III

# JORNADA DE ACTUALIZACIÓN EN DERECHO PENAL PROCESAL PENAL Y CIENCIAS AFINES 2020

UN ENFOQUE HUMANÍSTICO -TRANSDISCIPLINARIO



## HOMENAJE



**DRA. MAGALY VÁSQUEZ GONZÁLEZ**



**DR. ALBERTO ARTEAGA SÁNCHEZ**



**DR. JORGE ROSELL SENHENN**



**DRA. BLANCA ROSA MÁRMOL**



**DR. CARLOS BELLO RENGIFO**

abediciones DIGITAL / UCAB 67 AÑOS

Universidad de Margarita
Alma Mater del Caribe

Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC)

ILOA
INSTITUTO DE LITIGACIÓN ORAL DE LAS AMÉRICAS

MULTIJURÍDICA
CONSULTORES INTEGRALES

# CRÉDITOS

*III Jornada de Actualización en Derecho Penal, Procesal Penal y Ciencias Afines 2020*
*Un enfoque humanístico - transdisciplinario*
Carlos J. Villarroel (coordinador)

Diseño y producción: Multijurídica / **ab**ediciones
Diagramación: Isabel Valdivieso
Diseño de portada: Alice Brea
Corrección: Marialejandra Díaz

© Universidad Católica Andrés Bello / Multijurídica
Primera edición 2020

Hecho el Depósito de Ley
Publicaciones UCAB
Depósito Legal: DC2020001186
ISBN: 978-980-244-983-5

Reservados todos los derechos.
No se permite reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de la información, ni transmitir alguna parte de esta publicación, cualquiera que sea el medio empleado –electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, etc.–, sin el permiso previo de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual.

# CONTENIDO GENERAL

Palabras del Coordinador
Carlos J. Villarroel ..... 7

PRESENTACIÓN
Jorge L. Rosell Senhenn ..... 9

Algunas propuestas de Política Criminal para la solución
de conflictos sociales
Digna Atencio Bonilla (Panamá) ..... 19

Violencia contra la mujer en el ciberespacio
Milagro Rengifo (Venezuela) ..... 29

La "Complicidad Correspectiva" en el Ordenamiento Penal Venezolano
Ángel Zerpa Aponte (Venezuela) ..... 51

La complejidad de los delitos de trata y explotación de personas
Teresa Paredes (México) ..... 73

El debido proceso como límite al poder del Estado
Édgar Saavedra Rojas (Colombia) ..... 83

La imputación judicial y el derecho a la defensa
Renée Moros Tróccoli (Venezuela) ..... 127

¿Es posible la extracción de sangre del imputado sin su autorización en el proceso penal?
Leonardo Pereira (Venezuela) ..... 141

Mitos y realidades de la declaración del imputado en el proceso penal venezolano
Julio Elías Mayaudon (Venezuela) ..... 149

Apreciación de la Prueba de Indicios
Silvia Fernández (Venezuela) ..... 167

El Examen Preliminar en el procedimiento de la Corte Penal Internacional
Juan Carlos Gutiérrez (Venezuela) ..... 183

El derecho de la víctima a proponer querella y su desistimiento en el Código Orgánico Procesal Penal
José Luis Malaguera (†) (Venezuela) ..... 195

La prisión preventiva: crónica de una prisión permanente revisable
Roger José López Mendoza (Venezuela) ..... 211

La Prueba Pericial Biológica
Susan Joyce Obeso Marroquín (Perú) ..... 235

Importancia de la autopsia en la búsqueda de la verdad: a propósito de un caso
Antonieta De Dominicis (Venezuela) ..... 247

La Responsabilidad de Proteger o R2P y sus implicaciones para Venezuela
Fernando M. Fernández (Venezuela) ..... 257

"Grooming" la verdadera pandemia detrás del Covid-19
José Luis Vegas (Venezuela) ..... 279

El aporte de la pericia psicológica forense en el ámbito judicial
Eduviges Anabel Aguilar de Gutiérrez (El Salvador) ..... 293

Entre definición y lógica del sistema
Fernando Tenorio Tagle (México) ..... 301

Medicina veterinaria y derecho: un camino a recorrer
Noemi Friedrich y Paola L. Casas (Argentina) ..... 321

Técnicas de identificación humana con canes en feminicidios
Julia Lisman y Marcos Herrero (Argentina) ..... 339

COVID-19 como dispositivo. Inquietudes securitarias
en tiempos de pandemia
Keymer Ávila (Venezuela) ..... 353

# PALABRAS DEL COORDINADOR



## Carlos J. Villarroel

Esta tercera edición de la Jornada de Actualización en Derecho Penal, Procesal Penal y Ciencias Afines 2020, realizada entre el 27 y 29 de noviembre, representó toda una proeza por parte del Comité Organizador. Sortear las dificultades que se presentaron durante el 2020, para así cumplir con la jornada de este año, a pesar de las múltiples adversidades, sin duda alguna, constituyó una ardua tarea, que solo pudo ser realizada por un equipo técnico altamente eficiente, integrado por profesionales comprometidos en una misión común, culminar con éxito el evento, entregando todo lo mejor de cada uno y cuidando los detalles más simples y sencillos.

Como Coordinador de la Jornada, me faltan palabras para agradecer toda la labor y entrega del equipo técnico de Grupo Multijurídica, C.A., que hizo posible la realización del evento, principalmente por nuestra Directora Académica y homenajeada de la jornada Dra. Magaly Vásquez González, quien a través de su más sincero compromiso ejecutó la planificación estratégica adoptada, tal cual directora de orquesta, que con su secuencia de movimientos logra una sinfonía sencillamente perfecta; al licenciado en comunicación social José Alí Linares, que desplegó un conjunto de habilidades técnicas en el uso de tecnología de información y comunicación (TIC), que permitieron una trasmisión óptima del evento; a nuestra moderadora, abogada Starlys Manrique, que con su amplia preparación protocolar distinguió el buen orden y desarrollo de la jornada cumpliendo con el cronograma de participaciones y ponencias; a nuestra queridísima community manager Marialejandra Díaz Vásquez, por su disposición constante y permanente en las múltiples tareas que demandó la realización del evento. También, al equipo de planificación y logística, conformado por las profesionales MSc. Tania Younes, Ing. Stephanie Bisogno y Lic. Alice Brea, quienes combinaron sus capacidades y talentos

para alcanzar el fin más importante de la jornada: fomentar la academia y asistir a los participantes durante el desarrollo del evento. A todos ellos, les expreso mi humilde reconocimiento y agradecimiento por haber alcanzado como equipo tan grande proeza, demostrando una funcionalidad extraordinaria, que deja espacio para pensar que los sueños son posibles, si se cuenta con un equipo talentoso y comprometido como el nuestro.

Por otra parte, saber que la convocatoria realizada por el Comité Organizador, fue atendida por un gran número de ponentes de diversos países, y que la comunidad digital de la jornada aumentó significativamente en virtud de la diversidad sociocultural de sus participantes, traspasando fronteras que antes eran inimaginables y permitiendo la consolidación del conocimiento en su más pura y simple expresión de diversidad, generó entre los miembros del comité, la necesidad de replantear la modalidad y alcance en que se realizarán las próximas Jornadas, adoptándose ahora un esquema semipresencial permanente, en atención a las bondades que nos ofrece el uso de medios telemáticos y plataformas digitales con tecnología de información y comunicación, para así abarcar, con eficacia, el aumento exponencial de su comunidad digital, ocurriendo asimismo, un cambio en el título usual de las jornadas, que para la próxima edición serán distinguidas como:

**IV JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO PENAL, CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS AFINES 2021**

Noviembre 2020.

# PRESENTACIÓN



## Jorge L. Rosell Senhenn

"Este libro es una introducción al estudio de los mecanismos que utilizamos los seres humanos para encerrarnos unos a otros dentro de unas jaulas". Con este párrafo Alberto Binder abre su libro que se convirtió en el manual para los que caminábamos a principio de los años noventa por el sendero de la reforma procesal penal en Iberoamérica. Alberto Binder y Julio Maier, cuyo deceso lamentamos profundamente por haber sido además de amigo, una persona sencilla y bondadosa, fueron los que principalmente orientaron la redacción del Código Orgánico Procesal Penal (COPP) venezolano, cuya incierta suerte, víctima de reformas insensatas y de una perversión destructora de sus principios en su aplicación por parte de la judicatura, terminó en lo que se ha convertido la justicia penal en el país: un foso de ignominia en donde campea la ignorancia y la corrupción. Sólo algunos pocos funcionarios de la judicatura, del Ministerio Público y de la Defensoría Pública, pueden mostrase indemnes de los vicios propios de este ámbito ante los ojos del foro venezolano.

Quienes vean el proceso penal, que los hay, como irónicamente Binder lo describe, son aquellos operadores de justicia que consideran que el sistema está hecho para meter a la gente en la cárcel, pero aquellos que piensan que se trata de un sistema para defenderse del poder represivo del Estado cuando es utilizado abusivamente, están anclados correctamente en la visión garantista que debe prevalecer en los que nos ocupamos de estos asuntos. El debido proceso penal constituye la seguridad de que el Estado debe juzgar a las personas como lo indica las normas procesales y que su desviación debe ser corregida por el juez y por el Ministerio Público, en defensa de la integridad de las garantías procesales del individuo.

Ese era el propósito que el Congreso de la República se había impuesto con la reforma procesal penal, a través de la Comisión Legislativa, única Comisión con rango constitucional en la de 1961, que reunía a veintitrés diputados y senadores que representaban la composición política del Congreso: lo que aprobaba esta Comisión, prácticamente era aprobado por el órgano legislativo. Estaba presidida en esa época por Luis Enrique Oberto, ingeniero que llevó a pulso y con autoridad todo el proceso de redacción de lo que en un futuro cercano iba a ser el COPP, y por Carlos Canache Mata el afable y hábil político que fue otro sostén fundamental del proyecto. Por su parte el Consejo de la Judicatura era presidido por Gisela Parra que puso todo su natural entusiasmo en respaldar a aquella iniciativa. Otra institución fundamental de la cual se recibió apoyo fue la Comisión para la Reforma del Estado (COPRE) con su Presidente Ricardo Combella y su Secretario Ejecutivo Julio César Fernández. De los organismos internacionales se debe mencionar a la Agencia de Cooperación Económica Alemana (GTZ) que fue una insigne colaboradora para el trabajo de redacción del Anteproyecto del COPP y que hizo posible los viajes hacia Alemania y España en procura de experiencia sobre el sistema acusatorio oral, así como el envío de especialistas a nuestro país. Igualmente, la Fundación Konrad Adenauer, dirigida en esa época por Norbert Lösing, sufragó los gastos que significó la traída de los especialistas extranjeros para la labor que nos ocupaba, entre ellos Julio Maier, Alberto Binder, Kai Ambos, José Caferatta, Eberhard Estruensee y el propio Norbert Lösing.

Por esos rumbos propios del proceso penal en el desarrollo de la Jornada, irán Silvia Fernández con "Apreciación de la prueba de indicios"; Reneé Moros que disertará sobre "La Imputación judicial y el derecho a la defesa"; Julio Elías Mayaudon comentará sobre los "Mitos y realidades de la declaración del imputado en el proceso penal venezolano"; José Luis Malaguera apreciado amigo fallecido dos días antes del evento y de quien gratos recuerdos, trató "El desistimiento de la querella y las inconsistencias del artículo 279 del Código Orgánico Procesal Penal"; Leonardo Pereira se preguntará si "¿Es posible la extracción de sangre del imputado sin su autorización en el proceso penal?"; por su parte Róger López propondrá "La prisión preventiva, crónica de una prisión permanente revisable"; Àngel Zerpa que entrará a examinar "La complicidad correspectiva en

el ordenamiento penal venezolano"; y Edgar Saavedra en su Conferencia Estelar precisará uno de los puntales de cualquier régimen auténticamente democrático como es el "Debido proceso como límite al poder del Estado".

Las Jornadas transitarán también los caminos de la Criminología, gran aliada del Derecho Penal. Aquellas discusiones que terminaban en elocuentes careos entre *ius* penalistas y criminólogos de los años ochenta, terminaron en un entendimiento básico, sobre todo entre quienes tienen una visión garantista del *ius puniendi* y una explicación lógica, aceptable de su necesidad en la vida social y sus límites, con base en la defensa de los Derechos Humanos y el debido proceso. Fernando Tenorio se preguntará si el método de conocimiento está "Entre definición y lógica del sistema"; y Digna Atencio planteará sus ideas que se concretan en "Algunas propuestas de política criminal para la solución de conflictos sociales". El tema de Alberto Binder que en principio "suena" a procesal, tiene sus rasgos criminológicos pues los "Conflictos sociales vs política criminal", no es más que la precisión de hasta donde el sistema penal debe ser eficaz para afirmar la seguridad ciudadana sin violar las garantías procesales, tenue línea que nos la precisará el ilustre ponente en su Conferencia Estelar.

Un tema actual fue el escogido por Keymer Ávila como es el de "La Covid-19 como dispositivo. Inquietudes securitarias en tiempo de pandemia", a quien se une José Luis Vega con "Grooming, la verdadera pandemia detrás del Covid-19"; dos temas relacionados con la acción delictiva dirigida especialmente a grupos desvalidos que requieren la atención del sistema penal serán abordados por Milagros Rengifo y Teresa Paredes: "Violencia contra la mujer en el ciberespacio" y "La complejidad de los delitos de trata y explotación de personas", respectivamente. El Derecho Penal Internacional no podía faltar en el programa de la Jornada por ello se invitó a Fernando Fernández que disertará sobre "La Responsabilidad de Proteger o R2P y sus implicaciones para Venezuela" y a Juan Carlos Gutiérrez con su tema "El examen preliminar en el procedimiento ante la Corte Penal Internacional".

Las Ciencias Afines del Derecho Penal se hacen presentes en la Jornada, para esclarecernos no ya como surge la acción delictiva, ni cómo está tipificada en el muestrario penal, como tampoco a través de que procedimiento podremos

sancionar el hecho punible, sino el alumbramiento de los signos y rastros que deja la acción delictiva como es lo propio de la Criminalística. Por ese camino irán Noemí Friedrich y Paola Casas conjuntamente con Julia Lisman y Marcos Herrero con dos temas novedosos en los cuales mezclan a animales no humanos en aspectos de la ciencia jurídica: "Medicina veterinaria y Derecho: un camino a recorrer" y " Técnicas de identificación humana con canes en feminicidios", respectivamente; cerrará esta temática con su conferencia estelar Antonieta de Dominici con un tema que se refiere a la reina de las prueba criminalísticas: "La importancia de la autopsia en la búsqueda de la verdad".

Todo este ambicioso programa tuvo su iniciativa en la voluntad de Carlos Villarroel, carupanero que en el año 1999 se convirtió en "navegao" al arribar a la acogedora isla nuevaespartana, en donde cursó sus estudios de Derecho en la Universidad de Margarita, Unimar, en la cual obtuvo el título de abogado en 2005. Se ha dedicado principalmente al área penal en sus estudios de post grado y en el ejercicio profesional, al cual se ha entregado con pasión y dedicación que concede el aprendizaje integral de las ciencias penales, que además del Derecho Penal sustantivo y procesal, debe contar con la Criminología y con la Criminalística. Lo anterior se constata por los estudios de post grado efectuados por Carlos Villarroel: realizó curso de especialización en Derecho Penal en la Universidad de Salamanca y completó los estudios de una Maestría en Criminalística en el Instituto Universitario de Policía Científica, también es Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Nacional Experimental Rómulo Gallegos e igualmente hizo estudios de Maestría de la misma especialidad en la Universidad Bicentenaria de Aragua.

Es evidente la preferencia que Carlos tiene por el Derecho Penal y sus ciencias afines como arriba se constata y es por eso que esta Jornada cumple con tal propósito descrito en los párrafos anteriores a través de la mención del contenido de las ponencias que integran el programa, diseñado a imagen y semejanza de su perfil académico y profesional. Nuestro anfitrión lleva tres años seguidos organizando este evento y las dos versiones anteriores fueron presenciales, recibiendo los ponentes de parte de Carlos sus finas atenciones y su deseo de que la presencia de los invitados en las gratas tierras margariteñas transcurriera de manera excelente a través de su cortés y obsequioso trato. Para

Carlos Villarroel todo el éxito posible en esta nueva versión de las Jornadas, que seguramente obtendrá por su inteligente dedicación en la organización de este importante evento para las Ciencias Penales.

Si los ponentes representan un valioso cuadro académico al igual que el organizador de las Jornadas, ¿qué decir de los homenajeados en este evento: Magaly Vásquez González y Alberto Arteaga Sánchez?

A Magaly Vásquez González la conocí en Friburgo de Brisgovia en 1995, al sur de Alemania, en las faldas de la Selva Negra, ciudad universitaria y ecológica del país. Lo cierto fue que fuimos a parar allí acompañados por Sergio Brown Cellino y Jesús Ramón Quintero, enviados por la Agencia de Cooperación Económica Alemana, para estudiar lo referente al proceso penal, todo relacionado con la reforma procesal penal que se gestaba en Venezuela, encabezada, como ya señalamos, por la Comisión Legislativa del Congreso de la República, de la cual Magaly era uno de los asesores jurídicos, por cierto, cargo obtenido por concurso realizado con todo el rigor del caso. Aun cuando Magaly estaba recién graduada, ya daba señales de su dedicación, estudio e inteligencia que le ha granjeado su fama nacional de jurista y sus continuos y merecidos ascensos. A Friburgo primero llegamos Sergio, Jesús Ramón y yo, y a los pocos días se presentó aquella tímida jovencita cuyo potencial desconocíamos.

Nuestra misión era observar el proceso penal en vivo en los tribunales de Friburgo y luego hacerlo en una gira, en la semana final de nuestra estada en Alemania, por otras cinco ciudades que visitamos. Lo hicimos someramente en relación al funcionamiento del sistema oral acusatorio en tribunales, fiscalías del Ministerio Público y en la Policía Judicial. Por otra parte, nuestro objeto principal en el Instituto Max Planck de Friburgo, en el Departamento de Estudio del Delito, la Seguridad y el Derecho, era recabar material bibliográfico escogido que en cientos de fotocopias nos enviaron a Venezuela, pues es uno de los centros dotados de mayor bibliografía del proceso penal en español. De allí Magaly se comenzó a nutrir de los principios que orientan al sistema penal acusatorio oral, constituyendo una de las voces más autorizadas del país en esta área.

Luego de impartir clases durante cuatro años en la Universidad que le concedió el título de Abogado, la Católica Andrés Bello, Magaly fue designada

Directora de la Escuela de Derecho, cargo que dejó al ser nombrada Decana de la Facultad de Derecho. Ascendió a la Dirección General de los Estudios de Post Grado, para llegar luego a la Secretaría General de la Universidad Católica Andrés Bello, cargo que ocupa actualmente, por eso declaró una vez en recomendación a las mujeres al ser entrevistada: "no se pongan límite".

Magaly Vásquez González se doctoró en Derecho en la misma Universidad Católica y ha escrito innumerables artículos y monografías. Ha coordinado Jornadas y Congresos en materia de su especialidad, específicamente en Procesal Penal, así como también ha participado en eventos nacionales y extranjeros en dicha temática. Recorrió el país desde el Zulia y Falcón a Sucre y Nueva Esparta y desde el Distrito Capital y Aragua a Táchira, Bolívar y Barinas, llevando los Cursos de Post Grado Extra Muro de la Universidad Católica en Especialización de Derecho Penal y Criminología, promovidos por el siempre recordado con afecto padre Fernando Pérez Llantada, s.j., con su fructífero peregrinar por todo el país.

Magaly Vásquez González fue uno de los integrantes fundamentales de la comisión que redactó el Anteproyecto del Código Orgánico Procesal Penal. Por esa Comisión desfilaron ilustrados y eficientes juristas, pero quienes estuvimos desde sus estudios preliminares y la promoción de la reforma del proceso penal, hasta su redacción definitiva, fuimos Magaly Vásquez, Sergio Brown y yo. Ese fue uno de los proyectos más ambiciosos en los cuales hemos participado, con un resultado óptimo, inestimable para la justicia penal en el país, pero así como nos enorgulleció el 10 de diciembre de 1997 su aprobación por aclamación en una sesión conjunta de Senadores y Diputados, en la cual estuvimos presentes en un palco de honor,  nos sentimos hoy dolorosamente decepcionados, por la devastación que han sufrido sus instituciones en manos de un Poder Judicial penal minado por su ineptitud y su depravación. Sin embargo, debido al estudio meticuloso en el cual Magaly se empeñó, además de otros libros escritos, produjo "Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano: la Instituciones Básicas del Código Orgánico Procesal Penal", reeditado varias veces desde 1999, obra fundamental para saber cómo debería funcionar el proceso penal en el país.

A Magaly Vásquez González mis sinceras felicitaciones por este más que merecido homenaje que hoy le rinde la comunidad jurídica del país, obra de la incansable labor de Carlos Villarroel y la gente de Multijurídica que lo acompañan.

Y qué decir de Alberto Arteaga Sánchez, el otro homenajeado de este portentoso evento. Alberto comenzó a conocer el Derecho en los años 56, cuando pasó cuatro años en la Universidad Gregoriana de Roma realizando estudios de teología, con su obligado paso por el Derecho Canónico. Una vez que llegó a Venezuela comenzó sus estudios de Derecho en la Universidad Central de Venezuela en el año 1960, habiéndose graduado de abogado en 1965 en la Promoción Luis Villalba Villalba. El pertenecer a esa fructífera promoción, del siempre recordado Lucho Villalba, que ha dado juristas de renombre en diferentes áreas del Derecho, hizo que conociera a Alberto pues nos acercó dos amigos comunes que se graduaron con él: Ricardo Hernández Álvarez y Jack Pérez Viacava. A través de esas amistades conocí la primera obra escrita de Alberto, antes de conocerlo a él: "La Estafa y Otros Fraudes en la Legislación Venezolana", obsequiada por Ricardo. Posteriormente Alberto fue un invitado frecuente a los Congresos y Jornadas que realizábamos en el Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados en Barquisimeto.

Por otra parte, cada vez que surgía nuevas leyes que requerían la difusión en el ámbito del ejercicio profesional del abogado o en el de la docencia, desde Barquisimeto, a través del Instituto de Estudios Jurídicos y con el auspicios de Universidades y Colegios de Abogados, no vacilábamos en organizar jornadas de difusión para llevar los contenidos de estos textos legales al resto del país y es así que esas actividades tuvieron como objeto, entre otras la Ley Orgánica de Salvaguarda del Ministerio Público o bien, la Ley Orgánica de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Con nuestros bagajes de conocimientos acerca de aquellos instrumentos legales que estrenaba el Congreso, recorríamos los caminos del país de norte a sur y de este a oeste, acompañados por Arturo Luis Torres Rivero en los aspectos civiles, Esteban Agudo Freites, Simón González Urbaneja, Hernando Grisanti, Alberto y yo en los asuntos penales, por su parte Hildegard Rondón de Sansó se encargaba de las cuestiones administrativas conjuntamente con Freddy Orlando y Omar Porteles.  A través de esa relación y actividades

se fue acrecentando nuestra amistad hasta el día de hoy en el cual me siento sobradamente regocijado por este merecido homenaje que le están rindiendo.

En su carrera académica Alberto pasó de ser Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central, a Director del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, para luego, siendo Profesor Titular y Doctor en Derecho, desempeñarse como Decano de dicha Facultad. Ha escrito libros y monografías sobre Derecho Penal, pero resalta "Derecho Penal Venezolano", que lleva doce ediciones, texto fundamental para estudiantes, profesores de la materia y abogados que transitan por esta especialidad.

Actualmente ocupa el Sillón 7 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, institución en donde es respetado por su erudición y rectitud. Es abogado en ejercicio, función en la cual se ha desempeñado con la probidad que lo caracteriza, pero a la vez con la efusión y el ahínco del convencimiento de defender causas justas. En una ocasión me tocó resolver como Magistrado ponente una de ellas en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y a pesar de sus bien fundados argumentos tuve una visión diferente a la que él mantenía, pues el Derecho es eso: un objeto anfibológico, por lo que mi ponencia no le dio la razón, eso no melló en absoluto el trato cordial que desde hacía años nos teníamos. Por otra parte, es referencia obligada con sus artículos desde su tribuna periodística en El Nacional en donde orienta al lector sobre temas jurídicos traducidos al lenguaje del común que hace entendible el mensaje de sapiencia e integridad a todo el que lo lea. No dudo en decir que la sencilla actitud de la persona sabia, unida a la generosidad y a la amabilidad es lo que caracteriza a Alberto Arteaga Sánchez.

Las palabras de apertura de la Jornada estarán a cargo de una meritoria, inteligente e íntegra Magistrada Emérita del Tribunal Supremo de Justicia que transitó en forma impecable por más de treinta años la carrera judicial, pasó de una Defensoría Pública a un Tribunal de Primera Instancia Penal, para luego acceder a un Tribunal Superior Penal y posteriormente a una Corte de Apelaciones y, llegó al final de su carrera judicial, a ser Magistrada de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Creo que con todos esos datos no es necesario decir que se trata de Blanca Rosa Mármol de León.

Blanca Rosa "heredó" mi Despacho en el Tribunal Supremo cuando me llegó la oportunidad de mi jubilación, por lo que me fui doblemente contento pues dejaba el equipo que había formado en buenas manos y desde allí fue la torre o faro en donde avizorábamos la actitud digna en medio de la infamia que reina en esos lares. Salió del Tribunal Supremo como entró: impoluta y dejó importantes antecedentes jurisprudenciales en donde se destaca su criterio garantista y su posición respetuosa del debido proceso.

Este magno evento sobre Derecho Penal tanto en su ámbito sustantivo como procesal, criminológico y criminalístico será una atalaya de la cual podremos observar los más importantes adelantos en estas ramas del conocimiento humano, dirigidas a comprender la conducta delictiva y porqué se produce, a descubrirla a través de las huellas que deja en la memoria de testigos y en el rastro que transforma la realidad, a calificarla según el prospecto de los tipos penales vigentes y en sancionarla a través del debido proceso penal. Ese va a ser el ambicioso objetivo general de este trascendental programa que llenará las más exigentes expectativas.

Barquisimeto noviembre 2020

# PONENTES

# ALGUNAS PROPUESTAS DE POLÍTICA CRIMINAL PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOCIALES



Digna M. Atencio Bonilla*

## INTRODUCCIÓN

Nuestra región latinoamericana enfrenta a una crisis antecedente y concomitante con la Pandemia por el nuevo Coronavirus Covid-19, que ha reafirmado la ineficiencia de las respuestas de las Políticas Públicas en el sector salud, situación que está concatenada con el incremento del desempleo como consecuencia de las medidas adoptadas para frenar la rápida propagación de esta enfermedad altamente contagiosa y peligrosa que puede llegar a ser mortal o dejar en sus sobrevivientes secuelas que por el momento están bajo observación para establecer si son temporales o permanentes. De otra parte, ante el surgimiento de conflictos sociales producto del desempleo se pretende emplear el martillo del poder punitivo del Estado para quebrar la caja de cristal en caso de emergencia: el Derecho Penal que siempre sale a relucir como *prima ratio* en caso de emergencia.

Quiero reflexionar con tres ideas centrales sobre el tema que hemos propuesto, iniciando con la imposición de la coexistencia actual de la Política Criminal con el populismo punitivo; El deber ser del Estado Democrático de Derecho y la prevención del crimen; y, finalizar con algunas propuestas de Política Criminal como una real y legítima manifestación de voluntad pro restauración del Estado Democrático de Derecho.

* Profesora de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal e Investigadora del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) Managua

## I. POLÍTICA CRIMINAL Y POPULISMO PUNITIVO: UNA COEXISTENCIA IMPUESTA

Como sabemos, la Política Criminal tiene un rol sumamente importante en el proceso de la formación de la ley penal, pues orienta al legislador para identificar qué se debe tipificar como delito, criticar el derecho vigente y luego de ese tamiz formular propuestas de enmienda y reformas legales

No siempre ocurre así en todos los casos, porque es una realidad que en nuestras latitudes ha cobrado fuerza las reformas penales planteadas a partir del populismo punitivo que tiene un norte bien definido: crear nuevas figuras delictivas, incrementar las penas de los comportamientos que ya han sido tipificados como delito y eliminar o flexibilizar garantías o beneficios que la ley reconoce al imputado con el fin de ganar adeptos.

Por ejemplo, propuestas de reformas a la ley penal para mitigar la andemia y sus efectos como es tipificar los saqueos a centros comerciales, puestos de abarroterías, cuando ya existen en nuestros códigos penales figuras que regulan la materia, como es el caso del hurto y robo agravados.

Entonces nos preguntamos si ¿Es el Derecho Penal la solución a todos los conflictos sociales? La respuesta es no. El Estado tiene el mandato de llevar adelante políticas de gobierno para el bien común: en el plano educativo, en estos momentos con la continuación del año escolar empleando la tecnología de las plataformas virtuales y para aquellas regiones más apartadas que no cuentan con esa tecnología a través de módulos, la radio y la televisión, retomando experiencias anteriores que han sido eficientes y eficaces.

En la política sanitaria, aplicando las normas del derecho administrativo sancionador para evitar a través de la cuarentena obligatoria y el toque de queda la propagación del Covid-19. A quienes no atienden estas disposiciones se les aplica una multa o trabajo comunitario como sanción, ello sin dejar de lado que existe el delito de propagación de una enfermedad peligrosa y contagiosa, por la cual deberán responder ante la administración de justicia penal quienes siendo confirmados por las autoridades de salud como positivos con el nuevo coronavirus hayan contagiado a otras personas.

Para los efectos de establecer la tipicidad objetiva del delito se requiere que se aporte la documentación que acredite que el sujeto activo padece una enfermedad peligrosa o contagiosa para las personas, en este caso, los elementos de convicción serían una certificación expedida por la autoridad competente que es el Ministerio de Salud, en la cual se indique que el paciente dio positivo para el nuevo coronavirus, enfermedad en la cual concurren ambos elementos normativos del tipo por ser peligrosa y contagiosa, basta con mencionar que ha llevado a la Organización Mundial de la Salud a declarar la Pandemia mundial.

Por otra parte, la circunstancia de modo para la concreción del hecho punible comporta que el paciente positivo de Covid-19 incumpla la cuarentena o aislamiento que le fuere ordenado por el Ministerio de Salud y haya propagado la enfermedad. Es decir, no basta con que haya desobedecido la prohibición de mantenerse en cuarentena pues, esto daría lugar a la aplicación de una sanción administrativa únicamente, sino que es imperativo de la norma establecer que en su recorrido tras salir de la habitación donde estaba cumpliendo la cuarentena haya contagiado a otras personas, se trata de un delito de resultado. ¿Cómo acreditar esto último? sería a través de la trazabilidad que las autoridades de salud realicen para establecer a quiénes ha contagiado con el nuevo coronavirus el paciente que violó la cuarentena.

Una vez se puedan establecer estos dos extremos, que el indiciado es portador del virus y ha contagiado a otras personas, podríamos hablar de la imputación ante el Juez de Garantías, lo que trae como consecuencia otro aspecto que es la posibilidad de la aplicación de las medidas cautelares, entre estas podría dar lugar incluso a la aplicación de la más grave del catálogo de las medidas restrictivas de la libertad ambulatoria, que es la detención preventiva.

El escenario actual nos lleva a una primera reflexión, así como las unidades de cuidado intensivo de los hospitales están colapsando lo mismo ocurre en los centros penitenciarios que ya no dan abasto, hay hacinamiento, sin dejar de lado que también hay brotes de contagios del nuevo coronavirus. Por consiguiente, en el control judicial de afectación de derechos fundamentales como lo es la libertad ambulatoria teniendo como base el carácter excepcional, subsidiario, provisional, proporcional y humanitario de las medidas cautelares lo prudente sería que en

estos casos la medida cautelar sea la obligación del imputado de mantenerse en su propio domicilio, lo que resulta una paradoja porque al infringir las medidas sanitarias que le fueron ordenadas y propagar el Covid-19, finalmente deberá acatar el mandato "Quédate en casa".

Una segunda reflexión que surge de este tema es la coexistencia entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal: debe siempre primar el principio de última ratio por el cual la utilización del poder punitivo del Estado solo será empleado en atención a la importancia de los bienes jurídicos, en la gravedad del ataque a los mismos y la necesidad por tanto del recurso a los delitos y las penas. Además, frente a la posibilidad de judicializar una causa, siempre debe tenerse en cuenta que uno de los principios del modelo penal acusatorio es la solución del conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, a través de métodos alternos de solución de conflictos, para contribuir a restaurar la armonía y la paz social, tomando en cuenta que la pena representa una medida extrema.

Continuando con el tema de las políticas públicas, es importante que ante la suspensión de los trabajos por el impacto de la crisis económica que afrontamos como hecho sobreviniente de la pandemia, se tomen medidas para estimular el emprendimiento, incentivar la creación de PYMES y el rescate de las empresas para conservar las plazas de trabajo.

Esto por mencionar algunos ejemplos que permiten al colectivo social satisfacer necesidades básicas en medio de la situación del Covid-19.

## II. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y PREVENCIÓN DEL CRIMEN

En segundo lugar, además de procurar la satisfacción de las necesidades básicas de la sociedad, en un Estado Democrático de Derecho deberá atenderse la prevención del crimen, identificando el origen del fenómeno criminal para contrarrestarlo: pero ¿cuáles son los diferentes tipos de prevención? ¿sus destinatarios? mecanismos y fines?

Existen tres niveles de prevención

## 1. Primer Nivel

En el primer nivel nos encontramos con la lucha a largo o medio plazo con programas de prevención en las esferas educativa, social, de vivienda, trabajo, bienestar, calidad de vida, de esas Políticas Públicas de las que hicimos referencia es el primer estadío para prevenir la comisión de delitos: la satisfacción del bien común.

Una manera de prevenir es reforzar los programas de subvenciones para paliar los efectos del paro forzoso que ha sido consecuencia de la propagación del Covid-19, suplir a los centros hospitalarios de los recursos necesarios para la atención de los pacientes tanto por coronavirus como las enfermedades crónicas, por ejemplo, todos los enfermos requieren de igual atención.

## 2. Prevención secundaria

La labor que lleva a cabo la policía es de vital importancia para contener en la primera línea la propagación del virus, con el deber de verificar a las personas que están fuera de casa en horas del toque de queda, -que tenemos en mi país por ejemplo- quebrantan los días y las horas que no les corresponden según su sexo y número de cédula de identidad personal.

También la administración de justicia es parte de este segundo nivel de la prevención. Si ya se desatiende las medidas impuestas por la autoridad administrativa, la policía deberá conducir a los infractores ante el Juez de Paz para que respondan a través del pago de una multa y a falta de recursos económicos llevar a cabo trabajo comunitario. Y, como ya indicamos, a los que estando contagiados por salir a la calle en medio de su convalecencia contagian a otras personas deberán responder penalmente.

## 3. Prevención terciaria

Referida a la población reclusa, busca evitar la reincidencia a través de la prevención especial. Esto es, actúa cuando el delito ya se ha producido y, por tanto, no incide en las causas de la delincuencia. En este ámbito, sea como fuere, cabe hacer especial incidencia en la asistencia post-penitenciaria, o ayudas sociales y económicas para que los excarcelados se reinserten en la sociedad.

En consecuencia, la forma de entender el delito, y por tanto diseñar cómo prevenirlo y responder frente a él, está condicionado por la forma de entender la criminalidad: bien **como un problema jurídico**, como lo ha entendido tradicionalmente el positivismo; o bien **como un problema social**, esto es, **pluridimensional, donde toda la sociedad está implicada, y que es la perspectiva ineludiblemente a abordar en un Estado democrático de Derecho**.

Por ello, para una política criminal que quiera ser mínimamente eficaz, el Estado debe comenzar por preguntarse cuáles son las causas de la delincuencia e intentar erradicarlas (pobreza, paro, falta de oportunidades vitales, etc.). Porque **política social y política criminal están necesariamente interrelacionadas**, pues ambas tienen el mismo **objetivo de evitar conflictos sociales**. Ahora bien, mientras la política social lo hace con políticas proactivas, de promoción social (desarrollo de políticas en materia de salud, educación, trabajo, vivienda, asistencia, etc.,), la política criminal suele utilizar **políticas reactivas** frente al fracaso de las otras. En cualquier caso, el Estado debe asumir su corresponsabilidad social en la delincuencia, estableciendo los mecanismos necesarios para que estano aumente, o incluso disminuya.

## III. ALGUNAS PROPUESTAS DE POLÍTICA CRIMINAL: UN COMPROMISO CON LA RESTAURACIÓN DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

### 1. Políticas Sociales

A través de mecanismos de control social informal: como son la educación, la religión y la salud, los servicios asistenciales, las mejoras de vivienda o la configuración y calidad de las ciudades.

En este aspecto quiero referirme a la situación de la cuarentena que no es igual para todos, hay momentos en los que salir de casa, con independencia del horario de toque de queda, significa sobrevivir. Me refiero a la realidad que se vive a lo interno de muchos hogares donde ocurre el maltrato doméstico, siendo sus principales víctimas las mujeres, seguidas de sus hijos.

En esas condiciones decir "quédate en casa" resulta un contrasentido cuando la vida de la mujer y sus hijos estén en riesgo y lo más aconsejable es como dicen las campañas contra esta forma de maltrato "sal y escapa por tu vida", lo cual debe ser tomado en cuenta por los Jueces de Paz quienes son las autoridades competentes para imponer las multas por violar el confinamiento obligatorio. A mi modo de ver esta es una excepción a la regla general.

Sobre la violencia doméstica se debe indicar que es un delito que consiste en hostigar o agredir física, psicológica o patrimonialmente a otro miembro de la familia, que se sanciona con pena de prisión para el agresor que puede ser de cinco a ocho años y tratamiento terapéutico multidisciplinario en un centro de salud estatal o particular que cuente con atención especializada, siempre que la conducta no constituya delitos sancionados con pena mayor.[1]

En tiempos de pandemia la medida de prohibir el consumo de bebidas alcohólicas o "ley seca" fue adoptada por las autoridades como medida de salud pública precisamente por ser el consumo de licor uno de los detonantes de esta forma de maltrato y logró disminuirse los casos de violencia doméstica, al menos en cuanto a hechos punibles denunciados, lo cual también pudo deberse a otro factor: el confinamiento también representa un obstáculo para acercarse a las autoridades y formalizar las denuncias. Ello ha motivado que se hayan establecido mecanismos para auxiliar a las mujeres que se encuentran en situación de violencia doméstica, como es el caso del Ministerio Público que tiene una línea telefónica y correo electrónico habilitados para denunciar el maltrato doméstico[2], las Organizaciones No Gubernamentales que brindan apoyo a la mujer cuentan con una línea telefónica, sin costo, las veinticuatro horas al día los siete días de la semana[3] para orientar a las mujeres que atraviesan esta situación, incluso a través de las compañías de telefonía se envían mensajes de texto a los teléfonos móviles informando a las mujeres que no están solas y cómo pueden denunciar el hecho. También se cuenta con la plataforma *Crime Stopper International* en la

1 Artículo 220 del Texto Único del Código Penal.
2 Se puede recibir orientación a través del teléfono 524-2345 en el Área Metropolitana al correo electrónico violenciadomestica@procuraduria.gob.pa
3 Consultado en https://inamu.gob.pa/# el 29 de junio de 2020.

cual se puede llenar un formulario para hacer la denuncia correspondiente que será compartida con la policía y quien denuncia se mantiene en el anonimato. [4]

Una vez se hace la hace la denuncia y se da la aprehensión del agresor, se debe considerar tras la imputación la solicitud de la aplicación de medidas cautelares. Debido al hacinamiento en nuestros centros penitenciarios, nuevamente estimo que los Jueces de Garantías teniendo en cuenta el carácter excepcional, subsidiario, provisional, proporcional y humanitario de las medidas restrictivas de la libertad, pueden adoptar aquellas que implican la salida del agente del domicilio, como el abandono inmediato del domicilio[5], la medida de alejamiento consistente en prohibirle al imputado visitar el lugar donde viven las víctimas o comunicarse con ellas[6], y, por razón de la pandemia la obligación de mantenerse en el domicilio de otra persona[7].

Otro aspecto a considerar es que no toda la población cuenta con acceso a señal de internet, computadoras o un teléfono inteligente por los cuales hacer la denuncia, por lo que se recomienda crear mecanismos para garantizar a las víctimas de maltrato el poder comunicarse con las autoridades, como son las frases claves que puedan utilizar las víctimas para pedir auxilio.

En ese sentido, se sugiere que en los supermercados, Casa de Justicia y Paz, estaciones de la Policía Nacional, dependencias judiciales, entre otros sitios, se coloquen afiches con la mayor información posible, la creación de buzones en los cuales las mujeres que padecen violencia doméstica, los días que salen, puedan dejar su nombre, dirección y número de teléfono o el de cualquier familiar, amiga o amigo, para que posteriormente las autoridades puedan hacer la intervención y darles la protección que necesitan. [8]

## 2. Políticas de Medios de Comunicación

Estos deben comprometerse con el rigor, la seriedad y la ética, no suministrando una imagen distorsionada de la delincuencia, la información

4 Consultado en www.tupista.org el 29 de junio de 2020.
5 Numeral 4 del artículo 224 del Código Procesal Penal.
6 Numeral 3 del artículo 224 del Código Procesal Penal.
7 Numeral 8 del artículo 224 del Código Procesal Penal.
8 "Violencia doméstica, una Pandemia con rostro de mujer" de Urania Cecilia Molina, publicado en el diario "La Prensa" 27 de abril de 2020. Rescatado en: https://www.prensa.com/sociedad/violencia-domestica-una-pandemia-con-rostro-de-mujer/ Consultado el 2 de julio de 2020.

en materia de criminalidad debe ser veraz y contrastada con todas las fuentes necesarias.

Los medios de comunicación deben cumplir con los deberes profesionales establecidos para el ejercicio del periodismo.

### 3. Derecho Administrativo Sancionador

Nuevamente debemos mencionar este mecanismo que habilita a los funcionarios públicos a imponer sanciones, especialmente multas administrativas.

Aun cuando a veces estemos ante un sistema sancionatorio que puede ser aún más opresivo que el penal, por no contar con las garantías sustanciales y procesales con que este cuenta.

Sin embargo, debe coexistir con el Derecho Penal: el principio de última ratio es irrenunciable.

### 4. La Justicia restaurativa

A través de los métodos alternos de solución de conflictos podemos resolver los casos de escasa gravedad y con frecuencia producidos entre personas de un mismo entorno familiar o social (robos entre conocidos, injurias y calumnias entre vecinos, discusiones familiares, etc.)

Hay casos en que la sanción penal sólo puede tener un efecto criminalizador, por ejemplo cuando se trata de delincuentes primario o menores de edad.

### 5. Última Ratio: Propuestas Penales

En el proceso de creación de la ley penal, hay que ser coherentes con los principios y límites inherentes a un Estado Democrático de Derecho. Se requiere de una administración de justicia que cuente con medios suficientes y un poder judicial realmente independiente del poder político. Que el cuerpo policial tenga un poder limitado y reglado, evitando ámbitos de discrecionalidad.

## BIBLIOGRAFÍA:

### Artículos

Atencio Bonilla., Digna M. Quédate en casa: consecuencias penales de la violación a la cuarentena y la situación del maltrato doméstico. Inédito. Panamá. 2020.

Atencio Bonilla., Digna M. ¿*Política criminal o Populismo político*? *incidencia en las reformas a la ley penal panameña.* Epílogo de la obra Política Criminal, de Nieves Sanz Mula. S/E. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ). Managua. 2019.

