

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO AÑO 2019”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 27/07/2023

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: PENAL ADJETIVO

4.- TEMA: ALCANCE DE LA ACTUACIÓN FISCAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, CIVIL E INSTITUCIONES FAMILIARES.

5.-MÁXIMA

(...) **“El alcance de las atribuciones del Fiscal del Ministerio Público con Competencia en Materia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Civil e Instituciones Familiares, en las acciones civiles intentadas ante los Tribunales del país, en las que el Ministerio Público actúa como parte de buena fe, de conformidad con las facultades que le están conferidas de acuerdo con lo establecido en los artículos 129 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (...)**

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO DRD-12-011-2019

6.2.- FECHA: 17/01/2019

6.3.- RESUMEN

(...)

En este sentido, se observa que las atribuciones del Ministerio Público se encuentran especificadas en el artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como en la leyes especiales de nuestro ordenamiento jurídico. Es así, que el artículo 285 numeral 4 de nuestra Carta Magna, consagra la titularidad del ejercicio de la acción penal en cabeza del Ministerio Público, al señalar que: **“4. Ejercer en nombre del Estado la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla no fuere necesaria instancia de parte, salvo las excepciones establecidas en la ley”**.

Asimismo, el artículo 11 del Código Orgánico Procesal Penal preceptúa: **“La acción penal corresponde al Estado a través del Ministerio Público, que está obligado a ejercerla, salvo las excepciones constitucionales y legales”**.

2) En cuanto a la competencia del Fiscal del Ministerio Público en materia civil y derecho penal es importante tener en cuenta que:

En el proceso penal, el **Ministerio Público** es la parte acusadora y participa desde el inicio, en la fase preliminar, hasta terminar el juicio, pudiendo participar inclusive en la fase de ejecución de sentencia; Siendo el encargado de dirigir la investigación y de realizar todas las actuaciones pertinentes para determinar la comisión de un delito y sus autores, teniendo un rol diferente en dicho proceso penal ya que es el director de la investigación.

Ello es así, por las siguientes razones:

a) El derecho penal es de derecho público, por lo que sus mandatos no se encuentran sujetos a la autonomía de la voluntad de las partes (es decir «no» pueden ser modificados por las partes en uso legítimo de su autonomía de la voluntad, como sí ocurre en el derecho privado).

b) El derecho civil por el contrario pertenece al derecho privado, el cual contempla un conjunto de normas jurídicas y principios del derecho que regulan las relaciones personales o patrimoniales, voluntarias o forzosas, entre personas privadas o pública.

Es por esto que la actuación del Fiscal tiende a ser distinta en materia civil y en los procesos penales, en virtud de la naturaleza de cada procedimiento y no por ello tiene menos valor o relevancia, debido a que con la participación del Ministerio Público en los procesos civiles se protege la legalidad, el orden público y las buenas costumbres.

Por ejemplo:

En materia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, existe el Interés Superior del Niño, el cual tiene como objetivo primordial que se proteja de forma integral al niño que, por su falta de madurez física y mental, requiere de protección y cuidados especiales; por lo que los operadores de justicia tienen el deber de cumplir con este mandato constitucional, protegiendo los derechos fundamentales de este menor de edad, utilizando las herramientas y recursos establecidos en la ley.

Asimismo, en otros casos civiles, como en el divorcio, se vela por los intereses de los menores, de la mujer y los bienes.

3) La idea clásica de concebir al **Ministerio Público** simplemente como titular de la acción penal, debe ser descartada a la luz del derecho moderno; ya que es indudable el papel del Ministerio Público en el proceso civil como parte de buena fe, cuya notificación es necesaria para la continuación del proceso judicial.

4) De la revisión realizada a la **Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y la Ley Orgánica del Ministerio Público**, se desprende que una de las funciones de los Fiscales del Ministerio Público en el Sistema de Protección del Niño, Niña, Adolescente y la Familia, es la de garantizar, en los procesos judiciales y administrativos, el respeto de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, e intervenir en aquellos procesos en que esté involucrado el orden público y las buenas costumbres; de conformidad con lo establecido en esta Ley, los tratados internacionales vigentes en la República y las leyes que rigen la materia.

5) En los casos establecidos en el **Código de Procedimiento Civil, en su artículo 131, se evidencia que es obligatoria la Notificación del Ministerio**

Público, sino todo lo actuado sin su participación se considerara nulo; ya que el Juez ante quien se inicie uno de los juicios indicados en el citado artículo, está obligado admitir la demanda y notificar, mediante boleta, al Ministerio Público.

Asimismo, se observa que la notificación al Ministerio Público será previa a toda otra actuación y a la boleta se anexará copia certificada de la demanda conforme al artículo 132 del mencionado Código; evidenciándose, de esta manera la importancia de la participación, en estos casos, del Ministerio Público como garante de la legalidad en materia civil.

De igual forma, se observa que el Ministerio Público que interviene en las causas que él mismo habría podido promover, tiene iguales poderes y facultades que las partes interesadas y los ejercita en las formas y términos que la ley establece para estas últimas.

En contraposición, los casos de rectificación de los actos del estado civil y la filiación, tacha de instrumentos y en los demás casos que establezca la ley para la intervención del Ministerio Público diferentes a los mencionados supra, su actuación se ve un poco más limitada ya que solo puede promover la prueba documental.

Seguidamente, en las causas de divorcio y en las de separación de cuerpos contenciosa, no podrá promover ninguna prueba. Sin embargo, tanto en ese caso, como en los demás del artículo 131, el Ministerio Público podrá intervenir en la evacuación de las pruebas promovidas por las partes dentro de los límites de lo alegado y probado en autos, pero no puede interponer apelación ni recurso contra las decisiones dictadas, todo conforme al artículo 133 del código eiusdem.

Visto lo anterior, se concluye que el Ministerio Público en materia civil, es considerado una institución que ofrece la particularidad de estar confiado a funcionarios que actúan en ciertas ocasiones en el proceso, pero que no tienen la facultad decisoria del órgano jurisdiccional, ni están interesados en la controversia concreta planteada entre las partes, y sin embargo, pueden tomar la iniciativa del proceso o intervenir y ser llamados al juicio iniciado por aquellas, sin confundirse con las partes, velando de esta manera por el respeto a los derechos y garantías constitucionales, así como a los Tratados, Convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República; al igual que garantizar la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, el juicio previo, y el debido proceso, y por sobre todo, el Ministerio Público es parte de buena fe.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO AÑO 2019”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 27/07/2023

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: PENAL SUSTANTIVO

4.- TEMA: LA APLICACIÓN DE LEYES PENALES EN MATERIA DE COMERCIO ILEGAL DEL MINERAL ORO.

5.-MÁXIMA

(...) el quid del asunto se circunscribe a determinar en qué casos se debe imputar el delito de CONTRABANDO AGRAVADO y cuándo el de TRÁFICO ILÍCITO DE RECURSOS O MATERIALES ESTRATÉGICOS, en hechos relacionados con el comercio ilegal de oro; a tales fines, realizaremos un análisis técnico de los tipos penales en mención, utilizando como herramienta la Teoría del Tipo Penal..(...)

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO DRD-07-028-2019

6.2.- FECHA: 13/02/2019

6.3.- RESUMEN

(...)

El tipo penal en estudio se encuentra previsto y sancionado en el artículo 20.14 en relación con el artículo 3 de la Ley Sobre el Delito de Contrabando, en los términos siguientes:

“Artículo 20. Contrabando agravado. Serán sancionados o sancionadas con pena de prisión de seis a diez años, quienes: (...) 14. Transporten, comercialicen, depositen o tengan petróleo, combustibles, lubricantes, minerales o demás derivados, fuera del territorio aduanero o en espacios geográficos de la República, incumpliendo las formalidades establecidas en las leyes y demás disposiciones que regulan la materia.”

“Artículo 3. Definición. A los efectos de esta Ley se entiende por: Contrabando: los actos u omisiones donde se eluda o intente eludir la intervención del Estado con el objeto de impedir el control en la

introducción, extracción o tránsito de mercancías o bienes que constituyan delitos, faltas o infracciones administrativas”.

Ahora bien, el TIPO del delito de CONTRABANDO, está integrado por los elementos objetivos y subjetivos siguientes:

A. Elementos objetivos (Tipo Objetivo): En cuanto a las modalidades de este aspecto, tenemos que se trata de un **tipo de mera actividad y de acción (en principio, dado que también puede ser de omisión, conforme la descripción de la norma bajo estudio)**; y, por tanto, cuando se trata del tipo activo, responde a la estructura siguiente:

A) Sujetos:

A.1. *Activos:* indeterminado, indiferente.

A.2. *Pasivo:* La administración aduanera y tributaria del Estado.

B) Objetos:

B.1. *Bien jurídico protegido:* La seguridad, defensa y desarrollo integral de la Nación y el régimen socioeconómico de la República y la regularidad de la administración aduanera y tributaria.

B.2. *Objeto material:* Los bienes o mercancías contrabandeadas.

Siguiendo a Rionero y Vásquez (2013)¹, utilizaremos aquí el concepto de “Mercancía” que ha formulado el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), siguiente:

“Mercancía: Todo género vendible. Cualquier cosa mueble que se hace objeto de trato o venta. A los efectos del tráfico de perfeccionamiento, se entiende por mercancía todos aquellos insumos, materias primas, partes o piezas que sean necesarios para el proceso productivo, aunque se consuman sin incorporarse al producto reexpedido, exportado o reintroducido y siempre que se pueda determinar su cantidad”².

C) La conducta: Para mayor claridad, consultamos el Diccionario de la Real Academia Española, la cual define:

Contrabando: *“De contra y bando 'edicto, ley'. 1. m. Introducción en un país o exportación de mercancías sin pagar los derechos de aduana a que están sometidas legalmente.*

2. m. Comercio de mercancías prohibidas por las leyes a los particulares.

1

Rionero, Giovanni y Vásquez Migdalia. “Estudios actuales sobre delitos previstos en la legislación venezolana”. Vadell Hermanos Editores, C.A.. Caracas - Venezuela -Valencia. 2013. Pág. 113.

² Consultado en: http://www.seniat.gob.ve/portal/page/portal/MANEJADOR_CONTENTIDO_SENIAT/04ADUANAS/4.6GLOSARIO_ADUANAS.PDF.

3. m. Mercaderías o géneros prohibidos o introducidos fraudulentamente en un país.”

A lo anterior, hay que agregar los elementos que introduce el artículo 20.14 de la Ley *in comento*, los cuales son transportar, comercializar, depositar; que el mismo Diccionario define, así:

- **Transportar:** “1. tr. Llevar a alguien o algo de un lugar a otro.”
- **Comercializar:** “1. tr. Dar a un producto condiciones y vías de distribución para su venta. 2. tr. Poner a la venta un producto.”
- **Depositatar:** “1. tr. Poner bienes u objetos de valor bajo la custodia o guarda de persona física o jurídica que quede en la obligación de responder de ellos cuando se le pidan... Colocar algo en un sitio determinado y por tiempo indefinido...”

Dado que en el caso bajo examen, se consultó específicamente sobre el mineral oro; es pertinente revisar el régimen comercial establecido en la ley especial que rige la materia; en tal sentido, encontramos que en el Capítulo VI. *De la comercialización de Minerales*, artículo 31 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro y demás Minerales Estratégicos, se establece:

“Artículo 31. Venta de oro y otros minerales estratégicos. El oro y demás materiales estratégicos que se obtengan como consecuencia de cualquier actividad minera en el territorio nacional, serán de obligatoria venta y entrega al Banco Central de Venezuela. El Banco Central de Venezuela podrá autorizar la venta y/o entrega de este mineral a una entidad distinta, en los términos que a tales efectos se establezca.”

En conclusión, **la conducta del tipo penal de CONTRABANDO AGRAVADO**, surge al concatenar la norma sustantiva con la definición del delito de contrabando, en su sentido estricto; de tal manera, que el elemento definitorio es el hecho de introducir o intentar introducir, extraer o intentar extraer del Territorio de la República, las mercancías o bienes mencionadas sin pagar los derechos de aduana; asimismo, también puede concretarse este delito cuando los particulares comercializan (compran/venden), las mercancías o bienes que las leyes les prohíban realizar; se depositen o tengan éstos fuera del territorio aduanero (espacio físico que las aduanas tienen destinado para el depósito de estos materiales) o en espacios geográficos de la República (cualquier otro lugar), no autorizados conforme a las disposiciones que regulan la materia de que se trate. De igual manera, el tipo penal se perfecciona cuando movilizan estas mercancías o bienes.

Agravantes de la conducta: Que los bienes, mercancías u objetos pasivos sean petróleo, combustibles, lubricantes, minerales o demás derivados.

El elemento subjetivo (Tipo Subjetivo), o el vínculo interno entre el autor y su hecho, en el delito de CONTRABANDO AGRAVADO, está integrado por el dolo, ya que quien

introduce o intenta introducir en el Territorio de la República, mercancías o bienes de los mencionados en el artículo 20 de la Ley Especial, transitar con ellos o sacarlos de éste (venderlos a un organismos distinto al Banco Central de Venezuela), eludiendo la acción del Estado, actúa con el **conocimiento** de que su conducta está prohibida por la ley o constituye una infracción de las normas sobre aduana y tributos, y las posibles lesiones o peligros que constituye para los bienes jurídicos protegidos; al tiempo que tiene la **voluntad** o quería alcanzar la consumación de tal conducta.

II. TRÁFICO ILÍCITO DE RECURSOS O MATERIALES ESTRATÉGICOS

Con respecto a este tipo penal, tenemos que el artículo 34 de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, es del tenor siguiente:

“Artículo 34. Tráfico y comercio ilícito de recursos o materiales estratégicos: *Quienes trafiquen o comercialicen ilícitamente con metales o piedras preciosas, recursos o materiales estratégicos, nucleares o radiactivos, sus productos o derivados serán castigados con prisión de ocho a doce años. A los efectos de este artículo, se entenderá por recursos o materiales estratégicos los insumos básicos que se utilizan en los procesos productivos del país.”*

De la norma transcrita, se colige que el TIPO del delito en estudio, está integrada por los siguientes elementos objetivos y subjetivos:

A. Elementos objetivos (Tipo Objetivo): En cuanto a las modalidades de este aspecto, tenemos que se trata de un tipo de mera actividad y de acción y, por tanto, responde a la siguiente estructura:

1. Sujetos:
 - 1.1. Activo: indeterminado, indiferente.
 - 1.2. Pasivo: El Estado Venezolano.

2. Objetos:
 - 2.1. Bien jurídico protegido: El régimen socioeconómico venezolano, el derecho de propiedad del Estado Venezolano sobre los metales o piedras preciosas, recursos o materiales estratégicos, nucleares, radioactivos, sus productos o derivados.
 - 2.2. Objeto material: Los metales o piedras preciosas, recursos o materiales estratégicos, nucleares o radiactivos, sus productos o derivados.

3. La conducta:

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española:

Traficar es: “Del *it. trafficare*, y este del *lat. *transfigicāre* 'cambiar de sitio'. 1. *intr.* Comerciar, negociar con el dinero y las mercancías. 2. *intr.* Hacer negocios no lícitos.”

Comercializar: “De *comercial e -izar*. 1. *tr.* Dar a un producto

condiciones y vías de distribución para su venta. 2. tr. Poner a la venta un producto.”

Podemos concluir que **la conducta** bajo estudio, es: Hacer negocios o poner a la venta los metales o piedras preciosas, recursos o materiales estratégicos, nucleares o radiactivos, sus productos o derivados, de manera ilícita.

Ahora bien, el estudio de las distintas leyes que rigen la comercialización del oro y otros minerales estratégicos, nos lleva a examinar el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro y demás Minerales Estratégicos y, -aunque no forma parte de la solicitud de la Dirección General de Delincuencia Organizada-, contempla un tipo delictivo íntimamente relacionado con este requerimiento; razón por la cual se analizará seguidamente:

III. EJERCICIO ILEGAL DE LAS ACTIVIDADES

“Artículo 44. Ejercicio ilegal de las actividades. *Las personas naturales, así como los socios y directores de las personas jurídicas, bien sean de carácter público o privado, nacional o extranjero, que por sí o por interpuesta persona, promuevan, inciten y realicen las actividades primarias, conexas o auxiliares a las que se refiere este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, sin cumplir con las formalidades establecidas, serán penadas con prisión de seis (06) meses a seis (06) años. En el caso que las actividades señaladas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sean desarrolladas en parques nacionales, la pena aplicable será de prisión de cinco (05) a diez (10) años.”*

A. Elementos objetivos (Tipo Objetivo): En cuanto a las modalidades de este aspecto, tenemos que se trata de un tipo de mera actividad y de acción y, por tanto, responde a la siguiente estructura:

1. Sujetos:
 - 1.1. Activo: Puede ser indeterminado, indiferente o calificado: los socios y directores de las personas jurídicas, de carácter público o privado; nacional o extranjero, por sí mismo o mediante interpuesta persona.
 - 1.2. Pasivo: El Estado Venezolano.
2. Objetos:
 - 2.1. Bien jurídico protegido: El régimen socioeconómico venezolano, el derecho de propiedad del Estado Venezolano sobre el oro y demás minerales estratégicos.
 - 2.2. Objeto material: El oro y demás minerales estratégicos.
3. La conducta: En su acepción pura, los verbos utilizados en este tipo penal, nos indican lo siguiente:
 - **Promover:** “1. Tr. Impulsar el desarrollo o la realización de algo.”

- **Incitar:** "1. Tr. Inducir con fuerza a alguien a una acción".
- **Realizar:** "1. Tr. Efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción..."

En el artículo 5 del Decreto Ley especial *sub examine*, se definen las **actividades primarias**, así:

"A los efectos de este Decreto.... Se entiende por:

Actividades primarias. La exploración y explotación de minas y yacimientos de oro y otros minerales estratégicos.

