, garantizando tanto a los padres como los hijos, y especialmente si estos son niños, niñas y adolescentes, donde se encuentra involucrado el orden público y los intereses superiores protegidos por el ordenamiento jurídico, así como los derechos que derivan de éstas.../... por lo que considera esta Representante del Ministerio Público, que la acción de amparo interpuesta por (...), debe ser declarada **SIN LUGAR.**"