Urania Cecilia Molina "*Violencia doméstica, una Pandemia con rostro de mujer*", en diario La Prensa 27 de abril de 2020. https://www.prensa.com/sociedad/violencia-domestica-una-pandemia-con-rostro-de-mujer/

# VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN EL CIBERESPACIO



Milagro Rengifo*

## INTRODUCCIÓN

En nuestra sociedad, las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) ocupan un lugar central en nuestras vidas. Internet se convirtió hoy en una herramienta útil que nos permite involucrarnos social, cultural y políticamente con el mundo en que vivimos, estando presentes en casi todas las facetas de nuestra cotidianidad, dado origen a nuevas formas de interacción y comunicación; así como creando un mundo globalizado, sin frontera ni límites territoriales, que se ha denominado ciberespacio; este ámbito cibernético creado por medios informático y la incorporación masiva de las TIC a la vida diaria, determina que resulten muy frecuentes los supuestos en los que el acto de violencia que se realiza a través de instrumentos digitales de comunicación: mensajería instantánea (Whatsapp, Telegram), redes sociales (Twitter, Facebook, Instagram) y mensajes de textos.

En este contexto a medida que avanza el desarrollo de las TIC y su uso se hace más cotidiano entre personas de todas las edades, comienzan a repercutir en el mundo virtual hechos y situaciones que ocurren en el mundo real, dando como resultado diversas formas de violencia relacionadas con estas tecnologías de la información, que visibilizan una extensión de la violencia estructural que enfrentan las mujeres. Siendo las TIC son sólo otro medio más que los agresores han encontrado para ejercer el poder patriarcal sobre las víctimas. El anonimato, la carencia de legislación coherente y de estadísticas oficiales reales, permiten que las agresiones sigan afectando al conglomerado femenino en sus derechos y libertades.

* Abogada especialista en Derecho Penal, Penal internacional, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Especialista en el Ejercicio de la Carrera de Fiscal del Ministerio Público. Docente Universitaria, Consultora del Roster ONU MUJER Colombia, en la Categoría Violencia Contra la Mujer.

Por lo que actualmente resulta normal que la forma de ejercitar violencia de género también se haya adaptado a esta realidad. La práctica demuestra que una multitud de agresores utilizan estos medios para acosar, amenazar, coaccionar, injuriar o atentar contra la dignidad de las mujeres, lo que permite identificar diversos tipos de violencia en razón del género, entre los que destacan el acceso a una cuenta o dispositivo sin autorización, el control y manipulación de la información, el robo y suplantación de identidad, la vigilancia y acecho, las expresiones discriminatorias y degradantes, el acoso en diversas modalidades, las amenazas, la difusión de información personal o íntima, la extorsión, las fake news contra alguna persona, la explotación sexual de la imagen y las afectaciones a canales de comunicación. Todas las anteriores son bien conocidas y se caracterizan por las omisiones que existen para sancionarlas, resultando indispensable su análisis y abordaje como formas de ilícitos desde el punto de vista académico.

## 1.- GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER EN EL CIBERESPACIOS Y SU RELACIÓN CON LAS INNOVACIONES TECNOLÓGICAS Y DE COMUNICACIÓN

Es sabido que el desarrollo tecnológico, por un lado, ofrece a las personas nuevas herramientas que les facilitan la consecución de sus objetivos, pero, por otro, plantean siempre nuevos problemas, amenazas y retos para sus derechos. Por poner un ejemplo, un teléfono móvil se ha convertido en una "herramienta" indispensable en nuestra vida diaria, con la que llamamos por teléfono, mandamos mensajes, hacemos fotografías e incluso las subimos a Internet. Bien, esto nos posibilita estar en contacto y en comunicación directa y continua con amistades o compañeros/as de trabajo; pero, por otro lado, el volumen de información que estamos transmitiendo de nosotros y compartiéndola, nos convierte en blancos vulnerables y fácilmente manipulables, posibilitando una fácil lesión o puesta en peligro de derechos como el derecho a la vida, la libertad de expresión, la libertad religiosa, el derecho a la intimidad, y en último término, la integridad y el desarrollo personal. (Arenas, 2011).

A objeto de internalizar el tema se hace indispensable la incorporación de la perspectiva de género frente a la vulnerabilidad jurídica que se derivan del uso de las TIC, para ello partiremos de las desigualdades que se derivan del trato entre mujeres y hombres, y su vinculación con concepción de género, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, donde la tradicional dicotomía entre los términos sexo y género dejaba el paso a la utilización de este último como sinónimo de mujer, y el concepto de perspectiva de género remitía a un enfoque sensible al valor de las diferencias entre hombres y mujeres, así como a sus consecuencias sobre el goce de los derechos fundamentales de las féminas. Destacando la sujeción de las mujeres a una serie de prescripciones sociales y normativas en los espacios sociales que las mismas ocupan. De esta forma, mientras el sexo es una realidad anatómica, el género es una construcción cultural o una estructura de poder. (Esquembre, 2005).

De allí que a partir de la idea de género, se ha construido toda una teoría que tiene como una de sus herramientas principales la denominada perspectiva de género, que es entendida como aquella que: permite visibilizar la realidad que viven las mujeres así como los procesos culturales de socialización que internalizan y refuerzan los mecanismos de subordinación de las mujeres.

En este sentido advierte, Facio & Fries (1999) "... la perspectiva de género no sólo analiza la relación de subordinación entre las mujeres y los varones sino que también las relaciones entre mujeres y la funcionalidad de sus prácticas con el sistema patriarcal" (p 31). De este modo, específicamente, la perspectiva de género en el Derecho, tiene como objetivo dar una visión general como configuración de análisis y reformulación del derecho de manera tal que sea inclusivo de las experiencias, necesidades, propuestas y exigencias de las mujeres, proponiendo alternativas transformadoras de las inequidades que el sistema sexo-género que la hegemonía masculina ha configurado (Rodríguez, 2015).

Siendo necesario tomar conciencia que las relaciones de poder actuales están dominadas por las nuevas tecnologías, y que estas relaciones de poder siguen siendo desiguales entre hombres y mujeres, que no sólo se rompe la desigualdad con un igual acceso al conocimiento, sino que es necesario posicionar a la mujer como sujetos de derechos en este terreno, mediante la creación de una cultura

tecnológica desde una perspectiva de género, donde los hombres y las mujeres participen en la misma en condiciones de igualdad (Sabanes, 2005). Haciéndose ineludible una aplicación de la igualdad real en el terreno tecnológico, que haga visible el papel de las mujeres en este campo y que socialmente las sitúe al mismo nivel que a los hombres.

## 2.- CONCEPCIÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO DIGITAL; COMO SE EJERCE, CUANDO APARECE Y QUE MEDIDAS DEBEMOS TOMAR PARA EVITARLAS

### 2.1. Concepción de Violencia de género Digital

Es importante destacar que existe una multiplicidad de comportamientos que constituyen la violencia en línea, la violencia contra la mujer digital o la ciber violencia contra las mujeres, aunque comúnmente se dice que son los comportamientos en contra de una mujer en particular. Puede ser, por ejemplo, cuando una mujer recibe un mensaje directo a través de Internet o se difunde su información a través de Internet sin su consentimiento, lo que puede generar una infinidad de sentimientos negativos y traumáticos (OEA, 2019).

El sistema interamericano de derechos humanos aún no ha establecido una definición acordada de la multiplicidad de comportamientos que constituyen la violencia en línea contra las mujeres en el marco de los instrumentos legales existentes, como la Convención de Belém do Pará (1995), y existe una necesidad urgente de establecer estos estándares para poder preparar una base conceptual y normativa sólida para las políticas públicas y otras acciones que tengan como objetivo abordar la violencia en línea contra las mujeres. En términos concretos, la violencia en línea ocurre de diferentes maneras. Puede significar el envío de correos electrónicos amenazantes o de acoso, mensajes instantáneos o publicación de información en línea, como lo ha establecido la organización Privacy Rights Clearinghouse (PCR, 2018) y tiene como blanco a una persona específica, ya sea contactándola directamente o difundiendo información personal suya, causándole angustia, miedo o enojo. Los términos equivalentes que se utilizan

son acoso en línea, acoso cibernético y la expresión más amplia de violencia en línea contra las mujeres.

Citron (2014) describe que el acoso cibernético "implica amenazas de violencia, invasiones de privacidad, mentiras que perjudican la reputación, convocatorias a que extraños físicamente dañen a las víctimas y ataques tecnológicos" (p.3). Las consecuencias de dicho acoso van desde angustia mental, daños en la reputación y miedo a los efectos en el mundo real, y el problema es aún más frecuente entre las mujeres (Pew Research Center, 2017). Las redes sociales pueden usarse como una herramienta para el acoso. Un estudio realizado por Amnistía Internacional (2019) descubrió que es más probable que se acose y maltrate a las mujeres en Twitter, con amenazas directas o indirectas de violencia física o sexual, abuso discriminatorio dirigido a uno o más aspectos de la identidad de una mujer, hostigamiento selectivo y violaciones de la privacidad, como doxing, o compartir imágenes sexuales o íntimas de una mujer sin su consentimiento.

Si bien los tribunales todavía están tratando de comprender las diferencias a menudo sutiles entre la libertad de expresión protegida y lo que constituye una verdadera amenaza, muchas mujeres se están sintiendo inseguras en línea y están sufriendo violaciones de sus derechos humanos de poder vivir sin violencia, a la integridad física, mental y moral, y a la privacidad. (Drake, 2015)

En líneas generales la violencia digital**,** se codifica como todas aquellas acciones que mediante medios digitales o TIC, tenga por objeto acosar, amenazar o extorsione a cualquier individuo. Centralizando la definición con la perspectiva de género**,** podemos decir que Violencia de Género Digital es toda aquella agresión psicológica que realiza una persona través de las nuevas tecnologías como el correo electrónico, sistemas de mensajería como WhatsApp o redes sociales, contra una mujer y repetida en el tiempo, con la única finalidad de discriminación, dominación e intromisión sin consentimiento a la privacidad de la víctima.

En un estudio realizado por la Asociación STOP Violencia de Género Digital llamado "Situación Actual de la Violencia Digital en España 2016" se pudo observar que de una muestra de 1000 personas (hombres y mujeres) el

43% de ellas se han sentido acosadas por un tercero en alguna red social o medio digital. El 51,56% de las mujeres se ha sentido acosada por un medio digital frente a un 48,44% de los hombres. Asimismo El informe de Amnistía Internacional #ToxicTwitter: Violence and Abuse against Women Online, concluía que el 23% de las mujeres de ocho países son víctimas de violencia y comportamientos abusivos en Twitter por diversas razones. Unas veces por alzar la voz sobre ciertas cuestiones, a menudo feministas. Otras, porque son figuras públicas. Aunque personas de todos los géneros pueden experimentar violencia y comportamientos abusivos en Internet, los que sufren las mujeres suelen ser de naturaleza sexista o misógina, y las amenazas en Internet de violencia contra las mujeres están a menudo sexualizadas e incluyen referencias explícitas a su cuerpo.

En pocas palabras una concepción útil de la violencia de género digital o violencia contra la mujer digital, es la que la define como aquella nueva forma agravada de violencia psicológica ejercida sobre la mujer por quien esté o haya estado ligado a ella en análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, a través de cualquier medio tecnológico o digital, mediante conductas en el plano virtual consistentes en amenazas, humillaciones o vejaciones, exigencia de obediencia o sumisión, coerción, insultos, aislamiento o limitaciones de su ámbito de libertad, produciendo en la mujer desvalorización o sufrimiento. Todas las conductas de violencia de género que se ejercen mediante las redes sociales o de internet pueden englobarse bajo el término violencia de género digital. Las diferentes formas de ejercer el ciberacoso limitan la libertad de la mujer, generan relaciones desiguales y provocan una dominación del acosador sobre la víctima mediante estrategias humillantes que dañan su imagen pública y afectan a su privacidad.

## 2.2. Cómo se ejerce la violencia de género digital o cuáles son algunos de los métodos utilizados en la violencia

Con el objetivo de protegernos de la violencia digital, debemos aprender a identificar este tipo de agresiones, para lo cual es fundamental conocer cómo se ejercen diferentes tipos de violencia digital, y que se enumeran a continuación:

1. Acceso no autorizado y control de acceso: ataques a las cuentas o dispositivos de una persona de forma no autorizada mediante el robo de contraseñas, escuchas en sus dispositivos, etc.
2. Manipulación de la información: cambiar o falsificar datos personales, registrar imágenes sin consentimiento o controlar cuentas en redes sociales.
3. Suplantación de la identidad sin consentimiento.
4. Acecho y monitoreo: vigilancia constante de una persona mediante cámaras, herramientas de geolocalización, etc.
5. Expresiones discriminatorias: comentarios abusivos y discursos discriminatorios que asignan a las víctimas un rol secundario o únicamente sexualizado.
6. Acoso: conductas reiteradas y no consentidas hacia una persona que resultan molestas, perturbadoras o intimidantes.
7. Amenazas: expresiones violentas que manifiestan una intención de daño a una persona, a sus seres queridos o a sus bienes.
8. Difusión de información personal sin consentimiento.
9. Extorsión: obligar a una persona a ceder ante las peticiones de un tercero, que la controla o intimida mediante chantaje.
10. Desprestigio: dañar la credibilidad, trayectoria profesional o imagen pública de una persona o grupo difundiendo información falsa o manipulada.
11. Abuso y explotación sexual: ejercicio de poder sobre una persona a partir de la explotación sexual de su imagen o cuerpo en contra de su voluntad.
12. Afectaciones a canales de expresión: dejar fuera de ciertos canales de comunicación o expresión a una persona o grupo mediante bajas de perfil en redes sociales o robos de dominio.

Ahora bien una vez que hemos identificado las agresiones que de producen a través de los TIC, nos corresponde individualizar desde punto de vista doctrinarios algunos métodos utilizados en la violencia de género digital:

a.- Ciberacoso o Cyberbullying: para Hinduja y Patchin (2014), el ciberacoso se define como daño intencional y repetido infligido mediante el uso de computadoras, teléfonos celulares y otros dispositivos electrónicos, destacando su naturaleza repetitiva. Descubriendo que la conciencia sobre el tema ha aumentado en los últimos años. No obstante, las adolescentes (femeninas) tienen más probabilidades de ser víctimas de acoso cibernético que los adolescentes (Patchin, 2016). Además, Betts (2017) encontró un impacto negativo en cómo se percibe el valor del aprendizaje entre las mujeres que están sujetas a la intimidación, lo que no ocurre de manera similar entre los hombres.

Asimismo para el Instituto Europeo de la Igualdad de Género (2017) el ciberacoso puede adoptar numerosas formas siendo su medios de comisión la emisión de mensajes de correo electrónico, de texto (o en línea) sexualmente explícitos y no deseados; insinuaciones inapropiadas u ofensivas en redes sociales o salas de chat en internet; amenazas de violencia física o sexual proferidas por correo electrónico o mensajes de texto (o en línea); incitación al odio, entendida como el uso de un lenguaje que denigre, insulte, amenace o ataque a una determinada persona a causa de su identidad (género) y otras características (como su orientación sexual o discapacidad).

En la legislación española con la aprobación de la LO 1/15, de 30 de marzo 2015 se incorporó el ciberacoso en la pareja o el acoso moral se caracteriza por la repetición de actos, de un conjunto de actitudes, palabras y comportamientos que, considerados aisladamente, pueden parecer inocuos, pero cuya reiteración y sistematización les convierte en dañinos para los bienes jurídicos de las víctimas. El ciberacoso es una manifestación del acoso que se caracteriza por el ámbito espacial en el que se produce (TIC), Dentro de esta categoría general de acoso moral, podemos distinguir dos modalidades que se producen con frecuencia en el ámbito de la violencia de género: a) Durante la relación de pareja, acoso psicológico o cyberbullying; b) Tras la ruptura de la relación, acoso mediante acecho o cyberstalking. (Gil, 2016).

b.- Ciberhostigamiento es el que se comete por correo electrónico, mensajes de texto (o en línea), o en internet. El hostigamiento conlleva la existencia de incidentes reiterados que pueden constituir o no actos inocuos a por separado,

pero que, combinados, socavan la sensación de seguridad de la víctima y provocan angustia, miedo o alarma. Entre tales actos pueden figurar: el envío de mensajes de correo electrónico, mensajes de texto (SMS) o mensajes instantáneos con contenido ofensivo o amenazador; la publicación de comentarios ofensivos en internet sobre la persona en cuestión; compartir fotografías o vídeos íntimos de la víctima a través de internet o del teléfono móvil. Para que se considere ciberhostigamiento, estos actos debe cometerlos la misma persona de manera reiterada. (Instituto Europeo de la Igualdad de Género, 2017).

c.-Ciberacecho o Cyberstalking: La organización Privacy Rights Clearinghouse (PRC, 2018), explica que un tipo de acoso en línea o acecho cibernético, que implica el uso de medios electrónicos para acechar a una víctima y generalmente se refiere a un patrón de conductas amenazantes o maliciosas Existen diferentes definiciones para el término: en algunos casos la amenaza debe considerarse creíble; y en otros, la categoría incluye una amenaza implícita. Es relativamente fácil acechar a una persona, considerando que muchos tienen múltiples cuentas de redes sociales y una sustancial presencia en línea. Además, muchas personas no son plenamente conscientes de las características de privacidad ofrecidas por las plataformas utilizadas.

Para Gil, 2016 el cyberstalking es una modalidad de acoso a través de las TIC que consiste en la persecución continuada e intrusiva a un sujeto con el que se pretende restablecer un contacto personal contra su voluntad. El tipo básico del delito de acoso presenta una estructura que puede sistematizarse en la exigencia de los siguientes elementos. 1.- En primer lugar, que se acose a una persona llevando a cabo, de forma insistente y reiterada, alguna de las conductas descritas en el propio. 2.- En segundo lugar, la reiteración de conductas contenidas en alguno de las cuatro modalidades comisivas definidas: a) La vigile, la persiga o busque su cercanía física; b) Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas. c) Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancía, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella. d) Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella. 3.- En tercer lugar, un elemento negativo del tipo, consistente en la ausencia de legitimación para desarrollar dichas conductas. 4.-

En cuarto lugar, la producción de un resultado, es decir, alterar gravemente el desarrollo de su vida cotidiana.

Ello afecta a la vida normal de la víctima, quien queda sometida durante todo el tiempo que dure la conducta a una invasión e injerencia en su libertad y a un quebranto de la libre determinación de comportarse conforme a la propia voluntad. Como quiera que un proceso de ruptura también lleva consigo la necesidad de comentar y discutir diferentes cuestiones personales y patrimoniales entre los que han sido pareja, el problema radica en determinar el límite a partir del cual la reiteración de la comunicación deviene constitutiva de delito

d.- Sexting y Sex-Casting (Gil, 2016) consiste en el envío de mensajes de texto vía SMS, MMS o similares desde dispositivos electrónicos, conteniendo imágenes de carácter sexual tomadas por el agresor o grabadas por la protagonista de los mismos, con el fin de dañar el honor e imagen de la mujer. También se habla de sex-casting para referirse a la grabación de imágenes sexuales mediante webcam y su posterior difusión por redes sociales, mail o servicios de mensajería instantánea. Esta conducta es frecuente después de la ruptura de la pareja, se da sobre todo en casos de infidelidad o de separación, colgando fotos comprometedoras de las víctimas en la red después de la ruptura. Puede afectar seriamente a la víctima en un doble sentido: por un lado, por la concurrencia de una quiebra de la privacidad, especialmente porque la difusión en redes sociales implica una pérdida de control sobre las imágenes y, por otra parte, un menoscabo psicológico por la humillación,

e.- Hacking o espionaje dentro de la pareja; el hacking o intrusismo informático, entendido como el acceso no autorizado a los archivos y bases de datos de sistemas informáticos ajenos, resulta cada vez más frecuente en el seno de la pareja. En la doctrina se suelen distinguir dos supuestos: el hacking blanco, que consiste en la conducta del sujeto que, para demostrar su habilidad informática o para descubrir fallos de un sistema, accede sin autorización al mismo; y el hacking negro, que se refiere a quienes, utilizando sus conocimientos informáticos, realizan conductas lesivas, como causar daños en el sistema informático o en los datos o programas en él alojados, atacar la intimidad o el patrimonio. (Gil,2016).

f.- Doxing o Doxxing: El vocablo "Dox" proviene de documentos y doxing es la recuperación y publicación no autorizadas, a menudo mediante piratería, de la información personal de una persona, incluidos, entre otros, nombres completos, direcciones, números de teléfono, correos electrónicos, nombres de cónyuges e hijos, detalles financieros (Women's Media Center, 2019). Amnistía Internacional descubrió en 2017 que una cuarta parte de las mujeres han sido sometidas a doxing al menos una vez.

g.- Porno vengativo o Pornografía no consensuada: es la distribución de imágenes sexualmente gráficas de personas sin su consentimiento y esto incluye imágenes o videos adquiridos con o sin consentimiento (Netizens, 2019). Tales escenarios son particularmente dañinos para las mujeres, dado que sus cuerpos y su sexualidad están sujetos a normas culturales que, en muchos casos, son misóginas. Un concepto relacionado es la sextorsión, donde se hacen demandas de dinero, u otras, a cambio de no revelar imágenes o videos con contenido sexualmente explícito. Teniendo en cuenta que en algunos países más del 80% de los adultos han enviado mensajes de texto con algún tipo de contenido sexual explícito (Stasko y Geller, 2015), muchas personas están en riesgo de sufrir este tipo de violencia en línea.

Por su parte el Instituto Europeo de la Igualdad de Género (2017), define la Pornografía no consentida, conocida asimismo como ciberexplotación o venganza pornográfica, la pornografía no consentida implica la distribución en línea de fotografías o vídeos sexualmente explícitos sin el consentimiento de la persona que aparece en las imágenes. El autor de estos actos suele ser una expareja que obtiene las imágenes o los vídeos en el transcurso de una relación anterior y con ellos se propone avergonzar y humillar públicamente a la víctima como venganza por haber puesto fin a la relación. No obstante, los autores no son necesariamente parejas o exparejas y el motivo no siempre es la venganza. Las imágenes también pueden obtenerse mediante la intrusión fraudulenta en el ordenador, en las cuentas de redes sociales o en el teléfono de la víctima, y puede que pretenda infligir un daño efectivo en la vida de esta en el «mundo real» (como el de conseguir que despidan a la víctima de su trabajo).

La referida institución reseña que se han publicado numerosos casos de mujeres víctimas de pornografía no consentida en los Estados miembros de la UE y en los Estados Unidos en los últimos años, varías de las cuales se suicidaron como consecuencia de esta situación. Indicando los estudios que hasta el 90 % de las víctimas de la práctica de la venganza pornográfica son mujeres y que la cifra de casos va en aumento. También crece el número de sitios web dedicados a compartir actos de venganza pornográfica, en los que los usuarios pueden publicar imágenes, además de datos personales como la dirección de la víctima y la empresa donde trabaja, así como enlaces a perfiles en línea.

Otra tendencia relacionada con efectos igualmente devastadores para las víctimas consiste en la retransmisión en directo de incidentes de agresión sexual y violación a través de las redes sociales. En lo que va de 2017 se han producido ya dos casos de gran relevancia, uno en Suecia y otro en los Estados Unidos, de víctimas cuya violación fue transmitida en línea utilizando la función de Facebook live ( Pasha, 2017).

h.- Sextorsión (Gil, 2016) Concurre cuando la tenencia de imágenes íntimas se utiliza para promover el chantaje a la víctima con el fin de ejercer control y dominio bajo amenaza, especialmente para tener relaciones sexuales, pero también con otras finalidades. En violencia de género, esta figura concurrirá cuando se extorsiona a la víctima con que, en caso de no acceder a las pretensiones del agresor (como puede ser la continuidad de la relación de pareja o el mantenimiento de relaciones sexuales), éste procederá a la difusión, bien en la web, bien en el ámbito de sus familiares y/o amigos, de imágenes de contenido íntimo en la que aquella aparece. Esta figura será constitutiva de un delito de sexting o sex-casting si no se difunden finalmente las imágenes, dada la gravedad de la coacción y del enorme peligro de difusión indiscriminada derivada de la inserción en la web de momentos íntimos. Y si se procediera a exponerla se verificaría dependiendo de la connotación en una pornografía no consentida.

### 2.3. Qué debemos hacer para prevenir la violencia de género digital.

Para prevenir la violencia de género digital es fundamental fomentar un uso responsable de las tecnologías de la información. Las siguientes medidas de ciberseguridad ayudan a proteger la privacidad digital:

- Se debe actualizar los dispositivos. Constantemente, un dispositivo actualizado es menos vulnerable ante los ciberataques.
- Las contraseñas y patrones de desbloqueo deben ser secretos, complejos y seguros, pues constituyen la primera barrera de seguridad para proteger la privacidad de tus dispositivos, manteniendo la individualidad y la privacidad en las relaciones de pareja.
- Es necesario tomar en cuentas las normas de seguridad de los sistemas digitales. La mayoría de los sistemas operativos ofrecen la opción de cifrar el contenido del móvil, de forma que para acceder a cualquier información hay que introducir una clave de seguridad.
- Además de no revelar a nadie las contraseñas, debe evitarse apuntarlas y utilizar una misma contraseña para todos los accesos. Para facilitar el trabajo, puede utilizarse una herramienta de gestión de claves.
- Para detectar accesos no permitidos en los dispositivos, debe verificarse que no haya aplicaciones que no se habían instalado y revisar detalladamente las facturas. En caso de robo o pérdida del teléfono, existen herramientas que facilitan la ubicación del dispositivo y permiten bloquearlo de manera remota.

Aunque reforcemos nuestra seguridad digital, la violencia contra las mujeres tiene un origen profundo y arraigado en los estereotipos y normas sociales que fomentan la discriminación de género. Por eso, la mejor manera de erradicar la violencia de género digital es promover las relaciones de respeto y educar en igualdad de género desde la infancia. Siendo indispensable que se promueva las políticas públicas de prevención y atención desarrolladas en el capítulo IV de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LOSDMVLV, 2014).

En este sentido cobra vital importancia el desarrollo de acciones educativas para transverzalizar las bases de enseñanzas con perspectiva de géneros (artículo 25 de la LOSDMVLV, 2014).

## 3.- DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN EL CIBERESPACIO DENTRO DEL MARCO JURÍDICO DE LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA.

En la legislación venezolana a diferencia de otras estructuras normativas de Iberoamérica, no existe un cuerpo normativo que regule de forma directa todas las formas de violencia contra la mujer digital, siendo indispensable la aplicación del compendio de normas penales que abarcan cada uno de las casuística o némesis de los casos, quedando en múltiples oportunidades el análisis delictivo a discrecionalidad de los órganos receptores de la denuncia, así como del titular de la acción penal su visibilización, juzgamiento y sanción. La travesalización del género en los ilícitos informáticos, surte como primer parámetro a los fines de hacer las valorizaciones adecuadas en aras del desarrollo de las garantías de los derechos de las mujeres.

Partiendo de esta premisa y en el entendido que existe conductas conexas con el uso de las TIC, que se relaciones en la Ley Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2014), cuyo análisis requiere partir del ámbito de aplicación de la ley, la cual está dirigida a proteger fundamentalmente a las mujeres. Los delitos, en su mayoría, sólo aceptan como sujeto activo al hombre, concibiéndose excepcionalmente tipos penales que por su naturaleza y características admiten a la mujer como posible autora o partícipe del hecho delictivo. En general, el espíritu, propósito y razón del instrumento está destinado a atender la violencia que histórica y cotidianamente sufren las mujeres por parte de los hombres.

Sólo siete (07) tipos penales de la ley pueden ser cometidos indistintamente por hombres o mujeres, unos por tratarse de delitos vinculados con la delincuencia organizada, cuya naturaleza apunta a considerar otros elementos constitutivos del tipo penal distintos al sexo. Tal es el caso del tráfico ilícito de mujeres, niñas y adolescentes (artículo 55) y la trata de mujeres, niñas y adolescentes (artículo 56); existen otros tipos penales, basados en relaciones asimétricas, donde las mujeres que ejercen determinados roles de poder replican conductas y patrones de dominio patriarcales, tal y como ocurre en la violencia laboral (artículo 49),

violencia obstétrica (artículo 51), esterilización forzada (artículo 52), ofensa pública por razones de género (artículo 53) y violencia institucional (artículo 54).

De allí que al verificar la acción delictiva digital vinculada a la violencia de género, partiremos de los parámetros desarrollados en el artículo 14 de la LSDMVLV (2014), es decir que se trate, pues, de una violencia que se dirige sobre las mujeres por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos fundamentales de libertad y .respeto; partiendo de acto sexista o conducta inadecuada el agresor que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, emocional, laboral, económico o patrimonial; la coacción o la privación arbitraria de la libertad, así como la amenaza de ejecutar tales actos, tanto si se producen en el ámbito público como en el privado.

Asimismo se debe aplicar en el entendido que la ley especial de género en Venezuela, advierte en su contexto la supremacía de sus postulados (artículo 10), así como la vinculación de cualquier ilícito en delitos conexos a los desarrollados en la LSDMVLV (2014), se vinculan y tramitan conforme a la normativa especial de género por su preeminencia de fuero especial (artículo 11)[1]. Por lo cual hechas las advertencias pertinentes ofreceremos un catálogo de los delitos de violencia contra la mujer en el ciberespacio, tomando en cuenta la remisión legal (artículo 67) que prevé la LSDMVLV (2014), ampliando la calificación y protección al ámbito de los delitos informáticos, desarrollados en la Ley Especial Contra los Delitos Informáticos (2001), en razón del creciente y amplísimo grupo de población que utiliza las tecnologías de la información como forma prevalente de comunicación, por lo que resulta normal que la manera de ejercitar la violencia de género o violencia contra la mujer también se haya adaptado a esta realidad: determinando que una multitud de agresores utilizan internet para acosar, amenazar, coaccionar, injuriar o atentar contra la dignidad de la mujer que es o ha sido su pareja sentimental.

1 La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), en la sentencia N° 252-2019, estableció que todos los juicios sobre delitos conexos y autónomos que correspondan a la competencia del juzgador penal ordinario como aquellos que competan a los juzgadores especiales en materia de violencia de género sea asumido por un tribunal de jurisdicción especial en materia de violencia contra la mujer, en aplicación del fuero especial atrayente que impide el conocimiento de otro fuero especial, salvo los expresamente contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes de la República.

De allí que al contextualizar las formas de ilícitos de violencia contra la mujer digital, encontramos lo siguiente:

El Ciberacoso como el Ciberhostigamiento, pese a que tiene connotaciones distintas como se explicó en los párrafos anteriores, refieren ambas formas de ilícito de violencia de género digital, conductas abusivas y especialmente, ejercidas en deshonra, humillaciones, celopatía, amenazas genéricas, palabras ofensivas, escritos o mensajes electrónicos dirigidos a perseguir, intimidar, chantajear, apremiar, importunar y vigilar a una mujer que pueda atentar contra su estabilidad emocional, dignidad, prestigio, integridad física o psíquica, o que puedan poner en peligro su empleo, promoción, reconocimiento en el lugar de trabajo o fuera de él. Destacando la proliferación reiterada de estas conductas y la producción de miedo e inseguridad en la víctima produciéndose con frecuencia en el ámbito de la violencia de género: a) Durante la relación de pareja, acoso psicológico o cyberbullying; b) Tras la ruptura de la relación, acoso mediante acecho o cyberstalking; que vincula en la legislación venezolana con los postulados de los artículos 15 numeral 1, 2 (LSDMVLV, 2014), como forma de violencia de género y sancionado como hecho punible en el artículo 39 y 40 ejusdem, referidas a la Violencia Psicológica y su forma agravada Acoso u Hostigamiento; siendo que efectivamente las conductas descritas en el tipo penal requieren en su contexto como uno de los medio de comisión las TIC, o mensajes electrónico o correos entre otros.

En relación con Ciberacecho o Cyberstalking; destaca como elemento característico, el uso de TIC, para acechar y amenazarar maliciosamente a la mujer, configurando una persecución intrusiva, donde le agresor vigilas, acosa y hace uso indebido de los datos personales de las mujeres víctimas en razón del género, con irrupción en las cuenta y redes personales, atentando con ello contra la estabilidad, psicología y cotidiana de la víctima. De allí que el ciberacecho revierte vinculación con los ilícitos previstos en el artículo 15 numerales 2 y 3 adminiculados a los artículos 40 y 41 de la Ley especial, relativos a las formas de violencia de género de acoso u hostigamiento y amenaza.

Abarcando la acción delictiva las previsiones del artículo 20 de la Ley Contra los Delitos Informáticos (2001), con la violación de la data o información

de carácter personal, toda vez que la irrupción ilícita en sistemas informáticos y de comunicación, para apoderarse, usar o modificar la información o data personal incorporadas en un computador o sistema que utilice tecnologías de información sobre las cuales tenga interés legítimo de la mujer, que generalmente que tiene o ha tenido un vínculo en una relación de poder con el agresor, con el único fin de alterar o poner en peligro la estabilidad emocional, laboral o económica de la víctima.

Ahora bien en cuanto a los Hacking o espionaje dentro de la pareja y los Doxing o Doxxing, es importante advertir que ambas formas de violencia contra la mujer digital, refieren acceso indebido a las base o sistemas informáticos de la mujer, caracterizándose por la proliferación de conductas lesivas, que atacan la intimidad, el patrimonio o el entorno laboral de la mujer, llegando incluso a exponer su honor o su tranquilidad psicológica con la publicación de la información; acciones que con perspectiva de género, se pueden valorar en los ilícitos previsto en el artículo 15 numeral 1º en relación con el artículo 39 ambos de la LSMVLV (2014); adminiculada a las normas desarrolladas en los artículos 6, 20 y 22 de la Ley Contra los Delitos informáticos (2001). En la calificación de una Violencia Psicológica, acceso indebido con violación de la privacidad de las comunicación y revelación indebida de información de carácter personal (sin embargo siempre debe tomarse en cuenta la casuística de la resolución delictiva, lo que podría ampliar o disminuir, el concurso de delitos en la calificación).

Por último los Sexting , Sex-Casting, Sextorsión y Porno vengativo o Pornografía no consensuada, se caracterizan por ser formas de violencia de genero digital, que presentan entre ellas una multiplicidad de particularidades en común, ya que se producen frecuente después de la ruptura de la pareja, que se dan sobre todo, en casos de infidelidad o de separación, colgando fotos comprometedoras de las víctimas en la red después de la ruptura. Puede afectar seriamente a la víctima en un doble sentido: por un lado, por la concurrencia de una quiebra de la privacidad, especialmente porque la difusión en redes sociales de imágenes o videos sexuales adquiridos con el consentimiento de la víctima o no, implicando una pérdida de control sobre las imágenes y, por otra parte, un menoscabo psicológico por la humillación. En estos ilícitos digitales el sujeto activo quiebra las barreras de protección de un dispositivo electrónico para

conocer las conversaciones y mensajes de sus parejas, tanto su contenido como sus destinatarios, o para acceder a sus archivos. De esta forma, se utiliza por los agresores como medio o instrumento para controlar los contactos y demás datos de las mujeres que son sus víctimas y conocer en cada momento qué hacen, dónde se encuentran y con quién se relacionan.

Cabe destacar que la pornografía no consensuada se relaciona con la sextorsión por cuanto en muchas oportunidades las amenazas y requerimiento se extiende a demandas de tipo patrimonial o pecuaniarias. Siendo importante para su análisis como ilícito de género, el acto sexista que se derive de la acción desplegada por el sujeto activo y la afectación, lesión o daño que produce a la víctima en todo caso mujer. Por lo que se valora como la configuración del delito de violencia psicológica, acoso u hostigamiento, amenazas, violación de la privacidad de la data o información de carácter personal y revelación indebida de la data de información de carácter personal, tipificados en los artículo 15 numerales 1 º,2º y 3º, 39 y 41 de la LSDMVLV (2014), en relación con los artículos 20 y 22 de la Ley Contra los Delitos Informáticos respectivamente.

Mención especial merecen cuando la acción delictiva digital en razón del chantaje, las amenazas se configuran en una extorsión con demanda pecuniaria de dinero o bienes, es menester verificar su calificación en la extorsión por relaciones especial conforme a las previsiones del artículo 17 de la Ley Contra el Secuestro y la Extorsión ( 2009).

## CONCLUSIÓN

La violencia de género digital puede tener lugar durante la relación de pareja, con la utilización de instrumentos tecnológicos para someter a la víctima a control y/o dominación, tanto mediante la comisión de delitos contra la libertad, igualdad e integridad psicológica (Ciberacecho o Cyberstalking Ciberacoso como el Ciberhostigamiento), o contra la intimidad (hacking, Sexting , Sex-Casting, Sextorsión y Porno vengativo o Pornografía no consensuada); como a través de la realización de actos de violencia psíquica que determinan la aparición de un delito basado en la reiteración o en la habitualidad (cyberbulling).

Esta violencia de género digital también puede aparecer al finalizar la relación de pareja, en supuestos en los que el agresor no acepta la ruptura, dificultando que esta sea definitiva mediante el quebrantamiento de la prohibición de comunicación y conductas de acoso. Son muy numerosos los procesos judiciales en los que es necesario investigar y probar hechos que tienen lugar en el entorno virtual de las mujeres víctimas de violencia, lo que plantea importantes problemas de investigación tecnológica y obtención de pruebas digitales de este tipo de delitos, así como las valoraciones doctrinarias que permitan transversalizar con perspectiva de género en los delito informáticos.

Hay que tener en cuenta que muchos delitos cometidos por medios digitales contra la pareja o ex pareja no son perseguidos por la propia ausencia de una suficiente conciencia de delito, no solamente de la víctima, sino también de quienes prestan servicio en el sistema penal. Así mismo, estas actuaciones se perpetúan en el tiempo porque las mujeres no son conscientes de que están siendo sometidas a una forma de violencia, confundiendo estas conductas con meros celos.

## BIBLIOGRAFIA

Amnesty International. (2019). Why Twitter is a toxic place for women. [Artículo en línea ] disponible en: https://www. amnesty.org/en/latest/research/2018/03/online-violence-against-women-chapter-1/ [consultado: 2020, septiembre 29]

Arenas, M (2011). BRECHA DIGITAL DE GÉNERO: LA MUJER Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS, Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá. [Artículo en línea ] disponible en: https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/9843. /[consultado: 2020, septiembre 26]

Asociación STOP Violencia de Género (2016).*"Situación Actual de la Violencia Digital en España 2016".* ,[ Artículo en línea ] disponible en *https://stopviolenciadegenerodigital.com//* [consultado: 2020, septiembre 29]

Betts, L. R., Spenser, K. A., & Gardner, S. E. (2017). Adolescents' Involvement in Cyber Bullying and Perceptions of School: The Importance of Perceived Peer Acceptance for Female Adolescents. Sex Roles, 77(7),

471–481. [Artículo en línea ] disponible en: https://doi.org/10.1007/s11199-017-0742-2 / [consultado: 2020, septiembre 30]

Citron, D. K. (2014). Hate Crimes in Cyberspace. Harvard University Press. Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (convención de Belem do para). (1995 marzo 5).[documento en Línea]. Disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html [/[consultado: 2020, octubre 10]

Drake, B. (2015). The darkest side of online harassment: Menacing behavior. Retrieved November 3, 2019, [Artículo en línea ] disponible en:: https://www.pewresearch.org/fact-tank/2015/06/01/thedarkest-side-of-online-harassment-menacing-behavior/ /[consultado: 2020, octubre 10]

Esquembre, Mª (2011). "Género, ciudadanía y derechos. La subjetividad política y jurídica de las mujeres como clave para la igualdad efectiva", Anuario de Derecho Parlamentario, nº 23.

Facio A. & Fries L (1999). "Feminismo, género y patriarcado. Compendio de Género, LOM. Santiago de Chile.

Gil, M. (2016). "Los Delitos De Violencia De Género En Redes Sociales Y Mediante Instrumentos Tecnológicos De Comunicación", ,[ Artículo en línea ] disponible en: www.dictumabogados.com Nº 58, octubre de 2016 4. / [consultado: 2020, octubre 10]

Hinduja, S., & Patchin, J. W. (2014). Bullying Beyond the Schoolyard: Preventing and Responding to Cyberbullying (Second edition). Thousand Oaks, California: Corwin

Instituto Europeo de la Igualdad de Género. (2017).La cirberviolencia contra mujeres y niñas". [Revista en Linea] disponible en: https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/eige_es#:~:text=El%20Instituto%20Europeo%20de%20la,de%20g%C3%A9nero%20en%20la%20UE/[consultado: 2020, septiembre 29]

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Documento

en línea ] disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3439 [consultado: 2020, septiembre 30]

Ley Contra el Secuestro y la Extorsión, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.194 de fecha 5 de junio de 2009.

Ley Contra los Delitos Informáticos (2001), Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 37.313, octubre 30, 2001.

Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia reforma (2014), Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 40.548, noviembre 25, 2014.

Organización de Estados Americanos (2019) "COMBATIR LA VIOLENCIA EN LÍNEA CONTRA LAS MUJERES: Un llamado a la protección". Edición 7 ,[ Revista en línea ] disponible en: https://www.oas.org/es/sms/cicte/docs/20191125-ESP-White-Paper-7-VIOLENCE-AGAINST-WOMEN.pdf. /[consultado: 2020, octubre 10]

Patchin, J. W. (2016). 2016 Cyberbullying Data. Retrieved November 3, 2019, from Cyberbullying [Artículo en línea ] disponible en: https://cyberbullying.org/2016-cyberbullying-data [consultado: 2020, octubre 10]

Pew Research Center. (2017). Online Harassment 2017. [Artículo en línea ] disponible en: https://www.pewinternet.org/wp-content/uploads/sites/9/2017/07/PI_2017.07.11_Online-Harassment_FINAL.pdf [consultado: 2020, septiembre 29]

Privacy Rights Clearinghouse PRC. (2018). Online Harassment & Cyberstalking. Retrieved November 5, 2019, from Privacy Rights Clearinghouse website: https://privacyrights.org/consumer-guides/online-harassment-cyberstalking.

Sabanes, D.(2005). "Mujeres y Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación", en Cuadernos Internacionales de Tecnología para el Desarrollo Humano.

Rodríguez, L. (2015). "La Perspectiva de género como aparte del feminismo para el derecho, El caso de violencia de genero. Tesis Doctoral,[

Artículo en línea ] disponible en: htttps//e-archivo.uc3m.es/bistream/handle/1006/22326/lupe-rodriguez-tesis-pdf. /[consultado: 2020, septiembre 29]

Women's Media Center. (2019). Online Abuse 101—Women's Media Center. [Artículo en línea ] disponible en: http://www.womensmediacenter.com/speech-project/online-abuse-101 /[consultado: 2020, octubre 10]

# LA "COMPLICIDAD CORRESPECTIVA" EN EL ORDENAMIENTO PENAL VENEZOLANO



Ángel Zerpa Aponte*

> "La unión constituye la fuerza, tanto en el bien como en el mal…pero son muy pocos los que suelen recordar la segunda parte. Por ejemplo, los legisladores parece que la han olvidado". (Escipion Sighele, La teoría positiva de la complicidad, 7)[1]
>
> "...existe en esta materia, una transacción probatoria, en virtud de la cual, ante la posibilidad de individualizar al autor, se aplica a todas las personas que han intervenido en la perpetración del homicidio...una pena que quiere ser intermedia entre la del autor y la del cómplice…no se evita la injusticia, sino solamente los extremos de la injusticia"... (Hernando Grisanti Aveledo, **Manual De Derecho Penal, Parte Especial**, 98-99)[2].