Exploración: la etapa previa a la fase extractiva de la actividad minera, que consiste en la localización, caracterización y cuantificación del mineral para la determinación de la viabilidad del proyecto minero.

Explotación: el conjunto de operaciones obras, trabajos y labores destinadas a la extracción y aprovechamiento racional de mineral y roca."

El Decreto Ley *in comento*, no hace mención alguna a las actividades secundarias y conexas, por lo que se entenderá que forman parte de éstas, la comercialización del oro y demás minerales estratégicos; así como cualquier otra vinculada a la explotación

Mediante el artículo 31 del mismo Decreto Ley, se regula el régimen comercial del oro y demás minerales estratégicos que se obtengan en el Territorio Nacional, señalando que éstos serán de obligatoria venta y entrega al Banco Central de Venezuela.

En otro orden de ideas, se desprende del contenido de los artículos 1 al 4 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley especial bajo análisis, que el oro es un mineral estratégico propiedad del Estado Venezolano, el cual se ha reservado para sí su exploración y explotación, por razones de interés nacional y carácter estratégico.

Son **agravantes del tipo** del artículo 44 bajo análisis, que las actividades señaladas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, sean desarrolladas en parques nacionales.

De lo expuesto, se concluye entonces que **la conducta** tipificada en el artículo 44 del mencionado Decreto Ley, es: impulsar el desarrollo o ejecutar acciones como la exploración, explotación, comercialización o cualquier otra actividad auxiliar o conexas con el oro y demás minerales estratégicos, de manera ilegal, contrariando lo dispuesto en este texto normativo, que regula tales actividades primarias; al igual que obliga a vender y entregar al Banco Central de Venezuela, el oro y demás minerales estratégicos que se obtengan como consecuencia de cualquier actividad minera en el territorio nacional. Si

estas actividades son desarrolladas en parques nacionales, serán tenidas como agravantes de esta conducta y sancionadas con una mayor pena.

(...)

Cuando se trata del ejercicio ilegal de las actividades primarias, conexas y auxiliares, se aplica el tipo penal contenido en el artículo 44 de la Ley de Oro. Dentro de estas actividades, está la comercialización y cuando se trata del mineral oro, se debe aplicar este Decreto Ley, por el criterio de especialidad de la materia y por ser ley posterior; y no la del tipo penal establecido en el artículo 34 de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, cuya imputación procede entonces cuando se trate de minerales distintos al oro.

Es así que, toda persona que realice la actividad de comercialización/venta de oro y demás minerales estratégicos, con o a un ente distinto -y sin autorización previa en este último caso, al Banco Central de Venezuela-, incurre en el delito previsto y sancionado en el artículo 44 en relación con el artículo 31 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro y demás Minerales Estratégicos.

Si la conducta anterior, es perpetrada por un miembro de un grupo estructurado de delincuencia organizada, se le debe imputar además, el delito de ASOCIACIÓN, tipificado en el artículo 37 de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo.

En todo caso, para poder determinar con precisión cuál es la ley aplicable, es necesario examinar cada caso en particular; p.ej. Si estamos ante un caso de eminente contrabando de los bienes o mercancías -como sería el contrabando de extracción de oro, el tipo penal sería el contenido en el artículo 20.14 de la Ley Sobre el Delito de Contrabando y no el tipo penal previsto en el artículo 44 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro y demás Minerales Estratégicos, ya que este último, si bien es la ley especial, el supuesto de hecho está referido a las actividades primarias (exploración y explotación *ex* artículo 5 *eiusdem*), conexas (La comercialización puede entenderse incluida en esta categoría) y auxiliares; pero no así cuando la conducta va dirigida a extraer los bienes o mercancías del territorio de la República, con el fin de eludir el control del Estado.

En cuanto al delito de ASOCIACIÓN, tipificado en el artículo 37 de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, según lo dispone el artículo 4 *eiusdem*, se compone de los siguientes elementos típicos:

“Artículo 37. Quien forme parte de un grupo de delincuencia organizada para cometer uno o más delitos graves, será castigado por el sólo hecho de la asociación con pena de seis a diez años de prisión”.

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 4 numeral 8, de la propia Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada, el cual reza textualmente lo siguiente:

“Artículo 4. A los efectos de esta Ley, se entiende por:

(...)

8. 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, con la intención de cometer los delitos previstos en esta Ley.*

La asociación para delinquir, debe ser de carácter permanente y organizado. El sujeto activo de este delito debe ser múltiple, aún cuando pueda realizar la actividad ilícita una sola persona favoreciendo al resto de los miembros que conforman la asociación.

Ahora bien, el desarrollo de este informe comprende el deber de realizar el análisis de las normas cuya aplicación se solicita y su relación de correspondencia con los hechos que son susceptibles de ser investigados, conforme a los elementos de convicción que pudieran obtenerse en la fase preparatoria (según sea el caso), debiendo así señalarse las razones o motivos por los cuales la conducta injusta se encuentra dentro de un tipo penal que se estima ajustable al caso, con indicación si hubiere lugar, de las circunstancias agravantes, atenuantes, concurso de delitos o cualquier otra que fuere procedente.

Aunado a ello, debemos tomar en cuenta para la aplicación de la ley penal, el concurso aparente de leyes o normas penales. Hay concurso aparente de las leyes o normas penales, cuando ante una misma conducta delictiva recaen o concurren varias disposiciones legales, siendo sólo una de ellas la aplicable.

Para determinar qué delito es el aplicable, dependerá de la interpretación de las distintas normas legales. Es por ello que, la doctrina distingue una serie de criterios o principios para resolverlo, como son: especialidad, subsidiaridad, absorción o consunción y alternatividad, siendo primordial acotar que para la aplicación de normas en materia de comercio ilegal de oro puede aplicarse el Principio de Especialidad, entendiéndose que una misma materia sea regulada por dos leyes o disposiciones de ley, una general y otra especial, la especial debe aplicarse al caso en concreto, prevaleciendo elementos o características específicas que la fundamentan (*Lex specialis derogat legi generale*).

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO AÑO 2019”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 27/07/2023

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: PENAL ADJETIVO

4.- TEMA: DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN Y SU MOTIVACIÓN EN LA SOLICITUD DEL SOBRESEIMIENTO

5.-MÁXIMA

(...)

las actuaciones practicadas durante la investigación, sin precisar los datos que en criterio de la representación del Ministerio Público justificaron particularmente la actuación ejercida, obliga a acudir a otros recaudos e impide colegir del escrito fiscal cual fue el fundamento de la solicitud interpuesta (...)

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO DRD-11-14-032-2019

6.2.- FECHA: 13/02/2019

6.3.- RESUMEN

(...)

b) De la falta de investigación

La Doctrina Institucional es reiterada respecto del deber del Fiscal del Ministerio Público de dirigir la investigación de los ilícitos penales, una vez que se da inicio a la investigación, por ende, se requiere que en el escrito de Sobreseimiento se explique el resultado de la investigación realizada, por cuanto ello sustentará el acto conclusivo, el cual debe bastarse a sí mismo en su contenido. En el presente caso, el Fiscal dictó orden de inicio a la investigación, y en consecuencia, debió realizar una investigación exhaustiva, sin embargo, del escrito de solicitud de Sobreseimiento se aprecia que no realizó algún acto investigativo dirigido a comprobar la verdad de los hechos, y sólo se limitó a explicar:

"...Con el propósito de esclarecer los hechos, se practicaron las siguientes diligencias de investigación:

- 1.-Fijación Fotográfica (...)
- 2.-Registro de cadena de custodia
- 3.-Reconocimiento legal suscrito por (...)
- 4.-Orden de inicio de la investigación..."

Con el objeto de sustentar la pretensión promovida mediante la solicitud de Sobreseimiento, el Fiscal del Ministerio Público debe determinar -en su escrito- cuáles fueron los elementos de convicción recabados durante la investigación.

En términos concretos, esto supone hacer mención en el acto conclusivo- de los datos derivados de las pesquisas, pero no de todos ellos, sino únicamente de los que han permitido formar el criterio fiscal, en torno a la actuación estimada procedente en el caso determinado³.

Además de ello, conviene aclarar que nuestra Doctrina Institucional ha insistido en la necesidad de motivar los elementos de convicción, para de ese modo dar a conocer las razones que llevaron al convencimiento fiscal⁴. En ese sentido, puede concluirse que - además de señalar los resultados de la investigación penal en los que se sustenta la actuación del Representante del Ministerio Público debió exponer en su escrito las razones por las cuales tales resultados produjeron su convencimiento.

Ahora bien, luego de analizar el acto conclusivo interpuesto en la causa que nos ocupa, consideramos que estas exigencias no fueron cumplidas a plenitud por el Representante del Ministerio Público, pues del escrito examinado se apreció que (...), en lugar de especificar en el escrito los elementos de convicción que sirvieron de base a la solicitud de Sobreseimiento, refirió -de forma genérica- las actuaciones realizadas durante el desarrollo de la Fase Preparatoria a manera de lista, sin indicar siquiera fecha, nombre del funcionario actuante en la mayoría de ellos, organismo a quien se le encargó la pesquisa, ni el resultado que arrojó tal diligencia.

Asimismo, se incluyeron simples actuaciones procedimentales que a nuestro juicio- no se aportan como fundamento al acto conclusivo, y adicionalmente se advirtió que, en algunos supuestos, el Fiscal del Ministerio Público sólo indicó haber solicitado u obtenido información relacionada con la causa, pero omitió precisar su contenido, de manera que no puede conocerse cuál fue el objeto u aporte de la diligencia reseñada.

El haber hecho alusión a las actuaciones practicadas durante la investigación, sin precisar los datos que en criterio de la representación del Ministerio Público- justificaron particularmente la actuación ejercida, obliga a acudir a otros recaudos, e impide colegir del escrito fiscal cual fue el fundamento de la solicitud interpuesta.

Adicionalmente, el representante fiscal menciona en el escrito que las resultas recabadas pudieron establecer la ocurrencia del delito de Tráfico de Materiales Estratégicos, previsto en el artículo 34 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, no obstante, no realizó una investigación exhaustiva para determinar quiénes eran los autores de hecho, ni la procedencia de los (...), en este caso en particular.

Para finalizar con las observaciones del escrito de solicitud de sobreseimiento, se evidencia que el fiscal incurrió en un error al indicar en el "Petitorio" que solicita el sobreseimiento de conformidad con el numeral 1 del artículo 300 del Código Orgánico

³Ver Informe Anual del Ministerio Público Año 2008 Memorándum N DRD 1460-2000, de 07 de febrero de 2008. Pag. 823.

⁴ Acerca de esto, se ha dicho lo siguiente: "(...) los elementos de convicción obtenidos en la etapa investigativa, cuyo señalamiento no pueden limitarse a una simple enumeración de los mismos, por el contrario deberá expresarse el resultado obtenido de cada uno de dichos elementos a objeto de precisar y conocer el convencimiento emanado de ellos" Informe Anual del Ministerio Público. Año 2003, pp.707-708

Procesal Penal, en su primer supuesto, pues señala que "la acción penal se ha extinguido resulta acreditada la cosa juzgada" cuando en realidad esto corresponde al numeral 3 del referido artículo del Código adjetivo, cuando lo más ajustado sería solicitar el sobreseimiento por la falta de certeza contemplada el numeral 4 del mismo artículo 300.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO AÑO 2019”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 27/07/2023

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: PENAL ADJETIVO

4.- TEMA: ELEMENTOS DE CONVICCIÓN INMOTIVADOS

5.- MÁXIMA

(...)

Durante el desarrollo de la investigación el fiscal del Ministerio Público se dedica a reunir los elementos de convicción que le permitirán presentar el acto conclusivo que dará fin a la fase preparatoria del proceso penal. (...)

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO DGAJ-DRD-08-033-2019

6.2.- FECHA: 14/02/2019

6.3.- RESUMEN

(...)

Los hechos, además de originar la investigación penal y constituir el objeto del proceso penal; determinan el tipo de acto conclusivo que ha de emitirse. Por tanto, el Fiscal del Ministerio Público debe narrar los hechos que dieron lugar a la investigación de forma clara, precisa, circunstanciada y cronológica, permitiendo conocer cuáles fueron las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodean los mismos¹. Una idónea narración de los hechos permite determinar si se está o no ante la comisión de un delito, la calificación jurídica aplicable al caso, los sujetos activos del delito, la responsabilidad penal de cada uno de ellos y su grado de culpabilidad. Incluso, puede afectar la actuación de la defensa: si la narración no se basta a sí misma, quien es imputado podría alegar la violación del Derecho a la Defensa y la Garantía del Debido Proceso por no ser capaz de determinar el porqué se le acusa². Por otra parte, unos hechos narrados de forma confusa y contradictoria, dificulta la admisibilidad del escrito.

Así lo ha asentado la doctrina institucional en los siguientes términos:
“La narración de los hechos que dieron origen a la investigación debe ser clara y precisa, debe contener el señalamiento del lugar, tiempo, modo y demás circunstancias que caracterizaron la comisión del delito. Los hechos que son narrados en el escrito, son los que van a ser tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional para fijar el objeto del proceso, por lo cual no es suficiente una narración indiferenciada del suceso. Se requiere, por el

¹ Informe Anual del Ministerio Público, año 2006, Oficio N° DRD-20-315-2006 de fecha 25-8-2006, Pág. 18.

² Informe Anual del Ministerio Público, año 2001, n° 190, Oficio N° DRD-18-2162 de fecha 17-01-2001, pág. 597.

contrario, que los hechos objetos de la investigación sean narrados precisando cada cual en forma cronológica, detallada, correlacionada y sin discriminación...”³

En tal sentido, no debe olvidarse que el sobreseimiento, como acto conclusivo, pone fin a la fase preparatoria, es decir, a la investigación, significando que la misma se encuentra agotada, y el hecho (al menos para el Fiscal) esclarecido⁴.

(...)

C) Elementos de Investigación Inmotivados

Durante el desarrollo de la investigación el Fiscal del Ministerio Público se dedica a reunir los elementos de convicción que le permitirán presentar el acto conclusivo que dará fin a la fase preparatoria del proceso penal. Una vez recabados los elementos de convicción, el Fiscal debe valorar todos y cada uno de ellos, y es el resultado de esta valoración el que le permitirá establecer si la investigación realizada causa certeza negativa, duda o probabilidad⁵ respecto a la responsabilidad penal de los sujetos señalados.

Este Despacho se ha pronunciado en reiteradas oportunidades acerca de la motivación que ameritan los escritos emanados de los Representantes del Ministerio Público, a los fines de brindar un razonamiento fáctico-jurídico que permita apreciar la procedencia de sus actuaciones.

Una adecuada fundamentación de todo acto conclusivo, no debe entenderse como una sencilla enumeración de los elementos recabados, ni mucho menos suponer la transcripción total del resultado obtenido de cada diligencia practicada; por el contrario, consiste en hacer constar expresamente en el propio texto de dichos actos, una vez agotada la investigación, los elementos de convicción recabados y debidamente fundamentados para que sirvan de sustento del escrito fiscal.

En este sentido, la Doctrina del Ministerio Público se ha pronunciado en los siguientes términos:

“El fiscal del Ministerio Público tiene que practicar todas las diligencias de investigación a que se refieren los artículos 280 y 281 del Código Orgánico Procesal Penal. La Doctrina está conteste⁶ que el objeto material de la investigación debe ser: la averiguación y la constancia de la perpetración de los delitos con todas sus circunstancias-atenuantes, agravantes, atomicidad del hecho- que pueda influir en su calificación, la identificación y aseguramiento de sus autores, co-autores, cómplices y encubridores, circunstancias del entorno internas del presunto imputado y determinación preliminar de responsabilidades pecuniarias”⁷.

³ Informe Anual del Ministerio Público, año 2003, n° 197, Oficio DRD-12-10243 de fecha 21-03-2003, pág. 510.

⁴ Ob. cit., Memorandum N° DRD-13-15-187-200.

⁵ Informe Anual del Ministerio Público, año 2004, Oficio N° DRD-30-588-2004, del 11 de octubre de 2004, Tomo I, Pág. 855-857.

⁶ Vásquez González, Magaly. (2003): Actos de Investigación y Actos de Prueba, en Obra colectiva: Sextas Jornadas de Derecho Procesal Penal, Universidad Católica Andrés Bello. Año 2003, Págs. 361 y 363.

⁷ Rivera Morales, Rodrigo. Actos de Investigación y Pruebas en el Proceso Penal. Universidad Católica del Táchira. Primera Edición, año 2008, Librería J. Rincón G., p. 277.

“No basta que el Fiscal del Ministerio Público realice una simple enumeración de los elementos de convicción que, según su criterio, resultan de convicción, es decir, conducentes a la determinación de los hechos punibles y a la identificación de los autores o partícipes, es necesario que motive la relación de los mismos, con la imputación realizada”⁸.

De manera que, es necesario recordar enfáticamente que la investigación conducida por el Fiscal del Ministerio Público debe ser siempre exhaustiva; el Representante Fiscal debe instruir el proceso de manera diligente, agotando la actividad investigativa; de forma tal que cuente con los elementos necesarios para sostener el acto conclusivo que dé fin a la fase preparatoria, sea éste una acusación, solicitud de sobreseimiento, o decreto de archivo fiscal ⁹.

En ocasión a los elementos de convicción como requisito esencial de todo acto conclusivo, se estima imprescindible recordar que los Fiscales del Ministerio Público se encuentran en la ineludible obligación de instruir adecuada y diligentemente todas las investigaciones cuyo conocimiento corresponda a sus respectivas dependencias, de conformidad con los modos de asignación de casos previstos en la Circular N.º DFGR-DVFRG-DRD-003-2009. (...)

⁸ Informe Anual del Fiscal General de la República, año 2004, Memorándum N°: DRD-25-27-013-2004. p. 12.

⁹ Informe anual del año 2005, Memorándum N° DRD-13-15-187-200 del 29 de abril de 2005. Rivera Morales R., Actos de Investigación y Pruebas en el Proceso Penal, Universidad Católica del Táchira y Librería J. Rincón G., pp. 226-227.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO AÑO 2019”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 27/07/2023

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: PENAL ADJETIVO

4.- TEMA: AUTORIZACIÓN PARA EVALUACIÓN ANTROPOMÉTRICA, ELABORADA POR PROFESIONALES FORENSES DEL ÁREA DE ANTROPOLOGÍA FORENSE DE LA UNIDAD CRIMINALÍSTICA DEL MINISTERIO PÚBLICO.

5.- MÁXIMA

(...)

Autorización tiene como objeto explicar los pasos necesarios para la obtención del perfil antropométrico de manera que, toda persona que se someta a dicho estudio, conozca cuál es el procedimiento a seguir. ”(...)

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO DRD-13-039-2019

6.2.- FECHA: 25/02/2019

6.3.- RESUMEN

(...)

Se desprende que la Autorización tiene como objeto explicar los pasos necesarios para la obtención del perfil antropométrico de manera que, toda persona que se someta a dicho estudio, conozca cuál es el procedimiento a seguir.

No obstante, se pudo observar que en el primer párrafo del texto se utiliza la expresión “perfil antropométrico”, mientras que en el segundo párrafo, se hace alusión al “procedimiento de evaluación antropológica”, por lo que se sugiere unificar los términos para evitar confusiones, pues las diversas denominaciones parecieran indicar que se trata de estudios diferentes.

Ahora bien, en cuanto al método o procedimiento a seguir para la práctica del estudio antropológico, esta Dirección no realizará observaciones, en virtud que escaparían del ámbito de su competencia; sin embargo, sobre el formato de Autorización, sí es necesario hacer algunas consideraciones que nos atañen.

(...)

En consecuencia, vale realizar las siguientes interrogantes: i) ¿La Unidad Criminalística parte de la premisa de que el estudio o análisis sólo puede realizarse si se cuenta con el consentimiento de la persona? ii) ¿Sería suficiente llenar el Documento para hacer constar la voluntariedad de la persona? iii) ¿En caso de aceptarse la posibilidad de que sea practicado el estudio sin que se cuente con el

consentimiento de la persona, pero existiendo una orden judicial que imponga la práctica del mismo, habrá un Documento informativo que le permita conocer los pasos a seguir para la realización del examen?.

Con base en tales interrogantes, urge realizar las siguientes advertencias:

i) ¿Consentimiento informado o voluntariedad como requisito indispensable?

El consentimiento informado, es aquel donde se expresa voluntariamente la intención de participar en la realización del examen médico sin coacción alguna, motivado a un problema de salud y la razón para el tratamiento. Ahora bien, el sometimiento de una persona humana a la realización de un examen o evaluación sobre su cuerpo con el objeto de investigar y esclarecer los hechos que se enmarcan dentro de un proceso penal, ha sido un tema en constante debate. Así, hay sectores de la doctrina que no admiten el menoscabo, limitación o restricción de un derecho fundamental - como lo sería el respeto a la dignidad humana, previsto, en nuestro caso, como fin esencial del Estado, en el artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -, en virtud de que este tipo de derechos goza de una esfera de protección mucho mayor que la de cualquier otro, que no sea considerado como un Derecho Humano, pues el contenido sustancial de éstos es absoluto. En consecuencia, según esta corriente la práctica de tales exámenes, incluso con el consentimiento de la persona (que sería una especie de renuncia a dicha protección), es verdaderamente cuestionada.

Sin embargo, ha ido tomando auge un sector distinto que relativiza el contenido sustancial de los derechos fundamentales, aceptándose la posible afectación de éstos cuando exista un fundamento jurídico especialmente importante¹. Ello podría ocurrir, por ejemplo, cuando existan suficientes elementos de convicción que apunten a la comisión de una grave acción delictiva que haga exaltar la relevancia del interés social en el proceso penal².

Así, la última corriente mencionada ha permeado en la doctrina y un importante sector sostiene que sí es posible la afectación de un derecho fundamental, afirmándose incluso que ello no sólo es viable cuando exista consentimiento del afectado, sino que puede ser de manera coactiva³.

¹ "La "teoría del contenido sustancial absoluto" proclama: el contenido sustancial de un derecho fundamental, conforme a la inequívoca expresión del artículo 19 de la Ley Fundamental, no puede ser atacado en ningún caso; la cuestión de bajo qué presupuestos un tal ataque, no obstante ello, puede ser excepcionalmente admisible, es superflua. Tanto las jurisprudencias criminal y constitucional como una parte de la literatura científica constitucionalista son partidarias de una determinación "relativa" del contenido sustancial... Especialmente destacable al respecto parece que el Tribunal Constitucional ciertamente se haya pronunciado en contra de la citada teoría relativa especialmente mantenida por el Tribunal Supremo Federal, pero al propio tiempo haya relativizado el contenido sustancial, al hacer depender la ofensa del contenido sustancial de un derecho fundamental de la regulación y de la relación existencial del afectado de la estimación social sobre la relevancia del objeto de valoración jurisdiccional, estimando que el derecho fundamental del afectado sólo es objeto de limitación a favor de la convivencia social". HEINZ GÖSSEL, K. El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho. Tomo I. Colección Autores del Derecho Penal (dirigido por DONNA, Edgardo) p. 316.

² Ob. cit. p. 317.

³ En tal sentido, véase JAUCHEN, Eduardo. Tratado de la Prueba en Materia Penal. Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009, p. 240, quien haciendo referencia al imputado sostiene: "Sin embargo, puede colaborar en el proceso no sólo como órgano de prueba, sino también como objeto de prueba. El primer supuesto se configura cuando su aporte probatorio está viabilizado por cualquier tipo de manifestación; mientras que se erige como objeto de prueba cuando el aporte está constituido por su propia persona física, como portador de señas o rastros particulares que puedan contribuir a la averiguación del ilícito; en este caso puede ser obligado coactivamente al acto que se requiera para verificar dichos extremos, como por ejemplo la inspección corporal o mental y el reconocimiento en rueda de personas".

Inclusive se ha indicado que las injerencias en el ámbito corporal de una persona humana son factibles y se encontrarían subsumidas en el ámbito de las medidas de coerción. Esto es indicado por Rionero al hacer referencia a lo expresado por Roxin:

“Básicamente, las medidas de coerción suelen esquematizarse según el grado de afectación que registren con respecto a las personas o cosas, lo cual ha dado pie a la conocida escisión entre medidas cautelares personales y reales. No obstante, en doctrina, es común advertir recientes clasificaciones cuyo fundamento reposa en el ámbito de intromisión que comporta la medida con respecto a un derecho fundamental, lo cual permite, en criterio de Roxin, revelar el siguiente inventario:

1. Injerencias en la libertad individual (como por ejemplo, supuestos de conducción coactiva, prisión preventiva, internación en un hospital psiquiátrico para examinar el estado de salud mental, registro de la persona, entre otros). 2. Injerencias en la integridad corporal (como por ejemplo, la extracción de pruebas de sangre)...”⁴.

(...)

ii) ¿El Documento es suficiente para hacer constar la voluntad de la persona de someterse al estudio?

Como se indicara ut supra el tema que nos ocupa está inmerso en lo concerniente a los derechos fundamentales, por lo que el consentimiento dado por el titular del derecho para que éste sea afectado o restringido debe hacerse constar de la manera adecuada⁵.

Así, el principal aspecto que tendría que tomarse en cuenta es que, para que tenga validez el consentimiento, debe ser otorgado por el titular del derecho de manera libre, voluntaria y ha de ser indubitado, por lo que no deben existir amenazas, coacción, ni ningún factor que influya en la decisión que tomará el afectado.

En este sentido, pero refiriéndose al derecho a la inviolabilidad del domicilio y el consentimiento que puede otorgar el afectado para la realización de un allanamiento sin orden judicial, Maximiliano Hairabedián ha manifestado lo siguiente:⁶

“...a) Expreso. El permiso otorgado a la autoridad para que ingrese a un domicilio no se presume... son inadmisibles el consentimiento presunto o implícito... b) Voluntario. De acuerdo con la teoría general de los actos, para ser voluntaria la declaración debe contar con tres elementos: discernimiento, intención y libertad... c) Indubitable... que no queden dudas en cuanto a la plena libertad del individuo al formular la autorización...”.

⁴ ROXIN, Claus citado por RIONERO, Giovanni. El Mandato de conducción como facultad del Ministerio Público. Vadell hermanos Editores, Caracas, 2008 p. 37.

⁵ Tomando en consideración la corriente que sostiene la relativización del contenido esencial de los derechos fundamentales, antes reseñada.

⁶ HAIRABEDIAN, Maximiliano. Inviolabilidad, Registro y Allanamiento del Domicilio con especial referencia al Código Procesal Penal de la Nación y al de la Provincia de Córdoba. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2012, pp. 11-15.

Finalmente, en cuanto al aspecto del consentimiento, debe señalarse que no sólo debería hacerse constar en la planilla informativa (Autorización), sino que debería contar con la presencia de, al menos dos testigos, que puedan dar fe de las circunstancias en las cuales se otorgó el mismo, con el objeto de verificar que efectivamente fue voluntario y libre de cualquier tipo de coacción.

iii) ¿De aceptarse la posibilidad de practicar el estudio sin que se cuente con el consentimiento de la persona, pero existiendo una orden judicial que imponga su práctica, partiendo de que no amerite conducta activa, habrá un Documento informativo que permita conocer los pasos a seguir para la realización del examen?

El principio de obtención coactiva de la prueba, nos refiere que en ocasiones los documentos, las cosas y las personas deben ponerse a la orden de la autoridad jurisdiccional.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO AÑO 2019”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 27/07/2023

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: PENAL SUSTANTIVO

4.- TEMA: *DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO DE PATROCINIO, FACILITACIÓN U OPERACIÓN DE ESTABLECIMIENTOS O MÁQUINAS SIN LICENCIA*

5.-MÁXIMA

(...)

El delito de Patrocinio, Facilitación u Operación de Establecimientos o Máquinas sin Licencia, no solo establece la sanción para los establecimientos que funcionan sin licencia, sino también para aquellos establecimientos que tengan licencia debidamente otorgada por la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingos y Máquinas Traganíqueles pero las máquinas que utilizan dentro del mismo no tengan la debida autorización para funcionar, según los requisitos establecidos por la Comisión, caso en el cual se consideraría una operación de máquinas sin licencia, incurriendo así, en uno de los supuestos de hecho del Artículo 54 de la Ley. (...)

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO DRD-09-040-2019

6.2.- FECHA: 26/02/2019

6.3.- RESUMEN

(...)

De la Prescripción del Delito de Patrocinio, Facilitación u Operación de Establecimientos o Máquinas sin Licencia

En Gaceta Oficial Nro. 36.254 de fecha 23 de julio de 1997, fue publicada la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, cuerpo normativo cuyo objeto es regular la actividad económica y en la cual se tipifica en el artículo 54, el delito de Patrocinador en la Operación Ilícita de Casinos, que indica lo siguiente:

***“Artículo 54:* Todo aquel que de cualquier manera patrocine, facilite u opere el funcionamiento de los establecimientos o máquinas a que se refiere esta Ley, sin licencia previa, será castigado con prisión de tres (3) a cuatro (4) años y si se trata de una persona jurídica, la pena será impuesta a cada uno de sus directivos, administradores y gerentes. Los bienes que se encuentren en el local donde se realice la actividad, serán objeto de comiso o retención, levantándose un Acta al respecto.”**

Observamos que el tipo penal castiga a todos aquellos sujetos que sin la licencia previa otorgada por la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingos y Máquinas Traganíqueles proceda a patrocinar, facilitar u operar el funcionamiento de establecimientos destinados a ejercer esa actividad económica o máquinas traganíqueles, con una pena de 3 a 4 años. Asimismo, establece que los bienes encontrados en el local en el que se realice la actividad no permitida, serán objeto de comiso o retención.

Ahora bien, en virtud de lo anteriormente expuesto, es importante determinar si al delito de Patrocinio, Facilitación u Operación de Establecimientos o Máquinas sin Licencia, le es aplicable la Institución de la prescripción de la acción penal, según las reglas establecidas en el Código Penal venezolano; uno de los motivos por los cuales se solicitó la presente opinión.

En ese orden de ideas, es necesario citar lo dispuesto en el artículo 271 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 271: *En ningún caso podrá ser negada la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables de los delitos de legitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos. **No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes.** Asimismo, previa decisión judicial, serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o con el tráfico de estupefacientes.”* (Resaltado propio)

*Tal y como lo establece la Constitución en el artículo precitado, todas aquellas acciones penales cuyo fin sea castigar delitos contra el patrimonio público, entre otros, de alta gravedad, **son imprescriptibles** y en tal sentido, el Ministerio Público en estos casos, está en la obligación de perseguir y sancionar a los sujetos que incurran en tales conductas, independientemente del tiempo que haya transcurrido.*

En tal sentido, es pertinente analizar si el delito tipificado en el artículo 54 de la Ley para el Control de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, lesiona o pone en riesgo el patrimonio público.

En este sentido, es importante acotar, que se considera como patrimonio público a todos aquellos bienes, derechos y obligaciones de los Órganos, Entes del Poder Público Nacional, Estatal, de los Distritos y Distritos Metropolitanos, del Poder Público Municipal y de las demás entidades locales, en los Territorios y Dependencias Federales, Institutos Autónomos Nacionales, Estadales, Distritales y Municipales, el Banco Central de Venezuela, las Universidades Públicas y demás personas de Derecho Público Nacional, Estatal, Distrital y Municipal, que reciban para su funcionamiento, administración, manejo y custodia de bienes, fondos públicos o recursos del Estado.

Asimismo, los delitos contra el patrimonio público son hechos delictivos en perjuicio del Estado, perpetrados por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones; y que en casos, pueden ser perpetrados por particulares y contra particulares siempre y cuando se vea afectado el patrimonio público.

*En virtud de lo anteriormente expuesto, podemos decir que el tipo penal establecido en el artículo 54 de la Ley para el Control de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, no constituye un delito que afecte o lesione el patrimonio público, ya que su funcionamiento no depende de los fondos o recursos públicos del Estado; sino que, estos casinos y salas de bingo son constituidos bajo la figura de sociedades mercantiles o compañía anónima, cuyo capital social es privado, y representado en acciones nominativas, que pertenecen a personas jurídicas o naturales, las cuales deben cumplir con una serie de requisitos establecidos en la mencionada ley, para que la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles le otorgue la licencia o permisología correspondiente y permita la debida autorización para la apertura y funcionamiento de estos establecimientos; por lo tanto, la actividad económica de éstos, esta directamente vinculada con el capital a invertir y las acciones de la compañía y no a los fondos o recursos otorgados por el Estado; entonces en este caso, podemos decir, que el delito tipificado en el artículo 54 de la ley in comento, no es un delito contra el patrimonio público, por lo que se considera **susceptible de prescripción.***

Por último, en el presente caso objeto de análisis, el representante legal de la empresa (Casinos y Salas de Bingo), solicita el sobreseimiento de la causa, alegando la prescripción de la acción de conformidad con lo establecido en el numeral 3° del artículo 300 del Código Orgánico Procesal Penal, y con base a las razones antes expuestas, esta Dirección considera que es procedente la prescripción de la acción por el delito de Patrocinio, Facilitación u Operación de Establecimientos o Máquinas sin licencia, contemplado en el Artículo 54 de la Ley para el Control de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles.

SEGUNDO

De la procedencia del pago por concepto de regalías y demás tributos estipulados en el artículo 38 ejusdem por parte de los Bingos y Casinos que eran legales en su oportunidad ante la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, así como aquellos que realizan la actividad de forma ilícita.

De conformidad con lo establecido en la Ley para el Control de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles los impuestos y regalías están tipificados en los Artículos 38 y 40 respectivamente y cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 38: Los Casinos serán gravados con el impuesto del diez por ciento (10%) de las ganancias brutas que se obtengan.

Las Salas de Bingo, estarán gravadas con el impuesto del doce por ciento (12%), calculado dicho impuesto sobre el monto de los ingresos no destinados a la premiación de los jugadores, teniendo en cuenta que la cantidad de dinero dedicada a la premiación no podrá ser menor al setenta por ciento (70%) de los ingresos brutos obtenidos por dicha Sala.(...)

“Artículo 41: Se establece el pago mensual de una regalía de cuarenta Unidades Tributarias (40 U.T.) por concepto de explotación de cada mesa de juego de Casino. Cada Máquina Traganíquel pagará diez Unidades Tributarias (10 U.T.)

Es importante mencionar que los impuestos que pagan los Casinos son distintos a los establecidos en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en la Ley de Impuesto sobre la Renta y demás leyes tributarias de conformidad con el artículo 39 de la Ley para el Control de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles.

*Las disposiciones anteriormente mencionadas, prevén los impuestos y las regalías como una **contribución especial**, que deberán ser pagadas mensualmente y de carácter obligatorio, a favor de la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles para su adecuado funcionamiento, a cargo de toda persona jurídica que se dedique a la actividad de juegos de Casino y Salas de Bingo.*

*En este orden de ideas, conforme al artículo 15 del Código Orgánico Tributario, de fecha 17 de octubre de 2001, vigente para la fecha en que ocurrieron los hechos, establece que las deudas tributarias **no serán afectadas por circunstancias relativas a la validez de los actos o la naturaleza del objeto perseguido por los sujetos pasivos**, razón por la cual subsiste la obligación del pago de los impuestos y regalías, aún cuando los casinos, bingos y máquinas traganíqueles, hayan operado de manera ilegal, por cuanto se produjeron resultados (ganancias) que constituyen el presupuesto de hecho de la obligación.*

***“Artículo 15 COT:** La obligación tributaria no será afectada por circunstancias relativas a la validez de los actos o a la naturaleza del objeto perseguido, ni por los efectos que los hechos o actos gravados tengan en otras ramas jurídicas, siempre que se hubiesen producido los resultados que constituyen el presupuesto de hecho de la obligación.*

Para finalizar, aún cuando los casinos, bingos y máquinas traganíqueles, hayan operado de manera ilegal, es decir, sin la previa autorización de la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, subsiste la obligación del pago de los impuestos y regalías, viéndose en este caso, la sociedad mercantil en la obligación de pagar igualmente los tributos debidos antes mencionados, ello sin prejuzgar acerca de la validez temporal de la obligación tributaria en mención.