El instituto de la "complicidad correspectiva", 424 del Código Penal venezolano (a partir de ahora "CP") es una figura paradójica del ordenamiento no solo nacional, sino internacionalmente. Ubicado en los códigos penales, atiende más a un problema procesal, probatorio, que impide la real determinación de una verdad: quien de los muchos que acudieron a matar y/o lesionar, fue el real causante de la muerte o de la lesión, de victima singular o de plurales víctimas. Paradójico porque la respuesta escogida por el legislador es la disminución de la responsabilidad penal a nivel sancionatorio, de todos los que intervinieron. Bajo una premisa lógica, racional, conduciría a la pregunta del porqué tal disminución de aspiración sancionatoria del Estado, si más bien la pluralidad de intervinentes en procura de la muerte de otro o de su lesión, les generaría eficiencia comisiva[3] y restaría defendibilidad a la víctima

* Profesor de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal en la Universidad Central de Venezuela y otras universidades venezolanas. Magister Universidad de Glasgow, Reino Unido. Ha sido Juez Superior Penal Titular en Caracas. En 2017 la Asamblea Nacional lo designo Magistrado titular en el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, cargo que impidió su toma de posesión el Ejecutivo Nacional, al igual que el del resto de los magistrados designados.

1 Madrid, La España moderna, 1908.

2 Caracas, Vadell, 2000.

3 *"Nadie duda de que si dos hombres reúnen sus energías para emprender un trabajo cualquiera, lo realizarán más fácilmente, más pronto y mejor que si aquel trabajo lo hubiera acometido uno solo de ellos… un fin que ha de*

frente a la pluralidad de intervinientes. En el otro extremo, con la garantía constitucional de la presunción de inocencia, su desvirtuación -como derecho esencial de todos-, solo se hará con pruebas. En la complicidad correspectiva, precisamente, lo que falta es eso, pruebas, en contra de alguien por un hecho del que no estaba realmente – y demostrado con pruebas-, apartado. Un hecho que, casi como un juego de palabras o una chanza, culpabilisticamente quiso hacer pero que "quizás" no hizo, porque la persona que se fue a matar o lesionar, ya estaba muerto o lesionado antes de haber actuado el que lo quería afectar… aunque fuese en milésimas de segundo. La eficiencia letal fue obtenido por otro que, en comunicabilidad de intereses necandi, todos propiciaban dicha muerte[4].

Lo extraño y bizarro de la figura se ubica también en su necesaria comparación con la coautoría perfecta en homicidio y/o en lesiones personales, en hipótesis donde los plurales autores al unísono, ellos si ejecutan la muerte de uno o de varios con eficiencia de complementación entre lo hecho por uno y el otro[5]. En ésta última, la circunstancia los hace autores plurales de esa aflicción a las personas, sin rebaja de pena por indeterminación de pruebas ya que la atribución del hecho lesivo es causalmente atribuible a la acción u omisión de los plurales agentes (por ejemplo, los que al grito de 1, 2, 3, deciden lanzar a alguien desde la terraza de una vivienda, uno asiéndolo por las extremidades y el otro por el torso). Por si lo extraño no terminare de acabar, surge también la necesaria comparación con respecto al llamado homicidio concausal, en donde también, en principio, hay varios autores (a menos que la causa subsidiaria no fuere de origen humano), pero entre ellos no hay comunicabilidad alguna: el primero que intervino para matar, con toda la intención para ello, su medio no era eficiente para agotar el delito, pero dejo su iter criminis en tal estadío, que fue de inmediato sustituido por otro, que si ultimó a la víctima. Por lo demás, la mencionada presunción de inocencia de origen constitucional debe tener su efecto en el quantum de la rebaja por la

*realizarse, dada una acción que debe llevarse a cabo, puede, en tesis general, afirmarse que las probabilidades de que el primero se consiga y la segunda se ejecute crecen en proporción directa del número de las personas que concurren a aquel fin y a dicha acción"…,* Sighele, 7-8.

4 *"…preciso es admitir que «la unión de los delincuentes constituye la fuerza en el delito; o, lo que es igual, hay que admitir que «el delito en que intervienen varios delincuentes tiene más probabilidades (caeteris paribus) de ser ejecutado que el delito ideado y realizado por uno solo». De donde resulta que el delito de varios delincuentes es más peligroso para la sociedad que el delito deun solo delincuente", Ibídem.*

5 *"Dos asesinos que amenazan mi vida me ponen, evidentemente, en peores condiciones que si la amenaza proviniera de un solo asesino"…, Ibidem.*

figura que nos ocupa, ya que su regulación asigna límites inferiores y superiores de pena. Entonces, si no hay determinación probatoria de la eficiencia lesiva, dicha garantía constitucional orienta a una rebaja extrema, dada la problemática constitucional que el instituto genera. Disertemos sobre ello dentro del escaso margen de espacio asignado a estas consideraciones, en la honorable Jornada en la que manifestamos estos criterios.

Establece el artículo 424 del Código Penal…

> "Cuando en la perpetración de la muerte o las lesiones han tomado parte varias personas y no pudiere descubrirse quién las causó, se castigará a todos con las penas respectivamente correspondientes al delito cometido, disminuidas de una tercera parte a la mitad.
>
> "No se aplicará esta rebaja de pena al cooperador inmediato del hecho.[6]

Lo primero a advertir es que el nombre con el que se conoce doctrinaria y jurisprudencialmente el instituto antes trascrito, "complicidad correspectiva", si se analiza la simple redacción de la norma, en realidad, no alude a lo que técnicamente, en el ordenamiento penal, es la "complicidad" -el llamado "contubernium" del viejo Derecho romano-[7], como relación de ***participación*** en un delito, pero no de ***perpetración*** del mismo o, como se dice clásicamente, "realizar el verbo rector del tipo". El cómplice realiza una actuación subsidiaria, de colaboración, con el autor material que ejecuta la aflicción del bien jurídico protegido por el ilícito y ello al margen que en cuerpos de ilicitud penal colateral venezolanos, existan formas un tanto extraña de la complicidad. La versión clásica de la misma, surge del 84 CP…

> "Incurre en la pena correspondiente al respectivo hecho punible, rebajada por mitad, los que en él hayan participado de cualquiera de los siguientes modos:
>
> 1. Excitando o reforzando la resolución de perpetrarlo o prometiendo asistencia y ayuda para después de cometido.
>
> 2. Dando instrucciones o suministrando medios para realizarlo.

6 *"…¿se escriben acaso los tratados de derecho penal para cretinos, hasta el punto de que haya necesidad de decir que si un homicidio, que se castiga, supongamos, con treinta años de reclusión, es cometido por tres individuos, la pena no debe ser para cada uno de diez años, sino de treinta?"…*
*Sighele, 77.*

7 Aun cuando en el Derecho romano no respondía de homicidio más que aquel a cuya acción debía atribuirse el evento.

> 3. Facilitando la perpetración del hecho o prestando asistencia o auxilio para que se realice, antes de su ejecución o durante ella…(omissis)

Como se evidencia, si los cómplices penales actúan o "para después" de cometido el hecho, o facilitando, asistiendo o auxiliando para la realización del mismo, pero no "ejecutando" dicho hecho punible (siguiendo la redacción del 83 CP que define, entre otros, al autor), lejos estarían de llamarse complices los que a decir del citado 424 CP arriba trascrito, "toman parte"…"en la perpetración de la muerte o las lesiones". Dicho sin rodeos, los responsables de matar o lesionar en "complicidad correspectiva" -como los llama la doctrina y la jurisprudencia-, en realidad, en la perspectiva dogmática, son autores materiales, uno perfecto, y el o los otros, imperfectos[8]. Pero la inidoneidad de la acción de los imperfectos no es porque se vea frustrada dicha acción, interrumpida para evitar su perfeccionamiento por causa externa, entre ella la humana, asumida por otro para impedir su consumación; o que dicha acción se vio tentada por la inviabilidad esencial del medio aflictivo (tomando la distinción entre frustración y tentativa de nuestro ordenamiento, en el 80 y 82 CP). No, no es un problema de iter criminis. El asunto es la exigida incolumidad[9] del bien jurídico que espera ser cambiado o afligido por el delito. La vitalidad o integridad corporal de la víctima afligida por ese hecho, ya no existe como tal, es decir, ya no es incólume, ya está dañado, ya está lesionado. Y lo está causalmente por quien se avino con otro para, entre ambos, hacerlo al mismo tiempo, en unidad de hecho y/o de acción[10]. Pero hay un pequeño detalle: el otro se anticipó en la aflicción, con el consiguiente problema que la causalidad de uno como causante, o la casualidad

8 *"…el delito de varios delincuentes es más peligroso que el delito de uno solo », claro está que la sociedad deberá oponer al delito de varios delincuentes una defensa más enérgica que la que opone al delito de un solo delincuente. ¿Han aplicado este principio los legisladores y los cultivadores de la ciencia penal? Hasta el presente sólo lo han aplicado en…una mínima parte. Ibid,* 9.

9 De acuerdo al **Diccionario panhispánico del español jurídico**, el llamado *"derecho a la incolumidad corporal o personal" es el "Derecho a estar o permanecer sano, sin lesión ni menoscabo o sin lesiones o menoscabos de los que ya se sufran", consultado el 27-10-20 en https://dpej.rae.es/lema/derecho-a-la-incolumidad-corporal-o-personal#:~:text=Pen.,los%20que%20ya%20se%20sufran.*

10 *"El fenómeno de la unión o de la asociación de los delincuentes adquiere, como todos los fenómenos, diferentes grados de intensidad, recorriendo en sus varias manifestaciones una especie de trayectoria, a un extremo de la cual está su forma más sencilla, y al otro extremo la forma más compleja. Desde la simple connivencia de un autor con su cómplice, hasta la reunión de varios coautores o varios cómplices; desde la sociedad criminosa formada para cometer un solo delito, hasta la asociación de malhechores formada con el fin de cometer, no un solo delito, sino toda una serie de ellos"…* Sighele, *9.*

que el otro no haya sido, en nada se puede demostrar en el proceso con pruebas. Es decir, salimos de un tema de incolumidad del bien jurídico afligido por delito, tema formal-dogmático este, a un tema en la otra banda, probatorio, de práctica forense.

La justificación de la sanción por este hecho tan imposible de demostrar, siquiera es porque la culpabilidad fuera culposa, por un actuar negligente o imprudente, ya que hubo efectivamente intención y acción, querer y hacer. Por cierto un querer o hacer no para hacer menor el daño, preterintencionalmente, sino para lograr el querido resultado ultimo -matar así a ese, o lesionar así a ese-, en dolo directo. Razón por la cual asumir que lo que justificare la sanción fue la ejecutada intención de "poner en peligro" el bien jurídico, se queda corto, puesto que no solo hubo tal puesta en peligro del bien sino que se ejecutó una acción u omisión conducente al deseado resultado, por cierto obtenido, pero no individualizado en origen. Este corolario, este resultado, ciertamente es demostrable con pruebas idóneas, necesarias, licitas y pertinentes, no cuestionables; pero pruebas éstas también impertinentes e inidóneas, ergo, no fiables, para demostrar la perfecta relación de causa-efecto-atribución de un agente solo. Las pruebas más bien demuestran plurales agentes y que todos pudieron ser eficientes, pero la causa físico-químico-biológica de la aflicción es, en el mundo de las realidades, solo una. Por ejemplo, todos los proyectiles eyectados cuyas conchas se hallan en el piso provinieron de armas similares blandidas por todos, pero el solitario disparo en la aorta es la causa indudable de la muerte y es imposible demostrar[11] de cuál de las varias armas en manos de muchos, fue el disparado. Ello afecta el entendimiento natural de las cosas, porque no se puede matar a quien ya está muerto o lesionar al que de esa lesión querida por todos, ya se efectuó.

Conforme al **Código Penal venezolano comentado** publicado por el Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Central de Venezuela[12], el actual 424 del CP 2005, ingresó a nuestro ordenamiento en el ahora derogado 385 del CP de 1897, por vía del 378 del italiano Codice Zanardelli de 1889…

11 "*En la actualidad, el supuesto de hecho de la complicidad correspectiva o correlativa es de difícil e infrecuente actualización, en virtud de los progresos de la Criminalística o Policía Científica"… , Grisanti, 98.*

12 IV, Caracas, 1983.

> "Quando piú persone prendano parte alla esecuzione di alcuno dei delitti preveduti negli articoli…e non si conosca l'autore dell'omicidio o della lesione, ese soggiacciono tutte alle penne rispettivamente stabilite diminuite da un terzo alla metá…Questa diminuzione di pena non si applica al cooperatore immediato del fatto"[13]

Frente a la figura, el imprescindible maestro venezolano Hernando Grisanti Aveledo, en su insustituible **Manual de Derecho Penal. Parte Especial** afirma que "…no es menester que haya ***concierto previo*** entre las personas que han tomado parte en la comisión del homicidio o de las lesiones; pero, en cambio, si es preciso que entre tales personas, haya ***acuerdo de voluntades***"…[14]. Ante ello, como lo afirmaba allá en 1929, el uruguayo José Irureta Goyena, "… la distinción entre concierto previo y acuerdo de voluntades es sutil. El concierto previo supone la premeditación; en cambio, el acuerdo de voluntades puede ser instantáneo, inmediatamente anterior a la consumación del homicidio o de las lesiones"…[15] Esta última distinción es esencial para diferenciar a la complicidad correspectiva del 424 CP con respecto al homicidio concausal, 408 CP, en el cual no hay ningún avenimiento previo, artículo este que parcialmente se trascribe…

> "…cuando la muerte no se hubiere efectuado sin el concurso de circunstancias preexistentes desconocidas del culpado, o de causas imprevistas que no han dependido de su hecho, la pena será de"…

Por otra parte, interesante es la acotación que hace el maestro Grisanti frente al problema de la indeterminación probatoria en la complicidad correspectiva, "Si solo se desconoce el nombre…del autor, pero este puede ser identificado…por sus características fisonómicas, no se aplica la norma"…[16] . Ya advertía a comienzos del Siglo XX, el tantas veces citado en ese ensayo, el positivista jurista italiano Escipion Sighele, que la también llamada complicidad correlativa, es una "…extraña forma de complicidad, que un ingenioso amigo mío definía acertadamente como «el juego de la lotería aplicado a la justicia

13 *"Los principios…como el derecho romano regula el instituto de la complicidad son: en primer lugar, que debe atenderse, no a la participación material que cada individuo haya tenido en un delito, sino a su intención; y segundo, que los varios participantes en un delito , además de la propia responsabilidad personal, tienen una, responsabilidad colectiva, procedente del solo hecho de haberse reunido para cometer un determinado delito"…., Sighele, 35.*

14 *Ibidem*.

15 ***Conferencias Orales: El delito del hurto. El delito de homicidio. Delitos de falsificación documentaria y Estafa****. Montevideo, La ley. 454.*

16 *98.*

penal"… [17]. Ahora bien, ya sabiendo que el origen de la complicidad correspectiva -"corrispettiva", en italiano- proviene de su incorporación en el CP por vía de su copia del italiano, decimonónico y ministerial Código Zanardelli, en la "exposición de motivos" de este, denominada "***Relación Ministerial, II***, 318) se justificaba su sanción en lo siguiente…

> "…Cuando varias personas participan en un homicidio o en una lesión personal con anterior y manifiesto acuerdo y se conoce quién de entre los varios agresores ha ocasionado la herida por virtud de la cual el agredido muere o resulta lesionado en su cuerpo, debe responder principalmente el autor del golpe, y los otros responderán como co-reos o como cómplices, según el grado de su participación criminosa. Pero…a veces puede ocurrir, y precisamente en los casos surgidos de improviso, que no resulte de un acuerdo preestablecido ni se conozca al verdadero autor de la muerte o de la lesión, para estos casos es necesario determinar cuál sea la responsabilidad de los que han tornado parte en el hecho. Para esto sirve precisamente la teoría de la complicidad correlativa…y limitarse a establecer la imputación de cómplices en aquellos que son reconocidos al menos como tales. No puede ponerse en duda que todos los que toman parte en el hecho criminoso son culpables, pero se ignora quién sea verdaderamente el ejecutor inmediato de la muerte o de la lesión; por lo que sería injusto y exorbitante equipararlos en la responsabilidad máxima de los co-reos. ***Hay, pues, que renunciar a lo desconocido por lo conocido*** y aceptar la impunidad relativa de los reos principales, para conseguir la punición segura de los mismos como reos secundarios, aplicando a todos los que toman parte en el hecho una pena casi correspondiente a la de los cómplices. Lo cual no podría lograrse con las normas y los principios generales acerca de la participación, por ignorarse quién sea el autor principal y cuál la obra particular de cada uno ; por eso es necesaria una disposición expresa para el caso" **(resaltado propio)**[18]

En la propia argumentación zanardelliana del porqué se incorpora la complicidad correspectiva en el ámbito penal, se explicaría buena parte del asunto, su ratio legis[19]…

17 *199.*

18 Trascrito por Sighele, 200-201.

19 En realidad no afirma que la norma copiada del XIX italiano al XXI que nos cobija, no deriva injusticias desfavorables a los culpables y que, por lo demás, paradójicamente, la única injusticia que se comete les favorece, ya que no pudiéndose descubrir el autor, ni por lo tanto, castigarlo... ¡se le castiga solamente con la pena de cómplice!. Y no se diga, como lo hace Zanardelli en su *Relación*, que "*en ciertos casos se trata únicamente de renunciar a lo desconocido por lo conocido*", pues precisamente lo que provee el artículo es a lo desconocido, siendo que cualquiera diría que en perjuicio de los culpables se cometen injusticias.

- La primera respuesta sancionatoria frente a una muerte o lesión con intención, realizada por plurales agentes, es responsabilizarlos a todos como coautores, con la pena individualizada que en su relación con la víctima o con el tipo de comisión efectuada, se derive normativamente, no habiendo ninguna duda alguna sobre dicha comisión y su participación[20], con pruebas. El que ayudó a agenciar el homicidio y/o la lesión pero sin perpetrarlo, es cómplice, simple y llano (84 CP) y dependiendo de su ayuda será considerado necesario o no, a los efectos de imponerle la misma pena del autor a los primeros, o rebajar a los segundos. Dicho en otras palabras, no engolosinarse a asumir que toda pluralidad homicida o lesionante es a título de complicidad correlativa;
- Que la verdadera hipótesis de la complicidad correspectiva es el franco desconocimiento del "verdadero autor de la muerte o de la lesión", y sin tener ninguna duda, "que todos los que toman parte en el hecho criminoso son culpables", sin saberse "el ejecutor inmediato de la muerte o de la lesión", "…por lo que sería injusto y exorbitante equipararlos en la responsabilidad máxima de los co-reos"… . Es decir, es un tema de aequitas, como decían los romanos, de equidad, siguiendo la exigencia de tutela judicial equitativa plasmada en el 26 Constitucional.

Asumir la existencia de una especie de reglamento univoco para encontrar todas las fórmulas de participación plural en homicidio y/o lesión, aun o por la necesidad de respetar el principio de legalidad, la tipicidad, es una tarea imposible, por la díscola condición humana, pero fundamentalmente por la problemática probatoria, de demostración del hecho. Pero nótese que en el caso de la complicidad correspectiva, la duda probatoria ya no es en el ámbito de lo aparentemente más difícil de demostrar, la culpabilidad, el yo interno del agente, "el nexo psíquico que se establece entre el autor y el hecho", sino que, antes

20 *"Dos hombres pueden haber dado a otro hombre dos puñaladas idénticas con intención idéntica (de matarlo o de herirlo), pero si yo no aprecio el por qué cada uno de ellos ha dado la puñalada, no puedo ni debo sentenciar que ambos son igualmente responsables. Puede uno haber acometido por odio, el otro por venganza, y un tercero por un sentimiento menos reprobable". Ibid,* 73.

bien, la dificultad es la probanza de lo objetivo, de la causación, la atribuibilidad directa de la aflicción a una actuación. Ya lo decía Sighele, en 1909…

> "…es inútil que la ciencia o la ley se figuren que pueden imaginarse tantas hipótesis de participación en el delito cuantas se dan en la realidad, y que se hagan la ilusión de que a cada una de ellas pueden hacer corresponder la pena proporcionada. Ya pueden hacer todas las hipótesis que quieran, que ni una sola de ellas se adaptará bien al caso especial; lo mismo que un sastre…puede fabricar los miles de trajes que tenga por conveniente, en la seguridad de que no encontrará un hombre a quien le siente bien ninguno de ellos. La verdad es que, para medir el grado de punibilidad de un delincuente, no hay necesidad de atender únicamente a la participación que haya tenido en el delito, sino más bien a la índole que con sus actos ha mostrado tener el delincuente"…[21]

Empero lo anterior, es innegable que la respuesta sancionatoria que se deriva del 424 del CP, la complicidad correspectiva, puede conducir a críticas en las que se afirme el golpe a los criterios de justicia y de proporcionalidad de la pena por el delito, que se deriva de tal formula legislativa. Por ejemplo, se afirma que al delincuente se le castiga con arreglo al "tanto de mal que haya hecho" y que "la pena debe ser una reacción justa y proporcionada al delito cometido", frases comunes que se leen en la dogmática penal. Por otra parte, es obvio que en el juicio penal resulta vital la demostración adecuada de la forma de intervención del inculpado en el delito atribuido, como presupuesto para acreditar su responsabilidad penal. Con la complicidad correspectiva… ¿se está castigando de un modo justo y exacto? O ello no importa, castíguese igual, ya que el legislador tiene necesidad de una víctima expiatoria reconociendo la eventual inhabilidad del Estado, en ciertos casos, para demostrar individualización de responsabilidades en homicidio y/o en lesiones. El 8 del Código Orgánico Procesal Penal, supera la concepción constitucional de la presunción de inocencia establecida en el 49.2 de la CRBV, siendo la norma del Código más instrumental…

> "***Presunción de Inocencia***. Cualquiera a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y a que se le trate como tal, mientras no se establezca ***su culpabilidad*** mediante sentencia firme. (**Resaltado propio)**

Ante ello, la ley adjetiva instruye que en el proceso penal no solo se debe demostrar el aspecto objetivo del delito, la causación, sino fundamentalmente su

21 97.

aspecto subjetivo, la culpabilidad. Precisamente, de esto último es lo que abunda en la figura de la complicidad correspectiva: No hay duda que la intención, la culpabilidad, de todos los que intervinieron, era la de matar y/o lesionar, y así actuaron, pero lo que escasea, nada menos, es la prueba de la eficiencia personal de su hacer, y la aflicción demostrada del bien, vida o integridad corporal, muestra que tal daño solo se causó con un actuar individual, y muchos actuaron.

La pena de los cómplices correlativos no es pura y simplemente la de la complicidad no necesaria. En efecto, según el 424 CP, la pena de los cómplices correlativos es la que se establece para los autores, disminuida de un tercio a la mitad; mientras que en el 84 CP, la pena de los cómplices no necesarios es la establecida para los autores, disminuida en la mitad. Se trata, pues, de una especie de "pena extraordinaria"[22]. Se percibe a las claras que con la complicidad correlativa se hace una transacción sancionatoria[23]: como sería muy injusto o inequitativo sancionar a quien queriendo matar procura esa muerte pero naturalmente ya no podría hacerlo porque su víctima ya está muerta, también seria inequitativo dejar de sancionarlo si existe la duda insuperable que dicho resultado no le es atribuible, pero también hay prueba que perpetró. Lo malo de la fórmula es el descalabro que se hace no solo en la llamada función de prevención general de la pena para que la sociedad se abstenga de realizar conductas tan disvaliosas porque le espera sanción al que así actué, sino también en la percepción frente al ente público que le corresponda la investigación y demostración de los hechos punibles, tendiendo a relajar la labor criminalística ya que al final del camino, con solamente probar presencia de los plurales agentes, no solo es que serán castigados copiosamente (aunque con quantum menor que por el delito agotado), pero no solo a uno, sino a muchos. Una suerte de control social aleatorio o eventual, por cierto nada virtual sino bien inclemente. Es decir, si hay una dificultad insuperable para determinar quién sea el autor del hecho, con mayor razón será insuperable la dificultad para comprobar el verdadero grado de participación de varios cómplices. Se legisló -como lo afirmó Zanardelli, copiado al calco en el CP venezolano- sobre lo

22 En la 26, 20-6-11, la Sala de Casación Penal del TSJ, afirmaba que "…*constituye una fórmula adecuada y pertinente para aquellos casos en los cuales no se ha podido individualizar quién o quiénes son los sujetos que han ejecutado la acción, cuando en el hecho concurren una pluralidad de personas*"…

23 Grisanti refiriendo a Alimena y a Manzini, 98.

desconocido, estableciendo una pena que el legislador mismo reconoce a priori, injusta. Castigarlos a todos, que la justicia (si la hay) elegirá a los suyos.

Por otra parte, hagamos un ejercicio de ficción legal. Imaginémonos un CP sin su 424, ¿podrían castigarse como participes a los llamados cómplices correlativos cuando se ignore quién es el autor principal?; ¿acaso no puede aplicarse el 84 CP sino cuando es conocido el autor principal del delito? No hay disposición legal que así lo diga, de donde resulta que los llamados cómplices correlativos encontrarían siempre su punición, aun no existiendo el 424 CP. Ahora bien, para demostrar que participes han tomado parte en la ejecución de un delito, hay que demostrar que ha existido un acto de complicidad, cualquiera de las prolíficas hipótesis del trascrito 84 CP, con lo cual será inevitable la punición de los culpables con arreglo a este artículo, sin ninguna necesidad del 424 CP. El perpetrador principal será castigado también como cómplice, pero esto será una necesidad, por cuanto con respecto a él no se ha conseguido más prueba que la de la cooperación secundaria. Y los cómplices, en vez de ser castigados con una pena extraordinaria, lo serán con la pena ordinaria sancionada por el legislador para las varias hipótesis del concurso de personas en el delito. Con ello se ganaría una dogmática lógica y a la imposibilidad de conseguir prueba no se le aúna la impericia del juez, y las pocas felices disposiciones de ley.

En otro sentido, el hecho demarcado en la complicidad correspectiva, no ilustra si el mismo es repentino o premeditado, error común este a todas las disposiciones del Código relativas a los delitos cometidos por varias personas. La diferencia entre la complicidad premeditada y la improvisada es a veces grandísima y siempre digna de ser notada. La diferencia más sutil sería que en los hechos imprevistos, repentinos, realizados por varias personas, no siempre puede hablarse de complicidad. No porque algunos individuos tomen parte en un delito ha de decirse que sean necesariamente cómplices. Serán siempre responsables todos, si todos han tomado parte en el hecho, pero no serán siempre todos cómplices. Lo que verdaderamente constituye la complicidad es el acuerdo entre las voluntades particulares de varios individuos, la fusión de sus intenciones. Ahora bien, este acuerdo no es necesario que sea siempre anterior al delito. Puede nacer aún en los delitos de ímpetu. Para establecer la complicidad, basta con una palabra, y a veces, con un simple acto. Si Fulano tira un golpe de improvisto

a Zutano, que lo ha provocado, y Perencejo que está con él, lo ayuda también para el homicidio, teniendo a la víctima o hiriéndola también él, es evidente que el solo acto de Perencejo lo crea y lo afirma cómplice de Fulano. Las dos voluntades, como las dos acciones, se han fundido en un instante, y el delito es el resultado de su asociación improvisada. Pero puede también ocurrir que varias personas tomen parte en un hecho, sin que entre ellas haya intervenido ningún acuerdo, premeditado ni repentino. Supóngase el ejemplo más común, el de unas lesiones o un homicidio ocurrido en una manifestación pública. Varios individuos tiran piedras contra una casa, una persona queda herida o muerta, no se sabe quién la ha herido o matado, pero se sabe que las piedras las tiraron tres, cuatro, diez personas. Según el Código, esta sería la hipótesis de la complicidad correlativa. Pero ¿dónde está la complicidad, es decir, el acuerdo, si estas personas vinieron por distintas calles, sin conocerse, y tiraron las piedras acaso movidas todas ellas por un fin análogo (acaso también, y con más probabilidad, por un fin distinto ), pero sin comunicárselo, sin saber la una de la otra, sin apercibirse de ser solidarias y de realizar una acción idéntica? En tales casos, no debería hablarse de complicidad, sino de responsabilidad correlativa: Los que tiraron las piedras no puede decirse que hayan, ni "excitado o reforzado la resolución de cometer el delito, ni prometido asistencia o ayuda para después, ni dado instrucciones o suministrado medios, ni facilitado la ejecución prestando asistencia o auxilio antes o durante el hecho".

Las consecuencias jurídicas de la complicidad correspectiva ya se han desarrollado en demasía aquí: Se ha de aplicar a todas las personas que han participado en la perpetración del homicidio o de las lesiones, la misma pena, siendo tal pena la correspondiente al delito cometido, disminuido de una tercera parte a la mitad. Sin embargo, la complejidad del tema de la autoría y participación -sin duda uno de los más complicados de la dogmática penal- ha propiciado que en las resoluciones judiciales, tratándose del concurso de personas en el delito, se dificulte en algunos casos, la correcta precisión de la forma de intervención del inculpado, particularmente cuando se sanciona o procesa a un individuo como coautor, cuando en realidad debió haber sido sancionado como cómplice. Es lo que algunos denominan la "teoría del codominio funcional del hecho", predominante en la doctrina jurídico penal contemporánea, como criterio de

distinción entre los distintos supuestos de coautoría y complicidad ejecutivas. Conforme al 83 CP, son coautores de un delito los que lo realicen conjuntamente. Ahora bien, desde finales del siglo XX, la dogmática abordó el problema de la coautoría, a partir de la aplicación de la teoría del "codominio funcional del hecho necesario y esencial para la realización del delito" establecida con base en "la teoría de dominio del hecho", desarrollada de mera preponderante por Welzel y Roxin[24]. Según dicha teoría los partícipes son responsables en igualdad de condiciones cuando varias personas, en consenso, mediante un plan común acordado, antes o durante la perpetración del suceso y, en codominio funcional del hecho punible, se dividen las acciones para lograr su ejecución, al evidenciarse una aportación segmentada, adecuada y esencial al hecho, aunque formalmente no sea considerada como parte de la acción típica.

La coautoría exige que los intervinientes se vinculen recíprocamente mediante un acuerdo en común para realizar el hecho (decisión de acción conjuntamente resuelta por todos, codominio funcional del hecho), en el que cada uno de ellos tenga un cometido parcial necesario para la totalidad del plan, que les haga aparecer como titulares de la responsabilidad por la ejecución del hecho. El acuerdo, puede ser previo o concomitante y es precisamente esta decisión común, lo que determina la cooperación consciente y querida que exige la coautoría para que la responsabilidad gravite sobre todos los intervinientes[25]. Por tanto, la existencia del acuerdo previo, expreso o tácito para producir el resultado típico, implica una participación consciente y voluntaria de los coautores, es decir, la existencia de una acción de índole dolosa que consiste en conocer y querer la realización del tipo objetivo de un delito, toda vez que tal figura requiere necesariamente la demostración que el sujeto activo, tenga conocimiento de los

24 Entre otras de Welzel, **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid: 2000, pp. 311 y 312; y Roxin, Claus. "*Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión*", En: **Estado de la autoría del delito**. Editorial Cívitas, Madrid: 2000, pp. 162 y 163.

25 Bajo esa perspectiva, Welzel, Hans, **Derecho penal alemán. Parte general**. 11.ª Edición. Editorial Jurídica de Chile, Chile: 1993, p. 129, establece que tratándose de coautoría se requiere una decisión común al hecho, es decir un acuerdo recíproco, expreso o tácito junto a la perpetración común de este. A ese tenor, Jackobs, Günter. **Derecho penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputación.** Marcial Pons. Segunda edición. Ediciones Jurídicas, S.A, Madrid: 1997, pp. 745 y 746, sostiene claramente al hablar de coautoría, que resulta indispensable la decisión común del hecho, entendida como el acuerdo expreso o concluyente sobre la distribución de las aportaciones singulares.

elementos objetivos y normativos del tipo penal y quiere la realización del hecho descrito por la ley (dolo).

El aspecto decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho, lo tienen dos o más personas que, en virtud del reparto funcional de tareas (principio de división del trabajo), asumen por igual la responsabilidad de su realización, de tal manera, que las distintas contribuciones deben considerarse, por consiguiente, como un todo, y el resultado total debe atribuirse a cada autor (principio de imputación recíproca de las contribuciones)[26]. Consecuentemente, en la coautoría ejecutiva es necesario, además del acuerdo previo de voluntades, que se contribuya de algún modo en la realización del delito, de tal modo que dicha contribución pueda estimarse de acuerdo al plan común, como un eslabón indispensable de todo el acontecer delictivo. En ese contexto, es de suma importancia establecer, que la teoría del codominio funcional del hecho parte de una contemplación de la contribución del interviniente, anterior a la comisión del delito, de tal suerte que si con antelación a este la aportación aparece como esencial, el sujeto tendrá el dominio del hecho, aunque con posterioridad a su ejecución pueda apreciarse que dicha contribución no haya resultado indispensable[27]. Así, los dos requisitos indispensables para la acreditación de la coautoría ejecutiva, de acuerdo a la teoría del "codominio funcional del hecho", están representados por:

1. Una decisión común al hecho, que implique, con anterioridad al delito, la realización conjunta del evento delictivo a través de aportaciones de carácter esencial;
2. La realización común del hecho, a través de la concreción del tipo penal o de actos no ejecutivos de este.

Al tenor de las consideraciones precedentes, se puede concluir que para que se actualice la coautoría ejecutiva, de acuerdo a la teoría del codominio del hecho funcional, por ejemplo en el delito de homicidio, deben actualizarse los siguientes supuestos:

26 Mir Puig, Santiago. **Derecho penal. Parte general**. 7.ª edición. Editorial B de F, Buenos Aires: 2005, p. 390.

27 Cerezo Mir, José. **Curso de derecho penal español III/2. Parte general. Teoría jurídica del delito**. Tecnos Editorial, Madrid: 2001, p. 4. Allí habla de una contemplación, *ex ante* de la contribución del sujeto a la comisión del delito, así como *ex post* a su ejecución; expresiones frente a las cuales preferimos utilizar los vocablos "*anterior a la comisión del delito*" y "*posterior a su ejecución*".

a) Un acuerdo previo, expreso o tácito para cometer el delito, es decir, plena conciencia de la cooperación esencial del sujeto en la obra conjunta representada previamente y querida (codominio funcional del hecho);

b) La actuación de varios sujetos en la realización de la conducta típica, a través de actos ejecutivos pertenecientes al tipo penal o al hecho delictivo;

c) La intervención dolosa (consciente y voluntaria) de los coautores, porque el acuerdo de voluntades, implica conocer y querer el resultado típico (animus autoris);

d) La existencia del resultado material (muerte del sujeto pasivo);

e) La demostración de un nexo causal entre la conducta y el resultado mortal conjunto.

Ahora bien, con respecto a la complicidad, en términos generales, es partícipe de la comisión de un delito, quien contribuye al resultado típico sin ejecutar la acción descrita por la norma penal. Nos referimos a aquellas personas que sin tener el codominio del hecho funcional, ayudan de manera indirecta a otras a cometer un delito, ya sea a través de actos, preparatorios, ejecutivos o posteriores a la realización del evento delictivo. Dentro del rubro de partícipes encontramos a la complicidad. La figura del cómplice aparece en todos los ordenamientos jurídicos, aunque con distintos matices. En este sentido, gran parte de la doctrina establece que es posible efectuar la diferencia, de acuerdo a la importancia del aporte del cómplice a favor de la realización del hecho, entre cómplices primarios o necesarios y secundarios o no necesarios. Mientras los primeros coadyuvan intencionalmente de un modo principal y directo en la ejecución del hecho criminal, de tal manera que sin su aportación no habría podido perpetrarse el delito, los segundos únicamente cooperan de manera secundaria e indirecta en la ejecución de este[28].

Todas estas consideraciones tienen su expresión desde hace no poco tiempo en la jurisprudencia patria. Por ejemplo, en Sentencia del 15-4-1955, la entonces Corte Suprema de Justicia señaló que en la complicidad correspectiva hay "…incertidumbre en lo que atañe a la relación causal entre el hecho y la persona sujeto activo del mismo. Para que se pueda establecer la existencia de la

28 Fontán Balestra, Carlos. **Derecho penal. Introducción y parte general**. Décimo sexta edición. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires: 1998, p. 430.

figura jurídica, es menester que se ignore quien fue el autor del hecho punible, porque si se afirma…que los autores del hecho son personas determinadas e identificadas, la figura…desaparece y no puede ser aplicada"…[29], criterio este que desconcierta la figura, ya que ciertamente el tema no es de identificación civil del autor, sino de indeterminación probatoria si su actuación fue la eficiente para matar dentro de todas las conjuntas perpetraciones de varios hacia ese fin, en la misma acción. Más precisa fue dicha Corte en fallo del 2-8-1957, cuando habla de factores de la correlatividad que nos ocupa en el sentido que "…es menester la concurrencia de dos factores: prueba de que varias personas han tomado parte en la perpetración…y constancia de que no puede descubrirse quien la causó…el Juez debe determinar en la parte motiva del fallo la comprobación no solo de que los enjuiciados estuvieron presentes durante el suceso sino que entre ellos hubo acuerdo de voluntades, así fuere momentáneamente en el momento de la perpetración, y de la colaboración efectiva, en cualquier forma, en la perpetración del hecho, por parte de ellos"[30], definiendo perfectamente la hipótesis y problemática del instituto. Por su parte, la extinta Corte Federal y de Casación, en fallo del 14-8-1944, fue del criterio que "…el articulo aplicado… supone no conocerse quienes son los ejecutores o los cooperadores inmediatos del hecho delictuoso…sin poderse aseverar quien…dio la puñalada que causó la muerte"…[31] .

Lo anterior incorpora un tema interesante que trasciende al simple juego de palabras: perfectamente podría hablarse de complicidad en la complicidad correspectiva. Expliquemos: Puede ser que a los muchos que perpetraron el homicidio y/o la lesión personal, de la que no se puede determinar quién de ellos efectivamente fue el que la causó, a su vez, ellos en su totalidad, o uno de forma individual, fue ayudado personalmente por alguien, un cómplice, para la realización de su plural hecho contra las personas. Este auxiliante no podría ser responsable de complicidad correlativa porque no perpetro el hecho del que, inclusive hay duda de autoría, pero si fue eficiente en colaborar para que ese hecho se diera (por ejemplo, suministró información, resguardó previamente al

29 **Gaceta Federal 8 Vol. III** 2E, 23.
30 *Ibíd*., 17 2E, 140.
31 *Ibíd.,* Tomo II, 222.

perpetrador, como modalidades no necesarias de esa complicidad; o prestó el arma homicida, como modalidad necesaria de esa complicidad no correspectiva). A dicho cómplice no correlativo se le traslada la base sancionatoria imponible del cómplice correspectivo, rebajándose a tal sanción el quantum descrito en el 84 CP, una mitad, si su complicidad no fue necesaria, o manteniéndosele la misma pena del cómplice correspectivo si su complicidad fue necesaria de aquella (por ejemplo, el que le alquiló o le prestó las armas, a todos los que dispararon). Con ellos, se reafirma la postura, que la perpetración puede ser inacabada, por ejemplo, en el caso del delito imperfecto (tentativa y/o frustración), lo cual no es el caso que nos ocupa, porque ciertamente hubo un homicidio o una lesión; pero que la participación, la real complicidad de auxilio y no de perpetración, debe ser eficiente, agotada, no admitiéndosele modalidad imperfecta. Demás está decir que la negativa a esta rebaja de pena dizque por el In Fine del 424, "No se aplicará esta rebaja de pena al cooperador inmediato del hecho", no es la disposición que la impediría, toda vez que debe distinguirse entre "cooperador inmediato del hecho" y el cómplice del hecho. Aquel está en el hecho, físicamente en la acción aunque sin perpetrarla pero cooperándola de forma inmediata, por ejemplo sujetando a la víctima, mientras que el cómplice no correspectivo no estaría en el hecho pero si lo ayuda, de forma necesaria o no.

Por cierto que la incertidumbre también con respecto a la cooperación del cooperador inmediato del homicidio o de la lesión de hechura plural, lo reseña también la mencionada Corte Suprema de Justicia, hoy extinta, en fallos tales como el 939, 2-12-1993, ya que a su decir "…el articulo…presupone la indeterminación o desconocimiento del autor o cooperador inmediato del hecho, cuando a la perpetración han concurrido varias personas y no pudiere descubrirse al causante particular de la muerte"…[32]. Por su parte, en la nueva etapa del Máximo Tribunal, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia no pocas veces se ha referido al instituto en todas sus aristas. Particularmente debe significarse la delimitación del monto de la rebaja de pena por la adopción de la figura. El citado 424 CP concede que "…se castigará a todos con las penas respectivamente correspondientes al delito cometido, disminuidas de una tercera

32 Díaz Chacón, Freddy José (compilador), **5 años de Casación Penal. Máximas y Extractos 1989-1993.** Caracas, Livrosca, 57.

parte a la mitad". Esta disposición necesariamente tiene que coligarse al 49.2 de la Constitución, la presunción de inocencia que solo se desvirtúa con pruebas y aquí, como se ha dicho, no las hay para establecer la requerida autoría individual. Al evidenciarse este desencuentro se ilustra que, conforme al 37 CP, en la llamada dosimetría penal se impone siempre la aplicación en orden público del término medio de la pena entre su límite inferior y el superior para el específico delito. Pero en el caso que nos ocupa no hay eficiencia probatoria para demostrar la autoría precisa de entre los muchos que participaron, razón por la cual, en equidad sustentada en el 26 de la CRBV, el limite sancionatorio que debería aplicarse siempre debería ser el menor, el límite inferior de la pena para el ilícito especifico que se sindica (bien sea homicidio intencional, o calificado o agravado, o lesión personal gravísima, menos grave, etc). Pero es que también, como arriba se transcribió, la rebaja por complicidad también se debate entre dos extremos, uno inferior, la mitad, como máxima rebaja y en el otro extremo, o superior, la rebaja de solo una tercera parte. La misma argumentación sustentada en la presunción de inocencia es la que debe sustentar la escogencia de la mayor de las rebajas, la mitad, del menor de los límites de pena para ese delito. Esa debe ser la respuesta sancionatoria precisa y así lo acogió, por ejemplo, la 400, 2-11-04, "…se debe tomar en cuenta la rebaja de la pena contenida en…la complicidad correspectiva…La Sala Penal decide que lo ajustado a Derecho es aplicar la mitad"…[33]. Por su parte, en la 202, 3-5-07, no se adoptó ese criterio y solo se rebajó "hasta una tercera parte"[34], pero también previamente, y a pesar de haberse cometido el homicidio calificado en complicidad correspectiva, también redujo la pena por la atenuante genérica del 74.4 CP, la buena conducta predelictual; y en la 420, 30-6-05, se rebajó un tercio pero del "…límite inferior de la pena establecida…por concurrir las atenuantes de los ordinales 1° y 2° del artículo 74 "eiusdem" y después la rebajó en un tercio"…

También la casación penal del TSJ ha admitido la complicidad correspectiva en caso de dolo de consecuencias necesarias, como en la 386, 6-8-09, al matarse "…persona diferente a la que él pretendía eliminar físicamente, causándole la muerte a…mediante disparos realizados tanto por…como por otra

33 *http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/noviembre/400-021104-c030316.htm, consultada el 27/10/20.*
34 Y también en la 313, 11-7-06, consultada el 27/10/20.

persona que lo acompañaba, y al no precisarse cuál disparo le causó la muerte, es por lo que existe la complicidad correspectiva…[35]; así como en la 173, 14-4-15, dicho Tribunal admitió la complicidad correspectiva en homicidio calificado en la realización de un robo, rechazándose que esa figura fuera a título de concurso real de delito porque "…la figura del homicidio en la ejecución de un robo fue concebida como un delito complejo, es decir, un tipo que reúne dos o más conductas que conjuntamente consideradas son constitutivas de un delito…con la consecuencia jurídica del concurso ideal, en el que…de acuerdo con el principio de absorción se aplica la pena del delito más grave, pero teniendo en cuenta que el autor también ha cometido otras violaciones de la ley penal…"[36]. Por su parte, en la 261, 2-06-11, se adentra en la explicación dogmática del instituto…

> …La distinción entre los autores y partícipes, en los supuestos de concurrencia de varias personas en la comisión de un mismo hecho punible, ciertamente requiere la necesaria distinción del actuar de cada interviniente en la comisión del delito, para lo cual es necesaria la valoración de aspectos subjetivos tales como, el acuerdo previo de voluntades, así como de aspectos objetivos referidos al grado de adecuación de la conducta al respectivo tipo penal. Este último aspecto sale del campo de la tipicidad y se traslada al campo de la atribuibilidad del o los hechos controvertidos, lo que permite formular una regulación genérica sobre a quién o a quienes deben atribuirse las conductas hipotéticamente previstas en la ley sustantiva…en realidad nadie es castigado por lo que efectivamente, ha hecho…los cinco participantes tenían dominio particular del hecho, por cuanto se acreditó el animus necandi; sin embargo, del acervo probatorio no surgieron elementos para establecer cuál de los mencionados supra, ejecutó el accionar"…

Por su parte, en la 495, 11-12-12, siquiera la existencia de una rebaja por traspaso de los limites impuesto por la ley (66 CP) impidió la otra especifica rebaja por la complicidad correspectiva porque según el caso, "…la comisión militar se encontraba frente a una amenaza cierta a su vida, en medio de circunstancias adversas e inhóspitas en las que le tocó responder, pero excediéndose en ello, lo que denota una demasía en la defensa subsumible en el artículo 66 del Código Penal"… [37]. Por su parte, paradójico es lo acaecido con el criterio de la prescripción ordinaria frente a este tipo de conducta: Conforme a Derecho, con ponencia del Magistrado Jorge Rosell, en la 29, 26-1- 00, se estableció que "…

35 *http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/agosto/386-6809-2009-c08-424.html, consultada el 27/10/20.*
36 *http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/abril/176327-173-14415-2015-c12-314.html, consultada el 27/10/20.*
37 *http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/diciembre/495-111212-2012-c11-69.html, consultada el 27/10/20.*

la acción penal para perseguir el delito de Homicidio, en Grado de Complicidad Correspectiva, prescribe ordinariamente a los diez (10) años y que la prescripción extraordinaria o judicial es de quince (15) años"….[38], ya que, ciertamente, el efecto de rebaja de sanción por la comisión de un hecho así efectuado demarcaba su nueva realidad "de modo, tiempo y lugar" para ubicar dicha sanción ya disminuida como delimitador del lapso de prescripción atribuible conforme a los distintos numerales del 108 CP. Pero, extrañamente, 9 años después, en la 241, 22-5-09, la misma Sala, con otro ponente, manifestó otro lapso para establecer dicha prescripción, ya que a su decir, "…la pena correspondiente al delito tipo (Homicidio)…es de ésta de la cual se deberá computar el lapso para establecer la prescripción de la acción penal, a que se refiere el artículo 108 del Código Penal; y no…con base a la pena establecida para la complicidad correspectiva…"[39], con lo cual se operó la prescindibilidad del instituto de la complicidad correspectiva, afectando al principio de legalidad penal.

Por su parte, en la 247, 26-5-09, no se descarta la incorporación del instituto dentro del sistema penal de responsabilidad de adolescente regulado por la LOPNNA cuando "…los ciudadanos adolescentes…portaban armas de fuego y que efectivamente dispararon contra el adolescente…causándole la muerte de inmediato; y…no se logró determinar cuál de ellos al disparar contra la mencionada víctima fue el autor"…[40]; negándose la figura en la 292, 28-6-06, ya que "…una de las víctimas…testigos presenciales…en forma conteste y coincidente identifican al acusado como la persona que disparó en fuego cruzado en contra de…inmediatamente después de que este accionara su arma al llegar al sitio, lo señalan como el más violento y amenazador e incluso, exculpan al hermano…que lo acompañaba, sobre quien afirman mantuvo una pasiva y contemplativa actitud dentro de la refriega"…[41]; reiterándose en la 394, 29-7-08, que "…la complicidad correspectiva, sólo está establecida para los delitos de homicidio y lesiones, cuando no se pueda determinar cuál de las personas que participaron en la comisión de los mismos fue la que causó la muerte o

38 *http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/enero/29-260100-99-720.htm, consultada el 27/10/20.*
39 *http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/mayo/241-22509-2009-c09-040.html, consultada el 27/10/20.*
40 *http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/mayo/247-26509-2009-c08-394.html, consultada el 27/10/20.*
41 *http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/junio/c06-0014-292.htm, consultada el 27/10/20.*

las lesiones"...[42], lo que a nuestro criterio no excluiría el homicidio a título de dolo eventual, por representarse varios la ocurrencia del hecho aún cuando los plurales perpetradores no hubiesen tenido la intención, sin poderse demostrar la atribuibilidad del resultado a uno específicos actuantes cuya eventualidad representativa era asumida por todos en su actuar que superaba la negligencia. Bajo este criterio no debe excluirse, como lo manifestó fallo citado arriba, si el resultado mortal o lesionante fue producto del robo de vehículo automotor, cuya Ley especial concibe a tal defunción y/o lesión como una agravante del robo, pero que en realidad funciona es como un nuevo subtipo del homicidio o de las lesiones personales intencionales.

42 *http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/julio/394-29708-2008-c07-530.html, consultada el 27/10/20.*

# LA COMPLEJIDAD DE LOS DELITOS DE TRATA Y EXPLOTACIÓN DE PERSONAS



Teresa Paredes*

## 1. INTRODUCCIÓN

La Trata, la Explotación y la Esclavitud de Personas son conductas que se han desarrollado desde tiempos inmemoriales, en contra del *ius natural* del ser humano, pues afectan la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad, ello, aunado a las secuelas físicas y psicológicas que presentan las víctimas

Históricamente, el ser humano en condición de esclavitud, se volvió objeto de trueque, fue moneda de cambio, se desarrolló el intercambio, la compra y venta de esclavos, inicialmente, se hacía trato respecto al esclavo por: nacimiento, deuda o haber sido aprisionado, pero, el negocio se fue diversificando y se originaron grupos delictivos que se encargaban de capturar gente, para venderlos como esclavos, aun cuando no tuvieran tal calidad, esta conducta se diversificó tanto, que ha llegado a ser considerada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), como la tercera de las conductas delictivas, que más ganancia reditúa a la Delincuencia Organizada Transnacional, sólo después del Narcotráfico y la Venta de Armas.

La trata de personas es un delito previo, con el que se inicia un círculo delictivo de la comisión de otras conductas reprochables penalmente como lo son la explotación en sus diversas modalidades y la esclavitud.

No obstante lo anterior, estos delitos, sus consecuencias y las víctimas, parecieran invisibles, por la complejidad de su protección, persecución y penalización, por ello, se considera importante hablar de este tópico, en esta III Jornada de Actualización en Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Ciencias Afines 2020.

* Abogada penalista, especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario por la Universidad del Externado de Colombia y en sistema penal acusatorio por el Instituto Nacional de Ciencias Penales INACIPE. Ha sido Directora de Derechos Humanos en la Fiscalía General del Estado de Quintana Roo, conferencista internacional, autora de diversas publicaciones y artículos académicos.

## 2. CONDUCTAS AUTONOMAS

La autonomía de las conductas se puede sustentar en el artículo Quinto del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo) que señala el compromiso de los Estados para penalizar "en plural" las conductas descritas, esto es una forma de cerrar el círculo en contra de la delincuencia organizada, en donde generalmente prevalece una estructura y se reparten las tareas para delinquir, por ello, puede acontecer que un sujeto activo participe en la captura y otro en la explotación, respecto a una misma víctima y deben responder penalmente de manera individual.

### 2.1 La Trata de Personas

La Trata de personas es la captura del ser humano, con la finalidad de explotarlo, ello se puede concluir de la definición contenida en el artículo Tercero del Protocolo de Palermo que la define de la manera siguiente:

> "a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o **de una situación de vulnerabilidad** o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, **con fines de explotación**. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;"

Es importante precisar que el precepto en comento, solo es una definición, no así un tipo penal, ya que el propio Protocolo señala que cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole, que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas, cuando se cometan intencionalmente.

En este orden de ideas, por trata de personas debemos entender los medios preparatorios, previos a la explotación de una persona, por lo que se castigará por separado, es decir para tipificar la trata de personas, no se requiere

haber consumado una forma de explotación, pues bastará con que se hayan desplegado conductas premeditadas, como son captar, trasladar, alojaron recibir a una persona, con la finalidad de explotarla, es decir necesariamente se deberá acreditar el elemento subjetivo, consistente en que la finalidad era alguna forma de explotación, lo cual se acreditará indefectiblemente, si esta, se lleva a cabo.

## 2.2.- La Explotación de Personas

Generalmente cuando hablamos de trata o explotación de personas, erróneamente se percibe como sinónimo de prostitución o de esclavitud, lo cual es incorrecto, por las consideraciones siguientes:

Existen diversas formas de explotación de personas, a saber:

Trabajos o servicios forzosos

Mendicidad Forzosa

Matrimonios serviles o forzosos

Condición de siervo

Gleba

La utilización de personas menores de dieciocho años en actividades delictivas

Extracción de órganos, tejidos y células de seres humanos

Experimentación biomédica ilegal

Adopciones irregulares

La Prostitución ajena

Turismo sexual

Pornografía

Reclutamiento forzado para delinquir

Vientres subrogados

## 2.3 La esclavitud

La definición generalizada en instrumentos jurídicos internacionales, así como el artículo 11 de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar

los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, definen la esclavitud, como el dominio de una persona sobre otra, dejándola sin capacidad de disponer libremente de su propia persona ni de sus bienes y se ejerciten sobre ella, de hecho, atributos del derecho de propiedad.

Acreditar este tipo penal resultaría *a priori* difícil de imaginar como colmar los elementos del cuerpo del delito, no obstante lo anterior, en la actualidad, la esclavitud es un fenómeno invisible, cuyas consecuencias en el ser humano son irreversibles, el desconocimiento de la sintomatología de las víctimas de este delito, hace que las leyes sean insuficientes para la prevención, protección y persecución del delito.

Concebir que una persona, pueda quedar en un estado en el que no pueda ejercer auto determinación sobre su persona o sus bienes, resulta increíble, sin embargo, conocí el caso de Lupita, una niña indígena de una comunidad de la Huasteca en Veracruz que a los diez años, fue sustraída mediante engaños de su casa, a su familia le prometieron que la enviarían a la escuela a cambio de sus servicios domésticos, sin embargo estuvo 33 años privada de su libertad, sin hablar la lengua castellana, le robaron la etapa de la niñez que le faltaba, la adolescencia, la juventud y hasta la maternidad, ya que fue abusada sexualmente, tuvo dos hijos los cuales le quitaron y fueron regalados, lo que motivo que le extrajeran la matriz.

Cuando la persona que la capto, envejeció, la familia decidió que era momento de que aprendiera a hablar castellano y a escribir, para que por lo menos pudiera tomar un recado telefónico por lo que la metieron a estudiar corte y confección, pues necesitaría ahora trabajar fuera para ayudar a la manutención de la casa, Lupita consideraba que era parte de esa familia y que lo obtenido por su trabajo debería aportarlo a la manutención de la casa, además de seguir haciendo las labores domésticas, sin embargo sus condiciones eran tan deplorables, que sus compañeras costureras la ayudaron a huir.

Hoy Lupita tiene 49 años, y físicamente quizá aparente más, su personalidad es pasiva, sumisa, insegura, no sabe qué hacer con su sueldo, no coordina algunas ideas o actividades que podrían ser cotidianas, pues no desarrolló las facetas de

su personalidad y emocionalmente es una niña de solo 10 años, no tiene malicia y su razonamiento no corresponde a una persona de su edad.

Lupita es vulnerable pues no cuenta con autodeterminación, no elige algún platillo del menú de un restaurante, tampoco siente atracción por algún tipo de ropa, no se preocupa por percibir si es de día o de noche.

En principio consideré que solo había sido víctima de Trata y Explotación en la modalidad de trabajos forzosos, solo con la interacción personal, percibí que también fue víctima de esclavitud, pues tenía las características que describe el tipo penal, como consecuencia de la Trata y Explotación que vivió.

Entonces revise los casos que había conocido de Irene (Chiapas), Edith (Oaxaca y Margarita (de Nacionalidad Colombiana) quienes siendo niñas pertenecientes a comunidades indígenas, fueron captadas en sus pueblos para trabajar en servicios domésticos que nunca les fueron retribuidos, todas presentan afectaciones en el libre desarrollo de la personalidad, la capacidad de autodeterminación, aunado, a las afectaciones físicas y psicológicas de las víctimas.

Otra coincidencia entre estas víctimas, es que lamentablemente en todos los casos el delito de esclavitud quedo impune, ya que sus procesos se integraron por Trata de Personas y Trabajos Forzados, pero la esclavitud ni siquiera fue investigada y eso se debió a que no fue detectada, lo cual es grave si consideramos que son seres humanos totalmente vulnerables con la apariencia de adultos.

Es importante destacar que no en todos los casos coexistirá el delito de esclavitud, pues este dependerá de las condiciones particulares de cada víctima, de la forma de sometimiento, circunstancias de modo, tiempo, lugar y/o formas de explotación.

Deseo compartir la reflexión siguiente ¿cómo le devolvemos a Lupita, Irene, Edith, Margarita y muchas más, las etapas del desarrollo que les fueron arrebatadas? y los invito a pensar si alguna vez conocieron a niñas, niños y adolescentes que son traídos de las comunidades indígenas a trabajar en casas, al campo, a minas o a empresas, cuántas veces vimos a personas que han cuidado a los hijos, nietos y bisnietos de una familia, que pareciera que forman parte de esa

familia, pero nunca se casaron, no tuvieron hijos y lo que no visualizamos es que tampoco tuvieron vacaciones, días de descanso y muchas veces ni salario.

## 3.- LA COMPLEJIDAD DE LA TRATA Y EXPLOTACION DE PERSONAS

La mayoría de las personas no comprende cómo un ser humano, puede ser víctima de los delitos que se han descrito y ante las autoridades procuradoras y administradoras de justicia surgen los problemas siguientes:

Generalmente subsumen la trata de personas en alguna forma de explotación o viceversa, al considerar que el medio para explotar a una persona es la captura previa, lo anterior es impreciso, ya que se trata de conductas autónomas entre sí y una víctima puede ser explotada sin haber sido capturada o al contrario.

Aunado a lo anterior debe castigarse la esclavitud, cuando la padece la víctima, pues como ya se ha señalado es una secuela de haber sido tratada y/o explotada o ambas, pero esto generalmente no sucede por desconocimiento de las autoridades.

### 3.1- La Delincuencia Organizada

Es necesario destacar que la Delincuencia Organizada (DO) se ha apropiado de las ganancias que produce la explotación de los seres humanos, lo cual es explicable porque le reditúa mayor ganancia que la droga y la inversión es menor debido a las condiciones deplorables en las que mantienen a las víctimas.

La participación de la DO complica más la persecución y penalización del delito previo y de los subsecuente, por ello este tema es del conocimiento y competencia de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC por sus siglas en inglés.

En este orden de ideas, son muy pocos los casos de éxito en los que se logra la persecución y punibilidad de los delitos de Trata, Explotación, Esclavitud y Delincuencia Organizada, aun cuando estos se cometan en contra de una o varias víctimas en un concurso real de delitos, pues no alcanza a comprenderse

el círculo de delitos que se cometen alrededor del negocio de la compra, venta y explotación del ser humano.

Como ejemplo de dicha impunidad se encuentra Colombia, en donde en el acuerdo para alcanzar la Justicia Especial para la Paz (JEP) se previó castigar el reclutamiento forzado, pero no las demás formas de explotación a las que fueron sometidas las víctimas, como trabajos, servicios, crímenes y prostitución forzosos.

También podríamos mencionar los falsos positivos, en donde hay personal de las fuerzas castrenses sentenciados, pero no se persiguió la trata.

### *3.1.2.- La Delincuencia Organizada Transnacional*

El panorama se complica aún más, cuando la Trata de Personas se comete en un País y la Explotación se lleva a cabo en otro.

Así podemos hablar de una persona captada en Venezuela con una oferta de trabajo engañosa, la trasladan a Cartagena, Colombia y ahí la explotan, quién va a investigar y qué conducta, cómo se protege a las víctimas, simulando repatriarlas cuando en verdad las están deportando para debilitar la acusación penal y devolverlas al lugar donde fueron capturadas o dejándolas en el país de destino donde *persé* son vulnerables por ser inmigrantes y a merced de sus explotadores.

En este año en 2020 se denunció por redes sociales la desaparición de una persona de origen colombiano, quien alcanzo a mandar un mensaje a sus familiares de que se encontraba en una Ciudad de México, que si algo le pasaba la buscaran, lamentablemente fue encontrada muerta y la Fiscalía del Estado solo tiene probado un caso de feminicidio, mientras que en Colombia si se sabía que la habían captado y la estaban obligando a prostituirse, lo cual debieron informar a las autoridades Federales, en qué momento se cruza la información con la autoridad local.

Al respecto se requeriría la coordinación de todas las instancias, para intercambiar información, datos de prueba y evidencias y así juzgar todos los delitos de los que fue víctima la persona agraviada.

## 3.2.- Las características de las víctimas de Trata y Explotación de Personas

Las víctimas de Trata y Explotación de Personas son diferentes a las demás, por lo que sus reacciones son predecibles,

### *3.2.1.- La desconfianza en las autoridades*

El sujeto activo siempre hace creer demuestra a las víctimas sus lazos con autoridades desde inspectores, policías, fiscales, jueces, gobernadores, hasta presidentes, por ello, la víctima no confía en la denuncia ante ninguna autoridad.

### *3.2.2.- El silencio del sometimiento*

Durante la comisión del delito que generalmente es permanente o continuo, lo más doloroso y humillante para la víctima es el momento del sometimiento, por eso evita hablar de las circunstancias que la quebraron pues cundo lo recuerda, generalmente llora, sin embargo, es importante acreditarlo para probar la vulnerabilidad, pero generalmente no se abunda en este tópico con el argumento de que se le revictimiza y ello trae como consecuencia sentencias absolutorias, lo que se convierte en la verdadera revictimización pues se le priva del derecho humano de acceder a la justicia.

### *3.2.3.- Ausencia de redes de apoyo*

La víctima generalmente no quiere regresar a su núcleo familiar ni social por vergüenza, se siente culpable y sucia, ello dificulta que se sea apoyada por estas redes tan importantes para todo ser humano, por lo cual muchas veces desisten de presentarse a un juicio o a denunciar.

Al respecto, tomando en cuenta que una de las formas de explotación más común, es la sexual, resulta preocupante la noticia que circuló en mayo de 2016, en diversos diarios, respecto a que en Holanda, se autorizó la eutanasia a una joven, afectada de sus facultades, por los abusos sexuales de que fue objeto.

*3.3.- La calidad de Víctimas*

Es común que la sociedad y las autoridades en general, cuestionen la calidad de la víctima, ello con base principalmente en el desconocimiento del tema y en prejuicios sociales, por lo que la carga de la prueba muchas veces recae en ellas.

### 3.4.- Las victimas silenciosas

Generalmente se piensa que es un problema de mujeres, sin embargo hay una gran cantidad de niñas, niños, hombres y personas de la comunidad LGBTTTIQ que diariamente son capturadas y sometidas a alguna forma de explotación, no importando la edad, educación o estrato social, esa falta de visibilización hace que éste sea un fenómeno invisible e impune.

## 4.- CONCLUSIONES

Identificar que la Trata, Explotación y Esclavitud de personas no son sinónimos nos ayuda a visibilizar los delitos.

Conocer las características del Delito de Esclavitud, nos da la oportunidad identificar a las víctimas y combatir la impunidad de esta conducta.

Hay que reconocer que la Delincuencia Organizada evoluciona, por lo que el Protocolo de Palermo y las Leyes Especializada en la Materia ya están rebasados por nuevas formas de explotación, verbigracia: la trata delincuencial, el alquiler de vientres subrogados, etc., por ello se debe trabajar en políticas públicas eficaces.

Se debe exigir a las autoridades la capacitación y atención especializada y enfoque diferencial de las víctimas de Trata, Explotación, Esclavitud y/o Delincuencia Organizada.

# EL DEBIDO PROCESO COMO LÍMITE AL PODER DEL ESTADO



Edgar Saavedra Rojas*

> "La orientación que desde hace algún tiempo se conoce por el nombre de "garantismo" nació en el campo penal como una réplica al creciente desarrollo de la citada divergencia, así como a las culturas jurídicas y políticas que la han avalado ocultado y alimentado, casi siempre en nombre de la defensa del estado de derecho y del ordenamiento democrático". Luigi Ferrajoli. Derecho y Razón.

La historia de la humanidad se ha caracterizado durante muy largos períodos por la violencia generalizada, las guerras de conquista y opresión y un desmedido totalitarismo, durante las cuales los súbditos prácticamente perdieron su categorización como seres humanos.

Una evidencia de la bestialidad del poder nos la ofrece Beccaria en su obra: "De los delitos y las penas", en el que reconoce como un gran adelanto humanitario lo decidido en algunos países donde la instrumentalización de la tortura para que los procesados confesaran en la etapa de instrucción de los procesos que era totalmente secreta, solo podía repetirse en tres ocasiones, porque si en el juicio público, reiterado en tres ocasiones no confesaba los delitos que si había reconocido durante los procesos de tortura en el período instructivo y secreto, quedaba libre.

Recordemos lo sostenido en esa inmortal obra:

> "***La tortura ha sido abolida en Suecia, ha sido abolida por uno de los mayores y más sabios monarcas de la Europa, que colocando sobre su trono la filosofía, legislador amigo de sus vasallos, los ha hecho iguales y libres en la dependencia de las leyes, que es la sola igualdad y libertad que pueden los hombres racionales pretender en las presentes combinaciones de las cosas.*** No han creído necesaria la

* Abogado egresado de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, con postgrado en Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid. Ha sido profesor de postgrado en las universidades Externado, Católica de Colombia y Universidad Libre de Colombia en Bogotá, Cali y Barranquilla y de la Universidad del Zulia en Venezuela. Ha sido fiscal superior y juez llegando a ocupar el cargo de Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Actualmente es abogado en libre ejercicio.

tortura las leyes de los ejércitos, compuestos por la mayor parte de la hez de las naciones, y que por esta razón parece debería servir en ellos más que en cualquiera otra sociedad. Cosa extraña para quien no considera cuán grande es la tiranía del uso, que las leyes pacíficas deban aprender el más humano método de juzgar de los ánimos endurecidos en los estragos y a la sangre.

Esta verdad, finalmente, ha sido conocida, aunque confusamente, de aquellos mismos que más se alejan de ella. ***No vale la confesión dictada durante la tortura si no se confirma con juramento después de haber cesado ésta; pero si el reo no confirma lo que allí dijo es atormentado de nuevo. Algunas naciones y algunos doctores no permiten esta infame repetición más que tres veces***; otras naciones y otros doctores la dejan al arbitrio del juez; de manera que puestos dos hombres igualmente inocentes, o igualmente reos, el robusto y esforzado será absuelto, y el flaco y tímido condenado en fuerza de este exacto raciocinio:

Yo, juez, debía encontraros reos de tal delito; tú, vigoroso, has sabido resistir al dolor, y por esto te absuelvo; tú, débil, has cedido, y por esto te condeno. Conozco que la confesión que te he arrancado entre la violencia de los tormentos no tendría fuerza alguna; pero no te atormentaré de nuevo si no confirmas lo que has confesado.

Una consecuencia extraña que necesariamente se deriva del uso de la tortura es que se pone al inocente en peor condición que al reo; puesto que aplicados ambos al tormento el primero tiene todas las combinaciones contrarias porque, o confiesa el delito, y es condenado o es declarado inocente y ha sufrido una pena que no debía; pero el reo tiene un caso favorable para sí, éste es cuando, resistiendo a la tortura con firmeza, debe ser absuelto como inocente; pues así ha cambiado una pena mayor por una menor. Luego el inocente siempre debe perder y el culpable puede ganar.

La ley que manda la tortura es una ley que dice: Hombres, resistid al dolor, y si la naturaleza ha criado en vosotros un inextinguible amor propio, si os ha dado un derecho inalienable para vuestra defensa, yo creo en vosotros un efecto en todo contrario, esto es, un odio heroico de vosotros mismos, y os mando que os acuséis, diciendo la verdad aun entre el desenlazamiento de los músculos y las dislocaciones de los huesos.

Se da la tortura para descubrir si el reo lo es de otros delitos fuera de aquellos sobre que se le acusa, cuyo hecho equivale a este raciocinio: Tú eres reo de un delito, luego es posible que lo seas de otros cientos. Esta duda me oprime, y quiero salir de ella con mi criterio de la verdad; las leyes te atormentan porque eres reo, porque puedes ser reo, porque yo quiero que tú seas reo." [1](Lo destacado no lo es en el texto).

1 De los delitos y de las penas. Cesare Beccaria. Pags 56 y 57. Alianza Editorial, S.A. Madrid, 1968

Lo más repudiable es que ese totalitarismo y ese desconocimiento del hombre en su inmensa dignidad, surge de teocracias, que fundamentan filosóficamente su autoridad, en la voluntad de Dios, quien delega su poder divino en la cabeza de estos, sus infames representantes. Es obvio, que la iglesia apuntala ese señorío, y sus emisarios en la tierra, elaboran un discurso de legitimidad, para justificar todas las atrocidades, desigualdades y desconocimientos del ser humano, y es bien sabido que esa solidaridad con el príncipe de turno, es correspondido con valiosas riquezas terrenales, cuando no, con odiosas participaciones en la torta del poder.

Es una especie de simbiosis maldecida del poder de los templos y los palacios, como consecuencia de las cuales, unos detentan un poder ilimitado e indiscutido, y los otros reciben exuberantes recompensas en dignidades, poder y obviamente prebendas materiales constituidas en tierras, beneficios económicos, feudos de incomparables riquezas, cuando no, compartimiento del poder material, como nos los recuerdan conocidos cardenales, partícipes del poder en España, Francia y las repúblicas italianas, entre ellas, los Estados Pontificios.

La historia de la humanidad se concreta en una sucesión interminable de salvajes opresiones, cuasi esclavitud, o esclavitud autorizada legalmente en su comercio, sangre, y un inmenso dolor, reiterados a través de todos y cada uno de los capítulos de la historia universal.

El progreso ha sido lento, por no decir que lentísimo, porque pese a los adelantos que hemos tenido en materia de derechos humanos, hace muy poco tiempo las tropas aliadas y las soviéticas que combatieron durante la segunda guerra mundial al invadir algunos de los países ocupados por las tropas del Tercer Reich, y al propio territorio alemán, descubrieron con horror las evidencias históricas del más grande genocidio de la humanidad en todos los tiempos, que no significó nada más que, un número de víctimas superior a los seis millones de personas, entre judíos, y miembros de minorías étnicas, discapacitados, homosexuales y personas "extrañas" que no compaginaban con el prototipo de la raza superior, acuñado por Hitler y sus secuaces, que finalmente terminaron con millones de personas asesinadas vilmente por los nazis, sobre el demencial fundamento de las búsqueda de la raza perfecta: la aria.

Pero antes y después de aquel horror, debemos recordar el genocidio de las culturas precolombinas a manos de los españoles, portugueses e ingleses, la gran tragedia africana, agravada por la universalización de la esclavitud, patrocinada por los hijos de la culta Europa, el genocidio del pueblo armenio, por los déspotas del imperio Otomano, el genocidio de los Khemer Rouge, sobre el pueblo Camboyano, el genocidio de los pueblos bosnios, kosovar y albanés, el genocidio de los ruandeses, para no mencionar sino unos pocos, de los cientos que han sido grabados en las páginas de la historia con letras de sangre [2].

Pero tampoco podemos olvidar los dolorosos holocaustos a nivel nacional implementados por gobiernos despóticos, como sucedió con las grandes purgas raciales realizadas por Stalin en la Unión Soviética; o las persecuciones y asesinatos políticos, justificados por las teorías de la seguridad nacional, implementadas por las dictaduras militares en el cono sur de América a partir de los años 60.

Dictaduras que dieron lugar a la desaparición absoluta del concepto del debido proceso, porque con la justificación de la seguridad nacional, surgieron las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas de personas, la detención sin orden judicial y sin motivo justificado, la prolongación indebida de la libertad, la utilización de la tortura como medio de investigación policial, la extracción de menores de los hogares paternos, para ser entregados en adopción arbitraria e ilegal a familias de los militares en el poder.

Se produce un extraño cambio en la personalidad de los que aspiran al poder político, y cuando concretan esas ambiciones, porque se trata de personalidades diferentes, cuando aspiraban al poder y cuando lo detentan. No solo se quieren perpetuar en el ejercicio del mismo, sino que tratan de crear una sociedad que obedezca a las características de lo que ellos piensan deber ser el modelo de la comunidad nacional, el modelo interiorizado por ellos. Quieren perpetuarse en el poder, porque se consideran insustituibles, y para obtener esos propósitos de una sociedad a su imagen y semejanza, crean la necesidad de un período ilimitado en el ejercicio del poder, a dictar leyes de emergencia nacional, caracterizadas por su drasticidad que generalmente conllevan al desconocimiento de la libertad de expresión, con afectación total de la libertad de prensa, y graves

2 Problema Infernal. Estados Unidos en la era del Genocidio. Samantha Power. Premio Pulitzer 2003. Fondo de Cultura Económica, México, 2005.

represiones a quienes manifiestan su descontento con tales modelos y con tales propósitos de continuismo totalitario.

El "partido" de gobierno se vuelve algo sagrado, y se crean uniformes, slogans, emblemas, cánticos, se emiten carnets para distinguir a sus miembros del común vulgo, y se privilegia de mil maneras a quienes apoyan el régimen; por el contrario, los descontentos, los rebeldes y los que protestan pierden el derecho de opinión, de reunión y de manifestación, son perseguidos, encarcelados, cuando no desaparecidos, u obligados al doloroso exilio; son estigmatizados como pregoneros del odio, la violencia y la discriminación delictiva. Desaparece la divergencia de opiniones y solo existe la voluntad nacional de la patria, impuesta por los cabecillas del régimen.

Obviamente las libertades, derechos y garantías desaparecen o son gravemente limitados y el *ius puniendi,* se convierte en un necesario y poderoso instrumento de persecución para someter a los descontentos y a los rebeldes, al modelo sumiso delineado por el dictador de turno.

Los miembros del ejército, de la guardia nacional, de la policía, -uniformada y secreta -, se convierten en el apalancamiento del régimen, y sus argumentos de convicción no son otros que la violencia y el poder de sus fúsiles.

En tales circunstancias el derecho penal y el proceso penal se convierten en instrumentos necesarios de la represión, y es obvio que en tales circunstancias el concepto político y jurídico del debido proceso se ve gravemente afectado, disminuido, o simplemente desaparece. Los crímenes de los esbirros del régimen no existen, y, por el contrario, se inventan violaciones a la ley, para poder perseguir a los enemigos del sistema, particularmente a los propulsores del odio y la discriminación.

El juez natural, previamente concebido por la ley, competente, independiente, e imparcial, desaparece, porque como sucedió con la judicatura alemana ante el Tercer Reich, frente a la naciente dictadura nacional-socialista, sus miembros no tuvieron ningún inconveniente de inclinar la cerviz ante el dictador Adolfo Hitler, en una oscura tarde del otoño de 1933. Ingo Müller nos describe esa vergonzosa abdicación a sus principios y deberes:

> "Como claro signo de cuán lejos había llegado la "alineación" se vio el juramento prestado ante una asamblea masiva celebrada delante del edificio de la Corte Suprema durante la primera convención nacional de juristas en Leipzig, en octubre de 1933. Allí, 10.000 juristas juraron, con sus brazos derechos alzados, en saludo nazi, con las siguientes palabras: "***como juristas alemanes nos empeñaremos en seguir la ruta trazada por usted, nuestro Führer, hasta el final de nuestros días***"[3] (Lo destacado no lo es en el texto).

Porque es una lamentable evidencia histórica que todas las dictaduras que en el mundo han sido, han tenido una comparsa en la judicatura de su tiempo, para refrendar la opresión y para colaborar con el príncipe de turno en la inaplicabilidad del debido proceso, sus libertades, derechos y garantías, porque son principios alérgicos, o tóxicos en todas las dictaduras. Porque es una realidad evidenciada a lo largo de la historia, que toda dictadura, requiere de una judicatura sometida, pero privilegiada en recompensas y beneficios, generalmente burocráticos.

Es necesaria para la implementación de procesos que en otras condiciones no podrían adelantarse, la detención inmotivada de los enemigos del sistema, la expedición de condenas injustas contra los líderes de la oposición; la inactividad e inmovilidad absoluta del sistema judicial ante los graves asesinatos, desapariciones, torturas y otras graves delincuencias consumadas por los funcionarios adictos al régimen.

Este es un trabajo académico preparado de tiempo atrás para mis alumnos en la Universidad libre de Colombia, al que le he hecho algunas modificaciones para adecuarlo a la realidad de nuestra hermana República de Venezuela, y para formular una propuesta que podríamos comenzar a discutir; la necesidad de que el concepto político del debido proceso trascienda los estrechos límites de los procesos judiciales, para que concibamos un concepto del debido proceso más universal, como concepto necesario de control político y jurídico, a todas las expresiones del ejercicio del poder del Estado. Es decir, que podamos forjar un concepto controlador de la forma como se hacen las leyes, como se ejerce el poder ejecutivo, cómo funcionan los organismos de control del Estado en lo fiscal y en

3 Los juristas del horror. La "justicia" de Hitler: El pasado que Alemania no puede dejar atrás, Ingo Müller, Traducción del alemán, Carlos Armando Figuerredo, Editorial Actum, Pág 51. Caracas, 2007.

lo ético, y en general, como se ejerce el control a todos los organismos del poder, todo ello dentro del marco conceptual que conocemos hoy como debido proceso.

Como muy bien lo sostiene el destacado profesor Alberto M. Binder en su extraordinaria obra de Procesal Penal, la otra fuerza que configura la justicia penal está dirigida a fortalecer los límites al poder penal del Estado. En tal sentido considera:

> "La otra fuerza que configura la justicia penal está orientada a *fortalecer los límites al poder penal, es decir, a la política criminal*. A esos límites los llamamos *garantías y está pensados para proteger a todos los ciudadanos de los daños que puede ocasionar una política tan fuerte como la organiza el poder punitivo.* El derecho penal y el derecho procesal (como conjuntos normativos) se dedican, antes que nada, a construir esas herramientas de límites, estableciendo contornos muy precisos para el ejercicio del poder punitivo y estableciendo *formas ineludibles para su ejercicio en un caso concreto*. Por eso decimos que *las garantías forman un escudo protector del ciudadano frente al poder penal*. Se debe insistir en el carácter de obstáculo, de oposición, de condicionante que tienen las garantías frente al poder penal; *ellas hacen resistencia y de ese podo protegen porque tornan más difícil la aplicación de ese poder penal*"[4]

Porque es una realidad, que hoy se ejerce el control sobre la función de los jueces como intérpretes y aplicadores de la ley, pero no tenemos un verdadero control previo a como se gestan las leyes, de controlar la actividad administrativa del Estado y la capacidad legislativa extraordinaria del ejecutivo. Porque existe un control posterior, pero cuando el mismo se realiza con éxito, la ley ha cumplido sus consecuencias negativas.

Y la reflexión sobre el debido proceso, orientada a demostrarle a las nuevas generaciones, que más que un concepto jurídico, es una extraordinaria concepción política, con la cual los antiguos súbditos, hoy orgullosos ciudadanos, han pretendido a lo largo de todos los capítulos de la historia de la humanidad, limitar el poder de los gobernantes, porque es una lamentable verdad evidenciada por la historia, que el ejercicio del poder es vecino de su abuso, porque su ejercicio es adictivo, y porque para ningún gobernante, son suficientes el cuatrienio, el quinquenio o el sexenio, o cualquier período limitativo en el tiempo, para el desarrollo de su personal concepción y vocación por el poder.

4 Derecho Procesal Penal. Tomo I. Hermenéutica del proceso penal. Alberto M. Binder, pág 111, E. Ad Hoc, Buenos Aires, 2013.

El debido proceso es un concepto fundamentalmente político, porque su existencia, por lo menos teóricamente, impide la concreción de la dictadura, cualquiera que sea la motivación o la ideología, si es que la puede tener, un gobierno que desconoce la voluntad mayoritaria de su pueblo. Es una evidencia histórica que las dictaduras mantienen su vigencia a través de la represión, y la misma sería imposible si existiera una judicatura independiente e imparcial, que adelantara los procesos penales, guiados únicamente por la búsqueda de la verdad histórica y sin atender a los intereses y a las tentaciones gratificantes del régimen.

Desde los albores de la humanidad, cuando los grupos sociales comenzaron a organizarse en comunidades tribales, luego la aparición de la ciudad estado y finalmente éste, en sus primeras manifestaciones autocráticas, la tensión de las relaciones entre los miembros de los grupos sociales y quienes detentaban el poder fue evidente, porque mientras éstos últimos imponían la autoridad de manera general por el uso de la fuerza y la restricción de las libertades fundamentales, aquellos las reclamaban para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.

Podría afirmarse sin temor a equivocarnos, que gran parte de los capítulos de la historia universal, nos relatan la permanente lucha del hombre y de los pueblos contra el ejercicio despótico del poder, es el sangriento camino que le ha tocado recorrer al hombre para obtener el reconocimiento de sus libertades básicas, el respeto por su dignidad, ante la consecuente respuesta violenta de quienes han detentado el poder.

Es evidente la absoluta necesidad de la existencia de la autoridad y del castigo dentro de toda organización social, para poder garantizar la convivencia pacífica de la comunidad, debiendo sancionarse todos los comportamientos que de manera grave afectan la cotidianidad de la vida comunitaria. Mientras el hombre sea hombre, su contradicha condición lo lleva en algunos casos a actuar de manera egoísta, a actuar de espaldas al principio de la solidaridad, y a vulnerar así los derechos del Estado, los derechos colectivos de la Nación o de la persona. Y siempre que surjan este tipo de manifestaciones antisociales, será necesario e indispensable el castigo.

Las utopías propuestas por los anarquistas, - Proudhon, Bakunin, Guillaume, Kropotkin, Malatesta, Henry y otros [5], al igual que las sociedades ideales concebidas en "La República" de Platón, en la " Utopía" de Tomás Moro, en "La Ciudad del Sol", de Campanella, en la " Nueva Atlántida" de Francis Bacon, en "El Paraíso Terrestre", de William Morris, en "Una utopía Moderna" de H. G. Wells [6], o las sociedades igualitarias, son solo eso, concepciones imaginarias de sociedades imposibles, que por ello han sido calificadas como utópicas, esto es, inalcanzables dentro de la realidad.

Tras recorrer un largo camino dentro del socialismo, el colapso de la Unión Soviética y de sus satélites comunistas, demuestra por ahora, la imposibilidad de sociedades absolutamente igualitarias, en las que luego de un largo transitar histórico se llegaría a la igualdad perfecta dentro del comunismo, tal como fuera planteado por Marx y Engels; pero esas sociedades no son más que eso, utopías irrealizables, porque no es factible concebir una sociedad sin autoridad, ni castigo, ni tampoco, la existencia de una sociedad totalmente igualitaria. El ser humano, dentro de su vasta complejidad, tiene claras tendencias egoístas que lo llevan a hacer predominar sus personales intereses sobre los de otros miembros de la comunidad o de ésta, que requieren que de manera imperativa y con la amenaza de un castigo concreto se establezcan los reproches necesarios, para garantizar la convivencia comunitaria. De la misma manera que todos los seremos humanos llegamos al mundo con distintas capacidades físicas e intelectuales, y de manera lamentable muchos llegan disminuidos física o intelectualmente, circunstancias de la naturaleza, que los colocan en una situación de perfecta desigualdad.

Ese permanente enfrentamiento entre los autócratas y la comunidad, ha generado y seguirá produciendo mientras el mundo sea, una serie de -revueltas, asonadas, rebeliones, revoluciones y gritos independentistas, que ennoblecen la historia de la humanidad, en esa lucha perenne del hombre en la búsqueda del respeto a su propia dignidad, la libertad y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.

Ha sido la causa de grandes creaciones del intelecto humano, en las que se ha tratado de establecer ese límite permitido entre la represión ejercida por el

5 Ni Dios ni amo, Antología del Anarquismo, Daniel Guarín, E. Madre tierra, Madrid, 2013.
6 Diccionario de Filosofía, J. Ferrater Mora, Pág 3623, Tomo IV, E. Ariel, Barcelona, 1994.

Estado y el respeto de los derechos y libertades básicas y fundamentales del ser humano.

En las monarquías absolutas europeas fue una constante la indefinición de las potestades estatales, de la misma manera que la ambigüedad de la regulación de las libertades y derechos ciudadanos, porque siempre predominó la voluntad omnímoda y el capricho del soberano. Recordemos la lamentable pero realista frase de Luis XIV, para definir ese estado de cosas: "El Estado soy yo ". La indeterminación de los comportamientos susceptibles de reproche sancionatorio, la inexistencia de procedimientos investigativos o de juzgamiento, o la pluralidad de los mismos, la falta de precisión de los castigos, muchas veces dejados a la imaginación de los jueces, o de los verdugos, la utilización universal de la tortura, no solo como sanción, sino fundamentalmente como instrumento de investigación y la existencia de procesos secretos y variables según la condiciones sociales del ajusticiado, son la expresión de una larga y oscura pesadilla por la que atravesó el género humano, que significó ante todo el desconocimiento de la dignidad humana, de sus derechos básicos y elementales, y por sobre todo, una absoluta deshumanización del Estado, de sus gobernantes y de sus terribles instrumentos gubernativos de investigación, persecución y represión.

Era entonces menester establecer una cortapisa o un límite al poder del Estado, una valla a la creación legislativa, sobre todo en lo relacionado con la configuración de las conductas reprochables, a la concepción de los procedimientos investigativos y de enjuiciamiento, a la creación de los castigos a imponer, y a la forja de los derechos y garantías que deben ser reconocidos a los ciudadanos.

Por esa urticante necesidad histórica, surge la más grande y trascendente creación que el hombre haya producido a lo largo de toda su historia, en materia social, reguladora y limitadora del poder del Estado, nace el concepto del debido proceso como instrumento garante no dolo de los derechos y libertades del ser humano y fundamentalmente de su dignidad y de sus libertades básicas, sino de su propia existencia.

Es ante todo una creación política, porque hace parte fundamental en la concepción de la estructura del Estado, porque su objetivo político es limitar el poder de éste, en cuanto al contenido y alcance de las leyes que pudiera dictar,

porque es una clara valla contentiva del poder de los funcionarios públicos, particularmente de los jueces, fiscales, policías y carceleros. Pero igual, debe controlar la actuación de los legisladores y de los que gobiernan.

No se trata solo de controlar a los aplicadores de la ley, debemos buscar el control de quienes elaboran las leyes, y de quienes tienen el manejo de todo lo administrativo, puesto que son ellos los que crean las condiciones fiscales necesarias para que las leyes y normas en general se cumplan o nazcan muertas, e inaplicables, como sucede con miles y miles de leyes fantasiosas, libélulas vagas de una vaga ilusión, que existen en América y que nunca se han cumplido, ni ejecutado. Es necesario vigilar y controlar el contenido de las normas, que ellas coincidan con los principios constitucionalmente establecidos, pero sobre todo, con la cultura, con los principios y los valores de la Nación.

El debido proceso como creación política, es una parte esencial de la estructura del Estado moderno, porque cada concepción estatal o mejor, cada modelo de Estado, tiene su correspondencia en un modelo determinado de debido proceso y por ello, al igual que la multiplicidad de colores que integran el iridiscente arco iris, existen plurales ideologías que han generado múltiples modelos de Estado, a cada uno de los cuales corresponde un determinado prototipo de debido proceso.