TERCERO

De la Procedencia de la Destrucción o Devolución de las Máquinas Traganíqueles a los propietarios de las licenciatarias, en fase preparatoria o judicializado.

Con relación a este punto, en los cuales se solicita opinión sobre si es procedente la devolución de las máquinas decomisadas o si las mismas deben ser destruidas; es necesario conocer las dos vertientes relacionadas con el término comiso en nuestro ordenamiento jurídico.

El comiso en el ordenamiento jurídico venezolano tiene una doble acepción, visto que puede tratarse de una pena accesoria a la prisión o de una medida cautelar de carácter real; ello se debe en palabras del autor José Luis Tamayo Rodríguez, a que en el ordenamiento jurídico venezolano se usan indistintamente los vocablos, *decomiso* y

comiso, para diversas situaciones, siendo que ambas tienen naturaleza jurídica distinta.¹

En el caso del “decomiso”, se trata de una restricción o limitación a los derechos de propiedad, dominio o posesión sobre determinados bienes u objetos, que es de carácter temporal a diferencia del “comiso” que es una privación definitiva de esos derechos de propiedad, dominio o posesión; en consecuencia, se concluye que el decomiso es una medida preventiva que se toma en el devenir del proceso penal y comiso es una medida ejecutiva accesoria a la pena, que se impone, como consecuencia de una sentencia condenatoria definitiva.

En virtud de lo anterior y con base a lo establecido en el artículo 54 de Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, se entiende que cuando se refiere al comiso de los bienes, en realidad se refiere a decomiso como medida temporal, ya que la retención de los bienes se hace por orden de una autoridad administrativa al momento de verificar el presunto funcionamiento sin licencia de un establecimiento o de unas máquinas, es decir, durante la fase inicial de la investigación y con carácter preventivo mientras se desarrolla el proceso penal y el órgano jurisdiccional se pronuncia de manera definitiva; es decir, el lapso de duración del decomiso establecido en la mencionada norma está supeditado a la duración del proceso penal.

Ahora bien, respecto a los bienes que fueron decomisados, es necesario hacer la siguiente consideración:

El delito de Patrocinio, Facilitación u Operación de Establecimientos o Máquinas sin Licencia, no solo establece la sanción para los establecimientos que funcionan sin licencia, sino también para aquellos establecimientos que tengan licencia debidamente otorgada por la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingos y Máquinas Traganíqueles pero las máquinas que utilizan dentro del mismo no tengan la debida autorización para funcionar, según los requisitos establecidos por la Comisión, caso en el cual se consideraría una operación de máquinas sin licencia, incurriendo así, en uno de los supuestos de hecho del Artículo 54 de la Ley de Casinos anteriormente mencionada.

En tal sentido, si un establecimiento con licencia otorgada por la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingos y Máquinas Traganíqueles, opera con máquinas no autorizadas por esa comisión, estaría incurriendo en una de las modalidades establecidas en el artículo 54 de la Ley para el Control de Casinos, Salas de Bingo y Maquinas Traganíqueles y sobre dichas máquinas pesará una medida de decomiso, hasta tanto no se pronuncie el Tribunal sobre la causa de manera definitiva.

Es decir, cuando los bienes derivan del lícito comercio, lo que procede en este caso es el decomiso de los dichos bienes; ahora bien, si para el momento en que ocurrieron los hechos, las máquinas traganíqueles eran de lícito comercio, éstas pasan a ser decomisadas, y la devolución de las máquinas decomisadas durante el acto de inspección de la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingos y Máquinas Traganíqueles a su propietarios, no operaría hasta tanto el Tribunal que lleva la causa se pronuncie al respecto, mediante sentencia absolutoria.

Caso contrario ocurre, cuando los bienes derivan del ilícito comercio, aquí lo conducente es la incautación de las máquinas traganíqueles, más aún, si las mismas máquinas se presume funcionaban de manera ilícita, lo que pudiese ser objeto de la pena

¹ JOSE LUIS TAMAYO RODRÍGUEZ, *“Medidas de Coerción Real: Código Orgánico Procesal Penal”*. Primera Edición. Editorial Arte Profesional. Caracas, Venezuela. Año 2011, páginas 96 y 97.

de comiso en una probable sentencia condenatoria y en consecuencia el Estado mediante el organismo competente proceda a la destrucción de las mismas.

Finalmente, es importante hacer mención que, en el supuesto dado en que un establecimiento pague los tributos y regalías debidas por el ejercicio de la actividad económica, eso no implica de manera automática que los bienes decomisados deban ser devueltos si estos están siendo objeto de una investigación penal por funcionar sin la debida autorización.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO AÑO 2019”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 27/07/2023

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: PENAL ADJETIVO

4.- TEMA: PROCEDENCIA O NO DE LA ENTREGA DE SUSTANCIAS QUÍMICAS CONTROLADAS QUE HUBIERAN SIDO DECOMISADAS

5.- MÁXIMA

(...) el decomiso implica una posible devolución de los bienes y objetos, y siendo que el art. 94 se refiere a decomiso de las sustancias por incumplimiento en el retiro de las mismas, luego de los 30 días continuos siguientes a la declaración, pareciera que el legislador utiliza esta figura con el ánimo de penalizar la inactividad del operador de sustancias químicas controladas frente a un lapso de tiempo específico, más ello no implica que tal disposición del bien se traduzca en la pérdida absoluta del mismo. (...)

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO: DRD-15-50-2019

6.2.- FECHA: 15/03/2019

6.3.- RESUMEN

(...)

En tal sentido, la Ley Orgánica de Drogas -LOD- establece en su Sección Tercera “De la Importación y Exportación” un estricto seguimiento sobre las sustancias químicas controladas, estableciendo para ello exigencias para la tramitación de permisos de importación y exportación; igualmente prevé la LOD en su artículo 87, el otorgamiento de los permisos, y el articulado siguiente trata sobre la forma de importar, la potestad que tiene el Registro Nacional Único de Operadores de Sustancias Químicas Controladas de negar o limitar los permisos, el tiempo de caducidad de los permisos de importación y exportación, las notificaciones referidas al tipo, cantidad, identificación de las sustancias, incluso tipo de transporte a utilizar y la presentación de la sustancia; la debida documentación para la declaración de la sustancia importada y las consecuencias del incumplimiento de esa normativa, que no es otra que el decomiso de la sustancia.

En tal sentido, el artículo 94 de la LOD, es del tenor siguiente:

Artículo 94 de la Ley Orgánica de Drogas: Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de llegada a la aduana habilitada, deberán ser declaradas las sustancias químicas controladas

importadas, debiendo retirarlas el operador dentro de los treinta días continuos siguientes a la declaración. En caso que el operador no declare o no retire dichas sustancias en los términos indicados, las mismas adquirirán calidad de nacionalizadas y serán decomisadas. El administrador o administradora de la aduana habilitada notificará al Registro Nacional Único de Operadores de Sustancias Químicas Controladas, dentro de los cinco días hábiles siguientes contados a partir del decomiso. El Registro dispondrá de dichas sustancias, dentro de los quince días hábiles siguientes contados a partir de su notificación.

A fin de emitir pronunciamiento, se considera prudente exponer lo que en la legislación venezolana se entiende por “decomiso”, así como el distinto tratamiento que se da a esta figura, en algunos textos legales.

En el Código Penal el artículo 33 tipifica que “las armas e instrumentos serán decomisados” en realidad se refiere a aquellos bienes a los cuales la sentencia les aplicó la pena de comiso. Otro caso interesante, es el establecido en la Ley de Transfusión y Bancos de Sangre, que en su artículo 40 establece “Quien realice funciones reservadas a los Bancos de sangre sin la debida autorización.../Será castigado con prisión de dos a cuatro años. En este caso se procederá a la clausura del establecimiento y al decomiso de los equipos...” en este artículo se aprecia como la intención fue utilizar el “comiso” como pena accesoria y en su lugar se utilizó la palabra “decomiso”. (Subrayado nuestro)

Situaciones como las arriba expuestas, dejan ver que la figura del decomiso ha sido usada en tipos penales con ánimo de que en realidad se aplique la pena de comiso, ello debido al inapropiado uso dado a la figura, por lo que siempre debe tenerse presente que existen diferencias claras entre ellas.

Diversos autores, entre ellos el Dr. José Luis Tamayo¹, definen el decomiso como una figura que restringe o limita los derechos de propiedad, dominio o posesión sobre determinados bienes u objetos lícitos, y es una medida temporal, lo que la distingue del “comiso” que es una medida definitiva, esto indica que el decomiso es una medida preventiva, que se adopta durante el transcurso de un proceso y siendo así pudiera disponerse de los bienes sujetos a esta figura salvaguardando siempre el derecho de propiedad. (Subrayado nuestro).

En consecuencia, la figura del decomiso implica la devolución del bien al imputado cuando se demuestre que el mismo tiene una procedencia lícita, y así lo acuerde la sentencia definitiva, esto tiene concordancia con lo dispuesto en el art. 348 del Código Orgánico Procesal Penal – en lo sucesivo COPP- que reza: “La sentencia absolutoria ordenará la libertad del imputado, la cesación de las medidas cautelares, la restitución de

¹ Tamayo R. José L. “Medidas de Coerción Real - Código Orgánico Procesal Penal”. Editorial Arte Profesional. P 96.

los objetos afectados al proceso que no estén sujetos a comiso, las inscripciones necesarias y fijará las costas”.

Así las cosas, el decomiso implica una posible devolución de los bienes y objetos, y siendo que el art. 94 se refiere a decomiso de las sustancias por incumplimiento en el retiro de las mismas, luego de los 30 días continuos siguientes a la declaración, pareciera que el legislador utiliza esta figura con el ánimo de penalizar la inactividad del operador de sustancias químicas controladas frente a un lapso de tiempo específico, más ello no implica que tal disposición del bien se traduzca en la pérdida absoluta del mismo.

Siendo así, se considera que una vez decomisado los bienes lícitos, estarán en depósito mientras dure la averiguación del proceso penal, no pudiendo hacer entrega hasta que termine el mismo, sea mediante sentencia absolutoria o condenatoria; si fuere el caso de la primera, se ordenará la restitución de los mismos, mientras que si la sentencia es condenatoria, el destino final de los bienes decomisados es su comiso y posterior confiscación, pasando a ser como resultado propiedad de la República.

Pues bien, en algunos casos tratándose de objetos perecederos pudieran permitirse ventas anticipadas colocando en cuentas del tesoro nacional el dinero proveniente de las ventas, para garantizar que si hay sentencia absolutoria, no se cause un daño patrimonial. Considerando que las sustancias tienden a desnaturalizarse por el transcurso del tiempo, la entrega en esos términos sería factible.

No obstante, debido al riguroso control existente para el tratamiento de sustancias químicas controladas, cualquier asignación debe ser considerada por los supervisores inmediatos y del Ministerio del Poder Popular para Economía y Finanzas, institución a la que está adscrita RESQUIMC.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO AÑO 2019”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 27/07/2023

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: PENAL ADJETIVO

4.- TEMA: LA ASISTENCIA MUTUA Y EL DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL, EN PERJUICIO DE LAS MARCAS

5.-MÁXIMA

La Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal tiene como objeto primordial establecer disposiciones en la cual los Estados Partes se comprometen únicamente a brindarse asistencia mutua en investigaciones, juicios y actuaciones en materia penal, referentes a delitos cuyo conocimiento sea de competencia del Estado requirente al momento de solicitarse la asistencia. (...)

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO DRD-08-089- 2019

6.2.- FECHA: 04/06/2019

6.3.- RESUMEN

(...)

El Derecho Penal Internacional es la rama del Derecho que define los crímenes internacionales y regula el funcionamiento de los tribunales competentes para conocer de los casos en los que los individuos incurran en responsabilidad penal internacional, imponiendo las sanciones que correspondan.

El Derecho Penal Internacional contempla la figura de la Cooperación Jurídica Internacional, siendo ésta un conjunto de normas que permite que los Estados puedan auxiliarse mutuamente, es decir, permite que los Estados puedan asistirse entre sí, con ocasión a un proceso judicial. Es importante acotar que esta Cooperación mutua se origina previa celebración de Acuerdos, Tratados, Pactos y Convenios bilaterales o multilaterales suscritos y ratificados entre los Estados Partes.

(...)

Para los efectos de esta Convención, el hecho debe ser punible, con pena de un año o más de prisión en el Estado requirente y su ámbito de aplicación debe recaer sobre la práctica de embargo y secuestro de bienes, inmovilización de activos y asistencia en procedimientos relativos a la incautación, efectuar inspecciones o incautaciones, examinar objetos y lugares.

En los casos en que proceda la asistencia mutua, previa solicitud, y de acuerdo con su procedimiento interno, el **Estado requerido** facilitará al **Estado requirente**

copia de los documentos, antecedentes o informaciones de carácter público que obran en los organismos y dependencias gubernamentales del Estado requerido, igualmente éste podrá facilitar copias de cualquier documento, antecedentes o informaciones que obren en un organismo o dependencia gubernamental de dicho Estado pero que no sean de carácter público, en igual medida y con sujeción a las mismas condiciones en que se facilitarían a sus propias autoridades judiciales, u otras encargadas de la aplicación de la ley.

Asimismo, el Estado requirente tiene limitaciones en relación a la información suministrada, por lo que no podrá divulgar o utilizar dicha información o prueba obtenida en aplicación de la Convención para propósitos diferentes a aquellos especificados en la solicitud de asistencia, sin previo consentimiento de la Autoridad Central del Estado requerido.

Sólo en casos excepcionales, si el Estado requirente necesitare divulgar y utilizar, total o parcialmente, la información o prueba para propósitos diferentes a los especificados, solicitará la autorización correspondiente del Estado requerido, el que, a su juicio, podrá acceder o negar, total o parcialmente, lo solicitado.

La Propiedad Industrial

La Propiedad Industrial, es un conjunto de derechos exclusivos que puede poseer una persona física o jurídica sobre la invención de nuevos productos, nuevos procedimientos o nuevos diseños, un diseño industrial, un signo distintivo; con la finalidad de proteger marcas, patentes, diseños industriales y dibujos, así como la actividad mercantil, mediante la identificación exclusiva de productos y servicios ofrecidos en el mercado.

En Venezuela, el marco legal que regula esta materia, está contemplado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los Artículos 98, 99, 100, 101, 108, 113, 119, 120, 124, 127, 153, 156 ordinal 32; en la Ley de Propiedad Industrial que data de 1955, publicada en la Gaceta Oficial N° 25.227, la cual permanece vigente, así como los Tratados y Convenios suscritos y ratificados por la República relacionados con la protección de la propiedad industrial.

En el caso que nos ocupa, de acuerdo a la narración de los hechos y a la información suministrada en la solicitud de la opinión, se trata de marcas comerciales que tal y como lo establece la Ley de propiedad industrial comprende todo signo, figura, dibujo, palabra o combinación de palabras, leyenda y cualquiera otra señal que revista novedad, usados por una persona natural o jurídica para distinguir los artículos que produce, aquéllos con los cuales comercia o su propia propia empresa. Entre ellas las marcas comerciales (...)

(...)

En consecuencia, y con base a la Convención Interamericana Sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, esta Dirección procede a establecer los siguientes puntos:

1.- Cuando se necesita la evidencia u otras formas de asistencia legal, como declaraciones de testigos o el servicio de documentos de un soberano extranjero, los Estados pueden intentar cooperar informalmente a través de sus respectivas agencias policiales o, alternativamente, recurrir a lo que generalmente se denomina solicitudes para "Asistencia Legal Mutua".

Con respecto a este punto y según el caso planteado, la Autoridad Panameña con base a la aplicación del articulado de la Convención anteriormente mencionada, lo que busca es recabar información a través de la declaración indagatoria, sin que esta declaración implique la imputación de la misma, razón por la cual el Estado venezolano puede prestar la asistencia solicitada al Estado requirente, de conformidad con tratados bilaterales y multilaterales que obligan a los países a proporcionar asistencia y a la reciprocidad entre los mismos; siempre y cuando no afecte el derecho a la defensa de la investigada.

La Asistencia Mutua en Materia Penal, es un mecanismo mediante el cual un Estado presta su colaboración a otro, para llevar a iniciar una investigación, con la finalidad de recabar elementos probatorios que permitan esclarecer el hecho punible.

2.- La Asistencia Mutua puede tomar la forma de examinar e identificar personas, lugares y cosas, transferencias de custodia y proporcionar asistencia con la inmovilización de los instrumentos de actividad delictiva.

En el caso objeto de estudio, esta asistencia versaría sobre la solicitud de diligencias de investigación, cuyos elementos de verificación estarían constituidos por documentos, testimonios, cuando son personas jurídicas Registro de Información Fiscal (RIF), recibos de pago, que demuestren el origen y la obtención de la mercancía que se encontró en los contenedores, así como la experticia de los conocedores de las marcas (...) que fueron objeto de retención y que se encuentran bajo investigación por las autoridades panameñas; todo ello con la finalidad de determinar si dichas marcas son o no originales, o si fueron objeto de falsificación.