A mayor concepción democrática del Estado, corresponde un modelo de debido proceso mucho más garantista, de la misma manera que a una estructura estatal coercitiva y autoritaria, corresponde un debido proceso menos garantista, pudiéndose afirmar que a cada Constitución, corresponde un modelo de debido proceso propio de la misma; esa unión es tan inescindible que a que cada nueva Constitución o cada reforma sustancial de la estructura del Estado, supone de manera necesaria un cambio en el modelo del debido proceso, precisamente por esa íntima y estrecha relación existente entre la estructura ideológica del Estado, y los derechos, garantías y libertades consagradas en pro del ciudadano.

El concepto del debido proceso creado constitucionalmente, o surgido de la aprobación y la ratificación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, debe ser reglamentado legislativamente, para que las garantías que lo integran aparezcan reiteradas en las leyes penales, procesales, y normas en general,

estableciendo los instrumentos adecuados para preservar dichas garantías o para restituirlas, cuando las mismas hayan sido quebrantadas.

En el ámbito del derecho penal, se reglamenta el debido proceso, con la consagración de la dignidad humana, del principio de legalidad estricta en lo delictivo y en lo punitivo, del principio de favorabilidad, el de igualdad, la consagración del intangible derecho a la vida e integridad personal, y el consecuente reproche para la afectación de las mismas, particularmente con la tipificación de la tortura y todos los comportamientos que de manera grave afecten la dignidad humana; la protección penal de la inviolabilidad domiciliaria y de la privacidad de las comunicaciones, entre otras garantías consagradas en el derecho penal material.

En el ámbito del derecho procesal la minuciosa reglamentación de los allanamientos, interceptación de comunicaciones, pérdida o restricción de la inviolabilidad domiciliaria, fijación del concepto del juez natural, - previamente consagrado, competente, independiente e imparcial -, la institucionalización de la presunción de inocencia, el indesconocible derecho a la defensa en juicio, el derecho a la libertad dentro del proceso, la publicidad del proceso y una duración del mismo sin dilaciones injustificadas, el derecho de contradicción dialéctica y probatoria, el derecho a las dos instancias y especialmente la impugnación de la sentencia condenatoria, la prohibición del *non bis in ídem*, la exclusión de la prueba ilícita, la prohibición de la reforma peyorativa en segunda instancia, y por sobre todo la consagración de las nulidades, como una forma de corregir los actos irregulares y sancionar toda vulneración al debido proceso entre otras, constituyen algunas de las garantías fundamentales que pretenden proteger los derechos de los ciudadanos que sean objeto de persecución penal, controlando de tal manera la actividad de todos los funcionarios que ejercen la represión, esto es, policías, investigadores, fiscales, jueces y carceleros.

El debido proceso es un concepto de carácter universal, en cuanto a que con mayores o menores restricciones es reconocido en todos los países contemporáneos, y porque además de existir en el ámbito penal, está igualmente reconocido en todos los ordenamientos procesales y aún en las reglamentaciones

procesales de índole administrativa, y en los ordenamientos privados, cuando los mismos tienen competencia sancionatoria derivada de la propia ley.

El debido proceso es un concepto complejo en cuanto a que está integrado por una pluralidad de derechos y garantías para el ciudadano, y de deberes y prohibiciones para el Estado y sus funcionarios, que surgen de los derechos constitucional, penal y procesal penal. Como consecuencia de su estructura múltiple y compleja, el debido proceso no se viola por sí mismo, es necesario que se vulnere una de las garantías que lo integran y cuando ello sucede, consecuencialmente se termina conculcando el mismo. Cuando se adelanta, por ejemplo, el proceso sin que el imputado tenga la asesoría de un abogado, se vulnera el derecho a la defensa técnica en juicio y consecuencialmente se termina violando el debido proceso.

La justificación política e ideológica del debido proceso es la limitación del poder persecutor y sancionador del Estado, a través de la actuación de sus policías, investigadores, fiscales, jueces y carceleros. Es bien sabido, que como una manifestación de la soberanía interna, el Estado tiene una facultad conocida como el *ius puniendi*, mediante la cual está capacitado para crear conductas que sean susceptibles del reproche penal y cuando las mismas son vulneradas o desconocidas, surge para el Estado la facultad de iniciar la correspondiente investigación penal que conlleva la persecución a los autores de la infracción y eventualmente a la sanción de los mismos.

El *ius puniendi* es una manifestación de la soberanía interna del Estado y surge necesaria de la imperativa obligación estatal de mantener el orden público y restablecerlo cuando el mismo es perturbado por las manifestaciones delictivas. En tales circunstancias, el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, se convierte en elemento garantista para el respeto y la preservación de los derechos individuales de los ciudadanos, pero también de los derechos colectivos, de los de la nacionalidad y los del Estado. Uno de los elementos fundamentales para crear las condiciones propicias para obtener una sociedad en paz y progreso, es la utilización racional del *ius puniendi*.

Es obvio, sobre todo en una concepción democrática del Estado y de la sociedad, que al calificarse como Estado de Derecho, que esa capacidad

perseguidora y sancionatoria del Estado esté limitada por la voluntad del propio Constituyente y es así como, el legislador solo puede legislar en relación con los valores propios de la nacionalidad y es por ello que toda norma que contraríe los valores establecidos en la Carta Política son inaplicables (art. 3 y 334 C. P.[7]), o serán declarados contrarios a la Constitución por el juez constitucional, garante de la integridad de la Carta (arts. 335 y ss, C. P.[8]); en un verdadero Estado de Derecho se deben respetar los derechos y garantías consagrados en los Tratados sobre Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario que se hubieran ratificado (Art. 23 [9]), de la misma manera que no se pueden dictar normas o crear instrumentos por medio de los cuales se desconozca o vulnere la dignidad humana (art.3[10]), no puede desconocerse en ninguna circunstancia la primacía de los derechos de la persona (art. 19[11]); no es posible vulnerar el derecho

7 **Artículo 3.** El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.
**Artículo 334.** Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.
***En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente***.
Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella.(Lo destacado no lo es en el texto).

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

9 **Artículo 23.** Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

10 **Artículo 3.** El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.
La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines.

11 **Artículo 19.** El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.

a la vida porque la misma es inviolable y por tanto se encuentra erradicada la pena capital, y con mayor razón las ejecuciones extrajudiciales (art. 43[12]); de la misma manera que se encuentran prohibidas la desaparición forzada [13], las torturas y los tratos crueles, inhumanos y degradantes (art. 46[14]).

Es claro entonces que el debido proceso se constituye como una verdadera limitante a las facultades legislativas de la Asamblea Nacional, puesto que en el ejercicio de esa libertad de configuración legislativa que posee, no puede desconocer, ignorar o vulnerar los valores constitucionalmente establecidos como integrantes de éste universal principio.

La jurisprudencia constitucional de Colombia, de manera reiterada y uniforme, ha concluido en los necesarios límites que tiene el Congreso en su libertad de configuración legislativa, respecto de los valores que integran la colombianidad, y de los valores reconocidos constitucionalmente.

Pero además de las anteriores autolimitaciones del Estado, derivadas todas ellas de una concepción antropocéntrica del Estado y de la sociedad, surgen una serie de restricciones para el legislador, en cuanto a que no puede dictar normas que desconozcan o vulneren los derechos consagrados en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, o en los del Derecho Internacional Humanitario, y en la propia Carta Política, razón por la cual las únicas responsabilidades que le

12 Artículo 43. El derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte, ni autoridad alguna aplicarla. El Estado protegerá la vida de las personas que se encuentren privadas de su libertad, prestando el servicio militar o civil, o sometidas a su autoridad en cualquier otra forma

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

14 **Artículo 46.** Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, en consecuencia:

1. Ninguna persona puede ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda víctima de tortura o trato cruel, inhumano o degradante practicado o tolerado por parte de agentes del Estado, tiene derecho a la rehabilitación.
2. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. Ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encontrare en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley.
4. Todo funcionario público o funcionaria pública que, en razón de su cargo, infiera maltratos o sufrimientos físicos o mentales a cualquier persona, o que instigue o tolere este tipo de tratos, será sancionado o sancionada de acuerdo con la ley.

pueden sobrevenir a los ciudadanos son por la infracción de la Constitución o la normatividad nacional; no puede dictar normas discriminatorias de ninguna naturaleza, ni tampoco generadoras de desigualdad y mucho menos en los ámbitos penal, procesal y carcelario (art. 21 C. P.); no es posible desconocer la intimidad personal y consecuentemente la inviolabilidad de las comunicaciones y archivos privados (art. 48 C. P.); se debe respetar el derecho al honor (art. 60 C. P.); no puede desconocer la libertad de locomoción ciudadana, ni la inviolabilidad domiciliaria (art. 50, 47 C. P.); no puede desconocer la libertad ciudadana que solo puede ser arrestada ni detenida: "….sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti " (art. 40 C. P.); el ciudadano tiene el instrumento constitucional de la acción de amparo, para defenderse de las privaciones arbitrarias o ilegales de su libertad (art 27 C. P.); no puede obligar al ciudadano sometido a proceso a que se auto-incrimine, ni tampoco hacerlo respecto de sus parientes en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil (art 49.5 C. P).

Pero además de las limitaciones autoimpuestas en la Carta Política, en los Tratados sobre Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, y en las normas penales y procesales, existen una infinidad de nuevas prohibiciones impuestas al Estado en las tres vertientes del poder, el ejecutivo, el legislativo y el judicial.

La función política del debido proceso es entonces clara, limitar el poder del Estado y de los funcionarios que ejercen la represión, llámense soldados, policías, investigadores, fiscales, jueces o carceleros. Esas limitaciones al poder del Estado y de los funcionarios que ejercen la represión, se convierten en verdaderos derechos y garantías, consagrados a favor de los ciudadanos que tienen diversos instrumentos constitucionales para protegerlos cuando los mismos han sido vulnerados, a través de la acción de amparo, por fuera del proceso penal; y dentro del mismo, el derecho a la impugnación de las decisiones que afecten sus derechos, o las nulidades, por incurrir en irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

Pero como si lo anterior no fuese suficiente en el Código Penal, y en el ámbito disciplinario, se tipifican una serie de conductas destinadas a reprimir

a los funcionarios que ejercen la represión penal, cuando actúan por fuera de la legalidad de sus competencias, o cuando proceden arbitrariamente, cuando abusan de la autoridad que les ha conferido el Estado, cuando ejercen motivados por la corrupción, o cuando lo hacen de manera caprichosa; o de algunos particulares cuando participan en el proceso penal, cuando se actúa como perito en el ejercicio transitorio de funciones públicas. En ese catálogo de delitos que potencialmente pueden ser cometidos por los servidores que ejercen la represión se encuentran el peculado, la concusión, el cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, prevaricato, los abusos de autoridad, la usurpación y abuso de funciones públicas, falsa denuncia, omisión de denuncia, falso testimonio, la infidelidad de los deberes profesionales, encubrimiento, fuga de presos, fraude procesal, delitos contra los medios de prueba, etc.

Si se tiene en cuenta que el ejercicio del poder es adictivo, no solo en el tiempo, porque se quisiera prolongar indefinidamente el ejercicio del poder, o por las facultades que se poseen, que siempre se quieren ampliar, hasta poder llegar a tener un bagaje infinito de instrumentos, acciones, facultades y preceptos, para que finalmente solo se pueda hacer lo que la voluntad omnímoda del sátrapa quisiera; frente a esta clara inclinación del hombre por el poder, y frente a lo que la historia de la humanidad ha registrado a nivel de abusos del mismo, arbitrariedades, caprichos, injusticias, encarcelaciones masivas, privaciones indefinidas de la libertad, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, la utilización de la tortura con fines investigativos, y salvajes formas de asesinar, no podemos menos que destacar y celebrar la creación del concepto del debido proceso que tiene como único objetivo político limitar el poder del Estado en su capacidad legislativa, en su competencia persecutora y sancionadora, pero igualmente busca limitar el poder de los que ejercen la represión, para evitar el abuso de poder, la corrupción, la arbitrariedad, el capricho y la incapacidad, porque una vez más hemos de repetir siempre, que el ejercicio del poder, es vecino de su abuso.

En el sistema constitucional colombiano el debido proceso aparece consagrado en el artículo 29, en el que en el primer inciso se postula:

> "***El debido proceso se aplicará A TODA CLASE DE ACTUACIONES judiciales y administrativas***".

En las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente, se eliminó la alusión contenida en la propuesta inicial que se refería a la aplicación del debido proceso a los "***LITIGIOS judiciales y administrativos***" y se aprobó la expresión existente que alude a la aplicación del debido proceso a toda clase de "***ACTUACIONES judiciales y administrativas***".

Es claro que la expresión gramatical propuesta inicialmente era más limitativa, puesto que comprendía solo la aplicación del debido proceso a procedimientos judiciales o administrativos; mientras que la fórmula sustitutiva tiene una mayor comprensión y alcance, puesto que cubre no solo los procedimientos judiciales, sino que también alcanza a comprender las actuaciones no procesales, como ocurre por ejemplo las actuaciones en el funcionamiento del legislativo y del ejecutivo.

A continuación, transcribimos exactamente la intervención de los asambleístas donde se propone el cambio en la redacción, sustituyendo el vocablo "litigios", por el de. "actuaciones".

> **"PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO** Nadie podrá ser Juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. La brevedad de los trámites judiciales es inherente al debido proceso y la demora en los trámites no forma parte del derecho de defensa.
>
> En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
>
> La presidencia ordena abrir el debate e intervienen los honorables constituyentes.
>
> Fajardo Landaeta, Gómez Hurtado, Velasco Guerrero. Holguín Sarria, Garcés Lloreda, Londoño Jiménez, sobre los varios aspectos.
>
> La doctora María Teresa Garcés, presenta una proposición para ser adicionada a dicho principio.
>
> En todo proceso judicial y administrativo, se deben respetar los derechos de audiencia y de defensa, la decisión deberá ser tomada por la autoridad competente y con respecto del trámite correspondiente.
>
> El doctor Abello solicita se cambie la palabra imputa por controvierte, o que se empleen los dos términos.
>
> El doctor Salgado Vásquez, propone:

> El debido proceso se aplicará a toda clase de litigios judiciales y administrativos, y ***el constituyente Carrillo considera que SE CAMBIE LITIGIOS POR ACTUACIONES.***
>
> Se somete a votación el siguiente texto:
>
> PRINCIPIO EL DEBIDO PROCESO. ***EL DEBIDO PROCESO SE APLICARÁ A TODA CLASE DE ACTUACIONES judiciales y administrativas.***
>
> ***Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa o controvierte, ante autoridad competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada proceso. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.***
>
> El doctor Velasco Guerrero solicita se deje constancia en el acta que él no comparte la inclusión de la palabra proceso y se debe dejar el texto original que contiene la palabra juicio.
>
> Se somete a votación y es aprobado por unanimidad, con la salvedad del doctor Velasco Guerrero.
>
> La doctora María Teresa Garcés propone que la parte del principio del debido proceso que no se tuvo en cuenta en la redacción, forma parte del principio de celeridad y propone la siguiente fórmula:
>
> El abuso en la utilización de recursos, incidentes y demás mecanismos procesales, que conduzca a la dilación de los trámites jurisdiccionales, no hace parte del Derecho de Defensa."[15] (Lo destacado no lo es en el texto).

Este cambio en la redacción de la norma nos indica que fue voluntad del constituyente secundario no circunscribir el ámbito de aplicación del debido proceso a las actuaciones procesales, sino que se quiso ampliar el ámbito de su cobertura "***a toda clase de actuaciones*** judiciales y administrativas".

Y la utilización del vocablo "actuaciones" es de gran relevancia, porque no se refiere a la existencia de un proceso judicial o administrativo, sino que, se predica de cualquier trámite que se inicie ante las autoridades judiciales o administrativas, que presupone el respeto del debido proceso constitucional y de las garantías que lo componen.

Igualmente opera el debido proceso en los trámites -cualquiera que sea su naturaleza- iniciados ante las entidades gubernamentales, entendiéndose por

15 Gaceta Constitucional No. 65. Acta No. 12 del 15 de abril de 1.991. Comisión IV. Pág. 10.

tales: la Presidencia de la República, sus Ministerios, autoridades estaduales, y en general, todas las entidades territoriales y sus dependencias del orden nacional, estadual, distrital y municipal en el que se surtan trámites o actuaciones administrativas que comprometan derechos de los asociados. Lo anterior cubre como es obvio, en el funcionamiento de las Fuerzas Armadas en todos los procedimientos administrativos internos.

Y nos parece que la decisión fue acertada, porque esta concepción ampliada del campo de control del debido proceso, permite que el poder del Estado no solo sea limitado en el ámbito de los procedimientos judiciales, sino también sobre todas las actuaciones realizadas por los jueces de la República, y por sobre todo ejercer un control total sobre todas las expresiones o manifestaciones del poder del Estado bien sea en el ámbito del ejecutivo o del legislativo.

En la Constitución Venezolana, desconocemos las discusiones suscitadas en la Asamblea Nacional Constituyente al ser discutido el contenido del actual artículo 49 de la Carta Política, pero lo cierto es que el primer inciso es exactamente igual al del artículo hermano en la Constitución colombiana, puesto que se determina:

> "EL DEBIDO PROCESO SE APLICARÁ A TODAS LAS ACTUACIONES judiciales y administrativas".

Este contenido gramatical nos permite, trascender la función de control del poder del Estado en los procesos judiciales, que ejerce el debido proceso, y proyectarlo a todas las expresiones del poder, sea cual sea la rama del poder en que se manifieste.

Decíamos que el debido proceso es un concepto complejo, integrado por múltiples derechos, garantías y libertades, algunos de los cuales se encuentran concentrados en el artículo 49, pero, que existen otros muchos derechos, garantías, libertades, deberes y prohibiciones que aparecen desperdigadas a la largo y ancho del texto constitucional que terminan siendo muchos más de los que aparecen contenidos en el citado artículo.

En el Preámbulo Constitucional aparecen los siguientes principios propios del debido proceso:

1. La libertad;
2. La solidaridad;
3. El bien común;
4. La convivencia;
5. El imperio de la ley;
6. La igualdad y por tanto no discriminación;
7. La paz;
8. El derecho a la vida;
9. El derecho al trabajo;
10. El derecho a la cultura;
11. El derecho a la educación;
12. El derecho a la justicia social;

En el artículo primero se reiteran algunos de los antes enunciados y se consagran los siguientes principios:

13. La justicia;
14. La inmunidad;

En el artículo segundo se reiteran algunos y se consagran los siguientes derechos:

15. La democracia;
16. La responsabilidad social;
17. La preeminencia de los derechos humanos;
18. La ética;
19. El pluralismo político;

En el artículo 3, se consagran los siguientes principios:

20. El desarrollo de la persona;

21. El respeto de su dignidad;
22. El ejercicio democrático de la voluntad popular;
23. La construcción de una sociedad justa y amante de la paz;
24. La prosperidad y bienestar del pueblo;
25. La garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados constitucionalmente;
26. La cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad;

En el artículo 5 se consagran los siguientes derechos:

27. La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo;
28. El derecho al sufragio como ejercicio directo de la soberanía a través de los órganos que ejercen el Poder Público, estos sometidos a la soberanía popular;

En el artículo 6 se establecen las características del gobierno venezolano:

29. Gobierno democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables;

En el artículo 7, se consagra el:

30. Sometimiento de todas las personas y de los órganos del poder a los preceptos constitucionales:

En el artículo 19 se establece:

31. Sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable de los derechos humanos;
32. El respeto de estos es obligatorio para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución y los tratados sobre derechos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.

En el artículo 20 se consagra:

33. El libre desarrollo de la personalidad, sin otras limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social.

Al consagrarse en el artículo 21 se establece:

34. La igualdad y la no discriminación por ningún motivo, se impone la obligación para el Estado de establecer las condiciones necesarias para que la igualdad sea real y efectiva.

En el artículo 22 se establece:

35. La no consagración taxativa de los derechos consagrados en la Constitución y los Tratados sobre derechos humanos, lo que se traduce en la aceptación eventual de otros derechos no mencionados ni reglamentados normativamente;

En el artículo 23 se constitucionalizan los tratados sobre derechos humanos, dando lugar a la deducción de la teoría del bloque de Constitucionalidad al determinarse:

36. La prevalencia normativa de los tratados sobre derechos humanos, en el orden interno;

En el artículo 24 se consagra:

37. La no retroactividad de las leyes, excepto las que en su aplicación comporte favorabilidad

Pareciera por la redacción, que no se admite la retroactividad de las leyes procesales favorables y ello constituye un grave error de concepción, puesto que es evidente que, en desarrollo de los principios constitucionales, cuando se presenta un tránsito legislativo, hay leyes procesales favorables y desfavorables, y si ello es así, es imperativo la aplicación del principio de favorabilidad.

En el artículo 25 se consagra:

38. La nulidad de los actos dictados en ejercicio del Poder Público que vulnere o menoscabe los derechos constitucionales y legales y se consagran diversas responsabilidades para quienes las hubieren ordenado o ejecutado.

En el artículo 26 se determina:

39. El derecho de acceso a la administración de justicia. Igualmente se consagra el derecho a una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable,

equitativa y expedita, sin dilaciones injustificadas, sin formalismos y sin reposiciones inútiles.

En el artículo 27 se consagra:

40. El derecho de amparo para el goce y ejercicio de los derechos y garantías consagrados constitucionalmente, aún, de aquello que no figuren expresamente en la misma.

En el artículo 28 se consagra:

41. El derecho de acceso a la información y a los datos personales que aparezcan en los bancos de tales públicos o privados, con las excepciones consagradas en la ley y el derecho a la rectificación o destrucción de los mismos cuando contuvieren informaciones erróneas.

En el artículo 29, se consagra;

42. El deber del Estado de investigar y sancionar los delitos contra los derechos humanos cometidos por las autoridades. Se consagra la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra. La competencia de investigación y juzgamiento es la justicia ordinaria y quedan excluidos de cualquier beneficio que implique impunidad, incluido la amnistía y el indulto.

En el artículo 30 se estipula:

43. El deber de indemnización por parte del Estado a las víctimas de la vulneración de los derechos humanos por actuaciones de este o de sus subordinados.

En el artículo 31 se determina:

44. El derecho de petición, de conformidad con los tratados sobre derechos humanos para interponer quejas o solicitudes ante los órganos internacionales, con el objeto de solicitar la protección a sus derechos humanos.

En los artículos 40 y siguientes se consagran:

45. Los derechos políticos para elegir y ser elegido.

En el artículo 43 se consagra:

46. El derecho a la vida y su inviolabilidad

En el artículo 44 se determina:

47. La inviolabilidad de la libertad personal, y por tanto la persona solo puede ser privada de su libertad sino en virtud de orden judicial, autoridad ante la cual debe ser llevada dentro de las 48 horas siguientes a su detención. Se consagran igualmente los derechos del detenido. Se prohíbe que la pena pudiera trascender de la persona condenada

En el artículo 45, se prohíbe:

48. La desaparición forzada de personas

En el artículo 46 se consagra

49. El derecho a la integridad física, psíquica y moral. Consecuentemente se prohíbe la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Se prohíbe la experimentación sin su previo consentimiento.

En el artículo 47 se consagra:

50. La inviolabilidad domiciliaria

En el artículo 48 se consagra:

51. La inviolabilidad de las comunicaciones

En el artículo 49, se consagra:

52. El debido proceso y algunas de sus garantías:
53. El derecho a la defensa en juicio;
54. Se prohíben las pruebas ilícitas;
55. El derecho a las dos instancias;
56. La presunción de inocencia;
57. El juez natural previamente determinado por la ley, competente, independiente e imparcial;
58. Se prohíben los jueces sin rostro y se prohíben los tribunales de excepción o ex post facto.
59. El derecho a la no autoincriminación;
60. El principio de legalidad;

61. El non bis in ídem;

62. El restablecimiento del derecho;

Podría seguir haciendo la enumeración de los otros derechos, libertades, garantías, deberes y prohibiciones consagrados en los restantes artículos de la Carta Política, pero la esclavitud que nos impone el tiempo no me lo permite, pero he querido hacer este ejercicio para demostrar la estructura compleja de como está integrado el principio del debido proceso, y no solo por los garantías insertas en el artículo 49; y para para que podamos pregonar su vulneración, es imprescindible que previamente se hubiere demostrado la conculcación de uno de esos derechos o garantías que lo integran.

Esta precisión en cuanto a la conformación compleja del debido proceso es particularmente trascendente en la postulación de las nulidades, porque no basta afirmar por parte de quien la alega, que se le ha violado el debido proceso, sino que es menester, que precise cuál de las garantías que lo integran es la que le fue conculcada, debiendo indicar con precisión donde radica la irregularidad y por qué la misma es causante de la declaratoria de una nulidad procesal.

La enunciación del principio aparece en el primer inciso del artículo 49, y a continuación algunas de las garantías fundamentales que lo integran, sin que se dé un concepto o definición del mismo, porque consideramos que esta obligación le corresponde al legislador, quien lo debe insertar en uno de los primeros artículos de cada uno de los códigos procesales; de la misma manera que debe ser definido por el legislador en los ámbitos legislativo y administrativo. Esta obligación no ha sido cumplida a cabalidad en ninguno de los códigos que han regido a partir de la vigencia de la actual Constitución.

De todas maneras, así no aparezca una precisión de lo que significa este trascendental principio, es claro que por las garantías y derechos que lo integran y que aparecen en dicha norma y en otras concordantes, es fácil concluir, que el debido proceso es un principio político, de composición compleja, que tiene como fin fundamental, limitar el poder del Estado y de los funcionarios que ejercen la represión, limitación que se traduce en una serie plural de derechos,

garantías y libertades consagrados en favor de los ciudadanos, y de deberes y prohibiciones para el Estado.

De manera más detallada habíamos intentado una definición del principio analizado de la siguiente manera:

> "Es el conjunto de normas constitucionales, del bloque de constitucionalidad y legales, que consagran derechos, garantías, y libertades para el ciudadano, al mismo tiempo, que deberes y prohibiciones para el Estado, por medio de las cuales se regula y limita el poder persecutor, investigador, juzgador y sancionador del Estado, y de los funcionarios que ejercen la represión – policías, investigadores, fiscales, jueces y carceleros -, restricción que tiene como objetivo político, garantizar de manera efectiva la vida, la integridad, la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales de las personas, que pueden ser objeto de persecución del Estado, o ser afectados con el desarrollo del proceso penal y de sus consecuencias, como secuela del abuso del poder, la arbitrariedad, la incapacidad, o la corrupción de sus funcionarios [16].

La anterior concepción atendiendo únicamente a la función del debido proceso en relación con "…las actuaciones judiciales…", pero es obvio que la anterior definición no comprende las actuaciones administrativas, que también son limitadas por el debido proceso, en todas las manifestaciones de poder que exprese el Estado en el área legislativa y ejecutiva. Por lo anterior, habría que adicionar la definición anterior de la siguiente manera:

> "El debido proceso, de conformidad con el mandato constitucional establecido en el inciso primero del artículo 49 de la Carta Política, debe igualmente controlar el poder del Estado en el ámbito del legislativo y del ejecutivo, en todas las divisiones territoriales y funcionales del Estado.

Uno de los aspectos en los que más se destaca el ejercicio abusivo del poder del Estado es en la implementación de la represión; en cuanto se controla la actividad de los jueces y sus desafueros; pero es evidente, que estos actúan con normas concebidas por el legislador; y de manera excepcional por el ejecutivo, como legislador extraordinario, y son estas dos ramas del poder las que determinan el campo de acción y la forma de actuación de los jueces. En tales circunstancias la actuación de los jueces depende de las normas y los recursos que les sean dispensados por las otras dos ramas del poder.

16 La Prueba ilícita: Marco Conceptual y Debido Proceso, Edgar Saavedra Rojas, en Prueba Ilícita, Obra digital colectiva, Antoine Joseph Stepanian Santoyo, Oscar Julián Guerrero Peralta, Jorge Arenas Salazar y Mauricio Hidalgo Escobar E. Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2011.

Con lo anterior, queremos indicar que los jueces se ven en ocasiones impelidos a interpretar y aplicar leyes contrarias a la Constitución, afectantes de los derechos, y de manera lamentable como lo hemos podido evidenciar en Colombia, la tendencia de los jueces, por una posición facilista y de acomodo, con los intereses es de los gobernantes del momento, no las inaplican como sería su deber constitucional, sino que las interpretan acomodaticiamente para pregonar una inexistente constitucionalidad, haciéndose los sordos, ante estridentes gritos que pregonan su clara contrariedad con los postulados de la Carta Política. La anterior posición de irresponsabilidad, sin hacer referencia, a los que siempre se acomodan en favor de los intereses del príncipe, para recibir sus halagos, ascensos y prebendas.

Frente a la realidad anterior, es menester, que en virtud de la función controladora que se le otorga al debido proceso en relación con las actuaciones administrativas, es indispensable pensar en un concepto más amplio sobre el debido proceso, que trascienda los limitados espacios de los procesos judiciales y se proyecte en su aplicación a otros ámbitos del Poder Público.

La verdad es que nada se logra con controlar la actividad judicial, cuando ellos están obligados a aplicar las leyes que les dispensa el legislador, o el ejecutivo de manera extraordinaria, y en tales condiciones se crea un ámbito muy estrecho de la actuación judicial, impuesto por las propias leyes que los crean, les señalan la competencia, los procedimientos, la misma que tipifica los delitos y consagra las penas, y los jueces como perritos falderos, se limitan a cumplir las órdenes impartidas por el amo.

La situación se agrava cuando el ejecutivo legisla extraordinariamente durante los estados de excepción, o como la historia nos lo demuestra cuando se instauran verdaderas dictaduras como ocurrió con la instauración del Tercer Reich en Alemania, o la dictadura del proletariado en la extinta Unión Soviética, para no tener que recordar las odiosas dictaduras que se entronizaron en el cono sur de América Latina a partir de los años 60, casos en los cuales, las leyes procesales fueron utilizadas como instrumentos de represión, limitando o negando el derecho a la defensa de diversas formas y maneras, acelerando los términos, acudiendo a los jueces y testigos sin rostro, y desconociendo las garantías y derechos más importantes del debido proceso; y en el ámbito del

derecho penal, acudiendo a la prohibida analogía, a los tipos penales abiertos, o en blanco, totalmente ambiguos en la descripción de las conductas que se quieren reprochar, es decir, desconociéndose el principio de legalidad estricto, para de tal manera facilitar la condena de los opositores y de los inconformes del régimen.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en una acertada interpretación del artículo 93 de la Carta Política, - artículo que corresponde al art. 23 de la Constitución Venezolana -, ha determinado que los Tratados sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario ratificados por Colombia, hacen parte del Bloque de Constitucionalidad. Es un importante precedente jurisprudencial porque tanto la Convención Americana de Derechos Humanos, además de la consagración de múltiples derechos y libertades, autoriza en su artículo 27, la suspensión de garantías durante los Estados de excepción, como igual lo hace el Pacto Universal de Derechos Humanos, en su artículo 4º.

Y hacemos una breve referencia a los Estados de Excepción, estado de sitio, o ley marcial, porque bien sabemos, qué en las democracias de América Latina con más frecuencia de la deseada, se han declarado los estados de emergencia, que permiten al ejecutivo convertirse en legislador extraordinario, y como en tales situaciones se permite la suspensión o limitación temporal en el ejercicio de la mayoría de los derechos, tal declaratoria, se ha convertido en instrumento ideal de represión, convirtiéndose incluso esa legislación que por su naturaleza es transitoria, en permanente, como sucedió en Colombia, que en vigencia de la Constitución de 1886, que rigió durante 107 años, 57 de los cuales, los vivimos bajo la legislación de Estado de Sitio.

Esta práctica indebida obligó al Constituyente de 1991, a establecer que la declaratoria del Estado de sitio, solo podía durar 90 días, prorrogables, por dos períodos iguales, para un máximo de 270 días de duración.

Primero que todo, en los citados Tratados, se hace una relación de los derechos que ni siquiera durante los estados de excepción pueden ser limitados o restringidos en su ejercicio, y respecto de los que sí pueden ser limitados en su ejercicio, se dispone que tal restricción solo puede serlo: "….. ***En la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación***….".

En la norma mencionada en relación con esta temática se dispone:

"Art. 27. ***Suspensión de garantías***

1. ***En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención***, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho Internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica) [17], 4 (Derecho a la Vida [18]); 5 (Derecho a la Integridad Personal [19]); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre [20]); 9 (Principio de

17 **Art. 3o**. ***Derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica***. - Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

18 **Art. 4º.** ***Derecho a la vida***

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se aplique actualmente.
3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.
4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.
5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

19 **Art. 5o.** ***Derecho a la integridad personal***

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respete debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor Celeridad posible, para su tratamiento.
6. 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

20 **Art. 6o.** ***Prohibición de la esclavitud y servidumbre***

1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.
2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por

Legalidad y de Retroactividad [21]); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión [22]); 17 (Protección a la Familia [23]); 18 (Derecho al Nombre [24]); 19 (Derecho del Niño

juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluido.

3. No constituye trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:
   a) Los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposiciones particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;
   b) El servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél.
   c) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y
   d) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

21 **Art. 9o.** ***Principio de legalidad y de retroactividad***. - Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de someterse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

22 **Art. 12.** ***Libertad de conciencia y de religión***

**1.** **T**oda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

23 **Art. 17.** ***Protección a la familia***

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y deber ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se conoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afectan el principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y convivencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

24 **Art. 18.** ***Derecho al nombre.***

Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

> [25]); 20 (Derecho a la Nacionalidad [26]), y 23 (Derechos Políticos [27]), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.
>
> 3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de la disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión. (Lo destacado no lo es en el texto).

En sentido similar, el Pacto Universal de Derechos Humanos, que igualmente hace parte del Bloque de Constitucionalidad, autoriza la suspensión, limitación o restricción de derechos fundamentales en los estados de excepción, pero igualmente, solo: " ……***en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación***…..". En tal sentido en la norma citada se dispone:

> **"ARTÍCULO 4.**
>
> 1.- ***En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto***, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

25 **Art. 19.** ***Derechos del niño.*** - Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

26 **Art. 20.** ***Derecho a la nacionalidad***

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.
3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

27 **Art. 23.** ***Derechos políticos***

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
   a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
   b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
   c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

2.- La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos **6** [28], **7**[29], **8** párrafos 1 y 2[30] ),

28 **ARTÍCULO 6.**
1.- El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.
2.- En los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.
3.- Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Parte del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio.
4.- Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.
5.- No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
6.- Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocado por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.

29 ARTÍCULO 7.
1. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

30 **ARTÍCULO 8.**
1.- *Nadie estará sometido a esclavitud. la esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas*.
2.- *Nadie estará sometido a servidumbre*.
3.- a). Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio.
b). El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente;
c). No se considerarán como "trabajo forzoso obligatorio" a los efectos de este párrafo;
i). Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional;
ii). El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia;
iii). El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad.
iv). El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales. (Lo destacado no lo es en el texto).

**11**[31], **15** [32], **16** [33] y **18** [34].

> 3.- Todo Estado parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión, deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión. (Lo destacado no lo es en el texto).

La temporalidad en la suspensión del ejercicio de los derechos fundamentales durante los Estados de excepción ha sido la opinión generalizada de la doctrina y la opinión permanente de los tribunales internacionales de derechos humanos. En tal sentido se ha expresado Daniel O'Donnell en su obra: "Protección Internacional de los Derechos Humanos" al sostener:

> "El ***principio de temporalidad.***
>
> La Convención Americana, como vimos, contiene una referencia expresa al principio de temporalidad de las medidas de excepción, que no figura en el artículo 4 (2) del Pacto Internacional. No obstante, en su Comentario General sobre el artículo 4 del Pacto, el Comité de Derechos Humanos confirma que

31 **ARTÍCULO 11.**
Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.

32 **ARTÍCULO 15.**
1.- Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.
2.- Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

33 **ARTÍCULO 16.**
Todo ser humano tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

34 **ARTÍCULO 18.**
1.- Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.
2.- Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.
3.- La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.
4.- Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

la temporalidad de las medidas de excepción no es más que un corolario del principio de necesidad, implícito por lo tanto en el segundo inciso de dicho artículo. Además, en el caso Landinelli, antes mencionado, el Comité de Derechos Humanos consideró el decreto privativo de los derechos políticos incompatible con el principio de necesidad, no sólo porque afectaba a un número grande de personas en condiciones muy disímiles, sino también porque las privaba de sus derechos políticos por un período de quince años. ***Esa decisión ilustra cómo el principio de temporalidad no sólo implica que el estado de excepción debe cesar tan pronto como cesa la amenaza a la vida de la nación, o reducirse a dimensiones manejables por las medidas normales de defensa del orden público, sino que las medidas de excepción cuyas consecuencias trasciendan la duración del estado de excepción también pueden ser violatorias del principio de proporcionalidad***.

Algunos pronunciamientos de la Comisión Interamericana también sostienen esa interpretación. En uno de sus estudios, la Comisión condenó una ley porque "incluye la tipificación de penas prolongadas incompatibles con la naturaleza excepcional que acredita ". En otra ocasión, comentando la disposición de una ley de excepción que autorizaba la cancelación de la nacionalidad, la Comisión "advirtió…...la contradicción que resultaba de aplicar una pena permanente sobre la base de un estado de excepción ".

***Las consecuencias de los estados de excepción para la libertad personal ha sido un tema de importancia vital en la región. La comisión ha subrayado la relevancia del principio de temporalidad a este respecto, declarando que durante los estados de excepción "verdaderamente graves", los individuos "pueden ser detenidos por corto tiempo sin necesidad que se le imputen cargos específicos ".***

En otro estudio, la Comisión Interamericana apunta otro aspecto o consecuencia del principio de la temporalidad de medidas de excepción, declarando que el Estado puede estar obligado a resarcir o reparar los daños o perjuicios sufridos por las víctimas de medidas de excepción. En el caso de los indios Miskitos desplazados por la fuerza debido a los ataques contra territorio nicaragüense por fuerzas contrarrevolucionarias, según la Comisión el gobierno estaba obligado a facilitar su retorno y reinstalación en sus tierras tradicionales una vez terminada la amenaza a la vida de la nación, aun cuando la emergencia legitimaba el desplazamiento involuntario de esas comunidades. El Comité de Derechos Humanos también reconoce a las víctimas de medidas de excepción el derecho a reparación, agregando que más allá de la compensación, en efectivo, este derecho puede incluir medidas como la reintegración en un puesto en la administración pública, por ejemplo. " [35]. (Lo destacado no lo es en el texto).

35 Protección Internacional de los Derechos Humanos, Daniel O´Donell, pág. 410. Fundación Friedrich Naumann, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1989.-

Las normas internacionales estudiadas tienen su razón de ser, porque es evidente que frente a una guerra exterior o a una grave conmoción del orden público interno, le exigen al gobierno estar dotado de instrumentos políticos y jurídicos extraordinarios que le permitan restablecer el orden público perdido, ya que: "El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.". (Art. 3 C.P.).

Pero bien sabemos, y la historia es el mejor remedio contra el olvido, que la declaratoria de los estados de excepción ha sido una excusa recurrente en los gobiernos de América Latina, para el ejercicio opresivo del poder, y para la instauración de verdaderas dictaduras.

Pretendemos con estas desordenadas reflexiones, transmitirles, una idea jurídico-política del debido proceso, puesto que es el único instrumento que posee una sociedad democrática, para impedir los excesos en el ejercicio del poder.

Antanas Mockus, exrector de la Universidad Nacional de Colombia, en una afortunada alocución afirmó con razón, que la creación del concepto político del debido proceso, era la más grande creación de la humanidad, después del descubrimiento de la rueda.

Y es una afortunada afirmación, porque de nada sirven los grandes adelantos tecnológicos, si no se goza de los privilegios de la libertad, el máximo confort que pudiera ofrecerse a los miembros de la Nación, se constituiría en una ensoñación falsa de la realidad, en una percepción engañosa del mundo circundante, en un sueño, que como todos los sueños es irreal e imaginario, como el que le sucede a quienes se alejan de la realidad, en la búsqueda de paraísos forjados por extrañas y dañinas sustancias, percepciones engañosas, tan falsas como las monedas falsificadas.

> Creo que nosotros los abogados, hemos sido responsables, de circunscribir el concepto del debido proceso y sus potencialidades democráticas, al estrecho campo de nuestras divagaciones jurídico-procesales. Todo lo que encierra la idea

del debido proceso, se proyecta mucho más allá de los estrechos límites de un artículo y de un inciso.

Estamos convencidos que el concepto del debido proceso debe trascender más allá de los folios de los procesos judiciales, y dentro del espectro amplio de la ideología política del control, debe proyectarse sobre toda la estructura del poder estatal, para limitarlo, y de tal manera garantizar de manera efectiva la intangibilidad de los derechos, garantías y libertades que lo integran, y convertirse en garante de los mismos.

Es decir, que vemos la posibilidad de que el debido proceso no se limite a controlar el poder del Estado y de sus representantes en los procesos judiciales, sino que su capacidad controladora, se extienda a limitar directamente el poder del Estado, en sus tres ramas, legislativa, ejecutiva y judicial, de la misma manera que a los organismos de control fiscal y ético de los funcionarios del mismo, a todas las diversas divisiones y subdivisiones territoriales, funcionales y por servicios del Estado, y a todos los procedimientos administrativos sancionatorios, incluidos los de las Fuerzas Armadas, es decir, que el debido proceso con su contenido garantista puede y debe controlar todas las manifestaciones de poder del Estado, para poder garantizar de manera integral, la perennidad de los derechos fundamentales de los ciudadanos, porque es una realidad que toda persona que tiene un ápice de poder, en su ejercicio se coloca en posibilidad o inmediaciones de abusar del mismo.

Se podría argumentar que existe el control constitucional para las leyes, y el control contencioso administrativo para los actos administrativos del gobierno, pero tanto el uno como el otro, son controles a posteriori, y en la inmensa mayoría de los casos están sometidos a que, en ejercicio de la acción pública de constitucionalidad tales normas sean demandadas, y por la eterna congestión de los despachos judiciales los fallos se producen en muchas ocasiones, cuando los efectos negativos de lo legislado se han ocasionado.

Y en el ejercicio de la acción constitucional de amparo, de la misma manera que lo hacemos en el trámite de los procesos judiciales, también podemos predicar la violación del debido proceso en todo tipo de actuaciones administrativas.

El debido proceso es alma, es pasión, contiene el universal concepto de la dignidad de ser hombre y de ser persona; el debido proceso sobrepasa las regulaciones normativas sobre el adelantamiento de un proceso, porque antes que proceso es vida, es dignidad, es persona, es libertad.

El debido proceso, antes que regular el adelantamiento de un proceso, tiene que ver con la concepción integral de Estado y de Nación, tiene que ver con el concepto que tenemos de vida, de dignidad, y de libertad.