Con relación a la Asistencia Mutua en Materia Penal, se distinguen dos tipos de Asistencia:

a) La de mera asistencia: relacionada con los propios actos de la investigación, con la actividad indagatoria, medidas asegurativas de carácter instrumental, pruebas como experticias, entrevistas, entre otras.

Las de grávamen: que implica allanamientos o inspecciones a lugares y objetos, secuestro de bienes, bloqueo de cuentas bancarias y que por lo general, son de naturaleza judicial.

3.- Se considera pertinente a la Autoridad Panameña para pronunciarse sobre la citación de la ciudadana quien debería comparecer ante las autoridades panameñas para rendir declaraciones en calidad de testigo, previa notificación por escrito de la presunta comisión de los delitos o cargos por los cuales esta siendo investigada, en este caso **“CONTRA LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL”** con la finalidad de ponerse a Derecho y ejercer su derecho a la defensa; ya que cometió un delito en País extranjero, sin permitir la realización del acto de imputación, en virtud que en dicha Convención no contempla el acto de imputación, sino que la finalidad del mismo, es la de coadyuvar en la investigación que el Estado requirente necesite para el esclarecimiento del presunto hecho punible.

Sin embargo, cuando el Estado requirente solicite la comparecencia de una persona en su territorio para prestar testimonio o rendir informe, el Estado requerido invitará al testigo o perito a comparecer en forma voluntaria ante la autoridad competente del Estado requirente y sin utilizar medidas coercitivas. De igual forma, si se considera necesario, la Autoridad del Estado requerido podrá registrar por escrito el

consentimiento de la persona a comparecer en el Estado requirente, informando con prontitud la Autoridad del Estado requerido a la Autoridad del Estado requirente de dicha respuesta.

Con respecto, a la figura del juzgamiento en ausencia, que la legislación panameña admite, pero que la legislación venezolana no contempla, observa esta Dirección que de juzgarse bajo estas circunstancias en el país extranjero, traería como consecuencia el menoscabo en el Derecho a la Defensa de la ciudadana anteriormente mencionada.

4.- De igual manera, es importante mencionar que así como lo establece el Convenio de Asistencia Mutua, dicha asistencia puede ser denegada por el país requerido por razones políticas o de seguridad, si la solicitud se refiere a un delito político o conexo con un delito político, o delito común perseguido por una razón política; o si el delito en cuestión no es igualmente punible en ambos países; o cuando la investigación ha sido iniciada con el objeto de procesar, castigar o discriminar en cualquier forma contra persona o grupo de personas por razones de sexo, raza, condición social, nacionalidad, religión o ideología; se trata de una solicitud originada a petición de un tribunal de excepción o de un tribunal ad hoc; se afecta el orden público, la soberanía, la seguridad o los intereses públicos fundamentales.

(...)

En efecto, la representación fiscal requerida ejecuta materialmente el acto de investigación, cumple con un mandamiento que le es atribuible al encargado de ejercer la acción penal y la instrucción del Estado requirente quien es el que solicita la asistencia mutua y que sigue siendo el director de la investigación, es decir, realiza en su nombre los actos propios de la pesquisa o investigación.

Tal y como lo establece el Convenio objeto de estudio a solicitud del Estado requirente cualquier persona que se encuentre en el Estado requerido será citada a comparecer conforme a la legislación del Estado requerido ante autoridad competente para prestar testimonio o aportar documentos, antecedentes o elementos de prueba.

En consecuencia, se le instruye al Fiscal que debe abstenerse de dictar orden inicio de investigación al recibir Solicitudes de Asistencia Mutua en Materia Penal en el marco de un proceso penal adelantado por un Estado extranjero.

(...)

Es importante acotar que la Dirección de Revisión y Doctrina tiene la facultad de emitir opiniones con el fin de asesorar u orientar sobre la base de la Doctrina a los Fiscales del Ministerio Público con respecto a determinado caso, más no tiene la facultad de dar directrices sobre cuál debería ser el procedimiento o el proceder de determinado Fiscal en las distintas competencias o materias, para ello éste debe dirigirse a su Dirección de Adscripción que es la competente para dictarle las directrices a sus Fiscales sobre los pasos o procedimiento a seguir en el caso concreto.

Asimismo, es importante señalar que la aplicación de la Doctrina Institucional y de las circulares son de estricto cumplimiento.

En relación al punto anterior, hacemos referencia a la Circular N° DFGRVFGR-DGAP-DGCDO-DAI-DRD-004 de fecha 28-11-2016 sobre Solicitudes de Asistencia Mutua en Materia Penal.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO AÑO 2020”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 27/07/2023

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: PENAL ADJETIVO

4.- TEMA: RELACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO CON EL CUERPO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS, PENALES Y CRIMINALÍSTICAS (CICPC) Y ÓRGANOS DE INVESTIGACIÓN PENAL

5.-MÁXIMA

(...) reforzar la vigilancia de cada una de las actividades de investigación criminal dirigida por esta Institución, para perfeccionar la efectividad de la justicia en el proceso penal, y con ello evitar vulneraciones a los derechos civiles inherentes al ser humano. Por ello se hace necesario e imperativo el cumplimiento y el estricto orden (acrius imperavi).(…)

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO DRD-01-065-2020

6.2.- FECHA: 26/10/2020

6.3.- RESUMEN

(…)

En atención al debido cumplimiento a la normativa legal establecida en la Ley Orgánica Del Ministerio Público en su artículo 31 numeral 11 el cual establece:

“...Ordenar, dirigir y supervisar las actividades del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, así como de los órganos con competencia especial y de apoyo en materia de investigaciones penales dentro del curso de la investigación...”

(…)

En relación con lo establecido en el Artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece:

*“... Son atribuciones del Ministerio Público: 1. Garantizar en los procesos judiciales el respeto a los derechos y garantías constitucionales, así como a los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República. 2. Garantizar la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, el juicio previo y el debido proceso. 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 participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración...
(*Subrayado y cursiva nuestro.*)

En franca relación con lo establecido en el artículo 3 de la Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas lo siguiente:

*“...La actuación del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y demás órganos de Investigación **Penal está sujeta a la Dirección del Ministerio Público, como rector de la investigación, de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Procesal Penal.** La Ley Orgánica del Ministerio Público, La presente ley y su Reglamento...”* (*Subrayado y cursiva nuestro*)

Adminiculado igualmente, con lo establecido en la Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas en su artículo 15 que señala La Competencia que deben cumplir los Órganos de Apoyo a la Investigación Penal que son los siguientes:

(...)

6) Brindar asesoría técnica en la investigación criminal, a solicitud del Ministerio Público. Y

7) Las que le sean atribuidas por la Ley. (*Subrayado y cursiva nuestro*)

(...)

En tal sentido, cabe reiterar que esta Dirección de Revisión y Doctrina, como máxima y última interprete de las doctrinas que rigen el funcionamiento y los procedimientos del Ministerio Público en el ánimo de garantizar la supremacía y efectividad de las normas para ser cumplir las instrucciones y directrices emitidas por el Titular del ejercicio de la Acción Penal a los diferentes Cuerpos Policiales de Investigaciones Penales y órganos con Competencia Especial, facultados por la Ley adjetiva Penal en su artículo 113, el cual dispone:

“... son Órganos de Policía de investigaciones penales los funcionarios o funcionarias a los cuales la Ley acuerde tal carácter, y todo otro funcionario o funcionaria que deba cumplir la funciones de investigación que este Código establece...”

Por mandato expreso de lo establecido en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que señala:

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

En aras de fortalecer la eficiencia, la transparencia y la responsabilidad de la Institución del Ministerio Público como de cada uno de los Cuerpos de Investigación Penal; se hace necesario reforzar la vigilancia de cada una de las actividades de

investigación criminal dirigida por esta institución, para perfeccionar la efectividad de la justicia en el proceso penal, y con ello evitar vulneraciones a los derechos civiles inherentes al ser humano. Por ello se hace necesario e imperativo el cumplimiento y el estricto orden (*acrius imperavi*) de lo estatuido en el Artículo 3 de Decreto con Fuerza de Ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.

*“...La actuación del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y demás órganos de investigación penal **está sujeta a la dirección del Ministerio Público,** como rector de la investigación, de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Procesal Penal, la Ley Orgánica del Ministerio Público, el presente Decreto Ley y su Reglamento.”*

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO AÑO 2020”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 27/07/2023

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: PENAL ADJETIVO

4.- TEMA: LA DEVOLUCIÓN DE UN INMUEBLE EL CUAL FUERA INCAUTADO PREVENTIVAMENTE CON OCASIÓN A UNA INVESTIGACIÓN EN MATERIA DROGAS.

5.-MÁXIMA

(...) tercero interesado en su condición de representante de la sucesión de su padre, solicita le sean restituidos los derechos que alega tener sobre el inmueble el cual fuera incautado preventivamente con ocasión a una investigación en materia drogas.(...)

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO DRD-01-065-2020

6.2.- FECHA: 26/10/2020

6.3.- RESUMEN

(...)

Ahora bien con respecto al caso en estudio, esta Dirección haciendo un análisis axiológico del procedimiento, señalado por el tercero interesado, se hace necesario señalar que el texto Adjetivo Penal, en el artículo 518 del Código Orgánico Procesal Penal lo siguiente:

“Las disposiciones del código 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.

Las decisiones que se dicten con ocasión de las medidas preventivas relacionada con el aseguramiento de bienes muebles e inmuebles, será impugnables únicamente por los medios y en los casos expresamente establecidos en este Código”.

Tomando en consideración que el ciudadano, actuando como tercero interesado en la presente causa en su condición de representante de la sucesión de su padre, solicita le sean restituidos los derechos que alega tener sobre el inmueble señalado en los hechos narrados anteriormente, es importante verificar lo establecido en el artículo 370 ordinal 1° del Código Procedimiento Civil:

"Los terceros podrán intervenir o ser llamados a la causa entre otras personas en los casos siguientes:

Cuando el tercero pretenda tener un derecho preferente al del demandante o concurrir con este en el derecho alegado fundándose en el mismo título o que son suyos los bienes demandados o embargados o sometidos a secuestro o a una prohibición de enajenar y gravar o que tiene derecho a ellos".

Por otra parte, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 115 el cual establece lo siguiente:

"..Se garantiza el derecho a la propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Solo por causa de utilidad pública o interés social mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes"

Al respecto, estableció la Sala Constitucional en Sentencia Numero 1.516 de fecha 6/12/2000:

"Derecho de propiedad del contenido de derecho de propiedad comporta para quien lo ostenta, el derecho de usar y gozar y disfrutar sus bienes de las obligaciones en esta Ley"

En tal sentido, la doctrina ha señalado que este derecho tiene un carácter repetitivo en razón de que está sujeto a una reglamentación mediante una ley siempre y cuando se realice a los fines de colocar el límite para configurar la garantía de derechos constitucionales o bien por razones de utilidad pública o bien general.

Colorario a lo ante expuesto, establece el constituyente en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que uno de los fines del Derecho es la justicia el cual establece literalmente lo siguiente

"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."

Aunado a ello establece la norma adjetiva penal en el artículo 293 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal, Devolución de objeto:

"...El Ministerio Público devolverá lo ante posible los objetos recogidos o que se incautaron y que no son imprescindible para la investigación. No obstante, en caso de retraso injustificado del Ministerio Público, las partes o los terceros interesados podrán acudir ante el juez o jueza de control solicitando su devolución, sin perjuicio

de la responsabilidad civil, administrativa y disciplinaria en que pueda incurrir el o la fiscal si la demora le es imputable.

El juez o jueza y el Ministerio Público entregarán los objetos directamente o en depósito con la expresa obligación de presentarlos cada vez que sean requeridos.

Las autoridades competentes deberán darle cumplimiento inmediato a la orden que en este sentido impartan el juez o jueza o el o la fiscal, **so pena de ser enjuiciados o enjuiciadas por desobediencia a la autoridad, conforme a lo dispuesto en el Código Penal**

En relación con los artículos precedentes ha establecido al respecto la Sala Constitucional en sentencia número 1.412 del 30/06/ 2005 lo siguiente:

*“...Ahora bien de lo contenido de los artículo precedentes antes señalado se observa esta sala que si bien el legislador en el derecho de propiedad fue inflexible el referido procedimiento de entrega ya que debe estar comprobado **sin que medie duda alguna la titularidad del derecho de propiedad que posee un ciudadano sobre el objeto recuperado que se relaciona con el proceso penal para que pueda ordenar la entrega.** No obstante a juicio de esta sala tanto el Ministerio Público como el juez de control debe ser lo suficiente diligente ordenar (sic) la práctica de todos los dictámenes periciales necesarios según las características en cada caso en concreto a los fines de establecer la identificación de los objetos del delito el cual pudo ser sometido a una alteración incorporación, remoción que la individualiza o que presenten irregularidades en la documentación. **(Subrayado y negrilla nuestro)***

No obstante, del análisis del escrito del tercero interesado se observa, que el ciudadano [...] quien afirma que por el **DERECHO DE SUCESIÓN**, que tiene en el inmueble donde detuvieron al ciudadano, [...] por tener en su contra una causa penal por unos de los delitos tipificado en nuestro ordenamiento jurídico. Esta Dirección de Revisión y Doctrina, constata que la solicitud del tercero interviniente, versa en sentido primigenio sobre disposiciones constitucionales del derecho a petición que le asiste de conformidad con lo establecido en el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. pero yerra, al omitir el trámite del mecanismo procesal adjetivo previsto para ello, establecido en el artículo 294 relativo a las cuestiones incidentales que dispone dicha norma en lo tocante a la tercería que dispone lo siguiente:

*“...Las reclamaciones o tercerías que las partes o terceros entablen durante el proceso **con el fin de obtener la restitución de objetos recogidos o que se incautaron se tramitaran ante el juez o jueza de control, conforme a las normas previstas por el Código de Procedimiento Civil para las incidencias.** El tribunal devolverá los objetos, salvo que estime indispensable su conservación. Lo anterior no se extenderá a las cosas hurtadas, robadas o estafadas, las cuales se entregarán al propietario en cualquier estado del proceso, una vez comprobadas su condición por cualquier medio y previo avalúo”. **(Subrayado y negrilla nuestro).***

De lo anteriormente señalado, puede inferirse que dicha solicitud debe hacerse por ante el Tribunal en funciones de Control competente para ello, en este caso en concreto, y no por ante el Fiscal del Ministerio Público actuante, aunado a que la etapa procesal del presente caso se encuentra en Fase Intermedia por Acusación presentada por el Fiscal del Ministerio Público; por contraste a lo dispuesto por el artículo 518 del Código Orgánico Procesal Penal, se aplicará por remisión a las normas relativas previstas en el Código de Procedimiento Civil, y además será en el acto de la Audiencia Preliminar que el Juez de la causa deberá pronunciarse al efecto, de acuerdo a lo previsto en los artículos 585 y 586 del Código De Procedimiento Civil, que disponen lo siguiente:

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 el Derecho que se reclama”.*

Artículo 586: *“El juez limitará las medidas que trata este título, a los bienes que sean estrictamente necesarios para garantizar las resultas del juicio. A tal fin, si se comprueba que los bienes afectados exceden la cantidad de lo cual se decretó la medida, el Juez limitara los efectos de ésta a los bienes suficientes, señalándolos con toda precisión. En este caso, se aplicará lo dispuesto en el artículo 592, Capítulo II del presente Título”.*

Por consiguiente, concluye esta Dirección de Revisión y Doctrina que el escrito del peticionario como tercero interviniente, no reúne los requisitos de procedibilidad, lo procedente y ajustado a derecho es que el tercero interviniente trámite dicha solicitud de acuerdo al artículo 294, en relación con los artículos 518, y concatenado con los artículos 585 y 586 del Código Orgánico Procesal Penal por ante el Juez de la causa a fin de que se le garantice la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

Caso contrario resulta, cuando es el propietario poseedor legítimo a quien su Derecho de Propiedad ha sido presuntamente vulnerado y solicita al Ministerio Público la devolución de los objetos incautados al considerar que el mismo no está vinculado con la causa objeto pasivo que se investiga. En este supuesto los Copropietarios, Coherederos y Herederos podrán ejercer el Derecho Legítimo sobre el inmueble mencionado, previa comprobación Jurídica Sucesoral.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO AÑO 2021”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 27/07/2023

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: PENAL SUSTANTIVO

4.- TEMA: DELITO DE FABRICACIÓN, ALMACENAMIENTO O VENTA DE LA MONEDA O TÍTULOS VALORES FALSIFICADOS

5.-MÁXIMA

(...)

aquel que detente, distribuya o circule dinero alterado o falsificado en la República Bolivariana de Venezuela no comete delito, pues, dicha conducta es absolutamente atípica y no encuentra refugio en dispositivo penal alguno”. (...)

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO DRD-062-2021

6.2.- FECHA: 17/06/2021

6.3.- RESUMEN

(...)

Antes de abordar el tema, debemos destacar que el ordenamiento jurídico comprende un conjunto sistemático de normas coherentes o armónicas que entre sí forman un sistema unitario, pudiendo ser identificado desde el punto de vista dinámico o estático¹ del cual emanan un conjunto de leyes que tienen como por objeto regular situaciones jurídicas determinadas provenientes de actos o hechos jurídicos. Este sistema de producción normativa se crea bajo un esquema que, para su formación, encuentra su proceso en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), que culmina con la promulgación y publicación en la Gaceta Oficial haciéndola obligatoria de pleno derecho, a menos que la misma ley indique una fecha posterior para su entrada en vigencia (vacatio legis).