El debido proceso, como creación humana que comenzara a gestarse en el concepto moderno que de él tenemos, en el 1215, cuando los señores feudales,

> comenzaron a limitar el poder de los reyes, hasta que finalmente se acuñara esa célebre frase referida a la monarquía británica, según la cual: "El Rey reina pero no gobierna", acuñándose dentro de la evolución constitucional inglesa, y después en la Constitución norteamericana y en las concepciones discutidas y aprobadas de los derechos fundamentales del ser humano que han sido conocidos, como derechos de primera generación, promulgados por la revolución burguesa de París.
>
> Porque el debido proceso limita el poder de la Asamblea Legislativa, Congreso o Parlamento, en cuanto a que las normas que debe regular la vida del hombre y de la Nación, no pueden transgredir los límites del ser para quien han sido concebidas. Tenemos un estado antropocéntrico, y por tanto toda la vocación del poder debe desbordarse en que sus manifestaciones sirvan al libre desarrollo de la personalidad de todos los venezolanos. El legislador debe elaborar las leyes, pero dentro de los límites establecidos por el debido proceso, esto es, con fundamento en los valores, principios y creencias que identifican a una Nación. El legislador solo puede concebir leyes que estén de acuerdo con las expectativas, esperanzas deseos e intereses de su pueblo, porque el legislador es esclavo del mandato de sus ciudadanos.
>
> El debido proceso limita el poder del presidente o primer ministro, porque sus facultades deben encajar siempre dentro de las previsiones normativas y nunca sus deseos personales podrán estar por encima del mandato recibido a través del sufragio y dentro de lo estrictos marcos constitucionales.
>
> El debido proceso limita el poder de los jueces, porque no solo deben aplicar la ley vigente, sino que están obligados a inaplicar la ley que desconozca o vulnere los preceptos de la Constitución. Está previsto de la misma manera la nulidad de los actos del Poder Público que vulneren o desconozcan los derechos constitucionales, en una clara aplicación del debido proceso (Art. 25) .El juez, como la diosa Themis, es ciego para conocer a los destinatarios de sus decisiones; es imparcial como la equilibrada balanza que la representa, es por ello que el juez no puede descompensarse para convertirse en un áulico del príncipe que gobierna; el juez no puede pretender con sus fallos congraciarse con los poderosos y menos aún, con quienes detentan el poder del Estado.

El debido proceso es entonces la idea democrática por excelencia para concebir un verdadero Estado de Derecho, en el que desde el más humilde de los ciudadanos, hasta el que ejerce el máximo poder del Estado, deben estar sometidos a las previsiones de la Carta Política, porque tal sumisión surge inequívocamente del principio de legalidad y de la primacía de los preceptos constitucionales y de los tratados sobre derechos humanos, debidamente aprobados y ratificados.

El debido proceso es por excelencia, la máxima garantía de los derechos, garantías y libertades consagradas constitucionalmente, porque con su vigencia y respeto, están excluidas las leyes que contraríen los preceptos constitucionales; porque con la validez y respeto de los principios constitucionales, está descartado el abuso policial, el prevaricato judicial, la arbitrariedad carcelaria y por sobre todo el abuso del ejecutivo contra la autonomía y los objetivos constitucionales de las Fuerzas Armadas, de la policía, del poder judicial y de la institución carcelaria.

El debido proceso es garantía de la integridad del patrimonio del Estado, porque no admite a los militares ejerciendo funciones diferentes a las que constitucionalmente les corresponden, que no son otras que la conservación del orden constitucional, la preservación de la independencia nacional y la integridad territorial de la Patria.

El debido proceso es garantía del hombre, de la persona y de su dignidad, porque mientras exista, no podrán darse los abusos policivos, ni las agresiones militares contra civiles inocentes, ni podrán existir los carteles de los soles, ni jueces que prevarican en favor del gobernante, que dentro de una falsa democracia y con el aval de elecciones amañadas alarga ilegalmente los períodos constitucionales de su mandato, ni darse la impune corrupción que desangra el poder del Estado, hasta límites de lo inconcebible, de no poderse garantizar ni el abastecimiento vital, indispensable para la subsistencia de los miembros de la Nación, ni la prestación de los servicios públicos básicos, ni siquiera la salud, y obviamente ni siquiera la vida, por falencia inaceptable de los recursos hospitalarios mínimos.

La la Ley constitucional contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia del 9 noviembre de 2017, es una norma de contenido neutro, incluso aceptaríamos que nos quedamos cortos con el calificativo, y que por el contrario, tiene los más perfectos y nobles objetivos, tal como se dejan consignados en esta normatividad:

> **"Artículo 1**. La presente Ley Constitucional tiene por objeto 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***. (Lo destacado no lo es en el texto).

Pero es igualmente claro, que cuando la determinación de la existencia del odio, y la individualización de los supuestos enemigos de la patria que incitan al odio, le corresponde a quien detenta el poder, es más que evidente que los violadores de esta ley, y las responsabilidades penales que de ella surgen, serán identificados e individualizados dentro del grupo contrario, es decir, el de los descontentos, que de manera general constituyen la mayoría de la Nación.

Es evidente que se trata de una norma que se convierte en un instrumento viable e idóneo para establecer restricciones al derecho a la información y el derecho a la libertad de prensa.

Cuando existe la confrontación política y se dictan normas de esta naturaleza, a pesar de la aparente neutralidad de la ley, termina convirtiéndose en un instrumento de poder y de persecución, porque son quienes detentan el poder los que tienen la competencia para interpretar y aplicar el contenido de la ley, y es obvio, que quienes no están conformes con el príncipe gobernante serán los dispensadores del ***"… odio, el desprecio, el hostigamiento, la discriminación y la violencia,…."***, y en tales circunstancias como ya se dijo, la norma en su contenido, pierde la neutralidad aparente de su contenido, y se convierte en un efectivo instrumento de poder y de eventuales persecuciones.

La ambigüedad en las descripciones típicas e incluso el acercamiento a la analogía, son herramientas idóneas para obtener la persecución de todas las personas que se quieran.

Debe recordarse que de los pocos ordenamientos positivos que se conocen que han admitido la analogía en el ámbito del derecho penal, han sido precisamente los Estados más totalitarios y antidemocráticos que se han conocido a lo largo de la historia; hacemos referencia al Código Penal Soviético de 1935 que admitía la analogía y la consagraba en los artículos 6 y 16; al igual que el Código Penal Alemán nazista, derogado en la postguerra el 30 de enero de 1946 por el Cuerpo Aliado de Control.

Ossorio y Florit comentando la violación del principio de legalidad y la aceptación de la analogía en el ámbito del derecho penal en el Código penal Soviético sostuvo:

> "Al desconocerse el principio legalista de que no hay delito ni pena sin previa ley se ha de entrar forzosamente en la norma de la aplicación analógica de la ley, como claramente se advierte en el artículo 16 del Código Penal ruso, determinando que:
>
> > "***Cuando algún hecho peligroso no se hubiese contenido en este Código, las responsabilidades criminales del mismo se determinarán con arreglo a la ley que fije hechos más semejantes***".
>
> Según Castro en su obra, - Principios de derecho soviético -, la analogía es consecuencia legítima del positivismo de los soviets y no constituye ninguna extraordinaria novedad, porque "no es, ni ha sido nunca, la arbitrariedad, sino un prudente arbitrio judicial, conforme con las corrientes modernas penales de la burguesía, y que quizás debería encontrarse menos limitado para conceptuarse concorde con la idea rectora del Derecho Penal Soviético, pues "la analogía, tal como la define el artículo 16 del Código, es la determinación de la punibilidad de los hechos antijurídicos, pero no incluidos en el articulado, con arreglo a la semejanza que ofrezcan con los ya existentes. Si relacionamos ese precepto con el artículo 6º, que ***considera socialmente peligrosas las acciones u omisiones dirigidas contra la Constitución del Estado Soviético o que lesionen el orden jurídico creado por el régimen de los obreros y campesinos durante la etapa de transición a la organización del Estado comunista***, veremos claramente la finalidad más política que jurídica de la aceptación del criterio analógico en materia penal.[36]. (Lo destacado no lo es en el texto).

Con la misma intención política totalitaria el Código Penal alemán reformado por la ley del 28 de junio de 1935 estableció la siguiente concepción analógica en el ámbito del derecho represivo:

> "Será castigado el que cometiere un hecho declarado punible por la ***ley o que merezca ser penado conforme al principio fundamental de una ley penal y al sano sentimiento popular.*** Si no hubiere ley directamente aplicable al hecho, este será penado según la ley en cuyo principio fundamental encaje mejor." (Lo destacado no lo es en el texto).

Comentando tal creación legislativa Ossorio y Florit nos dijo:

> "Bien se advierte que el nazismo llevó la impugnación del principio *nullum crimen sine lege*, mucho más allá que el comunismo, porque mientras este refiere el

36 Analogía Jurídica, Manuel Osorio y Florit, pág 681, Tomo I. Enciclopedia Jurídica Omeba. E. Losada. Buenos Aires, 1954.-

> delito no expresamente penado, a la vulneración de una disposición legal similar, ***aquél lo extiende a algo tan inconcreto como el sano sentimiento popular***. Excede de las posibilidades del comentario jurídico-doctrinal, la apreciación de las consecuencias de orden práctico de tales normas; pero justo es decir que la precitada disposición de la ley alemana de 1935, ha sido derogada por el artículo 1º de la ley Nro 11 de 30 de enero de 1946, del Consejo Aliado de Control [37]. (Lo destacado no lo es en el texto).

Cabanellas comentando la identidad de la analogía con los regímenes totalitarios nos dice:

> "No obstante, la analogía se ha instaurado en lo penal por los regímenes totalitarios de opuesto extremismo, pero coincidentes una vez más. El nacionalsocialismo alemán incrustó, en el Código Penal, el precepto de que no solamente cabe castigar los hechos declarados punibles por la ley, ***sino aquellos que merezcan ser penados conforme al principio fundamental de una ley penal y del sano sentimiento popular***. El precepto fue derogado en 1946. El Código Penal Soviético admite también la punibilidad de hechos análogos a los tipificados en él. (Lo destacado no lo es en el texto).
>
> Cuando se restringe o se excluye la analogía penal, en lo denominado *ad malam partem,* en perjuicio del acusado o reo; en tanto que se acepta la llamada *ad bonam partem,* a favor del reo, sobre todo a través de las atenuantes analógicas [38].(Lo destacado no lo es en el texto).

Como decíamos con anterioridad solo de manera general se ha admitido la analogía en el campo de las circunstancias atenuantes y eximentes. En tal sentido el autor antes citado, recordando el pensamiento de Eugenio Cuello Calón sostuvo:

> "Como indica Cuello Calón, la doctrina es favorable a la admisión de la analogía en el campo de las circunstancias eximentes, en el de las atenuantes y en el de las que extinguen el delito o la pena. Es la analogía que los tratadistas de derecho penal conocen por analogía *ad bonam partem* [39]

Ossorio y Florit, justificando la imposibilidad de la analogía en el ámbito del derecho penal ha sostenido:

37 Analogía Jurídica, Manuel Osorio y Florit, pág 681, Tomo I. Enciclopedia Jurídica Omeba. E. Losada. Buenos Aires, 1954.-

38 Diccionario Enciclopédico de derecho usual, Guillermo Cabanellas. Pág 283, Tomo I. E. Heliasta, Buenos Aires, 1996.-

39 Analogía jurídica, José- Enrique Greño, Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo II, pág 651. E. Francisco Seix, Barcelona, 1975.-

> "El problema de la analogía cambia radicalmente en relación al Derecho penal. En el civil, el juzgador tiene que aplicar la ley para resolver discordias entre partes y no es posible, por las razones indicadas oportunamente que deje de resolverlas aun cuando falte disposición legal concretamente aplicable. Pero en la jurisdicción criminal – aun en aquellos casos en que actúe a requerimiento de parte interesada, cual sucede en los delitos de instancia o de acción privada, empleando la terminología del Código penal argentino – el enjuiciamiento versa sobre si el encausado ha realizado o no un determinado delito, y parece consecuencia ineludible de ese planteamiento que si la ley no ha empezado por definir el delito, es imposible que nadie lo haya cometido.
>
> Habráse realizado un acto reprochable desde otros puntos de vista, pero no se habrá infringido ninguna norma, ya que no cabe vulnerar lo inexistente. En consecuencia, el silencio de la ley equivale a la inexistencia del delito y a la imposibilidad de establecer una condena. ***Y otro tanto cabe decir respecto a la oscuridad de la ley, ya que resultaría absurdo penal un hecho cuya ejecución fuese de tan dudosa prohibición que para determinar su delictuosidad tuviese que acudir la técnica de los jurisperitos a entrar en interpretaciones o en aplicaciones analógicas. De ahí que en materia penal no solo no rige el principio de que donde existe una misma razón se debe emplear un mismo derecho, sino que existe otro completamente opuesto ("en caso de duda debe absolverse al reo "); duda que, naturalmente, lo mismo puede versar sobre la realidad de los hechos imputados que sobre la aplicabilidad de un precepto***. Y todavía otro aforismo más categórico en relación al tema examinado, ha venido rigiendo la ciencia penal: *nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali* (no hay crimen ni pena sin ley penal previa) [40]. (Lo destacado no lo es en el texto).

Lamentablemente son muchas las formas y ocasiones para desconocer el concepto del debido proceso, como instrumento de control del Estado, y no podemos limitarnos a restringir la actuación de nuestros jueces, las cortapisa al poder del Estado, para poder garantizar integralmente la inmensa dignidad de ser hombre, debe ser también a través del amojonamiento del poder del Estado en sus manifestaciones de la Rama Ejecutiva y Legislativa. Es una necesidad que exigen la dignidad y la libertad de los seres humanos.

40 Analogía Jurídica, Manuel Osorio y Florit, pág 680, Tomo I. Enciclopedia Jurídica Omeba. E. Losada. Buenos Aires, 1954.-

# LA IMPUTACIÓN JUDICIAL Y EL DERECHO A LA DEFENSA



Renée Moros Tróccoli*

**Resumen:**

I. La imputación como derivación del derecho a la defensa en el proceso penal. II. El acto de imputación formal en las sedes fiscal y judicial. III. La imputación judicial como violación del principio de progresividad. IV. Conclusiones.

## I. LA IMPUTACIÓN COMO DERIVACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCESO PENAL

Homenajear a dos juristas de tan destacada trayectoria en el ámbito del Derecho Penal y Procesal Penal en Venezuela, como lo son el Dr. Alberto Arteaga Sánchez y la Dra. Magaly Vásquez González, más que un compromiso, es un verdadero desafío, de manera que considero que la mejor forma de hacerlo es honrando sus enseñanzas, por ello he escogido este tema de la imputación judicial y el derecho a la defensa.

Parafraseando a Carnellutti podemos afirmar que desde el mismo momento en que nace el proceso penal, sus dos cuestiones fundamentales giran en torno a conocer si ocurrió un hecho punible, así como saber quién es su responsable. Y en esa incesante búsqueda de la materialidad del hecho, su relevancia penal y su autoría (u omisión punible) pasamos por determinar a qué persona habrá de atribuírsele el hecho y, de acuerdo a la moderna -y afortunada- conceptualización del derecho a la defensa, material y formal, a qué persona habrá de decirle "Ese acto u omisión que se acredita es obra tuya, por ende, la Constitución y la ley te otorgan el derecho a defenderte de acuerdo con un proceso debido".

* Abogada Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, docente de Pregrado y Postgrado, ponente y facilitadora en talleres y jornadas a nivel nacional e internacional. Asesora Legal de la Inspectoría General de Tribunales.

Nuestra Constitución establece en el artículo 49 numeral 1, el derecho a la defensa y a la asistencia jurídica como inherente a la persona e inviolable en todo estado y grado de la investigación y del proceso, y comprende el derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, acceder a las pruebas y disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa, entre otros.

Este dispositivo constitucional luego se apuntala en el artículo 127 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP) el cual establece, que el imputado tiene derecho a que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputan, ser asistido desde los actos iniciales de la investigación, por un defensor que designe él, o sus parientes y, en su defecto, por un defensor público, así como pedir al Ministerio Público la práctica de diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formulen, presentarse directamente ante el Juez con el fin de prestar declaración, solicitar que se active la investigación y a conocer su contenido, entre otros derechos.

En efecto, podemos y debemos afirmar que aquella persona a quien se le investiga y se le señala como autor o partícipe de un hecho delictivo, desde el comienzo de esa investigación y en todo grado y estado de la misma, tiene el derecho a conocer su contenido y a desvirtuar a través de una actividad de defensa, aquellos señalamientos que obren en su contra; de manera que ello comporta, en la fase naciente de la investigación, evitar una imputación formal, esa que surge del acopio de los elementos de convicción que apuntan a la acreditación del delito y a la identificación de sus autores o partícipes, y para lo cual el investigado tiene derecho a solicitar la práctica de diligencias de investigación que dejen constancia de los datos conviccionales que sirvan a su exculpación, ante la vigencia de un proceso acusatorio de partes donde quien acusa no defiende.

En efecto, cabe recordar que desde la promulgación del COPP, hemos conocido y transitado por la denominada imputación informal o material, que deviene de la definición de imputado, como: "toda persona a quien se le señale como autor o partícipe de un hecho punible, por un acto de procedimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal" (artículo 126 del COPP), es decir, se ha considerado imputado desde un principio, a quien un acto de la

autoridad investigativa señala como autor o partícipe de un hecho punible, de manera que es dicha individualización en puridad, la que da lugar al ejercicio pleno del derecho a la defensa desde que se inicia el proceso penal, permitiendo como se apuntó, la práctica de actos o diligencias de investigación tendentes a desvirtuar el señalamiento del Ministerio Público, a través de los elementos de convicción de exculpación. De hecho, ha sido la doctrina del más alto tribunal de la República, que el investigado de conformidad con el artículo 49, numeral 1 constitucional tiene la defensa como garantía inviolable, en todo estado y grado de la investigación y del proceso.

De allí que, la identificación del imputado material no tiene mayor problema por cuanto, es una obviedad que, basta con ese señalamiento para que pueda hacerse parte en una investigación y defenderse de lo que en definitiva constituye una imputación no formalizada pero indicativa de que se le relaciona o vincula con la transgresión de una norma penal que merece sanción restrictiva o no de libertad, a lo que solo deberíamos agregar, que no es cualquier acto el que individualiza a la persona investigada como imputado, sino aquél que es ejecutado por los órganos encargados de la persecución penal que de manera directa o indirecta la señalan como autor o partícipe en la comisión de un hecho punible. De manera que se descartan, la denuncia, la querella sin pronunciamiento judicial de admisión a trámite, entre otros actos que no emanan de la autoridad que instruye la investigación penal, debiendo concluirse que se trata solo de aquellos ordenados por el Ministerio Público y los órganos de apoyo a la investigación penal con o sin autorización judicial que contengan dicha indicación.

## II. EL ACTO DE IMPUTACIÓN FORMAL EN SEDES FISCAL Y JUDICIAL

### a) Acto de imputación formal en sede fiscal

La imputación formal ya no comporta una indicación directa o indirecta emanada de un acto de procedimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal, sino es aquella que se produce, luego de una contienda en la fase preparatoria, contradiciendo los elementos de convicción de imputación y

dejando constancia de los datos de exculpación, cuando en criterio del Ministerio Público, los primeros son más fuertes en convicción de inculpación, suficientes para apoyar el juicio de probabilidad objetiva sobre la imputación.

Si bien el acto de imputación formal no está previsto en ninguna de las normas contenidas en el COPP, no obstante se deriva igualmente del derecho a la defensa, previsto en el artículo 49, numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), por cuanto va íntimamente relacionado con el derecho a conocer los cargos por los cuales se investiga a una persona, con todas las circunstancias que influyen en su calificación jurídica, esa que aún no está clara en la fase incipiente de la investigación y que requiere esperar de las resultas de los actos de investigación para crear convicción del juicio de probabilidad objetiva de imputación. De allí que, con dicho acto el imputado va a poder seguir ejerciendo el derecho a la defensa, pero ahora estableciendo sus estrategias de manera más clara y específica al conocer cuál es el criterio de convicción del Fiscal del Ministerio Público en relación con los actos de investigación practicados, así como la calificación jurídica en la cual considera que encuadran los hechos.

La imputación formal como se dijo, permite de manera clara indicarle al investigado individualizado como imputado, conocer no solo los hechos por los cuales se le investiga, y las diligencias practicadas, sino la calificación jurídica en la cual encuadran esos hechos a juicio del representante del Ministerio Público, así como el criterio sobre la convicción que de esos actos de investigación emerge para éste, de manera que ya esto requiere de ciertas formalidades que potencian el ejercicio del derecho a la defensa, como la presencia el defensor del imputado para que, además de garantizar que se cumplan las garantías a su favor, conozca de lleno los parámetros de la imputación (convicción y calificación jurídica) de manera que pueda oponerse a esta antes de que concluya la investigación.

En efecto, en el proceso penal acusatorio que rige en nuestro país, el Estado es titular de la imputación y la realiza a través del Ministerio Público, y en este caso así le está reservado por vía constitucional (art. 285, numeral 4 CRBV), de manera que en este contexto se establece que el acto de imputación es un acto formal que se debe realizar en la sede del Ministerio Público, cumpliéndose las garantías constitucionales y legales previstas al efecto de la atribución del delito

o delitos a quien previamente se ha estado investigando (artículos 132 y 133 del COPP).

Así tenemos, que la imputación es la atribución a una persona de un hecho determinado que constituye delito, de manera que imputa solo el titular de la acción penal, cuando considera que de los actos de investigación han surgido suficientes elementos de convicción que acreditan que el investigado-imputado ha cometido un hecho punible, por lo tanto se trata de un acto unilateral de la Representación Fiscal, no constituye una contienda, vale decir, no es un contradictorio, lo realiza el director de la investigación para conocimiento del investigado-imputado y su defensor y para potenciar el ejercicio pleno del derecho a la defensa, toda vez que no se trata de un acto definitivo de imputación, como lo es el acto conclusivo de acusación formal, por el contrario es devirtuable en la misma fase preparatoria. En este sentido, en esta segunda fase de la investigación, ya adelantada, el derecho a la defensa va dirigido a evitar la acusación formal del imputado como acto conclusivo de la investigación.

Y esto es así, por cuanto del acto de imputación formal se lleva el imputado y su defensor la claridad sobre la calificación jurídica y la convicción sobre la acreditación y autoría en la comisión del delito que emerge de las diligencias de investigación practicadas y bajo ese conocimiento el defensor del imputado podrá contradecir esa convicción a la cual ha llegado el Ministerio Público, bien refutando la fuerza conviccional de los actos de investigación señalados por éste apoyándose en los que haya solicitado (de allí que sería violatorio del derecho a la defensa la realización de un acto de imputación formal sin haberle dado al imputado la oportunidad de contar con los elementos de convicción de exculpación) o bien, solicitando nuevas diligencias de investigación tendentes a desvirtuar esa convicción y establecer un fundamento de exculpación que pretende destruir la imputación para cuando haya culminado la investigación.

De manera que, por fundamento constitucional, y legal, el acto de imputación formal en fase preparatoria es un acto que ha de realizarse en la sede del Ministerio Público, en virtud que aún no se ha concluido la investigación y por ende no existe un criterio de imputación definitivo, como lo sería una acusación formal que traería como consecuencia, por regulación normativa

procesal, la fijación y celebración de una audiencia (la audiencia preliminar), por el contrario, este es un acto en el cual el Fiscal le informa al investigado-imputado, previa la imposición de sus derechos y garantías constitucionales y procesales y las advertencias preliminares, los hechos por los cuales se le investiga, la calificación jurídica atribuida a los mismos, así como los elementos de convicción de acreditación y autoría o participación que obran en su contra, acto en el cual debe estar asistido por su defensor de confianza o si no lo tuviere, por un defensor público.

### b) Acto de imputación en sede judicial

No obstante, y a pesar de la obviedad de las anteriores afirmaciones, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ejerciendo la jurisdicción normativa dictó Sentencia N° 537 de fecha 12 de julio de 2017, en la cual creó una norma procesal de aplicación inmediata, mediante la cual, cautelarmente y de oficio decreta que sólo se adquiere la condición de imputado cuando el investigado haya sido informado por parte del Ministerio Público con las garantías de defensa, en el Tribunal de Control, sobre los hechos que le atribuyen participación o autoría, la calificación jurídica, así como los elementos de convicción que fundamentan dicha imputación, ello es lo que se conoce como el acto de "imputación judicial", es decir, una norma que destierra la imputación material o informal como aquella que se deriva de cualquier acto de las autoridades encargadas de la persecución penal que directa o indirectamente señalen al investigado como autor o partícipe en la comisión de un hecho punible, poniendo en vigencia reminiscencias del antiguo sistema inquisitivo de enjuiciamiento criminal en donde el ejercicio del derecho a la defensa resultaba una formalidad vacía y de formulario más que la manifestación real y efectiva del ejercicio pleno de una garantía fundamental, ya veremos porqué.

En efecto, para la realización de dicho acto indica la referida sentencia, que el Ministerio Público deberá solicitar al juez de Control la citación del investigado a la sede judicial, para que sea el juez quien garantice y supervise el cumplimento de la legalidad en el proceso, especialmente en lo referente a los derechos constitucionales del investigado.

No obstante, la interpretación a conveniencia acerca del alcance del acto de imputación judicial, en la práctica lo ha convertido en una audiencia contradictoria y en la cual el juez se ha tomado facultades que no le competen en la etapa incipiente de la investigación, a saber, la desestimación y/o modificación de la calificación jurídica atribuida por el fiscal a los hechos investigados, la imposición de medidas cautelares, entre otros pronunciamientos propios de una audiencia contradictoria, regulada en el COPP, tales como la audiencia de presentación, la audiencia preliminar o la de imputación en el procedimiento de los delitos menos graves.

En este sentido, es de Perogrullo indicar que en el procedimiento ordinario no se encuentra prevista la llamada audiencia de formalización de la investigación, en la cual el fiscal informa al imputado de los cargos que presenta contra él y requiere del juez la eventual detención preventiva u otras medidas cautelares sustitutivas, así como diligencias de investigación que necesitan de su autorización, entre otros requerimientos como la práctica de la prueba anticipada.

Así tampoco está prevista la audiencia de imputación establecida para el procedimiento de los delitos menos graves, en la que una vez culminada la investigación el fiscal solicita al Tribunal de Instancia Municipal se proceda a convocar al imputado debidamente individualizado para la celebración de una audiencia de presentación (art. 356 del COPP). De allí que, el acto de imputación en sede jurisdiccional sigue siendo un acto del Ministerio Público, donde el juez debe dejar constancia, entre otras formalidades, que compareció el investigado, que fue impuesto del Precepto Constitucional y de sus derechos antes de rendir declaración, que se le informó sobre los hechos, los elementos de convicción y la calificación jurídica, que estuvo asistido de su abogado defensor; culminado el cual se remiten las actuaciones al Ministerio Público para que continúe con la investigación; intervenir de otra manera significa violentar el principio de legalidad procesal y usurpar las funciones del Fiscal del Ministerio Público.

En efecto, es un acto donde no le ha sido atribuidas al juez facultades de decisor sino únicamente, de garante del cumplimiento de la legalidad en el proceso, y ello tiene su explicación en el carácter informativo de la imputación en beneficio del imputado, desligándolo de consecuencias derivadas en su

contra, entre ellas, la privación de libertad o las medidas cautelares sustitutivas. La imputación como la obligación de revelar los elementos de convicción y la hipótesis de los hechos, es una derivación del derecho a la defensa del investigado, por ello, no está sometida al control judicial, el control judicial se realiza en lo parámetros del COPP, es decir, bajo los supuestos contenidos en el artículo 264.

En conclusión, la referida sentencia 537/17, incluyó una modificación en el régimen procesal de la imputación en la etapa preparatoria, no obstante no creó ni desarrolló una audiencia de imputación en la cual el juez pudiera pronunciarse en torno a la calificación jurídica, medidas cautelares u otros requerimientos; solo decidió que el acto de imputación fiscal se realizaría en sede judicial en aras de que el juez salvaguarde el cumplimento de la legalidad en el proceso, especialmente en lo referente a los derechos constitucionales del investigado.

## III. LA IMPUTACIÓN JUDICIAL COMO VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

La Sentencia Nº 537 de la Sala Constitucional, nos indica que el término "imputado" definido en el artículo 126 del COPP, se utiliza en dicho cuerpo normativo, de manera ligera y sin distinción procesal alguna, para luego de hacer dicho señalamiento, como hemos venido apuntando, crear cautelarmente una norma procesal de vigencia inmediata que establece que toda persona investigada por la presunta comisión de algún hecho punible o aprehendido en flagrancia, obtendrá la condición de imputado únicamente cuando haya sido informada por parte del Ministerio Público ante su defensor, en la sede del Tribunal de Control de Garantías, de los hechos en los cuales se le atribuye la participación o autoría, así como los elementos de convicción que sustentan dicha imputación, ello a los fines de que el juez garantice y supervise el cumplimento de la legalidad en el proceso, especialmente en lo referente a los derechos constitucionales del investigado, por lo cual decide que se considerará a quien se le sigue una investigación penal como "investigado" y no como "imputado", hasta que se cumplan los requisitos anteriormente expresados.

Este acto de imputación único en sede judicial, se presume surgió como consecuencia de una coyuntura política, pretendiendo con ello obstaculizar un

proceder presuntamente arbitrario del Ministerio Público, relacionado con la convocatoria a actos de imputación como retaliación política.

Ahora bien, la norma procesal que creó el acto de imputación en sede judicial "imputación judicial", ha generado la antinomia entre normas constitucionales, así como legales de carácter procesal, enfrentándolas y causando incertidumbre, toda vez que no se puede cumplir simultáneamente con el artículo 19 constitucional, que establece que el estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos y que su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, así como con el artículo 21, que dispone que no se permitirán discriminaciones que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona, y con lo previsto en el artículo 49 numeral 1 constitucional, que establece el derecho a la defensa en todo grado y estado del proceso y desde los actos iniciales de la investigación.

De igual forma es imposible cumplir con lo establecido en el artículo 126 del COPP que define al imputado como la persona que por cualquier acto de la autoridad investigativa es señalada como autor o partícipe de un hecho punible y como derivación, tampoco se puede ejecutar la norma del artículo 127 *eiusdem*, que entre otros derechos del imputado material prevé el derecho a que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se investigan, ser asistido desde los actos iniciales de la investigación, por un defensor que designe él, o sus parientes y, en su defecto, por un defensor público, así como pedir al Ministerio Público la práctica de diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formulen, presentarse directamente ante el Juez con el fin de prestar declaración, solicitar que se active la investigación y a conocer su contenido, entre otros.

En este mismo sentido, se imposibilita cumplir con lo establecido en los artículos 132 y 133 del COPP, de los cuales se infiere que el acto de imputación es del Ministerio Público y debe realizarse en sede Fiscal, ni con la convocatoria

del imputado material al acto de la prueba anticipada (artículo 289 del COPP), antes de la formulación de la imputación formal.

Otra consecuencia de la sentencia 537/17, es que el carácter de imputado/querellado que se adquiere a través de la decisión de la admisión a trámite de la querella quedó eliminado (artículo 278 del COPP), por lo cual no es posible que se pueda oponer a esta, ni presentar excepciones en la fase preparatoria de la investigación penal (artículo 28 del COPP) para evitar la imputación formal; igualmente cuando se solicita una investigación por imputación pública conforme al artículo 272 del COPP, quien pide la investigación puede promover diligencias, por cuanto para ello es necesaria su condición de imputado y de acuerdo con dicha norma creada por la Sala Constitucional, deberá esperar a que esta se obtenga en el acto de imputación formal en sede judicial.

En efecto, esa imposibilidad de hacer efectivas esas normas con las cuales se enfrenta la norma creada por la Sala Constitucional en la sentencia 537/17, colide con la interpretación progresiva del derecho a la defensa del imputado material que la referida Sala ha venido realizando, de manera pacífica y reiterada como doctrina constitucional invariable sobre el respeto al derecho a la defensa, en todo estado y grado de la investigación.

Es evidente que este choque o colisión, ha creado un obstáculo para ejercer el derecho a la defensa y se ha convertido en una involución limitadora que de forma excesiva cercenó dicho derecho, porque para alcanzar la condición de imputado y poder defenderse, la persona investigada debe esperar la imputación única judicial, y de acuerdo con la norma creada por la Sala Constitucional es allí donde nace en el investigado el derecho a defenderse, antes le está negado. (Terán Guerra, David. Escrito de Colisión de Normas, de fecha 14 de septiembre de 2019, presentado ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Asunto: AA50T2019000530).

De manera que, al imputado material ahora no le es posible *ex ante* de la imputación formal, defenderse, es decir, se puede allanar su residencia, incautar bienes, intervenir la correspondencia o las comunicaciones, pero no es imputado, tampoco puede solicitar que se practiquen diligencias que tiendan a que esta no

se produzca, e incluso a solicitar que se cierre la averiguación penal abierta en su contra, o que se desestime la denuncia.

En consecuencia, se han limitado y mutilado significativamente los derechos del imputado, dejando sin contenido a la interpretación progresiva del derecho a la defensa, a ser oído, y al debido proceso del ciudadano señalado por "cualquier acto de procedimiento" realizado por la autoridad encargada de la persecución penal, como autor o partícipe de un hecho punible "en todo estado y grado de la investigación".

Existe una reserva legal absoluta y excluyente respecto a la producción de normas procesales, en cabeza del órgano Legislativo, por lo que a la Sala Constitucional le está prohibido legislar en esta materia, en todo caso puede anular o interpretar las normas procesales, pero de ninguna manera se le permite crear actos procesales, y menos modificar los niveles de protección alcanzados con anterioridad para desmejorar derechos fundamentales. En el caso concreto del acto de imputación en sede judicial, dicha regresión se ha transformado en una amenaza de consecuencias irreversibles o de difícil reparación en el bien jurídico protegido "el derecho a la defensa" desde la investigación como lo señala el numeral 1 del artículo 49 de la CRBV.

En consecuencia, ante esta involución, debemos buscar el pronunciamiento judicial que deje sin efecto dicha norma procesal en reconocimiento a la progresividad del derecho a la defensa o que se pronuncie sobre el recurso de colisión de normas, planteado en sede constitucional, y acepte la vigencia y aplicación de aquellas que reconocen al investigado con pleno derecho a la defensa en cualquier grado y estado de la investigación sin necesidad de ser imputado de manera formal.

## IV. CONCLUSIONES.

La persona señalada directa o indirectamente como autor o partícipe de un hecho punible, a través de un acto de procedimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal, desde la promulgación del COPP, y en el desarrollo pacífico de la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia y de manera progresiva, se considera imputado.

La norma procesal creada por la sentencia N° 537 de fecha 12 de julio de 2017, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, conforme a la cual solo se considera imputado a la persona que ha sido informada por parte del Ministerio Público con las garantías de defensa, en sede jurisdiccional, de los hechos que le atribuyen su participación o autoría, así como de los elementos de convicción que sustenten dicha imputación y los preceptos jurídicos aplicables al caso, violenta el principio de progresividad y no retroactividad, en un acto de retroceso frente al nivel de protección al cual se ha llegado, toda vez que el investigado ya ha alcanzado un determinado nivel de protección, al ser considerado como imputado, y como tal tiene el derecho a acceder a la investigación y a ejercer su defensa en cualquier grado y estado de la misma desde los actos iniciales.

El titular de la acción penal es el Estado, y el funcionario delegado por vía constitucional en el sistema acusatorio para ejercerla es el Fiscal del Ministerio Público; la sentencia 537/17 solo estableció que el acto de imputación se realice en sede judicial, bajo la salvaguarda de la legalidad del proceso por parte del Juez, por ende, el mismo sigue siendo un acto unilateral del Ministerio Público.

La sentencia 537/17 de la Sala Constitucional estableció una modificación en el régimen procesal de la imputación en la etapa preparatoria, creando el acto de imputación judicial, pero no creó ni reguló una audiencia de formalización de la investigación, ni de imputación, en las cuales el juez está facultado para pronunciarse sobre la calificación jurídica, medidas cautelares o cualquier otro requerimiento de las partes, ajeno a la legalidad que debe cumplir el Ministerio Público en el acto.

El acto de imputación único en sede judicial se presume surgió como consecuencia de una coyuntura política, pretendiendo con ello obstaculizar un proceder presuntamente arbitrario del Ministerio Público, relacionado con la convocatoria a actos de imputación como retaliación política, de allí que de ser ello cierto, superada dicha coyuntura, no hay razón para que se mantenga, máxime cuando su temporalidad extendida ha devenido en una práctica del sistema inquisitivo como lo es, el secreto, la investigación a espaldas del imputado,

así como la extralimitación de funciones tanto del Juez de Control de Garantías como del Fiscal del Ministerio Público.

La Sala Constitucional tiene en sus manos la solución, levantando la medida cautelar y dejando sin efecto de esta manera la norma procesal creada en la sentencia 537/17, en reconocimiento a la progresividad del derecho a la defensa y en acatamiento a la prohibición de retroactividad del mismo o bien, decidiendo el recurso de colisión de normas planteado ante dicha Instancia, aceptando igualmente la vigencia y aplicación de aquellas que reconocen al investigado con pleno derecho a la defensa en cualquier grado y estado de la investigación sin necesidad de ser imputado de manera formal.

En paralelo debemos impulsar que la interpretación de la ley penal adjetiva sea amplia para que, en armonía con la CRBV, el derecho a la defensa procesal asuma su lugar de primacía e importancia para garantizar el debido proceso, el derecho a la prueba, al acceso a la justicia y a la obtención de una resolución justa que posee toda persona, todo ello con mayor rigor ante un proceso que busque acabar con la presunción constitucional de inocencia.

# ¿ES POSIBLE LA EXTRACCIÓN DE SANGRE DEL IMPUTADO SIN SU AUTORIZACIÓN EN EL PROCESO PENAL?*



Leonardo Pereira Meléndez**

Según Hernando Devis Echandía, "*los actos de prueba, como los procesales en general, deben ser voluntarios, en el sentido de que no sean impuestos o forzados por violencia física o moral, o por dolo*", cuya secuela, en principio, provocaría la infracción del principio del respeto a la dignidad humana.

Un punto de importancia y debatido es lo concerniente a la extracción al imputado o acusado de una muestra de sangre, sin su aprobación o debida autorización.

El Maestro argentino, Alberto M. Binder, didáctico como nadie, nos enseña en su obra *Introducción al Derecho Procesal Penal*, que "*el imputado está protegido por el derecho a no declarar contra sí mismo respecto de todo ingreso de información que él, como sujeto, pueda realizar*". Convencido estoy de ello, y concuerdo con él, cuando más adelante afirma que al imputado "*nadie puede obligarlo a ingresar información que lo perjudica y, en consecuencia, él desee retener*".

Tal razonamiento es compartido por la mayoría de las Constituciones o Cartas Políticas Fundamentales de los países latinoamericanos. Sin embargo, un problema que se discute, es acerca de quién es la persona que ingresa al proceso penal la información: ¿El imputado-acusado o el profesional que lo inspecciona?

En mi modesta opinión, cuando el acusado o imputado le es extraída la sangre, la persona que ingresa la información al proceso penal es el práctico y no el imputado o acusado. Una muestra de ADN, por ejemplo, los resultados conseguidos,

---

* El presente trabajo fue previamente publicado en la Revista Jurídica Lextium, Edición 1, Año 1, abril 2020 y forma parte de uno de mayor extensión, inserto en mi obra *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, Colombia. 2019.

** Abogado. Especialista en Derecho Penal; Especialista en Derecho Procesal Penal; Especialista en Literatura Latinoamericana; Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas; Doctorado en Jurisprudencia. Actualmente doctorando en Ciencias Jurídicas en la Universidad del Zulia. Profesor de pre y posgrado de varias universidades. Autor de varios libros de Derecho Procesal Penal, Literatura y Poesía. Director del Foro Penal "Dra. Blanca Rosa Mármol de León".

son ingresados al proceso penal por el especialista –técnico científico–, y no por el imputado o acusado.

Lo mismo acontece con el acto de reconocimiento de personas: la información es ingresada por el testigo reconocedor; no por el imputado. (Hablo aquí de imputado, y no de acusado, por cuanto, el acto de reconocimiento de personas, en principio, se debe realizar en la fase introductoria o preparatoria; si no se ha hecho, y se pide su materialización en la fase del juicio oral y público, debe, por analógica interpretación, llevarse a cabo en idéntica circunstancia como lo prevé los artículos 216, 217 y 218 del Código Orgánico Procesal Penal).

El imputado nunca podrá ser objeto del proceso penal; empero, en ocasiones, es necesario que sea objeto de prueba; nunca podrá ser compelido a ingresar información al proceso penal, al menos, que, conscientemente, y sin imposición alguna, manifieste su aspiración de hacerlo. En un reconocimiento de personas –irrebatiblemente– el imputado actúa como objeto de prueba.

Algunos autores, muy liberales por demás, han venido sustentando que en ningún caso el imputado puede ser "*usado*" o "*empleado*" como "*objeto de prueba*", ni subordinado "*a ningún tipo de estudio y exploración*".

Si ello fuera cierto, no sería dable la materialización de los reconocimientos de personas. No en vano, el Dr. Héctor Eduardo Cardoze Rangel, en su monografía *El Reconocimiento en Rueda de Individuos*[1], considera que el reconocimiento de personas, no es más que "*un mecanicismo para complementar una declaración imperfecta, cuya falta de perfección deriva del desconocimiento del declarante de la identidad de la persona a quien vio (o en general, apreció perceptivamente) realizar una determinada acción*".

Cierto que ninguna persona, con mayor razón quien ostenta la condición o cualidad procesal de imputado o acusado, puede ser centro de tratos desalmados, atroces o despreciables; empero, estimo que la simple extracción de sangre al imputado, o simplemente quitarle una hebra o un cabello de su cabeza, o practicar una rueda de personas, aún sin el consentimiento expreso del imputado, no constituye, en principio, una práctica degradante, y, puede ser efectuada, a petición del juez, o de las partes del proceso, pues no podemos soslayar, como

1 Publicada en la Revista de Derecho Probatorio, Nº 4, año 1994.

lo advierte, el Dr. Cardoze Rangel, que "*lo que está en juego es la libertad de un ciudadano*".

## I. ¿SERÁ LÍCITA LA EXTRACCIÓN DE SANGRE DEL IMPUTADO SIN SU APROBACIÓN?

Diversas son las opiniones: unos, totalmente radicales, han revelado exaltadamente, "*la necesidad de la autorización del que va a ser objeto del examen corporal y con mayor razón del que va a ser intervenido quirúrgicamente*". De acuerdo a esta aseveración, la falta de autorización o anuencia del imputado equivale a declarar contra sí mismo; lo que quebrantaría los Derechos Fundamentales del hombre consagrado en la Constitución (Art. 49 Ord. 5to, de nuestra Carta Política Fundamental).

Otros, como el Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero, ex Magistrado de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, piensa –apropiadamente– que "*la intervención quirúrgica es posible sin permiso del operado, sólo en caso de peligro de muerte y con miras a salvarle la vida*" como lo establece la Ley Orgánica de la Salud en su artículo 69.

Para este jurista venezolano, estudioso del Derecho Probatorio, "*el cuerpo humano tiene una exterioridad, pero también una interioridad que puede ser conocida mediante análisis de sangre, de semen, de orina, o por el uso de tomografías, radiografías, radioscopias u otros métodos o aparatos similares*", y, por tales supuestos, precisa que la Ley Adjetiva Penal no hace distinción al establecer el examen corporal o mental, vale apuntar, externo o interno[2].

En una oportunidad presencié la extracción de sangre a una persona imputada de ser autor de un homicidio. Se trataba de un joven alto y fornido, el cual no fue desnudado, y de ningún modo, maltratado ni física ni verbalmente; todo lo contrario, fue tratado con respeto e inclusive con una ponderada delicadeza, por parte de los expertos.

2 Invito al perspicaz lector leer la monografía *Algunas Apuntaciones sobre el Sistema Probatorio del COPP en la Fase Preparatoria y en la Intermedia*, publicada en la Revista de Derecho Probatorio Nº 11, cuyo autor, por ventura, es el Director de la misma: Jesús Eduardo Cabrera Romero.

Uno de ellos –médico forense– tomó el dedo pulgar del corpulento imputado y con una pequeñísima agujita le hizo una leve punción. Luego, con un hisopo de algodón tomó una gotita de sangre del dedo pulgar del examinado. Ahí acabó todo. Los peritos se llevaron la muestra de sangre, bien resguardada, para diagnosticar el ADN del imputado, y compararlo con la sangre del occiso[3].

En el supuesto caso, que el imputado se hubiera negado a realizarse tal examen o análisis de sangre, y se le hubiera agarrado la mano, a la fuerza, para punzarle con extremo cuidado el pulgar, y así obtener la muestra de sangre, ¿El resultado de dicha prueba sería ilícito? ¿Quién ingresa la información del resultado del ADN al proceso penal? ¿El imputado o el técnico-científico?