Su obligatoriedad, encuentra asidero en el artículo 1 del Código Civil² venezolano y se extingue cuando la ley queda derogada expresa o tácita, total o

¹ Para **Kelsen**, el sistema normativo dinámico refiere a que la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una causalidad inmediatamente evidente la de poder ser referida a la norma fundamental, como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico, mientras que el sistema normativo estático, la validez de las normas se obtiene no mediante una serie de deducciones a partir de una norma fundamental sino teniendo en cuenta la autoridad que las ha expedido (**Ob. Cit.** Noguera Laborde Rodrigo Introducción al Derecho Libro IV Universidad Sergio Arboleda Bogotá, Colombia. 2015)

² Artículo 1° La Ley es obligatoria desde su publicación en la Gaceta Oficial o desde la fecha posterior que ella misma indique

parcialmente por otro instrumento legal o se abroga por un referendo (**artículo 218 del Texto Constitucional**)³. También una ley puede perder su vigencia cuando cumple el término señalado en la misma o desaparecen las circunstancias que justificaron su nacimiento, situación que puede estar perfectamente regulada en el texto normativo.

Es por ello que la ley dictada por el Parlamento y desde el ámbito penal, según el tratadista Bacigalupo (1999)⁴, solo:

“...cumplirá con el principio de legalidad si contiene una descripción de las prohibiciones y de las sanciones previstas para su violación que pueda considerarse exhaustiva. En principio, serán exhaustivas aquellas disposiciones que contengan todos los presupuestos que condicionan la pena y determinen la consecuencia jurídica”.

Ahora bien, adentrándonos al caso en estudio, es imprescindible hacer referencia a la doctrina **N° DRD-0047603** de fecha 30 de junio de 2012, mediante la cual se concluyó, entre otras cosas, que:

“A partir de octubre 2001 todo aquel que detentara, distribuyera o circulara dinero alterado o falsificado, no cometía una conducta penalmente relevante pues el legislador había dispuesto la despenalización absoluta del delito de circulación de monedas falsificadas o alteradas”.

Sobre este tópico, debemos considerar que más de 60 años de vigencia del Código Penal de 1926 (con su reforma de 1964), en fecha 4 de diciembre de 1992, el extinto Congreso de la República promulgaba la Ley del Banco Central de Venezuela (Gaceta Oficial N° 35.106), señalando en el artículo 101 que:

“Será castigado con presidio de cuatro (4) a ocho (8) años:

- 1)** Quien quiera que haya falsificado moneda nacional o extranjera.
- 2)** Quien, de alguna manera, haya alterado la moneda para aumentar o aparentar mayor valor.
- 3)** Quienquiera que, sin haber participado en la falsificación o en la alteración de la moneda a que se refieren los numerales anteriores, pero en concierto con quienes las hubieren efectuado o con otras personas interpuestas, **detenten las monedas así falsificadas o alteradas, las distribuyan o de cualquier modo las pongan en circulación.**
- 4)** Quien utilice o posea equipos y materiales destinados a la elaboración de monedas de curso legal, con la finalidad de obtener para su beneficio o de un tercero, monedas idénticas a las producidas

³ **Artículo 218°.** Las leyes se derogan por otras leyes y se abrogan por referendo, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución. Podrán ser reformadas total o parcialmente La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas

⁴ **Ob. Cit.** Derecho Penal. Parte General. 2° Editorial Hammurabi. Argentina. 1999. Pág. 126.

legítimamente por la autoridad competente”. **(Negritas lo nuestros)**

Con ello, quedó claro que el artículo 101 de la Ley del Banco Central de Venezuela (1992) tipificaba el **Delito de Circulación de Monedas Falsificadas o Alteradas** en los mismos términos que el Código Penal (1926) había establecido. Por ende, para no dejar espacio a dudas sobre los efectos derogatorios que colegía la Ley del Banco Central de Venezuela (1992), su artículo 120, advertía que:

“Se derogan todas las disposiciones de otras leyes que colidan con las normas de la presente Ley”.

Ahora bien, bajo dicho fenómeno de sucesión de leyes era evidente que el delito de circulación de monedas falsificadas o alteradas debía ser atribuido ya en función de lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley del Banco Central de Venezuela (1992) y no sobre la base de lo prescrito en el Código Penal. El tipo penal en referencia de la ley penal sustantiva había sido derogada y, por tanto, sólo la Ley del Banco Central de Venezuela de esa época establecía su punición.

Posteriormente, el 03 de octubre de 2001, fue publicada la Reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela (Gaceta Oficial N° 37.296). Para el texto de la citada Ley (2001) eliminaba el tipo penal de circulación de monedas falsificadas o alteradas, es decir, despenalizaba la conducta y desaparecía su carácter típico. La nueva Ley careció de un capítulo dedicado a las sanciones penales y se suprimió cualquier consideración típica que dedujera el carácter ilícito de la **“Circulación de Monedas Falsificadas o Alteradas”**.

Como corolario a lo anterior, la propia Ley (2001) contenía además una elocuente disposición derogatoria que puntualizaba lo siguiente:

“Disposición Derogatoria. Queda derogada la Ley del Banco Central de Venezuela del 4 de diciembre de 1992, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35.106, así como todas las normas contrarias a la presente Ley”. **(En negritas añadidas).**

En tal sentido, la derogación tuvo sus efectos sobre la ley afectada en un plano mediato, pues modificó la estructura del sistema normativo del Banco Central de Venezuela visto como un todo, y alteró el conjunto de artículos que pertenecía a la ley derogada, todo ello a raíz del cambio constitucional que se produjera en el año de 1999.

En función de todo lo expuesto, la Dirección de Revisión y Doctrina resume las siguientes consideraciones de acuerdo a la opinión **N° DRD-0047603** de fecha 30 de junio de 2012. Por consiguiente:

- 1.** La fórmula típica del artículo 300 del vigente Código Penal fue derogada por el artículo 101 de la Ley del Banco Central de Venezuela promulgada en fecha 04 de diciembre de 1992 (Gaceta Oficial N° 35.106).
- 2.** La Ley del Banco Central de Venezuela de 1992 fue derogada por la Ley del Banco Central de Venezuela de fecha 03 de octubre de 2001 (Gaceta Oficial

N.º 37.296). La Ley de 2001 despenalizó el delito de circulación de monedas falsificadas o alteradas (el derogado artículo 101 de la Ley de 1992) y suprimió su relevancia típica del nuevo texto.

3. Las reformas sucesivas de la Ley del Banco Central de Venezuela (entiéndase: 2002, 2005, 2009, 2010, 2014 y 2015) no determina adecuación típica alguna al respecto, concerniente al delito circulación de monedas falsificadas o alteradas.

4. Actualmente, todo aquel que detente, distribuya o circule dinero alterado o falsificado no comete delito alguno. Dicha conducta es absolutamente atípica y no encuentra refugio en dispositivo penal alguno.

5. No obstante, es preciso advertir que en materia de falsificación de monedas, debe tenerse presente la fórmula típica del artículo 16, numeral 10, de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada. Asimismo, los Fiscales no deben obviar la imputación de cualquier otro tipo penal en el cual pudiesen estar incurso los agentes investigados, como por ejemplo, el delito de legitimación de capitales.

Ahora bien, sobre quinto punto relacionado a “la fórmula típica del artículo 16 numeral 10 de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada”, [...] considera pertinente señalar que a raíz de la Reforma de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela con el N.º 39.912, de fecha 30 de abril de 2012), se estableció en su disposición derogatoria lo que a continuación se describe:

“Primera. Se deroga la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No 5.789 Extraordinario de fecha **26 de octubre de 2005**. Segunda. Se deroga el Decreto No 4.806 de fecha 14 de septiembre de 2006, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No 38.522 de la misma fecha, mediante el cual se ordena la creación de la Oficina Nacional Contra la Delincuencia Organizada”.

Por ende, de acuerdo al análisis normativo y de la sucesión de leyes, el artículo 16, en su numeral 10, de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (2005) quedó expresamente derogado.

Como corolario a lo antecedido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N.º 942 del 21 de julio de 2017⁵ señaló someramente, entre otras cosas, lo que sigue:

“Ahora bien, con respecto a la denuncia de que al accionante se le estaría juzgando por un delito inexistente, pues el tipo penal denominado falsificación de monedas, previsto en el cardinal 3º del artículo 298 del Código Penal se encuentra despenalizado y dicha

⁵Sentencia N. 942 de fecha 21 de julio de 2015. (Caso: Ismael Pérez Torrealba). Con ponencia del Magistrado Arcadio de Jesús Delgado Rosales. Expediente N.º 2013-1185.

norma derogada, la Sala estima que ello constituye la razón que motivó la solicitud de nulidad de la acusación fiscal formulada en la audiencia preliminar y, además, es uno de los aspectos impugnados en la apelación interpuesta contra la declaratoria sin lugar de esa petición, por lo que siendo así resulta un pronunciamiento de fondo que corresponde hacer a la Corte de Apelaciones que conozca de dicho recurso; y así se declara”.

Ahora bien, vinculada a la cuestión de la ley como única fuente del derecho penal, y de acuerdo a nuestro sistema normativo, los actos y los hechos creadores de situaciones jurídicas determinadas se rigen por las leyes preexistentes sobre la base en que una razón debe existir igual disposición con el efecto inmediato, es, entonces, el gobierno de las leyes quienes regulan las relaciones con los efectos futuros de situaciones jurídicas “*Principio Nullum Crimen*”.

En tal sentido, sobre la base de los principios derivados del mandato de legalidad, el maestro Zaffaroni⁶, considera que el “Principio de la Máxima Taxatividad Legal o Interpretativa” obliga al legislador agotar los recursos técnicos para dar la mayor precisión posible a sus conceptos y límites, ya que, los “...defectos legislativos deben ser sancionados por el derecho penal con la interpretación más restrictiva del ámbito de lo prohibido o con la inconstitucionalidad. La integración analógica de la ley penal (completar la ley penal por analogía con hipótesis que no contempla) está prohibida in malam partem. In bonam partem es admisible cuando lo impone la racionalidad de la interpretación. Como la ley penal (no el derecho penal) es discontinua (selecciona de lo antijurídico sólo algunas acciones) la interpretación en principio debe ser la más restrictiva posible”.

De modo que, desde la fundamentación fáctica y ante una eventual pretensión en el proceso penal, la atribución al imputado en la comisión del hecho punible debe ser típico, pues, solo la existencia de una conducta penalmente antijurídica da origen a la propia acción penal y al proceso penal en su máximo esplendor, ya que, constitucionalmente el sujeto activo del hecho será responsable por actos definidos previamente en la ley. Ahora bien, si tal conducta está debidamente definida y prevista en la norma, ni la responsabilidad, ni el grado de ésta pueden edificarse o intuirse sobre puntos de partida distintos a la voluntad del legislador.

⁶Ob. Cit. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Estructura Básica del Derecho Penal. Editorial Ediar, Argentina. 2009. Pág. 42.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO AÑO 2021”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 27/07/2023

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: PENAL SUSTANTIVO

4.- TEMA: ALGUNOS TIPOS PENALES PREVISTO Y SANCIONADO EN LEY CONSTITUCIONAL CONTRA EL ODIOS, POR LA CONVIVENCIA PACÍFICA Y LA TOLERANCIA

5.- MÁXIMA

(...)

grupo de personas, activistas del Movimiento Social Afrovenezolano, que solicitan abrir una investigación y tomar medidas, contra quienes emitieron diferentes declaraciones y manifestaciones racistas a través de diversos medios de comunicación y redes sociales contra las expresiones culturales y espirituales de nuestro Pueblo Afrodescendiente.

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO DRD-11-072-2021

6.2.- FECHA: 09/07/2021

6.3.- RESUMEN

(...)

Ahora bien, sobre el hecho punible [...] hacer referencia a los tipos penales previstos en el **Código Penal**¹ y en la **Ley Constitucional contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia**².

Sobre al delito de instigación al odio, previsto y sancionado en el artículo 285 del Código Penal, estipula lo que sigue:

“Artículo 285. Quien instigare a la desobediencia de las leyes o al odio entre sus habitantes o hiciere apología de hechos que la ley prevé como delitos, de modo que ponga en peligro la tranquilidad pública, será castigado con prisión de tres años a seis años”.

Con ocasión a los hechos punibles tipificado en la ley constitucional, se destaca lo siguiente:

¹ Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en fecha 13 de abril de 2005, con el N.º 5.768. Extraordinaria.

² Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en fecha 10 de noviembre de 2017, con el N.º 41.276.

"Delito de promoción o incitación al odio"

Artículo 20.- Quien públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública fomente, promueva o incite al odio, la discriminación o la violencia contra una persona o conjunto de personas, en razón de su pertenencia real o presunta determinado grupo social, étnico, religioso, política, de orientación, sexual, de identidad de género, de expresión de género o cualquier otro motivo discriminatorio será sancionado con prisión de diez a veinte años, sin perjuicio de la responsabilidad civil y disciplinaria por los daños causados.

Agravante por motivos de odio e intolerancia

Artículo 21.- Será considerado como un agravante de todo hecho punible que sea ejecutado o incrementado por motivo de la pertenencia, real o presunta, de la víctima a determinado grupo racial, étnico, religioso o político, así como por motivos de género, orientación sexual, identidad de género, expresión de género o cualquier otro motivo discriminatorio. En estos casos la sanción aplicable será el límite máximo de la pena establecida para el hecho punible correspondiente.

Sanción por la difusión de mensajes a favor del odio y la guerra

Artículo 22.- El prestador de servicio de radio o televisión que difunda mensajes que constituyan propaganda a favor de la guerra o apología del odio nacional, racial, religioso, político o de cualquier otra naturaleza serán sancionados con la revocatoria de la concesión, de conformidad con el procedimiento establecido en la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos.

En el caso de las redes sociales y medios electrónicos si la difusión de los mensajes a que hace referencia este artículo, no es retirada dentro de las seis horas siguientes a su publicación, la persona jurídica responsable de la misma será sancionada con multa desde cincuenta mil a cien mil unidades tributarias. Así mismo, dará lugar al bloqueo de los portales, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que hubiere lugar. El prestador de servicio de radio o televisión durante la difusión de mensajes en vivo y directo, solo será responsable de las infracciones previstas en la presente Ley o de su continuación, cuando la Administración demuestre en el procedimiento que aquél no actuó de forma diligente."

De acuerdo a lo antes expuesto, dichas normas tienen como propósito en contribuir a generar las condiciones necesarias para promover y garantizar el reconocimiento de la diversidad, la tolerancia, el respeto recíproco, así como para prevenir y erradicar todo tipo de odio, desprecio, hostigamiento, discriminación y violencia.

Ahora bien, en términos claros, el delito de odio, constituye la exteriorización de la conducta delictiva humana basada en prejuicios, en los que se selecciona a una

víctima, que debido a su etnia, origen, nacionalidad, religión, grupo social, entre otros, se le inflige discriminación social, amenazas, lesiones o hasta la muerte.

De acuerdo a la Guía Práctica de la Persecución Penal de los Delitos de Odio (2016)³, en algunos delitos de odio: "... la agresión a las víctimas no se produce en atención a sus características personales, sino por su relación con una o varias personas contra quien el autor tiene un prejuicio". De tal manera que el prejuicio que motiva los delitos contemplados es el mismo que en aquellos casos en que la víctima pertenece a un grupo diferente que el autor, y por ende, de acuerdo a este informe, al Ministerio Público le correspondería exclusivamente probar la motivación subjetiva del inculpado para que el delito de odio sea considerado de esta naturaleza.

Como vemos, estos delitos se dirigen y/o materializan contra uno o más miembros de un grupo, o contra los bienes asociados al mismo, que comparten una característica común. Por ello, en algunos países la persecución de estas conductas criminal se circunscriben en el marco de la delincuencia extremista o con motivaciones políticas, ya que, el prejuicio puede llegar hasta niveles de extrema de brutalidad y crueldad.

En el mismo contexto, otro problema grave que se presenta, y que puede generar el daño colateral, es la expresión pública de incitación al odio que avivan el conflicto a mayor escala. Por consiguiente, teniendo la Ley Constitucional el objeto de contribuir a generar las condiciones necesarias para promover y garantizar el reconocimiento de la diversidad, la tolerancia y el respeto recíproco, así como para prevenir y erradicar toda forma de odio, desprecio, hostigamiento, discriminación y violencia, a los fines de asegurar la efectiva vigencia de los Derechos Humanos, favorecer el desarrollo individual y colectivo de la persona, preservar la paz y la tranquilidad pública y proteger a la Nación, los delitos de odio son actos delictivos de **acción pública** penalizados por la ley, ya que, se encuentra descrita en una norma jurídica sustantiva específica que contempla el prejuicio como elemento constitutivo de su definición legal.

De igual manera, se observa la tipificación de las normas agravantes específicas definidas en la ley constitucional, puesto que aparece en un artículo inmediatamente posterior al que define la infracción de base correspondiente (Vid. Artículo 21).

³ Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia. España. 2016
Pág. 49.

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO AÑO 2021”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 27/07/2023

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: PENAL ADJETIVO

4.- TEMA: LA RECONSTRUCCIÓN DE HECHOS COMO PRUEBA ANTICIPADA EN MATERIA DE EXTORSIÓN Y DE SECUESTRO

5.- MÁXIMA

(...) la prueba de reconstrucción de los hechos como prueba anticipada en materia de extorsión y de secuestro donde se encuentran incursos funcionarios policiales por la comisión del delito de extorsión agravada alegando la defensa que los hechos narrados por la víctima no ocurrieron como fueron plasmados en la denuncia y su ampliación. (...)

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO DRD-06-075-2021

6.2.- FECHA: 12/07/2021

6.3.- RESUMEN

(...)

Resulta necesario determinar que la reconstrucción de hechos se relaciona con la demostración física de la forma en cómo se originaron los sucesos cuando existe duda de cómo sucedieron. Es considerada una investigación de instrucción, la cual tiene como finalidad comprobar y precisar el hecho que se investiga o algún aspecto fundamental del mismo. Para que se lleve a cabo esta diligencia, se debe formalizar mediante solicitud por el representante fiscal o por el defensor del imputado, teniendo como propósito hacer una reproducción o dramatizar los actos que fueron ejecutados durante el momento en que acontecieron los hechos.

Del mismo modo, es imprescindible destacar que el Código Orgánico Procesal Penal vigente no conceptualiza de forma precisa la reconstrucción de los hechos, sin embargo, establece las bases jurídicas para solicitar dicha diligencia, sustentado en el principio de la libertad de prueba, como lo refiere el siguiente artículo:

“Artículo 182: Salvo previsión expresa en contrario de la ley, **se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso y por cualquier medio de prueba, incorporado conforme a las disposiciones de este Código y que no esté expresamente prohibido por la ley.**

Regirán, en especial, las limitaciones de la ley relativas al estado civil de las personas.

Un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse, directa o

indirectamente, al objeto de la investigación y ser útil para el descubrimiento de la verdad. Los tribunales podrán limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando haya quedado suficientemente comprobado con las pruebas ya practicadas. El tribunal puede prescindir de la prueba cuando ésta sea ofrecida para acreditar un hecho notorio.” **(Negrillas nuestras)**

Sin embargo, en el Código de Procedimiento Civil se encuentra su fundamento probatorio en el artículo 503, el cual establece:

“Artículo 503: Para comprobar que un hecho se ha producido o pudo haberse producido en una forma determinada, podrá también ordenarse la reconstrucción de ese hecho, haciendo eventualmente ejecutar su reproducción fotográfica o cinematográfica. El Juez debe asistir al experimento, y si lo considera necesario, podrá encomendar la ejecución a uno o más expertos que designará al efecto.”

De manera que, tomando la reconstrucción de hechos como una diligencia investigativa basada en una inspección¹ en el sitio del suceso, hay que destacar que es una prueba personal, ya que, llega al proceso mediante acto humano con incorporación de testigos, imputados con su respectivo defensor, víctimas, funcionarios y expertos. Es menester también resaltar que el Código Orgánico Procesal Penal enmarca que mediante este tipo de diligencias lo que se busca es comprobar el estado de los lugares, cosas, rastros y los efectos materiales que puedan existir y sean beneficiosos para la investigación² en aras de contribuir en una nueva forma al descubrimiento de la verdad en torno a lo sucedido, llenar posibles vacíos y analizar mejor la sinceridad de lo atestiguado por los deponentes y el inculpatado.

Ahora bien, conforme a lo anterior y respecto al caso en estudio, es ineludible hacer referencia a que la Ley establece que, **el imputado que considere pertinente como medio de defensa ante la imputación fiscal la necesidad de la práctica de la reconstrucción de los hechos, lo puede tramitar.** Como base de ello, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la Sentencia N° 1303, de fecha 20-06-2005, con carácter vinculante, estableció:

“... en tal sentido, **una de las manifestaciones del derecho a la defensa, es que el proceso ostente carácter contradictorio, es decir, que el acusado pueda, además de ofrecer pruebas, participar en los actos de producción de las pruebas, controlar y examinar las pruebas ya ofrecidas, así como**

1

Para el autor **Echandia**, se entiende por inspección o reconocimiento judicial, una diligencia procesal, practicada por un funcionario judicial, con el objeto de obtener argumentos de prueba para la formación de su convicción, mediante el examen y la observancia con sus propios sentidos, de hechos ocurridos durante la diligencia o antes pero que subsisten o de rastros o huellas de hechos pasados, y en ocasiones de su reconstrucción. (**Ob. Cit.** Hernando Devis Echandia. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II. Primera Edición de Colombia. Pág. 415.)

2 **Artículo 186 COPP:** Mediante la inspección de la policía o del Ministerio Público, se comprueba el estado de los lugares, cosas, los rastros y efectos materiales que existan y sean de utilidad para la investigación del hecho, o la individualización de los partícipes en el. De ello se levantará informe que describirá detalladamente esos elementos y, cuando fuere posible, se recogerán y conservarán los que sean útiles.

también sugerir, al órgano jurisdiccional una reconstrucción de los hechos y una interpretación del Derecho que le sea favorable, todo lo cual se manifiesta a plenitud en la fase de juicio.”
(Negrillas nuestras)

En el caso que nos atañe, en la reconstrucción de hechos, la presencia del imputado y la víctima es imprescindible, pues estos deben aportar datos esenciales para que sea efectiva dicha diligencia de investigación. Aunado a lo anterior, sobre este tópico el Código Orgánico Procesal Penal³ también expone que, todas las personas a quienes se les haya dado intervención en el proceso y sus representantes, podrán solicitar al Fiscal la práctica de diligencias para el esclarecimiento de los hechos, ello con la finalidad de desvirtuar las imputaciones formuladas que conlleven a la verdad de los sucesos acaecidos.

Así mismo, la reconstrucción de hechos también se puede realizar mediante el procedimiento de la prueba anticipada, las cuales vienen a ser las diligencias probatorias que se verifican en cualquier etapa antes del juicio oral, pero de igual manera surten efecto según la valoración que se le dé en el litigio. Esta prueba es considerada como excepcional, puesto que precede en condiciones de irregularidad. El autor Orlando Rodríguez⁴ indica dos condiciones que justifican la práctica de dicha prueba, las cuales son: “a) La imposibilidad de practicar la prueba en el acto del juicio oral; y b) La previsibilidad de esa imposibilidad.”

La prueba anticipada entonces viene a ser aquella que se practica con anterioridad al juicio oral, tomando en cuenta que la regla general aplicable a la evacuación de los medios de pruebas versa sobre los principios de oralidad⁵, inmediación⁶, concentración⁷ y contradicción⁸, debiendo considerar como una excepción a la regla general la práctica de dicha prueba, la cual encuentra su reconocimiento en la referida ley adjetiva penal que estipula:

“Artículo 289: Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, inspección o experticia, que por su naturaleza o características deban ser considerados como actos definitivos e irreproducibles, o cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerse durante el juicio, **el Ministerio Público o cualquiera de las partes podrá requerir al Juez o Jueza de Control que lo realice.** Si el obstáculo no existiera para la fecha del

³ **Artículo 287 COPP:** El imputado o imputada, las personas a quienes se les haya dado intervención en el proceso y sus representantes, podrán solicitar a el o la Fiscal práctica de diligencias para el esclarecimiento de los hechos. El Ministerio Público las llevará a cabo si las considera pertinentes y útiles, debiendo dejar constancia de su opinión contraria, a los efectos que ulteriormente correspondan.

⁴ **Ob. Cit.** La aplicación efectiva del COPP. Universidad Católica Andrés Bello. Tercera Jornada de Derecho Procesal Pena. (Caracas 2000. Pág. 133.)

⁵ **Artículo 14 COPP:** El juicio será oral y sólo se apreciarán las pruebas incorporadas en la audiencia, conforme a las disposiciones de este Código.

⁶ **Artículo 16 COPP:** Los jueces o juezas que han de pronunciar la sentencia deben presenciar, ininterrumpidamente, el debate y la incorporación de las pruebas de las cuales obtienen su convencimiento.

⁷ **Artículo 17 COPP:** Iniciado el debate, éste debe concluir sin interrupciones en el menor número de días consecutivos posibles.

⁸ **Artículo 18 COPP:** El proceso tendrá carácter contradictorio.

debate, la persona deberá concurrir a prestar su declaración.

El Juez o Jueza practicará el acto, sí lo considera admisible, citando a todas las partes, incluyendo a la víctima aunque no se hubiere querellado, quienes tendrán derecho de asistir con las facultades y obligaciones previstas en este Código.

En caso de no haber sido individualizado el imputado, se citará para que concurra a la práctica de la prueba anticipada a un defensor o defensora pública.” **(Negrillas nuestras)**

Dada la naturaleza de la reconstrucción de hechos como prueba anticipada y el objetivo que persigue, no es un medio de prueba autónoma, sino un mecanismo para la valoración efectiva de otros medios de prueba, como los testimonios y experticias. Respecto a ello la Sala de Casación Penal en fecha 11 de agosto de 2008, mediante decisión N.º 447 señaló, entre otras cosas, lo siguiente:

“...En cuanto a la solicitud realizada por la Defensa ante el Tribunal de Control sobre la práctica de la prueba de reconstrucción de los hechos, la Sala evidenció lo siguiente:

En criterio de la Sala, **la solicitud de reconstrucción de hechos debe hacerse sobre la base de la llamada prueba anticipada, en la fase de investigación, del proceso penal** a tenor de lo dispuesto en el artículo 307 del Código Orgánico Procesal Penal, tal y como lo dejó sentado la Sala Penal, en la sentencia N° 728 del 18 de diciembre de 2007:

“... de conformidad al contenido del artículo 307 del Código Orgánico Procesal Penal, únicamente en casos que se deba preservar, actos que por su naturaleza sean considerados como definitivos e irreproducibles y, que no puedan ser practicados durante el juicio oral, lo que constituye una justificada excepción a los principios generales de oralidad e inmediación que rigen el proceso penal acusatorio...”.

Corolario a lo antepuesto, nuestra Institución cuenta con la Circular N° DFGR-VF-DGAP-DGAJ-DRD-DPDM-004-2014 de fecha 08 de agosto de 2014, la cual trata el tema de la prueba anticipada. La misma expresa, que dicho requerimiento deberá realizarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal, a su vez, hace énfasis en que cuando deba recibirse una declaración que por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerse durante el juicio, el Ministerio Público o cualquiera de las partes podrá requerir al juez de Control que se realice la reconstrucción de hechos como prueba anticipada.

Ahora bien, hay que destacar que si bien es cierto que la solicitud de la prueba anticipada puede ser requerida por cualquiera de las partes que integren el proceso con el objeto de descubrir ciertas verdades de importancia para la causa, no deja de ser relevante que dicha petición debe interponerse ante el Juez de Control, siendo esté el facultado para admitir o no dicho requerimiento, de ser admitida luego será valorada en el juicio oral y público de acuerdo con las reglas de la sana crítica, siempre y cuando la

misma este acompañada y sea administrada con otros medios probatorios, vale decir, la reconstrucción de hecho por sí sola no puede tenerse como una prueba autónoma e independiente.

Consecuentemente, de acuerdo a la procedencia o no la reconstrucción de hechos como prueba anticipada en la competencia de extorsión y secuestro, se entiende que el obstáculo al cual se hace mención en la solicitud N°16-16-F23-DCES-0035-2021, es la difícil superación del suceso del cual la víctima padece un daño, pues pudiera ser un factor para impedir o dificultar la incorporación de la declaración del agraviado en la fase de juicio. Sin embargo, con base a los fundamentos de derecho y aunado al enfoque doctrinal antes expuesto, considera la Dirección de Revisión y Doctrina que, **sí es procedente la reconstrucción de hechos como prueba anticipada, por estar fundada dentro del marco legal de la Legislación Venezolana, no considerando que haya doble victimización, en tal sentido, se debe tener en cuenta que la finalidad del proceso siempre será para establecer la verdad de los hechos mediante las vías jurídicas determinadas en la ley.**

No obstante, se puede presentar excepción y denegar la realización de esta diligencia siempre que se presenten algunas experticias o informes médicos que justifique el por qué la afectada no podrá participar en la reconstrucción de hechos, o en su defecto, en el juicio oral y público, como sería por ejemplo el **Reconocimiento de Evaluación y Diagnóstico Mental Forense**, donde su resulta determine la afectación que presente la víctima respecto al hecho en cuestión, y que por ello, no puede ser sometida a este tipo de actuaciones, en razón al **Principio de Respeto a la Dignidad Humana** establecido en el Código Orgánico Procesal Penal Venezolano⁹.

⁹**Artículo 10 COPP:** En el proceso penal toda persona debe ser tratada con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano, con protección de los derechos que de ella derivan (...)

“DOCTRINA DEL MINISTERIO PÚBLICO AÑO 2021”

1.- FECHA DE ELABORACIÓN: 27/07/2023

2.- DEPENDENCIA: DIRECCIÓN DE REVISIÓN Y DOCTRINA

3.- TIPO DE DOCTRINA: PENAL ADJETIVO

4.- TEMA: MEDIDAS CAUTELARES

5.- MÁXIMA

(...) La institución de las medidas cautelares constituye un mecanismo garantista o de tutela jurisdiccional que tiene por objeto preservar, ante un peligro inminente, el aseguramiento efectivo de las resultas de la sentencia estimatoria que pueda llegar a dictarse (...)

6.- CONTENIDO

6.1.- NÚMERO DE ESCRITO DRD-02-087-2021

6.2.- FECHA: 27/07/2021

6.3.- RESUMEN

(...)

La institución de las medidas cautelares constituye un mecanismo garantista o de tutela jurisdiccional que tiene por objeto preservar, ante un peligro inminente, el aseguramiento efectivo de las resultas de la sentencia estimatoria que pueda llegar a dictarse, ya que están referidas a una solicitud que se formula ante el órgano jurisdiccional con el objeto de requerir la preservación eficaz del derecho de acción, bien durante el ínterin del proceso de cognición o en la etapa de ejecución.

Necesariamente estos instrumentos están vinculados a un juicio, pues ella tienen vital conexión, por su provisionalidad, a otro dictamen ulterior definitivo que declarará la certeza del derecho discutido que según la cual, aun estando ejecutoriadas, pueden ser modificadas en la medida que cambie el estado de personas o cosas para la cual se dictaron, ya que, dependen de un elemento intrínseco como lo es mutabilidad o inmutabilidad de la situación de hecho que se les dio tal origen. Su función primordial es evitar la producción de un perjuicio irreparable por la demora en la tramitación de la controversia.

En este aspecto los procesos cautelares, definidos como el conjunto de actos orgánicamente concatenados, tiene una razón conservativa o innovadora, y ello ofrece base para analizar la clasificación y subclasificación que la doctrina ha venido desarrollando, por cuanto se encuentran implicadas en la actividad propia de los organismos del Estado encargados de prestar la tutela jurídica conforme a las normas preestablecidas. Para el maestro Devis Echandía (1966)¹ “No se trata de la declaración de un hecho o responsabilidad o de la constitución de una relación jurídica, ni de ejecutar un mandato y satisfacer el derecho que se tiene sin ser discutido, ni de dirimir un litigio, sino

¹ Davis Echandía, Hernando. (1966). Nociones Generales de Derecho Procesal Civil. Editorial Aguilar. Madrid. P. 143.

de prevenir los daños que el litigio pueda acarrear”. De ahí que la necesidad es de “... buscarle una solución preventiva, provisional, que pueda tener ocurrencia antes que el proceso se inicie o después y mientras concluye su trámite”.

En este orden, las medidas cautelares, como se dijo, son aquellos instrumentos cuyo objetivo es evitar todo riesgo que pudiera impedir el desarrollo adecuado del proceso a través de los poderes de la jurisdicción. Implica una función propia del juez que, ampliando su labor cognitiva vinculada a las resultas del juicio, verifica la concurrencia de los requisitos de procedibilidad como lo son: **i) el “fumus boni iuris”** (presunción grave del derecho), **ii) el “fumus periculum in mora”** (presunción grave del riesgo por la demora procesal), y **iii) el “fumus periculum in damni”** (fundado temor de que unas de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra).

Por ello, al estar debidamente identificadas, las primeras medidas cautelares pueden llamarse **“medidas cautelares nominadas o atípicas”**; las segundas por estar previstas en forma anónima, pueden catalogarse **“medidas cautelares innominadas o atípicas”**, y las terceras, por estar previstas sin identificación determinada y calificadas de complementarias, se pueden distinguir de **“medidas cautelares innominadas complementarias”**.

Las **medidas cautelares nominadas o típicas** se encuentran, v.g., en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, artículo 236 y 242 del Código Orgánico Procesal Penal, artículo 95 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia, artículo 466 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, y artículo 55 y 56 de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, entre otras.

Las medidas cautelares innominadas o atípicas, si bien no se señalan de manera taxativa en el instrumento legal, el operador de justicia puede acordarla cuando estime que existen fundados elementos de que unas de las partes procurará un daño grave o de difícil reparación a la otra. Tales medidas se ubican en el Parágrafo Primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, y numeral 9° del artículo 242 del Código Orgánico Procesal Penal. Sobre su distinción, se reúnen en tres clases:

- **Asegurativas.** Son aquellas medidas que, al igual que las nominadas, garantizan la satisfacción de la pretensión del actor, bien recaída sobre un derecho real, derecho personal o derecho de crédito. Nótese que la misma se encuentra delimitada por el juez.
- **Conservativas.** Pretenden mantener el estado de la cosa (statu quo) existente al momento de la demanda o perpetuar la legitimación de la causa.
- **Anticipativas.** Son aquellas que se procura para adelantar provisionalmente la satisfacción de la pretensión deducida, es decir, con esta medida se satisface temporalmente el derecho subjetivo de fondo.

Las medidas cautelares innominadas o indeterminadas, son consideradas una clara manifestación del poder cautelar del juez, que por su misma naturaleza, son instrumentos preventivos y carecen de previsiones legales que la definen.

Otro sector de la doctrina hace alusión a **las medidas cautelares abiertas**. Sobre esto, la legislación venezolana la incluyó en el Código de Procedimiento Civil en forma genérica, es decir, no establece ningún supuesto específico para ser decretadas luego de referirse al peligro en la mora. El autor La Roche (2004)² nos ilustra que con

² La Roche Ricardo Henríquez. (2004). Código de Procedimiento Civil. Tomo IV. 2° Edición Actualizada.

ocasión al Parágrafo Primero del artículo 588 de la ley adjetiva civil, no indica:

“...ningún condicionamiento específico para las medidas cautelares atípicas, defendiendo tan solo el contenido de la medida cautelar, luego de referirse al peligro en la mora. Expresa que tiene el tribunal la potestad judicial (el Tribunal podrá) de autorizar o de prohibir la ejecución de determinados actos, es decir, autorización o prohibición de que otros hagan; y la de agotar las providencias que tengan por objeto interrumpir actos lesivos actuales, es decir <hacer cesar la continuidad de la lesión>; frase esta genérica muy vasta en su contenido semántico”.