Palmariamente, obtener una prueba constriñendo los derechos fundamentales de la persona, es ilícito, y por ende, no debe ser admitida en el proceso, por carecer de valor probatorio, e implícitamente, debe sancionarse al funcionario o persona que adquirió la prueba ilícita en contravención al debido proceso. Pero hay ocasiones, en las que, debemos observar, qué persona ingresa la información al proceso penal y de qué forma lo hace.

El derecho a la intimidad no se menoscaba con la práctica de procedimientos coercitivos como el que en estas líneas comento, y no se contraviene el derecho a la vida privada ni la dignidad de la persona.

Yván J. Figueroa Ortega, en su excelente monografía, *Alcances con Relación a la Persona Humana del Principio de Obtención Coactiva de los Medios de Prueba*, única en el país, demuestra una posición disímil substancialmente a mi perspectiva, arguyendo que no es permitido que "*el individuo por haber cometido un delito, renuncie a sus derechos elementales, como lo serían su intimidad y su dignidad, mucho más si el indiciado en el juicio penal goza de un principio de inocencia*". Cree este autor que ni siquiera con una orden judicial, podría darse legitimación a una prueba recabada sin la aquiescencia del imputado.

No piensa lo propio el ex Magistrado, Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero, quien a pesar de mostrarse de acuerdo con la existencia de la prueba ilícita, defiende la idea de que *"no se viola en los casos de reconocimientos personales, el*

3 En la vestimenta del victimario se halló sangre, presumiblemente, de la víctima.

*precepto constitucional del artículo 60 Ord. 4to. de la Constitución Nacional*[4]*, ya que el formar parte de una rueda de individuos para su reconocimiento, o el tomar muestra de las huellas dactilares o de la sangre de una persona, así sea coactivamente, no constituye un constreñimiento a obtener una declaración, ni un reconocimiento expreso de culpabilidad, (Omissis) sino una aprehensión de las características físicas de un individuo en un momento determinado".*

En el proceso penal venezolano, el principio de la obtención coactiva de los medios de prueba, ha sido esgrimido la más de las veces, para realizar ruedas o reconocimientos de personas, forzándose al imputado a participar en tales actos, y, sin embargo, no han sido considerados violatorios de la garantía constitucional contemplada en la actual Carta Magna en el artículo 49 Ordinal 5to.

El Dr. Roberto Delgado Salazar, en su obra *Las Pruebas en el Proceso Penal Venezolano*, trae a colación una decisión decretada por la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 11 de junio de 2002, donde el Máximo Tribunal de la República, desechó *"un alegato de ilicitud, por falta de consentimiento del examinado*"[5].

Una de las Defensoras Técnicas de los acusados, impugna el fallo condenatorio, y entre sus alegatos, sostuvo que "*las experticias hematológicas, dactilares, tricológica y de comparación de apéndices pilosos tomadas del cuerpo de su defendido, se obtuvieron con violación de la garantía consagrada en el artículo 46, numeral 3, de la Constitución,* ***por no haberse solicitado el consentimiento de su defendido****, ni haber sido notificado su defensor*".

La otra Defensa Técnica –Defensora Pública Primera del Circuito Judicial Penal del estado Zulia– impugna también el dictamen que comentamos, y entre otras cosas alega que su defendido "*no manifestó su voluntad para la práctica de las pruebas que le fueron efectuadas,* ***tampoco consta que la vida del mismo estuviera en peligro****, como para efectuar dichas pruebas* ***sin su consentimiento***".

A pesar de sendas impugnaciones, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, dejó asentado que: "*Estos exámenes* ***por no representar riesgo***

4 Actualmente art. 49, Ord. 5to.

5 Decisión ésta que me llamó activamente la curiosidad, obligándome a investigar y leer la sentencia completa, a través de la página Web del TSJ. www.tsj.gov.ve/Decisiones/sep/Junio/279-110602-C010541.htm.

***alguno contra la vida o salud de las personas****, y por cuanto los mismos pueden ser de innegable importancia para el esclarecimiento de la verdad que se investiga,* ***podrán ser ordenados por el Ministerio Público en la fase de investigación del proceso,*** *a fin de recabar los elementos que le permitan fundar su aseveración"*[6].

Célebres autores, como Eduardo Couture, Hernán Víctor Gullco, Hernando Devis Echandía, entre otros, consideran que en la actividad probatoria, el principio de la obtención coactiva de los medios de prueba, dispone como axioma principal, que el juez está facultado para ordenar la práctica de algunas pruebas, verbigracia, allanamientos de hogares, exámenes corporales, extracciones de sangre, ruedas de personas, entre otras, "*como simples formas de aprehender los caracteres físicos de una persona",* sin que ello signifique, que el imputado o acusado examinado, estaría admitiendo su responsabilidad en los hechos investigados.

Eugenio Florián, citado por Yván J. Figueroa Ortega, señala que "*el principio de la obtención de los medios de prueba no puede ser desconocido de la actividad probatoria, pues es necesario que los órganos de prueba intervengan en el proceso y que los objetos materiales de prueba sean introducidos e incorporados en él",* con el fin único de buscar la verdad material o procesal, con los límites que impone las garantías constitucionales, al poder punitivo del Estado, porque de nada sirve una justicia imperfectamente administrada y para colmo, indiferente y pasiva, ante los avances del Derecho Procesal Penal Moderno.

En conclusión: si es el imputado o acusado, quien ingresa información, en forma directa, y de forma coercitiva, esa información, debe ser considerada irrita, ilícita e inicua, procesal y jurídicamente inexistente, constitucionalmente inadmisible y sin valor probatorio alguno. Empero, si es un tercero quien ingresa al proceso dicha información, verbigracia, un testigo reconocedor –en caso de un reconocimiento del imputado– o un técnico-perito –en caso de una extracción de sangre– a pesar de que el imputado no autorice tal práctica, vale apuntar, no preste su consentimiento, y haber sido, efectivamente, objeto de prueba, en cuyo acto procesal, su salud no sea afectada de peligro alguno, y sea tratado con respeto

6 Caso: Kelvin Enrique Herrera y José Antonio Velásquez Rivas, Sent. Nº 279, Magistrado Ponente: Dr. Rafael Pérez Perdono, sin voto salvado. www.tsj.gov.ve/Decisiones/sep/Junio/279-110602-C010541.htm. Las negrillas y subrayados son de mi responsabilidad.

a su condición de ser humano, dicha información—acto de investigación—debe ser considerada válida y lícita, sin que con ello se pretenda equiparar al imputado o acusado como si ciertamente fuera autor de los hechos que le son atribuidos por el Ministerio Público, pues ser imputado es una cosa, y ser autor del hecho delictivo es otra; por lo demás, como lo dice acertadamente Alberto M. Binder: "*no se puede <hacer> de todo imputado un culpable*".

# MITOS Y REALIDADES DE LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO



Julio Elías Mayaudon*

## INTRODUCCIÓN

La CRBV en su artículo 2, determina que Venezuela se constituye en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia que propugna como valores superiores de su ordenamiento: la vida, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la responsabilidad social, la preminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político. En esta disposición se establecen los principios fundamentales que han de regir en la organización y desarrollo de los poderes públicos en la misma constitución y en las leyes ordinarias que los desarrollan. Son preceptos fundamentales cada institución o instituto en particular de cada uno de esos poderes.

En el Poder Judicial, por ejemplo, un sistema acusatorio como el adoptado el 1ro de julio de 1999 fecha de la entrada en vigencia plena del Código Orgánico Procesal Penal, deja de tener aplicación en la realidad y sus normas se convierten en preceptos meramente formales del "deber ser" del proceso penal, cuando el Estado deja de ser democrático y social, de derecho y justicia; donde se desconoce, por el Tribunal Supremo de Justicia la plena separación de poderes y se hace evidente la falta de autonomía e independencia del Poder Judicial.

No puede coexistir un sistema acusatorio garantista, donde se desarrollen las limitaciones constitucionales al *ius puniendi* del Estado, donde se materializan la protección a la vida, la libertad, la preminencia de los derechos humanos; con un Estado dirigido en forma autocrática dictatorial. Un Estado donde el proceso penal se convierta en un instrumento para reprimir a la disidencia. Un Estado donde el

* Abogado, con estudios de postgrado en Derecho Penal y Criminología de la Universidad de los Estudios de Roma. Experto en Prevención y Tratamiento de los Comportamientos Antisociales y Criminales, ONU y Universidad de Roma 1972. Profesor de pre y postgrado de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad de Carabobo y postgrado en varias Universidades Nacionales.

máximo tribuna, el TSJ, es nombrado de manera ilegal, sin ningún tipo de legitimidad en sus actuaciones; donde su Sala Constitucional, se convierte en un super poder que modifica y crea normas jurídicas para conveniencia de mantener el poder dictatorial. En fin, nos regimos por una ley procesal penal ilegitima, creada y sancionada por Decreto Presidencial, mediante una Ley habilitante de emergencia económica.

Contra el COPP, han surgido seis contrareformas, las cuales han contribuido a la involución de nuestro proceso penal acusatorio, lo cual es patético en la última contrareforma, sancionada por ley habilitante excepcional. Cómo diría Ferrajoli "la cultura de la emergencia y la práctica de la excepción" son las responsables de la involución del ordenamiento punitivo. Se efectúa una alteración de las fuentes de legitimación con la excepción o la emergencia que "no es otra cosa que la idea de la primacía de la razón de estado sobre la razón jurídica como criterio informador del derecho y del proceso penal". 1997:807-808.

Cuando el maestro alemán Claus Roxin se refiere al derecho procesal penal como "sismógrafo de la constitución del Estado" utiliza la expresión para señalar el conflicto que puede surgir contra los intereses individuales o particulares y los colectivos. En el proceso penal, muchas veces estos últimos prevalecen sobre los primeros, cuando mediante una sanción punitiva se restringen derechos del imputado. Pero esos intereses colectivos no responden siempre al sentir social y a la expresión democrática del colectivo. En el Estado monárquico, el rey o monarca podía con su autoridad intervenir en la administración de justicia. Igual acontece en las dictaduras totalitarias donde la dependencia personal y objetiva de los jueces responde a las órdenes impartidas por el poder militar o partidista. 2000:10 -12. Algo muy frecuente en América Latina y hoy particularmente en nuestro país.

Con todo hay que destacar, el "mito general de nuestro proceso penal acusatorio" su "deber ser" y las realidades del "ser" o lo que realmente desarrolla. Sin embargo, siempre hay que insistir en la práctica en lo que "debe ser".

## I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El sistema acusatorio acogido en la versión original del COPP de 1998, era de corte principista y no reglamentario, apartándose del formalismo jurídico tradicional de las leyes vigentes en Venezuela. Ese formalismo jurídico impera no tan solo en las leyes, sino también en el pensamiento de los operadores del derecho, donde prevalece la apariencia exterior de los actos sobre la realidad que el derecho pretende regular. Esto queda demostrado en las tantas contrareformas al sistema adoptado y la no menos represiva y antigarantista jurisprudencia que ha venido surgiendo en esta última década.

Sin entrar en mayores detalles acerca del concepto general del acto de probar y las diferentes discusiones doctrinales acerca de su definición y para los efectos de este trabajo. Se debe, didácticamente, señalar cómo órgano de prueba a la persona prestadora de la información que es transmitida al juez para su conocimiento y valoración. El contenido de esa información que da ese órgano de prueba: -ser humano – Pedro, Juan, Manuela, considerándose en su condición procesal de imputado, testigo o experto.

También es importante aclarar la distinción entre la fuente de la prueba y el medio de prueba: la distinción es muy sencilla la noción de fuente de prueba se refiere al dato que se obtiene a través de los medios previstos o autorizados por la ley. En un caso de homicidio, por ejemplo, la fuente de prueba se haya constituida por el elemento exterior que pone en evidencia la muerte de una persona, obtención que se ha hecho gracias a los diferentes medios de prueba: confesión, testimonio, experticia. En doctrina quién mejor hace esta distinción es Santis Melendo: "la fuente existiese con independencia de que se siga o no el proceso, aunque mientras no llegue a él su existencia carezca de repercusiones jurídicas; el medio nacerá y se formará en el proceso. Buscamos las fuentes; y cuando la tenemos proponemos los medios para incorporarlos al proceso".

Otra consideración de suma importancia a destacar es la bifurcación que alcanzan ciertos elementos probatorios: fuentes o medios, cuando se diferencian, aun siendo muchas veces los mismos, al ofrecerse como prueba a desarrollar en la etapa del juicio oral y público, cumpliendo con la contradicción, la oralidad,

publicidad e inmediación que no son requeridos al momento de ser recogidos como actos de investigación, a ser utilizadas por el Ministerio Público, para fundamentar sus actos conclusivos o formular peticiones al juez de control; y al juez de control de la fase intermedia para tomar ciertas decisiones. Es lo que muy acertadamente ha denominado Pérez Sarmiento como "dicotomía de la prueba penal". De su difundida obra sobre el proceso penal venezolano, la toma la doctrina y jurisprudencia. Señala Pérez Sarmiento, que la dicotomía de la prueba en materia penal "consiste en su comportamiento dual durante el proceso, pues siendo esta en principio, una y la misma, se presenta de una manera y con una función determinada en las fases preparatoria e intermedia y de otra manera y con otra función en el juicio oral 2003:116.

Hay que señalar sin embargo, que ciertas dudas o malas interpretaciones-propias del formalismo jurídico del intérprete – pueden surgir como consecuencia de la regulación del régimen probatorio en las disposiciones preliminares a la fase de juicio. En el Titulo VI, se desarrolla un régimen probatorio común y para todas las fases del proceso. Si bien es cierto que esta falta de regulación de los institutos que materializan el debate probatorio, deben ser suplidos por la sabiduría e interpretación del juez y las partes que se enfrentan y contradicen en el debate probatorio; también es muy cierto que es sumamente escuálida la regulación especial que requiere tanto el juicio y sus institutos procesales que en el mismo se realiza; así como el valor especial que adopta el elemento de convicción al ser sometido al contradictorio, la publicidad, la oralidad y la inmediación.

## II. REGULACIÓN GENERAL DE LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO.

Se hace necesario aclarar la problemática jurídica que se ha planteado por la mala interpretación que tanto el Ministerio Público como la jurisprudencia han dado al término imputado.

El COPP en su artículo 12 define al imputado como toda persona a quien se le señala como autor o participe de un hecho punible, por un acto de procedimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal. Esta disposición acoge el concepto de imputación material o informal. Es más, en ninguna de las

modificaciones, en sus seis versiones, se ha desarrollado la existencia de un acto formal de imputación, sino que cualquier acto de las autoridades que representan la investigación penal que invada la esfera de nuestros derechos individuales es un acto de imputación. Cualquier otra interpretación- por lo general proveniente del Ministerio Público y su doctrina – es con la finalidad de mantener secreta la investigación y cercenar los derechos del imputado consagrados en el mismo COPP en su artículo 127"

Es importante también la sistemática acogida por la ley procesal penal para separar la autonomía conceptual entre declaración y confesión; considerando como medio de investigación y defensa del imputado su declaración espontánea o en interrogatorio pero jamás cómo medio para obtener su confesión, la cual se realiza cuando el imputado así lo decida bajo el amparo de las garantías constitucionales que la regulan, siendo producto eventual del acto de declaración. Rivera Morales 2008: 261- 262.

En la CRBV, encontramos en el artículo 49 que consagra el debido proceso, una serie de prohibiciones complementadas y desarrolladas en la ley procesal penal, las cuales surgen concretamente del derecho a la defensa, consagrado en el numeral I, de la referida norma: "La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso". En los artículos 139 al 148 del COPP, se desarrolla este mandato constitucional o garantía de defensa de manera amplia y detallada.

En el artículo 132 del COPP, queda expresamente establecido que en todo caso la declaración del imputado será nula si no las hace en presencia de su abogado. En el artículo 332 del COPP, refiriéndose al acusado en juicio y su defensor: que el acusado será ubicado al lado de su defensa para permitir la comunicación de ambos; advirtiendo sin embargo, que no lo puede hacer durante su declaración o al momento de responder al interrogatorio. De manera tal que en la fase preliminar siempre el abogado estará ubicado al lado de su abogado, pudiendo este último sugerirle o no si responde al interrogatorio o preguntas planteadas por el funcionario policial o por el Ministerio Público.

Otra disposición de rango constitucional es la contemplada en el numeral 5 del referido artículo 49 constitucional, de donde se desprende: que ninguna

persona podrá ser obligada a confesarse culpable; ni a declarar contra sí mismo, o contra su cónyuge, concubino o contra parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; la confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

## III. DECLARACIÓN DEL IMPUTADO EN LAS FASES PRELIMINARES AL JUICIO.

Para establecer un orden en este análisis, se utilizaran los subtítulos de los artículos del COPP, que regulan la declaración del imputado en la fase preparatoria y la fase intermedia del proceso penal.

**A. IDENTIFICACIÓN:** El artículo 128 del COPP, establece que desde cualquier momento que se le tome la declaración al imputado, éste deberá ser identificado por sus datos personales y señales particulares; lugar de trabajo, donde puede ser localizado. Para su identificación no se usará ninguna forma de coacción o amenazas. Si se identificará falsamente o se abstiene de hacerlo, se identificara por testigos o por otros medios útiles. Las dudas o errores se corregirán en cualquier oportunidad sin alterar el curso del proceso.

Esta disposición no puede amparar la actuación de los funcionarios de policía judicial para trasladar a su sede a alguna persona imputada informalmente o materialmente, gozando de su derecho como imputado con el pretexto de identificarlo; levantando toda una "reseña policial" y conduciéndolo bajo la supuesta coacción de detención sino acude al llamado de la policía. Muchas veces se deja la citación con un vecino o familiar del imputado, bajo la amenaza verbal de detención si la persona citada no acude a la cita. El acta policial que levantan se convierte en una declaración sin asistencia de abogado, lo cual no debe producir ninguna valoración probatoria a tenor del citado artículo 132 del COPP.

**B. OPORTUNIDADES**:

El artículo 132 del COPP, señala las oportunidades que tiene el imputado para rendir su declaración ante el Ministerio Público, bien sea porque así lo haya solicitado o comparezca espontáneamente, o cuando sea requerida su comparecencia por ese funcionario.

También en esta fase de investigación, cuando el imputado ha sido aprehendido se le debe notificar inmediatamente a más tardar en un plazo de doce horas al juez de control para que rinda declaración ante él. Igualmente el imputado podrá solicitar una prórroga por igual tiempo para nombrar su defensa. En la audiencia preliminar de la fase intermedia, si así lo solicitare, podrá el imputado declarar ante el juez que la realiza.

En los últimos dos apartes de esta norma se desarrollan los principios fundamentales garantistas de los derechos del imputado. El primero es el derecho que le asiste de abstenerse de declarar o de declarar cuantas veces quiera, siempre que sus declaraciones sean pertinentes y no aparezcan como un medio para dilatar el proceso. Este derecho es valedero ante cualquier órgano de persecución penal con o sin funciones jurisdiccionales en cualquier etapa del proceso. El segundo principio, también extensivo hasta todo el proceso y ante cualquier órgano con o sin jurisdicción, es la nulidad que acarrea cualquier declaración del imputado sino la hace en presencia de su defensa.

En las disposiciones del artículo 127 del COPP, donde se consagran los derechos del imputado, en su numeral 8, se señala que el imputado debe ser impuesto del precepto constitucional que lo exime de declarar; en caso de su consentimiento la declaración será prestada sin juramento. Es muy frecuente, aún en otros países con tradición procesal acusatoria, que los funcionarios policiales utilicen como ardid supuestos beneficios a favor del que admite declarar, con el único fin de buscar una confesión, hoy prohibida en nuestro sistema acusatorio cuando es obtenida con engaño.

En relación con el juramento, el maestro italiano Florian, al referirse a sus antecedentes espirituales y religiosos, destaca la importancia de

su desaparición con la evolución del proceso penal, la ruina de las pruebas legales y el resurgimiento de los derechos del acusado. 1998 T II: 1-31.

**C. ADVERTENCIA PRELIMINAR**: En el artículo 133 del COPP, se desarrolla también el derecho que tiene el imputado a que se le informe y comunique detalladamente sobre el hecho que se le atribuye, con todas sus circunstancias, disposiciones legales y los datos que la investigación arroja en su contra. Hay que tener presente la referencia hecha a la imputación material o informal y su distinción de la formal o judicial, pues el objetivo verdadero, propuestos por los contrareformistas del sistema acusatorio, así como de la jurisprudencia que le sirvió de fundamento, fue la de pretender que tales derechos aquí comentados, solo los adquiere quienes han sido imputados por el Ministerio Público después de un acto formal ante el Juez de control, en la llamada audiencia de imputación.

Sin embargo, hay que insistir ante cualquier intento represivo de los órganos encargados de la persecución penal, que los derechos del imputado nacen desde el mismo momento de su imputación material o informal de acuerdo con el artículo 126 del COPP.

En esta misma norma se consagra la declaración del imputado como un medio de defensa; que por lo tanto tiene derecho a explicar todo aquello que le sirva para desvirtuar las sospechas en su contra, pudiendo solicitar en esa misma declaración, las diligencias que considere necesarias. En este caso, el Ministerio Público está en la obligación de practicarlas, aún en caso de no ser solicitadas por escrito posteriormente por el imputado o su defensa.

D. OTROS ASPECTOS REGULADOS EN EL COPP

En el artículo 134 del COPP, se establece que el imputado tiene pleno derecho para declarar lo que estime conveniente. Las partes acusadoras y el defensor pueden interrogar al imputado. Las preguntas se harán verbalmente y así mismo se responderán. La declaración del imputado y las respuestas al interrogatorio se hará constar en acta que firmarán

los intervinientes, la cual será leída antes de ser firmada. Esto último con la finalidad de su corrección de ser necesaria. Si el imputado se abstuviera de declarar total o parcialmente, se hará constar en el acta, igual se dejará constancia cuando se niegue a suscribirla. Todo lo referente al acta se desprende de lo estipulado en el artículo 135 del COPP.

En el artículo 136 del COPP, se prohíbe hacer al imputado preguntas sugestivas o capciosas. En fin una serie de regulaciones que permiten analizar la problemática jurídica que plantea este instituto en el campo de las pruebas penales.

## IV. LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO EN FASE DE JUICIO

Tal como ya se señaló, los elementos de convicción que puedan tener vocación probatoria como para ser ofrecidos como medios de prueba para su debate en juicio oral y público, deben ser regulados especialmente en la normativa de la ley procesal penal de esa fase del proceso.

Reconociendo el carácter principista que el legislador de la versión original del COPP, lo cual presupone: el olvido por parte de los operadores del derecho del formalismo jurídico que los mantiene atados a una reglamentación positiva de cada instituto jurídico; a utilizar la interpretación progresiva de las normas jurídicas, buscando en los principios y preceptos constitucionales, en los tratados internacionales, en los principios generales del derecho, en los principios y garantías procesales de la misma ley procesal penal, que no obstante a las contrareformas sobreviven aún en el COPP vigente. Y a la naturaleza jurídica de los distintos institutos del proceso que haya que interpretar.

Por todos estos presupuestos, que el legislador original del COPP, consideró como el "deber ser" para su aplicación, pero que la realidad de la práctica forense transformó en algo distinto desde los últimos cinco años después de su entrada en vigencia. Pasando sus principios y garantías a convertirse en "mitos".

En la parte del juicio oral y público amerita una mayor y más detallada regulación de sus institutos de desarrollo y debate probatorio, ampliamente

regulados en otras legislaciones en países con sistemas acusatorios, como en los Estados Unidos, con sus reglas de evidencias: Rules of Evidence for United States Courts and Magistrates. En puerto Rico, en Colombia, y más reciente en México. Mayaudon 2011:51-52.

El acusado como órgano de prueba es invitado por el juez de juicio, a iniciar el desarrollo de las pruebas en el juicio oral y público, manteniendo su condición probatoria de su posible declaración como fuente de prueba, como medio probatorio muy especial: sin estar sometido a la obligatoriedad, sin exigirle juramento de decir la verdad y sin que su declaración por sí sola, pueda ser valorada como prueba autónoma a su favor o en su contra.

En el COPP se regula la declaración del acusado, en el artículo 330, seguidamente de la exposición de las partes, se dará inicio al desarrollo de las pruebas, cuando el juez reciba la declaración del acusado, si manifestare su deseo de hacerlo. Debe ser advertido por el juez, del precepto constitucional que lo exime de declarar contra sí mismo, el juez tendrá que explicarle con palabras sencillas, sin tecnicismos jurídicos, el hecho por el cual se le está acusando. El juez tiene el deber de explicar que si no desea declarar su silencio no le perjudicará. Además el artículo 332 del COPP, le concede la facultad de hacer todas las declaraciones que crea conveniente, aún si se hubiese abstenido con anterioridad.

En cuanto al momento en que sea oportuna la declaración del acusado, es una cuestión de utilizar las técnicas de litigación, dependiendo del caso en concreto. Al respecto se sugieren señalar ciertas reglas técnicas en sentido general; para escoger el momento:

Declaración del acusado como prueba inicial, se sugiere en casos de existir la posibilidad de una causa de justificación o ante la ausencia de algún elemento del tipo penal.

Declaración del acusado después de presentadas las pruebas de la acusación por parte del Ministerio Público. El acusado estará preparado, como primer elemento probatorio de la defensa, para descubrir y contradecir la estrategia de lo no claramente deducible de las pruebas desarrolladas en la acusación.

Declaración del acusado inmediatamente después del desarrollo de una prueba de la acusación que haya causado el impacto probatorio buscado como estrategia de la acusación.

Declaración del acusado al final del debate probatorio antes que el tribunal se retire a decidir, por lo general es una técnica a aplicar cuando el acusado presenta condiciones objetivas y subjetivas negativas para decidir su declaración. Mayaudon 2011: 189-194.

Tanto el juez al momento de valorar la prueba de la declaración del acusado, como las partes acusadoras y la defensa para plantear su teoría del caso y sus estrategias en contra o a favor del acusado deben indagar y conocer acerca de las características objetivas y subjetivas del acusado como órgano de prueba. Se debe apreciar eficazmente su múltiple personalidad antropológica, psíquica y moral, como bien lo señala Florian 1998:T II 46.

En cuanto a la declaración de varios acusados el juez podrá alejar de la sala de audiencia a quienes no declaren en ese momento, en todo caso, si los separa, después de todas las declaraciones deberá informarles sobre lo ocurrido durante la ausencia.

Acerca de la declaración del imputado que declare incriminando a otro de los coimputados, son valederas la aplicación de todas las garantías antes señaladas a favor del coprocesado que está declarando. Si lo hiciere en las etapas preliminares al juicio, será considerada su declaración como un medio de defensa, como elemento de convicción indiciaria, que al compararlos con otros elementos recabados en la investigación puedan servir al Ministerio Público para fundamentar sus solicitudes al juez de control y para fundamentar cualquiera de los actos conclusivos que adopte.

Así como los jueces de control de la fase de preparación e intermedia para ciertas decisiones que vaya a tomar. Pero nunca para apreciarse como elemento de convicción autónomo, o cómo medio probatorio autónomo si se produce en la fase de juicio. Esta figura se conoce en la doctrina italiana como "chiamata ndi coreo" Según Leone, el juez debe valorar entre otras cosas:

La personalidad del coimputado que ha hecho la confesión.

Valorar la posición defensiva del coimputado que declara

Examen de los posibles motivos particulares de acusar a un inocente

Relación de la declaración hecha por el coimputado con otros aspectos que se han desarrollado durante el juicio 1968:360.

## V. DISTINCIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL PROCESADO DE OTRAS FIGURAS AFINES

**1. DE LA CONFESIÓN**: La confesión en sentido general, como acto jurídico, es el reconocimiento que hace la parte contraria de la pretensión demandada, sea cual sea la naturaleza de la misma, siempre que se cumpla con las formalidades exigidas por la ley que regula su competencia.

En este sentido genérico la define DEVIS ECHANDIA: "confesión es un medio de prueba judicial que consiste en una declaración de ciencia o conocimiento, expresa terminante y seria, hecha por quien es parte en el proceso en que ocurre o es aducida, sobre hechos personales o sobre el conocimiento de otros hechos perjudiciales a quien la hace o a su representado, según el caso, o simplemente favorables a su contraparte en ese proceso" 1993. T I :667.

Otro, también procesalista colombiano, PARRA QUIJANO, de gran prestigio y amplia difusión en nuestro país la define en este sentido general: "la declaración que hace una parte de los hechos propios o el reconocimiento sobre hechos ajenos y que le perjudican o favorecen a la contraparte". 2001:329.

En la medida en que se van separando el proceso penal del civil, la confesión va adquiriendo su propio concepto y características. Se puede afirmar, que la unidad procesal solo se conserva en algunos aspectos de la teoría general del proceso, como instrumento para posibilitar la aplicación de la justicia; con principios generales transformados en cuanto a su contenido y unidad, con los principios del derecho penal sustantivo. Es más en la evolución de los dos grandes sistemas acusatorio e inquisitivo y su vigencia alterna en las diferentes épocas, se nota que históricamente sus características y valoración por parte del juez varían notablemente.

En materia de la confesión concretamente, tal y como lo afirma FLORIAN: la separación de los dos juicios el civil y el penal conduce también a que la

confesión se divida, en el proceso civil conserva su carácter formal, mientras que en el proceso penal se adapta a los cambios impuestos por los principios éticos y políticos que influían en los diversos modos. El maestro italiano al referirse a proceso penal acusatorio e inquisitivo, en cuanto a su evolución, señala que en vigencia del primer sistema –el acusatorio- a la confesión misma se le dio carácter formal para que tuviera eficacia se requería que fuera examinada, estudiada, y controlada. Mientras que en el sistema inquisitivo se convierte en la reina de las pruebas, no se requiere de otras pruebas, cuando por cualquier modo se consiga la confesión 1998: II 17-23.

Resulta difícil tratar de buscar una definición de la confesión, desde el punto de vista del proceso penal: primero por la diversidad, desde el punto de vista de su desarrollo histórico y características, que se plantean en los dos sistemas, en segundo lugar por la regulación positiva que las distintas legislaciones dan al instituto probatorio de la confesión; en tercer lugar su carácter especial, que adquiere en las distintas fases del proceso. No obstante, se puede definir la confesión en materia penal partiendo de sus características más notables.

La confesión, presupone que se le haya imputado a alguien la comisión de un hecho punible, y esa persona libre y espontáneamente, reconozca ante la autoridad competente su autoría o participación en el mismo.

Todos estos razonamientos conducen a diferenciar la declaración del imputado como el género y la confesión como la especie. Toda confesión parte del género, declaración del imputado, más no siempre su declaración, como medio de defensa trae consigo una confesión.

De manera tal, concluyendo con esta distinción hay que resaltar:

Cuando la declaración se produce en las etapas preliminares al juicio oral y público, esto podría valorarse como un indicio, al ser comparada con otros elementos de investigación; y tan solo para que el Ministerio Público y los jueces de control de las dos fases preliminares toman las decisiones concretas para fundamentarlas; siempre y que se cumplan todas las garantías que regulan la declaración del imputado. Sin embargo, puede suceder que el imputado haya confesado ante cualquier órgano de policía judicial o ante el mismo órgano fiscal del Ministerio Público, aun cumpliendo con todos los requisitos; pero si

luego ante al juez de control, se retracta califica o atenúa su declaración, será esta última la que habrá de tomar el juez de control para fundamentar sus respectivas decisiones.

Cuando la retractación calificación o atenuación de lo confesado en las fases preliminares, se produzca durante el desarrollo del juicio, será esta declaración la que el juez deberá apreciar al compararla con otros medios probatorios.

Cuando el imputado o acusado confiesa calificando o atenuando lo dicho, no asumirá por ello la carga de la prueba; pues la confesión es indivisible y será el Ministerio Público y la acusación privada las que deben desvirtuar esa calificación o atenuación, no el imputado quien queda amparado por el principio de la presunción de inocencia.

**2. DE LA ADMISIÓN DE LOS HECHOS**

Desde el punto de vista procesal hay que distinguir la declaración del imputado contentiva de una confesión pura y simple, en cualquier etapa del proceso, de la declaración que para efectos procesales se realiza, aceptando los hechos que se le imputan para lograr como beneficio el ahorro procesal de un juicio, y una rebaja en la pena que se le imponga. La ley procesal penal contempla un procedimiento especial que regula esa materia. Dicho procedimiento, cuando no sea durante el juicio, será el mismo Juez quien proceda de inmediato a dictar sentencia condenatoria con la rebaja de penas allí establecidas.

La admisión de los hechos tiene efectos muy distintos a la del procedimiento especial; cuando se presenta como requisito de las alternativas a la prosecución del proceso en los institutos procesales de los acuerdos reparatorios y en la suspensión condicional del proceso, regulados también en nuestra ley procesal penal.

En el procedimiento especial contemplado en los artículos 405 y siguientes del COPP, se debe proceder, por parte del Juez, al momento de decidir a valorar y apreciar los elementos de convicción que fundamentaron la acusación fiscal, momento después del cual se puede proceder a solicitar ante el Juez de Control o de Juicio, el procedimiento especial. Es decir, que al igual como sucede con la confesión, el Juez debe valorar bajo las reglas de la sana crítica y comparar la admisión de hechos con los demás elementos indiciarios incorporados hasta ese momento a la acusación fiscal. Se debe advertir del mal uso, en cuanto a su

naturaleza, de esta figura, al ser utilizada aun teniendo el imputado la certeza de su inocencia, como un alivio seguro del tiempo que podría imponérsele en una sentencia condenatoria en juicio; y ante la falta de celeridad procesal en Venezuela y la dantesca permanencia en un establecimiento carcelario cualquiera que sea su condición de procesado o condenado.

**3. LA PRUEBA TESTIMONIAL**

La afinidad se plantea partiendo que ambos elementos probatorios provienen de un órgano de prueba, persona natural que se expresa por escrito u oralmente ante la autoridad competente para la investigación o el juicio. La confusión puede seguir cuando en otras legislaciones aún con sistemas acusatorios, cuando el imputado por su propia voluntad accede a declarar en juicio. Así sucede en los procesos penales de origen anglosajón. En los Estados Unidos por ejemplo: si el imputado se declara inocente irá a juicio, donde se le presume su inocencia y conserva su derecho a no declarar. Pero si abierto el juicio desea declarar, en cualquier momento del mismo se le permitirá, pero será tratado como testigo y así le tratará en el desarrollo de su interrogatorio por las partes, observando las reglas que rigen para el testimonio. En nuestro sistema acusatorio, tal confusión queda descartada como se ha señalado anteriormente.

**4. LA PARTICIPACIÓN DEL IMPUTADO EN FIGURAS COMPLEMENTARIAS PROBATORIAS.**

Por figuras complementarias probatorias se tienen a aquellos institutos de carácter probatorio que carecen de autonomía probatoria ya que depende de otros elementos de prueba en su condición de órganos de prueba: imputado, testigo o perito.

Un primer punto de discusión doctrinal es si el imputado puede o no ser sometido a careo. Entendiéndose como "careo" la confrontación entre órganos de prueba discrepantes acerca de los hechos objeto de sus declaraciones. El problema en concreto surge en relación con el imputado y su declaración contradictoria con la de otro coimputado o la de un testigo. En España, no queda la menor duda que si se puede, pudiendo el juez celebrar careos ante la discordancia entre los testigos, o los procesados entre sí o de estos últimos con los testigos. Se trata

de una medida excepcional según se desprende de los artículos 451 al 455 de la LECRI, Armenta Deus 2004:160.

En Italia, igualmente es permitido de conformidad con lo establecido en el artículo 311 del CPP, cuando los órganos de prueba ya examinados o interrogados, hayan narrado cosas incompatibles, por lo cual es conveniente llevarlos a careo. Cordero 2000:103-106.

En Venezuela, Pérez Sarmiento admite la posibilidad del careo, que según su opinión puede practicarse entre imputados, entre imputados y testigos y entre testigos. 2003:155.

De manera contraria se pronuncia aquí en Venezuela, Delgado Salazar quien fundamenta su negativa en el derecho que lo asiste a no rendir declaración alguna; además el careo se realizaría de acuerdo a las reglas del testimonio, del cual se diferencia, opina además este autor, que ni siquiera debe admitirse cuando sea solicitado por el mismo imputado 2011:168.

En realidad el careo es un instituto probatorio que en materia penal sólo puede aplicarse entre testigos, cuando sus declaraciones rendidas en cualquiera de las etapas del proceso penal, resultan contradictorias o discrepantes acerca de los hechos o circunstancias sobre las cuales han declarado. Así se desprende del artículo 222 del COPP, ubicado precisamente en la Sección Quinta del Capítulo II referente al testimonio.

Ha quedado claro además esta imposibilidad de careo utilizando al imputado, porque atentaría contra sus derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados y regulados en la ley procesal, como un mandato expreso de la CRBV, de su garantía a no declarar o abstenerse a cualquier interrogatorio o responderlo total o parcialmente; con mayor razón a ser interrogado por la persona con la cual está siendo careado, bajo las reglas del testimonio del cual se diferencia ampliamente como se señaló.

Un segundo punto muy sensible y delicado, donde las partes y el juez deben acudir no en todos los casos en la llamada reconstrucción de los hechos. La cual consiste en reproducir representativa o artificialmente un hecho o circunstancia del mismo modo como presumen que ocurrió los que en el participaron. Sólo nos limitaremos a señalar los siguientes:

No está señalado en nuestra ley procesal, ni como simple acto de investigación preliminar ni como medio probatorio para ser sometido al contradictorio, la oralidad y la publicidad del juicio oral y público.

La doctrina penal venezolana lo acoge casi unitariamente, fundamentada en el principio de libertad de pruebas con el solo límite de las prohibidas legalmente, acogiendo a la doctrina y legislación comparada.

En relación con el punto en análisis – declaración del imputado- es claro que no está obligado a participar en el mismo.

El acto debe constar con la presencia judicial, siempre a solicitud de partes, jamás de oficio, pues estaría invadiendo terreno probatorio de promoción que el sistema acusatorio impone.

## BIBLIOGRAFÍA

Armenta Deus Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Marcial Pons Madrid-Barcelona. 2004

Cordero Franco. Procedimiento Penal. Editorial Temis. Bogotá. 2000.

Delgado Salazar Roberto. Las Pruebas en el Proceso Penal Venezolano. Vadell Hermanos. Caracas-Valencia. 2011

Devis Echandia Fernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Biblioteca Jurídica. Dike, Medellín 1993.

Ferrajoli Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta. Madrid 1997

Florian Eugenio. De las Pruebas Penales. Temis. Bogotá. 1998

Leone Giovanni. Diritto Processuate casa. Editrice Dott Eugenio Jovene Napoli. 1968

Mayaudon Julio Elías. El Debate Judicial en el Proceso Penal. Principios y técnicas. Vadell Hermanos. Caracas-Valencia. 2011

Parra Quijano J. Manual de Derecho Probatorio. Librería del Profesional Bogotá. 2001

Pérez Sarmiento Eric. La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio. Vadell Hermanos. Caracas-Valencia. 2003.

Rivera Morales Rodrigo. Actos de Investigación y pruebas en el Proceso Penal. Universidad Católica del Táchira y Librería J Rincón G. Barquisimeto 2008.

Roxín Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto. Buenos Aires 2000.

Santis Melendo Santiago. La Prueba Ediciones Jurídicas. Europa. América. Buenos Aires. 1979.

# APRECIACIÓN DE LA PRUEBA DE INDICIOS



Silvia Fernández*

## I. CONSIDERACIONES GENERALES:

Bienvenidos a la **III Jornada de Actualización en Derecho Penal, Procesal Penal y Ciencias Afines 2020,** en esta oportunidad me corresponde realizar disertación, relacionada con el tema de la **Apreciación de la Prueba Indiciaria**, y su proceso de deducción partiendo de un hecho conocido, o como acertadamente nos lo señala nuestro Profesor Roberto Delgado Salazar, en su obra "las Pruebas en el Proceso Penal Venezolano"; cuando conceptualiza el Indicio entendiéndolo como **"un hecho desconocido que se infiere de otro conocido, mediante un argumento probatorio"[1],** una vez que el mismo aparece evidenciado en el debate de la Audiencia de Juicio Oral y Público.

Este tema me resulta de relevancia o significación, por cuanto tuve la oportunidad de trabajarlo personal y directamente, teniendo en consecuencia una experiencia directa y muy importante, en mi condición de Juez de Primera Instancia en funciones de Juicio, por haber dictado dos sentencias condenatorias, ambas por la comisión de los delitos de Homicidio Calificado, una en el año (2003 y la otra en el año 2006).

En consecuencia, esta Ponencia tendrá por una parte, un contenido teórico que nos orientará sobre el concepto de los Indicios, sus características más resaltantes y su aplicación según lo establecen nuestras Normas Jurídicas Procesales, y cómo

* Abogado en Ejercicio con especialidad en Derecho Penal desde (junio 2017-Actividad Profesional actual). Juez titular Jubilada (2017). Abogado Asesor contratada por la Embajada de Brasil (2019).

1 DELGADO SALAZAR, Roberto. "Las Pruebas en el Proceso Penal Venezolano". 2da. Edición. Vadell Hermanos Editores. Valencia-Caracas, 2004.

bajo mi experiencia como Juzgadora lo apliqué en dos casos en particular en las que dictaminé certeza absoluta de culpabilidad, las cuales única y exclusivamente se basaron en pruebas de indicios, es decir, que no hubo "pruebas directas" de que sus autores materiales, encausados y finalmente condenados por sus crímenes los hubiesen cometido.

Me voy a referir más adelante a estas sentencias, que fueron confirmadas por las Salas de las Cortes de Apelaciones que conocieron sus casos y por la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, quedando en consecuencia definitivamente firmes y ejecutadas.

La primera de ellas, la del ciudadano Gustavo Cabaneiro Rangel, por el hecho ocurrido en la Urbanización La Paz en el Paraíso en Caracas, el día 27-4-2000, cuya sentencia condenatoria (Conyugicidio) se dictó por el Tribunal Mixto 24 de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio que presidí en condición de Juez Presidente, el día 27-11-2003.

La segunda sentencia, pronunciada por el mismo Tribunal antes señalado, en contra del ciudadano Alberto Eduardo Hernández, por un hecho ocurrido en la Urbanización Lebrun en Petare, Caracas, el día 25-03-2005, dictándose sentencia Condenatoria (Homicidio Calificado), en fecha 20-01-2006.

Comencemos entonces por los aspectos teóricos más relevantes de la **Prueba de indicios** y cómo se desarrolla esta actividad analítica y de razonamiento en el proceso Penal, tomando en cuenta o enfocándonos en lo relacionado con **la fase de juicio oral y público**, y no tanto en la fase de investigación, preparatoria o en la fase intermedia del desarrollo de la Audiencia Preliminar, por cuanto al momento de ser recibido el expediente por el Juez en funciones de Juicio, con todo el legajo probatorio, el mismo ha pasado por todos los procesos de depuración, en cumplimiento de los requisitos formales del Artículo 309 del Código Orgánico Procesal Penal, llámese la revisión formal y material de la acusación presentada por el Fiscal del Ministerio Público, donde sin duda han sido admitidas una serie de pruebas que se encuentran destinadas a la demostración, por una parte de la materialidad del hecho punible cometido, y por la otra la culpabilidad de su presunto autor, quien debidamente investido de las garantías Constitucionales previstas en el Artículo 49.5 de la Constitución de la República Bolivariana de

Venezuela, ha manifestado o bien su deseo de no declarar en ese momento, o bien lo ha hecho sin admitir culpabilidad alguna por el delito por el que se encuentra formalmente acusado, siendo entonces que dichos encausados han manifestado en su defensa, como en los casos prácticos que en esta Ponencia voy a presentar, argumentos propios de la forma cómo según su particular visión ocurrieron los hechos, y donde se presenta la denominada **"coartada de defensa",** entendida ésta como la excusa que presenta un acusado en defensa de su inocencia, con la que demuestra o pretende demostrar, que en el momento en que se cometió el delito, **él se encontraba en otro lugar, haciendo otra cosa o justificando su actuación, encontrando de esta forma una causa que excusa, perdona o hace de algún modo verosímil su alegato;** razón por la que voy a destacar y a referirme a la apreciación de las pruebas ya admitidas, su incorporación legal al debate, su concatenación con otras pruebas, y su especial calidad demostrativa de la culpabilidad del acusado, al decantarlas y compararlas incluso con algunos de los alegatos de la defensa.