De manera que, no solo basta que las medidas cautelares nominadas o típicas e innominadas o atípicas e innominadas complementarias estén reconocidas en un cuerpo normativo que faculte la petición formal de las partes, que intervienen en el proceso, a evitar un daño irreparable, sino que también se encuentran integradas dentro de los poderes del juez que la doctrina denomina la **“jurisdicción cautelar”**, la cual modernamente están adheridas al sistema de tutela judicial de garantías individuales y/o colectivas, cuyo objeto primordial es preservar la efectividad del derecho deducido.

Sobre este tópico, el autor Duque Corredor (1999)³ sostiene que la jurisdicción cautelar “...garantiza la efectividad de la función pública de administrar justicia o jurisdicción y protege el derecho fundamental de la acción o de acceso a los tribunales, en razón de la tardanza en obtener en el proceso una sentencia definitivamente firme”.

En ese orden de ideas, las respectivas leyes adjetivas establecen un conjunto de restricciones a los operadores de justicia para dictar medidas preventivas. La primera de ellas es la de que dichas medidas han de decretarse en los procesos pendientes (pendente litis), salvo las excepciones expresamente contempladas en el ordenamiento jurídico⁴, y la segunda es la de que, salvo que así se les permita⁵, tampoco los jueces pueden dictar de oficio tales medidas. En tal sentido, los operadores de justicia, deben limitar las medidas preventiva a los bienes o derechos que resulten estrictamente necesarios para satisfacer las resultas de la controversia en franca relación a la pretensión planteada.

Esto ha sido reconocido por la **Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia** en **sentencia N° 1067 del 3 de noviembre de 2011** (Caso: Sociedad Mercantil Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A.), quien indicó, entre otras cosas, que:

“...frente al presente reconocimiento del poder cautelar general de los órganos que integran el Poder Judicial, podría argumentarse en contra, que se obvia el carácter instrumental de las medidas cautelares, que se concretan en la pendencia de las mismas en un proceso principal.

Ciertamente, esta Sala reconoce que como principio general se deduce la necesidad de que las medidas cautelares se soliciten, como muy pronto, al momento de la interposición de la demanda, pero ello en forma alguna

Ediciomes Liber. Caracas. P. 287.

³ Duque Corredor, Román. (1999). Apuntaciones Sobre el Procedimiento Civil Ordinario. Tomo II. Ediciones Fundación Projusticia. Caracas. P. 138.

⁴ V.g. Cuando se tratan de las medidas autosatisfactivas de protección a la actividad agraria y a la biodiversidad prevista en el art. 196 de la ley de Tierras y Desarrollo Agrario, o relacionado al derecho de explotación indicado en el art. 112 de la Ley Sobre Derecho de Autor.

⁵ Como bien lo indica, v.g., art. 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

niega la existencia y necesidad de reconocer, la posibilidad de solicitar medidas cautelares antes de la interposición de la respectiva acción, o incluso sin que ello deba verificarse con posterioridad”. **(En negrillas añadidas)**.

Ahora bien, visto lo anterior, la **Dirección de Revisión y Doctrina** procede a analizar lo siguiente:

Determinar si la Juez Sexta (6°) de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Transito y Bancario de la Circunscripción del Área Metropolitana de Caracas, puede o no decretar esas medidas cautelares como consecuencia de un amparo constitucional en específico la medida de “prohibición de salida del país”.

Como fue establecido anteriormente, las medidas cautelares constituye un mecanismo garantista o de tutela jurisdiccional que tiene por objeto preservar, ante un peligro inminente, el aseguramiento efectivo de las resultas de la sentencia estimatoria que pueda llegar a dictarse, pues, están referidas a una solicitud que formula, el interesado, ante el órgano jurisdiccional con el quid de requerir la preservación eficaz del derecho de acción, bien durante el ínterin del proceso de cognición o en la etapa de ejecución.

En este orden, el artículo 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, señala lo que a continuación se transcribe:

“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”.*

“Artículo 588.- *En conformidad con el Artículo 585 de este Código, el Tribunal puede decretar, en cualquier estado y grado de la causa, las siguientes medidas:*

- 1º *El embargo de bienes muebles;*
- 2º *El secuestro de bienes determinados;*
- 3º *La prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.*

Podrá también el Juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado.

Parágrafo Primero: *Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el Artículo 585, 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. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.*

Parágrafo Segundo: *Cuando se decrete alguna de las providencias cautelares previstas en el Parágrafo Primero de este Artículo, la parte contra quien obre la providencia podrá oponerse a ella, y la oposición se sustanciará y resolverá conforme a lo previsto en los Artículos 602, 603 y*

604 de este Código.

Parágrafo Tercero: *El Tribunal podrá, atendiendo a las circunstancias, suspender la providencia cautelar que hubiere decretado, si la parte contra quien obre diere caución de las establecidas en el Artículo 590. Si se objetare la eficacia o suficiencia de la garantía, se aplicará lo dispuesto en el único aparte del Artículo 589”.*

Como observamos, la ley adjetiva civil estipula las medidas típicas y atípicas las cuales atiende a la facultad de los jueces en garantizar la eficacia de las decisiones que lleguen a dictarse y la de evitar daños irreparable o de difícil reparación a las partes mientras dure el proceso, y para ello, el jurisdicente debe constatar los supuestos de procedibilidad reiterado por la **Sala Constitucional en sentencia N° 653 del 4 de abril de 2003** (Caso: Juan Carlos Velásquez Abreu, y otros), es decir:

“...para acordar una medida cautelar innominada de las previstas en el parágrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, se requiere cumplir las condiciones generales para la procedencia de las cautelas procesales previstas en el artículo 585 eiusdem, esto es:

- 1. Debe existir riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (periculum in mora) y medio de prueba suficiente del cual se desprenda ello.*
- 2. Debe existir presunción grave del derecho que se reclama (fumus boni iuris) y medio de prueba del cual se desprenda suficientemente ello.*

*Adicionalmente, es necesario acotar que los extremos requeridos por la norma antes transcrita son necesariamente concurrentes junto al especial extremo consagrado en el Parágrafo Primero del artículo 588 eiusdem, es decir, cuando hubiere fundado temor de que se causen lesiones graves o de difícil reparación. **Así pues, que faltando la prueba de cualquier de estos elementos, el juez no podría bajo ningún aspecto decretar la medida preventiva”.***

Sobre el supuesto **“fumus periculum in damni”**, la **Sala Constitucional en decisión N° 263 de fecha 6 de abril de 2016** (Caso: sociedad mercantil Escotel Software, INC.) adujo que, dicha exigencia, está prevista en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil -referida al fundado temor de que unas de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación-, vale decir, tal presupuesto es adicional al **“fumus boni iuris”** y al **“fumus periculum in mora”** cuando se trata del decreto de medidas cautelares innominadas, más no así para el otorgamiento de medidas cautelares típicas referidas al embargo de bienes muebles, secuestro de bienes determinados, o a la prohibición de enajenar y gravar de bienes inmuebles.

Ahora bien, con ocasión a la prohibición de salida del país sin autorización del órgano de justicia como medida cautelar atípica en el proceso civil, debemos señalar que los instrumentos jurídicos innominados, y entre las que se destacan las medidas cautelares de tal naturaleza, deben en lo posible limitarse y restringirse, por su atipicidad y falta de regulación normativa, a los casos en que los instrumentos jurídicos nominados reseñen, ya que, son aquellos quienes tienen la previsión especial y específica dictado por el ordenamiento jurídico.

De forma que, si bien es cierto, el poder cautelar general del juez son mandatos preventivos, autorizatorios, prohibitivos, asegurativos o conservativos, como lo indica la parte in fine del Parágrafo Primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, no es menos cierto que el mismo precepto indica que **“...el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuada...”**.

Por consiguiente, al ser una medida estrictamente discrecional, el instrumento cautelar deberá ser ponderado, motivado, proporcionado, razonable y autosuficiente, puesto que, debe contener de modo fehaciente la medida peticionada, y de manera especial, la indicación y el análisis de la lesión temida con el sustento probatorio que confirme la amenaza o la posible lesión vinculada al objeto del proceso (**fumus periculum in damni**), pues como lo señaló Rondón de Sansó (1996)⁶ “...las mismas deben adaptarse a la naturaleza del derecho que se demanda, por lo cual no toda medidas cautelares que la ley regula son aplicables a cualquier proceso”.

No obstante, la **Dirección de Revisión y Doctrina** considera que con la inclusión del Parágrafo Primero en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, el cual indica que **“...el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuada...”**, referida a las medidas innominadas o indeterminadas que se dictan en los litigios civiles, se acoge a la moderna solución del derecho comparado con respecto a la existencia de una potestad cautelar genérica en el proceso civil, ya que en palabra de Duque Corredor (1999)⁷, al juez, se le permite “...adoptar medidas anticipativas que juzgue adecuadas para evitar a las partes, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación, o para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo”.

Al hacer un análisis de la locución verbal **podrá**, según la Real Academia Española⁸, observamos que se conjuga con el vocablo **poder** que proviene del lat. vul. **potēre*, creado sobre ciertas formas del verbo *posse* 'poder', como *potes* 'puedes', *potēram* 'podía', *potuisti* 'pudiste', que como verbo transitivo a la expresión **podrá**, significa **“tener expedita la facultad o potencia de hacer algo”**.

Refiriéndonos al caso que nos ocupa, el **artículo 23 del Código de Procedimiento Civil** prevé que cuando la ley estipula “El Juez o Tribunal puede o podrá”, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad. En consecuencia, si bien la medida cautelar innominada es discrecional como se pone de manifiesto a la palabra **podrá acordar**, esa discrecionalidad para Calderón, citado por La Roche (2004)⁹, no es para “...conceder o denegar la medida –si así fuera sobrarían los presupuestos-, sino para elegir, caso de ser fundamentada, aquella que goce esa caracterización necesaria según las circunstancias, para asegurar la efectividad de la sentencia”.

De modo que, circunscribiéndonos al proceso penal, las medidas cautelares según Sendra, citado por Rivera (2012)¹⁰, son “...aquellos actos procesales que consisten en una declaración de voluntad del órgano jurisdiccional dirigida contra una persona determinada sobre la que existen indicios racionales que le atribuyen la comisión de un hecho punible y concurren determinadas circunstancias que hacen prever la posibilidad

⁶ XXII Jornadas “J.M Domínguez Escobar”. Derecho Procesal Civil. El C.P.C Diez años después. (1996). Lara. Venezuela. P. 319.

⁷ Ibidem.

⁸ <https://dle.rae.es/poder?m=form#conjugacion1Yy3W>

⁹ Ibidem.

¹⁰ Rivera Morales, Rodrigo. (2012). Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Librería J. Rincón G. C.A. Barquisimeto - República Bolivariana de Venezuela. P. 734.

de su ocultamiento personal y/o patrimonial, las cuales restringen derechos de libertad y/o de disposición o administración de bienes, para asegurar la eficacia de la del proceso y la sentencia”.

En términos sui generis, las medidas cautelares personales, patrimoniales o de seguridad descrita en el ordenamiento jurídico del proceso penal venezolano indica los presupuestos para su decreto, recayendo en el **fumus boni iuris**, **periculum in mora** y el **periculum libertatis**, siendo que los dos primeros son concurrentes necesarios, mientras que el tercero - surgido por la doctrina moderna y referido al peligro que implica la libertad del imputado en el transcurso de la litis penal- procede en situaciones especiales.

Ahora bien, dentro de las categorías de medidas cautelares encontramos la prohibición de salida del país sin la autorización del órgano de judicial. Esta medida es un instrumento típico descrita en los procesos penales o en aquellos procesos referidos a Instituciones Familiares o a los asuntos contenidos en el Título III de la Ley Orgánica Para la Protección del Niño, Niña y Adolescente.

Para mayor abundamiento de lo antecedido, el numeral 4° del artículo 242 del **Código Orgánico Procesal Penal** señala:

“Modalidades

Artículo 242.- Siempre que los supuestos que motivan la privación judicial preventiva de libertad puedan ser razonablemente satisfechos con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado o imputada, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del Ministerio Público o del imputado o imputada, deberá imponerle en su lugar, mediante resolución motivada, algunas de las medidas siguientes:

...//... (omissis)

4. **La prohibición de salir sin autorización del país**, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal”. **(En negrillas lo nuestro).**

El artículo 95, en su numeral 2°, de la **Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia**, prevé:

“Artículo 95.- El Ministerio Público podrá solicitar al Tribunal de Violencia contra la Mujer en funciones de control, audiencia y medidas, o en funciones de juicio, si fuere el caso, las siguientes medidas cautelares:

...//... omissis

2. **Orden de prohibición de salida del país** del presunto agresor, cuyo término lo fijará el tribunal de acuerdo con la gravedad de los hechos”. **(En negrillas añadidas).**

Indica el literal a) del párrafo primero del artículo 466 de la **Ley Orgánica Para la Protección del Niño, Niña y Adolescente**, lo que sigue

“Artículo 466. Medidas preventivas.

Las medidas preventivas pueden decretarse a solicitud de parte o de oficio, en cualquier estado y grado del proceso. En los procesos referidos a Instituciones Familiares o a los asuntos contenidos en el Título III de esta Ley, es suficiente para decretar la medida preventiva, conque la parte que la solicite, señale el derecho reclamado y la legitimación que tiene para solicitarla. En los demás casos, sólo procederán 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.

Parágrafo Primero. *El juez o jueza puede ordenar, entre otras, las siguientes medidas preventivas:*

a) Medida de arraigo o prohibición de salida del país al niño, niña, adolescente, su padre, madre, representantes o responsables, o a terceras personas que ejerzan la Responsabilidad de Crianza”. **(En negrillas lo nuestro).**

De acuerdo a los razonamientos antes expuestos, denotamos entonces que la prohibición de salida del país sin la debida autorización del órgano judicial es un medida cautelar nominada o típica previstas en los procesos penales o en aquellos procesos referidos a Instituciones Familiares o a los asuntos contenidos en el Título III de la Ley Orgánica Para la Protección del Niño, Niña y Adolescente.

No obstante, la **Dirección de Revisión y Doctrina** reitera que con la inclusión del Parágrafo Primero en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, el cual indica que **“...el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuada...”**, referida a las medidas innominadas o indeterminadas que se dictan en los litigios civiles, el juez no podría bajo ningún aspecto decretar la medida preventiva si no concurren los siguientes supuestos: **i) fumus periculum in damni** (temor fundado de la amenaza, lesiones que se pueda causar o de difícil reparación), **ii) fumus boni iuris** (con pruebas necesarias) y el **iii) fumus periculum in mora** (con la probática suficiente), requeridos por la norma antes transcrita y de acuerdo a las sentencias **N° 653 del 4 de abril de 2003** y **N° 263 de fecha 6 de abril de 2016** de la **Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia**.

“Modalidades

Artículo 242.- *Siempre que los supuestos que motivan la privación judicial preventiva de libertad puedan ser razonablemente satisfechos con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado o imputada, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del Ministerio Público o del imputado o imputada, deberá imponerle en su lugar, mediante resolución motivada, algunas de las medidas siguientes:*

...//... (omissis)

4. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal”. **(En negrillas lo nuestro).**

El artículo 95, en su numeral 2°, de la **Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia**, prevé:

“Artículo 95.- El Ministerio Público podrá solicitar al Tribunal de Violencia contra la Mujer en funciones de control, audiencia y medidas, o en funciones de juicio, si fuere el caso, las siguientes medidas cautelares:

...//... omissis

2. **Orden de prohibición de salida del país** del presunto agresor, cuyo término lo fijará el tribunal de acuerdo con la gravedad de los hechos”. **(En negrillas añadidas).**

Indica el literal a) del párrafo primero del artículo 466 de la **Ley Orgánica Para la Protección del Niño, Niña y Adolescente**, lo que sigue

“Artículo 466. Medidas preventivas.

Las medidas preventivas pueden decretarse a solicitud de parte o de oficio, en cualquier estado y grado del proceso. En los procesos referidos a Instituciones Familiares o a los asuntos contenidos en el Título III de esta Ley, es suficiente para decretar la medida preventiva, conque la parte que la solicite, señale el derecho reclamado y la legitimación que tiene para solicitarla. En los demás casos, sólo procederán 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.

Parágrafo Primero. El juez o jueza puede ordenar, entre otras, las siguientes medidas preventivas:

- a) **Medida de arraigo o prohibición de salida del país al niño, niña, adolescente, su padre, madre, representantes o responsables, o a terceras personas que ejerzan la Responsabilidad de Crianza”.** **(En negrillas lo nuestro).**

De acuerdo a los razonamientos antes expuestos, denotamos entonces que la prohibición de salida del país sin la debida autorización del órgano judicial es un medida cautelar nominada o típica previstas en los procesos penales o en aquellos procesos referidos a Instituciones Familiares o a los asuntos contenidos en el Título III de la Ley Orgánica Para la Protección del Niño, Niña y Adolescente.

No obstante, la [...] reitera que con la inclusión del Parágrafo Primero en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, el cual indica que **“...el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuada...”**, referida a las medidas innominadas o indeterminadas que se dictan en los litigios civiles, el juez no podría bajo ningún aspecto decretar la medida preventiva si no concurren los siguientes supuestos: **i) fumus periculum in damni** (temor fundado de la amenaza, lesiones que se pueda causar o de difícil reparación), **ii) fumus boni iuris** (con pruebas necesarias) y el **iii) fumus periculum in mora** (con la probática suficiente), requeridos por la norma antes transcrita y de acuerdo a las sentencias **N° 653 del 4 de abril de 2003** y **N° 263 de fecha 6 de abril de 2016** de la **Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia**.