## II. EL INDICIO

En Venezuela varios autores han estudiado la materia indiciaria y en sus publicaciones dan explicación acerca de lo que entienden por indicio, su naturaleza jurídica y características.

Apreciar las pruebas consiste en analizarlas razonadamente, dentro del sistema de libertad probatoria y libre convicción del Juez, establecida en nuestro Código adjetivo penal, conforme al **Artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal;** partiremos entonces del hecho concretado en el debate de Juicio como teoría del caso, para luego poder realizar el examen crítico, donde el juez debe dar por establecida y comprobada la corporeidad o materialidad del hecho punible cometido. Veamos entonces los conceptos de algunos autores:

El Jurista Hernando Devis Echandía, nos refiere en su obra "Teoría General de la Prueba Judicial"; que el Indicio es *"Un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se*

*obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos.".* [2]

Por su parte, el Profesor Juvenal Salcedo Cárdenas, en su obra "Los Indicios son Prueba"; nos da un concepto de indicio, expresando lo siguiente: *"La prueba directa o indiciaria es aquella que, desde un hecho indicador o hecho indiciario, conocido y probado, que se convierte en indicio, se llega a un hecho desconocido, un hecho indicado: el hecho punible o su autor, a través de la presunción judicial, mediante un raciocinio lógico (razonamiento lógico) inductivo-deductivo y científico. Se llega indirectamente."*

El Profesor Eric Lorenzo Pérez Sarmiento, en su Libro "La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio" lo define así: *"Se denomina indicio el hecho probado del cual puede obtenerse una conclusión o juicio, llamada en la doctrina inferencia, que basada en las reglas de la lógica y en las máximas de experiencia, indiquen una probabilidad fehaciente de que una persona ha participado en el delito"* [3].

El profesor Rodrigo Rivero Morales, de la Universidad Católica del Táchira, en su obra "Las Pruebas en el Derecho Venezolano", expone al respecto lo siguiente: *"Un indicio es un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho, que un juez llega del uno al otro por medio de una conclusión muy natural. El indicio no puede ser un medio de prueba resultante de una operación lógica, sino, precisamente, un hecho que nos permite traer al proceso otro hecho".* (omissis)… *El hecho conocido da un argumento probatorio que permite mediante una operación lógica establecer una relación (correspondencia) entre él y el hecho que se pretende probar. Puede verse que la prueba indiciaria está compuesta por el hecho indicador y el argumento probatorio."* [4] También se ha entendido como indicio, la existencia de señales o rastros, que nos permiten evidenciar, que los hechos ocurrieron de una determinada forma, dejando evidencias físicas que así lo demuestran.

2 DEVIS ECHANDIA, Hernando. "Teoría General de la Prueba Judicial". Tomo II. 4ta. Edición. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, 1993.

3 PEREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo. "La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio". Vadell Hermanos Editores, Valencia, 2000.

4 RIVERA MORALES, Rodrigo. "Las Pruebas en el Derecho Venezolano". Ediciones Liber. San Cristóbal, Estado Táchira-Venezuela, 2002.

## III. PRUEBAS DIRECTAS Y PRUEBAS INDIRECTAS

En este orden de ideas, veamos en primer lugar, **qué son pruebas directas y qué son pruebas indirectas dentro de la actividad probatoria** que se presenta en el debate de juicio oral y público.

Evidentemente, el fin buscado en el proceso penal, con respecto al hecho objeto de incriminación, es el descubrimiento de la verdad por las vías jurídicas y de allí su vital importancia; entonces y sin duda la actividad probatoria se nos presenta como la incorporación al proceso de medios o instrumentos de prueba, adecuados, legales, útiles, necesarios y pertinentes, que permitirán al Juzgador adentrarse a los hechos planteados como "Teoría del Caso", de manera de percibir de la forma más cercana la realidad de lo que pudo haber acontecido, y que forman parte de las afirmaciones realizadas por las Partes, tanto la Fiscalía del Ministerio Público, en su indispensable papel de demostrar la culpabilidad del encausado, y por parte de la defensa, en presentar los argumentos que le son más propicios o favorables.

En todo proceso judicial penal, se hace absolutamente indispensable, determinar mediante pruebas la incuestionable e inequívoca certeza de los hechos, con los que se pretende demostrar por una parte **la materialidad del hecho presuntamente cometido,** reconstruyendo el mismo mediante pruebas directas, y luego demostrar sin ningún tipo de dudas, **la responsabilidad penal del encausado,** los cuales serán debatidos en audiencia de juicio oral y público; todo lo cual está debidamente regido por Principios y Garantías, con base a normas de rango constitucional que son base fundamental del debido proceso, establecidos en el Artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, si bien es cierto la materialidad del hecho punible cometido se demuestra mediante un cúmulo de pruebas directas, no siempre es posible demostrar **la culpabilidad del encausado**, mediante estas pruebas directas, porque si bien lo ideal sería la presencia de testigos directos que hayan presenciado, visto o tenido conocimiento tangible de lo ocurrido, o que tengan relatos referenciales de su conocimiento, existen casos en los cuales no fue posible, por

diferentes circunstancias, ese contacto directo visual, auditivo, táctil o de simple conocimiento del hecho o de la persona que se presume ser su autor, y por ello es que surgen dificultades y obstáculos que necesariamente deberán ser sorteados para lograr finalmente la demostración tangible y de incuestionable certeza de los hechos.

Recordemos que el fin será siempre el de hacer justicia, a través de todos los medios lícitos para obtenerla, más sin embargo, en aquellos casos en los cuales se presenta, por múltiples razones tales dificultades, y que no contamos con las pruebas directas, no debemos renunciar a la posibilidad cierta de conseguir armar ese rompecabezas que nos sacará de la obscuridad y nos conducirá a la verdad inequívoca de lo ocurrido.

Pero la realidad que en muchos casos se nos presenta, es la dificultad precisamente en la obtención de esas pruebas directas, y por supuesto de lograr determinar, por falta de testigos, quien es o fue su autor o partícipe, porque no siempre vamos a contar por una parte con la confesión del autor, o con la presencia de testigos que estuvieron allí en el preciso momento de su comisión, razón por la cual se hace necesaria **la formación de todo el engranaje probatorio indirecto,** partiendo de otros hechos que en paralelo ocurrieron, y de los cuales si se tienen conocimiento y pruebas directas, como pudieran ser testimonios de la conducta previa del acusado, determinación del lugar donde se hallaba el mismo para el momento de la comisión del delito, parte de su estrategia o coartada de defensa, entre otros; para de este modo y partiendo de estos otros hechos, que obviamente resulten ser absolutamente demostrables, que a través del ejercicio mental y el raciocinio pueda conducirnos finalmente a lograr la verdad de lo ocurrido.

Sin duda, uno de los problemas que produce más inquietud de la práctica forense, resulta ser **cómo determinar la culpabilidad del presunto autor de un hecho punible,** cuando una vez demostrada la materialidad del hecho punible cometido, **no contamos con pruebas directas del extremo subjetivo del delito**; y por lo tanto, mediante un ejercicio mental, nuevamente que sea legalmente demostrable, como son pruebas testimoniales, documentales o de experticias, procede entonces el Juez a reconstruir los hechos, a través de la información que el mismo tenga disponible, aunando y concatenando datos

proporcionados y extraídos de simples inferencias deductivas (pruebas indirectas) que sean suficientemente coherentes, pertinentes, legales, objetivas, que resulta finalmente ser la prueba indiciaria, indirecta, o vale decir, la prueba por indicios, a la cual debe acudirse necesariamente en la búsqueda de la verdad y para una sana administración de justicia.

## IV. SENTENCIAS DICTADAS CON BASE A PRUEBAS INDICIARIAS

Tal Como lo señale inicialmente, voy a referirme de seguidas, a dos casos particulares, cuyos procesos penales concluyeron con sendas sentencias condenatorias, donde en forma concatenada, **fueron apreciados y analizados los comportamientos de los imputados, antes, durante y después de la comisión de los hechos punibles**, en los cuales a través de pruebas periciales, declaraciones de expertos y declaraciones de testigos, pudo dictaminarse la culpabilidad de sus autores.

Como veremos de las sentencias que comentaré, la labor primordial que debe desarrollar el juez, partiendo de las pruebas debatidas en el juicio, es dar por demostrado en primer lugar, la corporeidad del delito cometido, bajo la adecuación normativa de la existencia del acto típico, estableciendo sin duda alguna, que el delito se ha cometido, para luego atribuir este acto y este delito a quien resulte ser su verdadero autor.

En muchas ocasiones esa relación de causalidad (entre el acto típico y su autor), se puede establecer fácilmente, puesto que existen pruebas directas que así y sin lugar a dudas lo demuestran, como pueden ser pruebas de testigos directos, presenciales y referenciales, que vieron, oyeron, presenciaron el momento de la comisión del hecho, demostrando de manera inequívoca, cierta y coherente lo ocurrido, lo cual además se concatena y convalida con la declaración de expertos, pruebas documentales, entre muchas otras. Pero en otras ocasiones esa relación causal no se manifiesta en el proceso en forma tan directa y objetiva; y es entonces, cuando el juez debe efectuar todo un proceso de razonamiento lógico, de manera tal de lograr deducir cuál es la relación entre su autor y el hecho, con una alta probabilidad de certeza.

La valoración por vía indiciaria no sólo resulta eficaz para establecer en una sentencia la autoría o participación del imputado en el hecho delictuoso que se le atribuye, cuando hay ausencia de pruebas directas sobre ese extremo del delito, sino que también en ciertos casos puede ser concluyente para el esclarecimiento de la verdad por determinación de dolo en la conducta desplegada, desvirtuándose la versión con la que pretende el sujeto o su defensa invocar una acción simplemente culposa, sobre todo en causas penales instauradas por hecho ocurridos en el tránsito terrestre, habida cuenta que los imputados nunca reconocerán que tuvieron la intención de arrollar un peatón, o utilizar su vehículo como medio de ejecución de un homicidio y difícilmente los testigos presenciales podrán percibir a ciencia cierta esa subjetividad.

Veamos los extractos más importantes de las referidas sentencias condenatorias.

### 1.- Caso Cabaneiro Rangel (Conyugicidio). Extractos de la Sentencia:

**La Tesis del Ministerio Público:** Que en fecha 27 de Abril de 2000, aproximadamente a las 7:00 pm, el ciudadano Gustavo José Cabaneiro Rangel, mediante llamada telefónica, le indicó a su esposa Xiomara Coromoto Mejías Rangel, que se dirigiera a la Plaza Washington en el Paraíso Caracas, una vez en el sector, (a eso de las 9pm), el imputado de autos aborda el vehículo de la víctima trasladándose a las inmediaciones de la Avenida O´Higgins donde se estacionaron y luego de una discusión, procedió a forjar físicamente con ella, siendo que luego la estranguló hasta producirle la muerte, dejándola en el lugar, en el interior del vehículo en la parte trasera. Luego el imputado se dirigió a su casa, tornándose absolutamente nervioso, simulando que quería comunicarse con su esposa Xiomara pero que no la conseguía, y haciendo varias llamadas telefónicas, a sus familiares con los que tenía muchísimo tiempo sin comunicarse (debido a desavenencias de años), luego de varias horas (aproximadamente 12m), el imputado decide salir en su "supuesta búsqueda", dando varias vueltas por el lugar en compañía de una prima, logrando dar con el paradero del vehículo taxi, en cuyo interior se encontraba el cuerpo sin vida de Xiomara, mostrándose Cabaneiro absolutamente desesperado y simulando en todo momento que él desconocía el paradero de su esposa y del vehículo Taxi.

**La tesis de la Defensa:** El ciudadano Cabaneiro se manifiesta en todo momento inocente de los hechos, presentando coartada de defensa, mediante la cual manifestó haber sido el principal colaborador en el proceso de investigación, que efectivamente ese día él no había trabajado con el vehículo taxi porque debían sacarse unos papeles, (el cual estaba en posesión de su esposa Xiomara), explicando haber tenido un encuentro con ella dentro del contexto sexual, porque ella le había tocado sus partes íntimas, mientras que él le había "mordido su brazo", que a eso de las 6 de la tarde, él fue a una Funeraria y se había quedado allí, que fue a su casa y luego retornó a la Funeraria, y que llamó a Xiomara desde un teléfono público, y que no la había podido llamar a su teléfono celular, porque el teléfono público no le funcionaba la techa del número 1, que fue con su prima Norca a buscar a su esposa, cuando no la conseguía y que la buscó por la zona de El Paraíso en un vehículo taxi pirata, y es allí, como a las 5:30 de la mañana, que consiguieron el vehículo, que él rompió el vidrio y estaba el cadáver de su esposa Xiomara.

**Decisión del Tribunal:** El Tribunal mixto analizó detalladamente el contenido de todas las pruebas, que en primer lugar demostraron la materialidad del hecho punible cometido (Homicidio Calificado), y en cuanto a la culpabilidad de Cabaneiro, procedió a ir concatenando, contrastando, comparando y aunando, todas y cada una de las pruebas, llegando finalmente a la conclusión de que Gustavo Cabaneiro, fue su autor material, en primer lugar, porque tenía un evidente interés en su desaparición física, y por supuesto porque existió un cúmulo probatorio muy importante, que desmontaban completamente su coartada de defensa, al determinarse la existencia de hechos paralelos efectuados durante las horas en que ocurrió la desaparición y muerte de Xiomara Mejías; como por ejemplo el desmesurado apremio en querer hablar con ella (cuando según el testimonio de sus familiares, tenían años sin cruzar palabras), el hecho de haber llamada a familiares con los que hacía muchísimo tiempo que no hablaba), quedando demostrado además con el resultado de la autopsia médico legal practicada por la Dra. Antonieta de Dominicis, adscrita al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, quien describió las veintiún (21) lesiones halladas en el cuerpo de Xiomara Mejías Rodríguez, prevaleciendo la hipótesis del crimen pasional; el hallazgo del vehículo y del cadáver por parte

del mismo Gustavo Cabaneiro, demostrándose plenamente que el homicidio de la ciudadana Xiomara Mejías Rodríguez, se produce en el vehículo taxi anteriormente descrito, y que su cuerpo se hallaba en el interior del mismo, el cual fue abandonado, en la Calle Ayacucho, adyacente a la Avenida O´Higgins, de El Paraíso, aproximadamente entre 10:00 a 10:30 de la noche, cuando fue observado por el testigo Simón Eduardo Palma Guanaguanay, quien fue conteste en afirmar que observó dicho vehículo a la referida hora y que era un vehículo taxi y que le llamó la atención porque tenía los vidrios empañados, siendo que según el resultado de la autopsia médico forense la ciudadana Xiomara Mejías Rodríguez, efectivamente falleció el día 27 de Abril del 2000, aproximadamente entre (10:00 y 10:30) de la noche, y que precisamente es a las 10:30 de la noche cuando el ciudadano Gustavo José Cabaneiro Rangel, realizó la primera llamada telefónica a la ciudadana Omaira Rodríguez de Mejías, desde el teléfono público de la CANTV No. 4727788, ubicado en la Calle Ayacucho de la Urbanización La Paz del Paraíso, el cual presentaba la avería en el Número 1 del tablero, lo cual obviamente resulta ser una prueba contundente de la responsabilidad del ciudadano Gustavo José Cabaneiro Rangel como autor material de la muerte de su esposa Xiomara Mejías Rodríguez. También se contrastaron pruebas de la aparición de las llaves del vehículo en la casa de Cabaneiro. Por otra parte, se descubre y se analiza como prueba, la existencia de relación extra matrimonial por parte de Cabaneiro, con la ciudadana Mailyn Blanco Camejo. Así tenemos, que cada uno de los testigos que declararon en Juicio oral y Público, refieren la existencia de esta relación amorosa (extra matrimonial); la existencia de una prueba contundente **(Prueba de certeza absoluta)** de la relación directa del ciudadano **Gustavo José Cabaneiro Rangel** con el hecho que no es otro sino el homicidio perpetrado en la persona de su esposa **Xiomara Mejías Rodríguez**, la presencia de una mordida **de características agresivas y defensivas**, encontradas en el brazo izquierdo del cadáver de la identificada ciudadana, donde al ser sometida a la correspondiente Experticia Odontológica **coincidió exactamente con la mordedura de Gustavo José Cabaneiro Rangel**.[5]

5 Sentencia condenatoria (Conyugicidio) dictada por el Tribunal Mixto 24 de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio presidido por la Juez Presidente Silvia Fernández Escalona, el día 27-11-2003. Confirmada por la Sala 5 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de Caracas, con

## 2.- Caso de Homicidio Calificado. Víctima Marioxy Josefina Vargas. Sentencia Alberto Eduardo Hernández. Extractos

La **tesis presentada por la Representación del Ministerio Público,** se circunscribió al hecho de que el ciudadano Alberto Eduardo Hernández, acusado en el presente caso, de manera intencional y con alevosía, fue la persona que el día 25-3-05, le ocasionó la muerte, por medio de asfixia mecánica y polifracturas a la ciudadana Marioxy Josefina Vargas, con quien tenía una relación amorosa, en el interior del apartamento 405 del Edificio Lebrum, Torre "D", siendo que dicho ciudadano simuló que, luego de una fuerte discusión, dicha ciudadana se había suicidado cortándose las venas y lanzándose desde uno de los pisos superiores.

**La tesis presentada por la defensa**, se orientó al hecho de que de los elementos probatorios ofrecidos por la Representación del Ministerio Público, no se evidencia cómo sucedieron los hechos, que existe contradicción en los exámenes forenses practicados a la víctima, siendo que su defendido en ningún momento tuvo la intención de cegarle la vida y que la muerte de Marioxy Josefina Vargas, se produce porque ella se suicidó lanzándose desde las escaleras de la Torre "D" del Edificio Lebrum, tras una discusión con su pareja el hoy acusado, cuando a su vez intentó cortarse las venas con un pico de botella de salsa de tomate, tal y como el acusado lo sostuvo durante el desarrollo del juicio Oral y Público, solicitando que su sentencia fuese absolutoria de los cargos fiscales.

**Decisión del Tribunal:** En sentencia por Unanimidad dictada por el Tribunal Mixto, y basada en Indicios, no hubo dudas, respecto a la configuración del tipo penal relativo al homicidio calificado cometido con Alevosía, previsto y sancionado en el Ordinal 1º del Artículo 406 del Código Penal vigente, y que con el cúmulo de pruebas técnicas, el aporte de la ciencia forense, los estudios de carácter criminalístico y las pruebas testimoniales suficientemente debatidas en juicio oral y público, aunadas a las pruebas indiciarias, (todas demostradas y que constan del juicio), denominando indicio ...un hecho cierto y conocido, que por su relación más o menos íntima con el hecho que se cuestiona, puede servir para

Ponencia del Dr. Ángel Zerpa Aponte (Fecha 17-03-2004), y por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia (Sentencia 404 de fecha 02-11-2004).

inclinar la razón a la creencia en realidad del segundo...[6] las cuales se extrajeron de un hecho absolutamente probado, como lo fue el desenvolvimiento del acusado ciudadano Alberto Eduardo Hernández, la noche del día Viernes Veinticinco (25) de Marzo de 2005, de las cuales la juzgadora hizo en la sentencia un amplio análisis, aunado a otras *pruebas de carácter técnico y científico* que resultaron ser de absoluta certeza, que fue el ciudadano Alberto Eduardo Hernández, el autor material y responsable de la muerte de la joven Marioxy Josefina Vargas, el Veinticinco (25) de Marzo de 2005, quien falleció a consecuencia del siguiente diagnóstico médico forense "signos anatómicos de síndrome asfíxicos por compresión del cuello que la lleva a un estado preagónico, posteriormente a lo cual sufre fuertes traumatismos en diferentes partes del cuerpo más acentuado en cara y base del cráneo… encontrándose clínicamente muerta para el momento en que sufre la caída", quedando demostrado que la víctima quien conocía al acusado y mantenía una relación amorosa con el mismo, accedió a acompañarlo hasta el piso 1, apartamento 405 del Edificio Lebrum, Torre "D", Avenida Francisco de Miranda, lugar donde siendo aproximadamente entre las 8:15 y 9:45 de la noche, fue brutalmente golpeada y asfixiada, sin posibilidad alguna de defenderse, vista la superioridad de la fuerza del victimario, quien luego de asesinarla procedió a inferir lesiones y liberar su cuerpo lanzándolo desde uno de los pisos altos de las escaleras de la Torre "D" de Residencias Lebrum, todo ello con el objeto de simular que la misma se había quitado voluntariamente la vida por motivos supuestamente pasionales. Tales aseveraciones se desprendieron de la actitud asumida por el acusado, quien en su declaración y como "coartada de su defensa", señaló que la pareja tenía problemas, por los que se había planteado el rompimiento de la relación, que él la invitó a encontrarse en ese apartamento donde ocurrieron los hechos, el cual le había prestado un amigo, que por los días de Semana Santa se había ausentado y que había ido para la playa; que supuestamente discutieron en el interior, y ella se comportó como una loca, tomando una botella de salsa de tomate, la cual quebró contra el suelo para cortarse las venas, y que luego salió del apartamento llorando y se sentó en las escaleras, que él trató de consolarla y de controlar la cantidad de sangre que salía de sus heridas, y corrió hacia la entrada principal del edificio en búsqueda de ayuda, pero cuando

6 Fierro-Méndez Heliodoro. La Prueba en el Derecho Procesal Penal. Grupo Editorial Leyer. 1999.

regresó ella ya no estaba, y que luego volvió a salir en su búsqueda, hasta llegar al lugar donde ambos trabajaban que era una pizzería, donde lo vieron llegar manchado de sangre. Cuando en paralelo, vecinos escucharon el fuerte golpe de la caída desde las alturas del cuerpo de una mujer, el cual fue hallado en el patio central del interior del edificio. En el cuerpo de la sentencia se analiza, todo el comportamiento de este ciudadano, quien simuló completamente el suicidio de la ciudadana Marioxy, en un intento desesperado por borrar las huellas existentes en el interior del apartamento, al cual fue al día siguiente, con la intención de limpiarlo, pero que no pudo entrar, porque se consiguió a los Funcionarios de investigación dentro del edificio. Siendo que el conserje, en un momento en que se encontraba sacando la basura, pudo percatarse de que la ventana trasera del apartamento ubicado en el piso 1, se encontraba abierta, por lo que se subió, observando gran cantidad de sangre en el interior del apartamento, dando aviso a la policía, quienes al abrirlo efectivamente encontraron mucha cantidad de sangre en sus habitaciones; al igual que manchas de sangre en algunos de sus pisos (luego de realizar pruebas de luminol), aunándose algunas de estas pruebas con testimonios de personas que habitan en el edificio, uno de los cuales sacó a su perro, precisamente en el momento en que supuestamente Marioxy se encontró llorando en la escalera del apartamento en el piso 1 (según testimonio de Alberto Eduardo), y donde según él había manifestado en su coartada, ya ella tenía las muñecas rotas (pero donde no se encontraron rastros de sangre),determinándose inequívocamente, al concatenar cada una de las pruebas técnicas y de testigos que sirvieron de base para la comprobación de la materialidad del hecho punible cometido, y compararlas entre sí, con elementos de prueba que desmontaron sin lugar a dudas la coartada de defensa de Alberto Eduardo Hernández, que se arribó a la conclusión que fue él y no otra persona, quien procedió a quitarle la vida a Marioxy Vargas, a través de golpes y luego lanzándola de un piso alto del edificio de la Urbanización Lebrum, hechos estos que con base a indicios se plasmaron inequívocamente, al efectuar como nueva prueba, y tras las conclusiones a las que arribó el Tribunal cuando se efectuó la reconstrucción de los hechos, y se

comparó con el levantamiento planimétrico, el examen forense de la víctima y las declaraciones de los testigos. [7]

## V. CONCLUSIONES RESPECTO DE LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA

Resulta indudable del análisis de las mencionadas sentencias, que el juez en su labor de apreciar las pruebas que hayan sido debatidas en audiencia de juicio oral y público, incorporadas al proceso legalmente, con plena libertad, tal y como lo establecen los Artículos 182 y 183 del Código Orgánico Procesal Penal; debe en primer lugar, **dar por demostrada la materialidad del hecho punible cometido,** precisando sin lugar a dudas, qué suceso ocurrió y su adecuación típica; por ejemplo, de las sentencias destacadas, homicidio con sus calificantes respectivas, y todo ello debe quedar absolutamente demostrado, tal y como lo exige nuestra legislación, y más específicamente como lo señala la Sentencia No: 32 de fecha 29-01-2003, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, cuando nos indica que el hecho considerado como indicio (hecho indicado y hecho indicador), **"debe constar y debe estar probado",** para luego, y partiendo de estos hechos indicadores, atribuir ese acto, sin lugar a dudas, a la autoría de una determinada persona, a través de una relación de causalidad que se desprende de las mismas pruebas debatidas.

Una vez que se ha demostrado el hecho delictivo con las pruebas directas (lícitas, necesarias, útiles y pertinentes), lo cual en principio no generaría mayor problema; con la prueba indirecta o indiciaria (por tratarse de un delito clandestino, en principio no presenciado por testigos directos), debe necesariamente el Juez sacar conclusiones y hacer interpretaciones, a través de las máximas de experiencia, utilizando para ello pruebas (Indicios) suficientemente idóneas que orientan la intención o razón que pudo tener el autor de cometer el hecho; pero para que esto pueda ser válido legalmente, se hace necesario el cumplimiento de ciertos requisitos como por ejemplo la motivación, la sana critica, la lógica, la

7 Sentencia dictada por el Tribunal Mixto 24 de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio, por la Juez Presidente Silvia Fernández Escalona, en contra del ciudadano Alberto Eduardo Hernández, en fecha 20-01-2006. (Confirmada por la Corte de Apelaciones y por Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

verificación de los hechos indicadores, la justificación, la correcta hilvanación y el razonamiento lógico utilizado, todo lo cual debe constar absolutamente en la sentencia y sin los cuales la prueba indiciaria no tendría valor probatorio alguno.

## VI. PALABRAS FINALES Y DE AGRADECIMIENTO

Agradecimiento especial a la organización de este evento a Multijurídica, y un reconocimiento muy especial, en honor a mis apreciados y respetados maestros la Dra. Magaly Vásquez y el Dr. Alberto Arteaga Sánchez, con quienes dimos los primeros pasos de aprendizaje cuando en aquel año 1998, nos iniciábamos como jueces ya en reemplazo de quienes fueron figuras muy importantes que dejaron sin duda huellas en el Poder Judicial, siendo nosotros la generación de relevo en el año 2000 en adelante.

Solo la constancia, la disciplina, la responsabilidad, el trabajo en equipo, el estudio, la honradez, y sin duda la Academia mantendrán sólidas las bases de la Justicia.

# EL EXAMEN PRELIMINAR EN EL PROCEDIMIENTO DE LA CPI



Juan Carlos Gutiérrez*

## I. INTRODUCCIÓN

1. La Corte Penal Internacional, como tribunal internacional de carácter permanente, es una de las mas importantes conquistas de la comunidad internacional, la conjugación de diversos sistemas procesales y legales, aspectos religiosos, ideológicos, culturales y otros particulares de los Estados, que han impuesto serias dificultades para su creación e incluso funcionamiento; solo una coherente y sólida voluntad política internacional para prevenir, procesar y sentenciar casos de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión, fortalecerá el noble e imperativo mandato de la CPI[1], en especial en la actualidad ante la crisis de las democracias y el auge del populismo, potenciado por la Pandemia Covid-19 que dejará huella en el modelo de gobernanza internacional.
2. El logro de los objetivos de la CPI depende en gran parte, de la actividad de la Oficina de la Fiscalía OTP[2], en el análisis de los asuntos que llegan a su conocimiento, selección de asuntos, la investigación, la decisión de judicializar o no y el adecuado litigio estratégico, constituyen el mecanismo esencial para evitar impunidad, en sintonía con la actividad de los jueces.

---

* Abogado. Miembro de la barra de Abogados de Venezuela, Colombia y la Corte Penal Internacional. Presidente del Instituto de Derechos Humanos para la Paz y la Libertad de la Asociación Mundial de Juristas, Madrid, desde 2019.

1 CPI, Acrónimo de Corte Penal Internacional.

2 OTP, Acrónimo en inglés de Office Team Prosecutor. Oficina de la Fiscalía. OTP es la forma común para identificarle.

## II. DEL EXAMEN PRELIMINAR DE LA OTP

3. El Estatuto de Roma de la CPI contempla fundamentalmente las tradicionales etapas de todo proceso penal de corte acusatorio mixto, una primera etapa de investigación dirigida por la OTP y bajo control judicial de la Sala de Cuestiones Preliminares, la fase de juicio ante la Sala de la Primera Instancia; la etapa recursiva y de cumplimiento de la pena y reparación de las víctimas.
4. El Art. 53.1 del Estatuto, faculta a la OTP iniciar una investigación, a menos que determine que no existe fundamento razonable para ordenarla y para ello deberá "evaluar la información que disponga", mediante un mecanismo eficiente y eficaz de recepción, análisis, evaluación de la información que constituyen la esencia del examen preliminar.
5. La OTP puede iniciar el examen preliminar *motu proprio,* necesidad de previa remisión de un Estado Parte o del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas[3].
6. De esta forma, la expresión "examen preliminar" se observa en el Art. 15.6 del Estatuto en relación con los numerales 1 y 2 del mismo artículo que faculta a la OTP a "recibir informes e información corroborada sobre crímenes de la competencia de la Corte para examinarlas", en forma previa al inicio de la investigación o cierre del procedimiento.
7. En adición, la OTP tiene amplias facultades para recibir y requerir información de fuentes fidedignas que considere apropiadas como los Estados, órganos de las Naciones Unidas, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, de igual forma puede recibir testimonios escritos u orales en la sede la Corte.
8. En primer término, el objetivo del examen preliminar en aplicación del Art. 15 del Estatuto, es el análisis de la credibilidad o seriedad de la información recibida y en segundo lugar, encontrar fundamento

3 Sentencia de la Cámara de Apelaciones de la CPI en la Situación de Afganistán de fecha 5 de marzo de 2020, par. 3. https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020_00828.PDF

razonable para solicitar ante la Sala de Cuestiones Preliminares la autorización para el inicio de una investigación formal, en cumplimiento de los requisitos establecidos en los literales del Art. 53 del Estatuto.

9. De igual forma, la OTP ha considerado que examen preliminar puede iniciarse motu proprio, o mediante remisión de un Estado parte del Estatuto, invocando lo dispuesto en su Art. 14, el cual de manera expresa en su parágrafo 1, que dispone se investigue la situación a fin de determinar si se ha de acusar por la comisión de los crímenes correspondientes a una o varias de las personas individualizadas y particularmente en la Situación Venezuela 1, en virtud de la remisión presentada por los 6 Estados parte del Estatuto, la petición ante la OTP fue claramente iniciar la investigación por los crímenes de lesa humanidad cometidos en territorio venezolano[4].
10. Destacamos que la remisión puede ser presentada por cualquier Estado parte, independientemente de su vinculación, territorial, nacional o afectación por las consecuencias de los crímenes. Destacamos que tradicionalmente la OTP solo había recibido la remisión de Estados para investigar crímenes cometidos en su territorio, la Situación Venezuela 1 ha sido inédita. Se ha presentado una remisión multilateral, incorporando como fundamento razonable, el informe de Informe del Panel de Expertos Internacionales Independientes y de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos sobre la posible comisión de Crímenes de Lesa Humanidad en Venezuela[5], en cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 14.2 del Estatuto.
11. En términos similares, el Art. 13.c) del Estatuto, faculta al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, para remitir ante la OTP la situación de cualquier Estado, parte o no del Estatuto.

4 Remisión de Argentina, Canada, Colombia, Chile, Perú y Paraguay: "…. to initiate an investigation into the commission of crimes against humanity that would have taken place in Venezuela under the government of President Nicolas Maduro, beginning on February 12, 2014, for the purpose of determining whether one or more specific persons should be charged with the commission of such crimes…". https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2018_04589.PDF

5 http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe-Panel-Independiente-Venezuela-ES.pdf

## II. FASES DEL EXAMEN PRELIMINAR

12. El inicio de una investigación será admisible por la Sala de Cuestiones Preliminares a petición de la OTP, cuando el resultado del examen preliminar acredite los aspectos siguientes[6]:
    - 12.1. Información que provea "fundamento razonable" para creer que se ha cometido y/o se estén cometiendo crímenes de lesa humanidad indicados en el Art. 5 del Estatuto y que éstos sean competencia de la CPI.
    - 12.2. La admisibilidad de la pretensión, considerando los aspectos de jurisdicción y los motivos de inadmisibilidad contemplados en el Art. 17 del Estatuto.
    - 12.3. El análisis de la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas que generen convicción que la realización de una investigación redundará o no, en interés de la justicia[7].
13. La aplicación práctica del examen preliminar ha sido desarrollada mediante el "*Documento de política general sobre exámenes preliminares*" emitido por la OTP[8] en noviembre de 2013 en el cual se invocan los principios de Independencia[9], Imparcialidad[10] y Objetividad[11].
14. Actualmente la OTP adelanta 10 exámenes preliminares relacionados con Colombia, Nigeria, Guinea, Irak/UK, Palestina, Filipinas, Ucrania, Venezuela I, Venezuela II, y Bolivia, por orden cronológico.
15. La Situación Colombia es la mas antigua, el examen preliminar se ha extendido durante mas de 15 años y la mas reciente la Situación Bolivia, presentada en agosto de 2020.

6 Literales a), b) y c) del parágrafo 1 del Art. 53 del Estatuto de Roma "Inicio de una Investigación".
7 Análisis del interés de la justicia, desarrollado en la sentencia de la Cámara de Apelaciones de la CPI el 5 de marzo de 20202, par. 51 y siguientes. https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020_00828.PDF
8 Documento de política general sobre exámenes preliminares. https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Preliminary-Examinations--November2013-SPA.pdf
9 Parágrafos 1 y 2 del Art. 42 del Estatuto.
10 Parágrafo 3 del Art. 21 del Estatuto.
11 Parágrafo 1 del Art. 54 del Estatuto.

16. En las situaciones de los Estados de Corea; Honduras; Gabón y Comoros la OTP ha considerado cerrar el examen preliminar, precisamente en la Situación Comoros en fecha 16 de septiembre de 2020 la Sala de Cuestiones Preliminares, ratifica la decisión de la OTP de cerrar el examen preliminar, ante la inexistencia de crímenes de lesa humanidad competencia de la CPI e incumplimiento del requisito de gravedad.[12]
17. En este orden de ideas, la OTP en 13 exámenes preliminares ha iniciado investigaciones que aún se encuentran en curso, en las Situaciones de El Congo; Uganda; Dafur-Sudán; República Centro Africana; Kenia; Libia; Costa de Marfil; Mali; República Centro Africana II; Georgia; Burundi; Blangladesh/Myanmar y Afganistán, en esta última situación la OTP solicitó autorización para iniciar la investigación y esta fue negada por la Sala de Cuestiones Preliminares y luego de la presentación de las apelaciones de la OTP y la representación de las víctimas la Cámara de Apelaciones el 5 de marzo de 2020 revocó la decisión de la primera instancia, con relevante jurisprudencia relativa al interés de la justicia, como elemento de admisibilidad[13].
18. En términos directos, el examen preliminar es simplemente un "*filtro",* dirigido a optimizar el trabajo de la CPI y concentrar recursos en aquellas situaciones que deben ser objeto de investigación y eventualmente un posterior juicio, bajo la premisa que se investigan las situaciones que constituyan crímenes competencia de la CPI, en cumplimiento de requisitos de admisibilidad, en especial la complementariedad positiva y bajo evaluación de gravedad e interés de las víctimas, aquellos asuntos desestimados podrán ser evaluado por la OTP nuevamente al surgir otros fundamentos.

12 Pronunciamiento de la Sala de Cuestiones Preliminares el 16 de septiembre de 2020, relacionada con la petición de revisión del Gobierno de Comoros de la decisión de la OTP de no continuar el examen preliminar

13 Sentencia de Apelación Situación Afganistán Cámara de apelaciones CPI el 5 de marzo de 2020, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020_00828.PDF

## Fases del Examen Preliminar

**Fase 1.**

19. En primer término, se realizan una evaluación inicial de todas las comunicaciones recibidas conforme el artículo 15, se analiza la seriedad, verosimilitud o credibilidad de la información, su posible relación con otras comunicaciones o situaciones en otras fases o etapas del procedimiento. Se procede a descartar las comunicaciones que evidentemente no guarden relación con crímenes competencia de la CPI. Las informaciones de redes sociales, noticias de prensa y otras, son consideradas solo cuando pueden ser corroboradas por otras fuentes.

**Fase 2**

20. Una vez establecida la credibilidad de las comunicaciones recibidas, se inicia esta fase, que constituye el inicio formal del examen preliminar en la cual la OTP focaliza su atención en el estudio de la competencia conforme lo indicado en los artículos 11 y 12 del Estatuto y profundiza en el análisis de la competencia material vinculada a la existencia de fundamento razonable para creer que los crímenes alegados se encuentran dentro de la competencia de la CPI, se evalúan los elementos de contexto, de hecho y derecho que permitan identificar los crímenes cometidos a gran escala, como parte de un plan o en cumplimiento de una política, intencionalmente dirigida y ejecutada, finalmente la fiscalía emite un informe en el cual identifica los delitos y sus elementos de contexto.

**Fase 3**

21. En esa fase se focaliza en la admisibilidad bajo los parámetros de complementariedad y la gravedad con arreglo al Art. 17 del Estatuto. En esta fase, la Fiscalía también seguirá reuniendo información sobre la competencia material, en particular cuando se siguen cometiendo los mismos crímenes o se han cometido otros crímenes nuevos. La fase 3 culmina con la presentación al Fiscal de un "informe sobre el

artículo 17", en referencia a las cuestiones relativas a la admisibilidad definidas en el artículo 17 del Estatuto.

**Fase 4**

22. Finalmente en esta fase en particular, la OTP analiza en el cumplimiento de lo indicado en el artículo 53.1.c, partiendo del reconocimiento de la existencia de crímenes dentro de la competencia de la CPI con todos sus elementos de contexto, objetivos y subjetivos (mens rea), incluyendo la gravedad de tales crímenes y los intereses de las víctimas a efectos de considerar si el inicio de la investigación redundaría en interés de la justicia, bajo una visión holística y utilitaria, con aspectos que desde mi punto de vista constituyen un despropósito, pues si la información obtenida y analizada durante la etapa preliminar, se acredita la existencia de los crimenes, su magnitud y el interés de las víctimas, indiscutiblemente el interés de la justicia necesariamente debe imponer la continuidad del procedimiento a efectos del inicio de una investigación. En términos prácticos, resulta difícil entender o imaginar la existencia de alguna circunstancia que impida iniciar una investigación en "interés de la justicia".

## De la Situación Venezuela 1

23. Desde 2014 la OTP ha recibido diversas comunicaciones de conformidad con lo indicado en el Art. 15.2 del Estatuto y a partir de noviembre de 201514, nos hemos dedicado a enviar comunicaciones informando aspectos fácticos y argumentos legales relacionados con la perpetración de crímenes de lesa humanidad e individualizando a sus responsables, actuando en cooperación con grupos de víctimas, abogados venezolanos y organizaciones no gubernamentales.
24. La OTP motu proprio el 8 de febrero de 2018, inició un examen preliminar relacionado con alegados crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio venezolano desde abril de 2017 en el contexto de protestas políticas y el constante uso excesivo de la fuerza

14 Comunicación presentada ante la OPT en Noviembre de 2015 http://lesahumanidadenvenezuela.com/wp-content/uploads/2015/11/RED-VZLA-Urgent-Request-to-the-OTP-3.pdf

para dispersar las protestas, miles de detenidos al ser considerados como opositores, el maltrato a detenidos,

25. Seguidamente el 27 de septiembre de 2018, seis países del continente americano presentaron una remisión ante la OTP, es la primera vez en la historia de la CPI y como consecuencia de ello, el examen preliminar se ha extendido para evaluar los hechos desde el 12 de febrero de 2014. La OTP en forma pública ha mencionado que la remisión no implica automáticamente el inicio de la investigación, mas en el caso de considerar el inicio de la investigación, no sería necesario la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares.
26. El 28 de septiembre de 2018, la Presidencia de la CPI asignó la situación de Venezuela ante la Sala de Cuestiones Preliminares I15.
27. A finales de los años 2018 y 2019, la OTP ha emitido informes anuales de actividades realizadas, indicando en términos generales los avances en la recepción de comunicaciones de diversas fuentes incluyendo organizaciones de la sociedad civil y thinks-tanks venezolanos, la Oficina de la Alta Comisionada de DDHH de la ONU, el Grupo de Trabajo de Detenciones Arbitrarias de la ONU, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Organización de Estados Americanos y fuentes públicas16 y concluye su informe del año 2019, anunciando que espera finalizar el examen relativo a la competencia material a comienzos del año 2020 y de resultar positivo, comenzará el análisis de admisibilidad, lo cual no ha sido comunicado por la OTP hasta la presente fecha.
28. Como consecuencia de la remisión presentada el 13 de febrero de 2020 por la estructura de poder de Nicolás Maduro, la OTP inició otro examen preliminar denominado Situación Venezuela II, en virtud de ello, la Presidencia de la CPI reasignó la Situación Venezuela I ante Sala de Cuestiones Preliminares III17, la cual en fecha 21 de febrero

15 Decisión de la Presidencia de la CPI de asignación la Situación Venezuela. https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_04587.PDF
16 Reporte OPT 2019, párr. 81. Antes citado.
17 Decisión de la Presidencia CPI de reasignación de la Situación Venezuela I ante la Sala de Cuestiones Preliminares III https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020_00598.PDF

de 2020, designó como presidente de la Sala al Juez Robert Fremr, quien actualmente es el Primer Vicepresidente de la CPI.

29. En definitiva, la Situación Venezuela 1 de manera oficial se encuentra en la fase 2 del examen preliminar, bajo evaluación de la competencia material.

## III. DE LA COMPETENCIA DE LA CPI PARA CONOCER LA SITUACIÓN VENEZUELA I

### Competencia territorial, temporal y personal.

30. La República Bolivariana de Venezuela es un Estado parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, luego de su suscripción el 14 de octubre de 1998, ratificado y finalmente depositado el 7 de junio de 2000, por tal motivo, los crímenes de lesa humanidad cometidos dentro del territorio venezolano, por nacionales de Venezuela y con posterioridad al 1 de julio de 2002 fecha de entrada en vigor del instrumento, se encuentran dentro de la competencia territorial, personal y temporal de la CPI, ello ha sido expresamente reconocido por la OPT en su reporte del examen preliminar de 2019.

### Competencia Material "ratione materiae"

31. Desde el 12 de febrero de 2014 se han producido y siguen produciéndose múltiples actos ejecutados por agentes del Estado venezolano quienes han conformado un aparato organizado de poder dirigido por Nicolás Maduro Moros en absoluto conocimiento de la acción y resultado, nos encontramos frente a un patrón o política de Estado de ejecución de ataque generalizado y sistemático en contra de la población civil, perpetrándose desde nuestro punto de vista, los siguientes crímenes de lesa humanidad:

32. Asesinato, de conformidad con el artículo 7(a); (ii);

33. Encarcelación u otra privación grave de la libertad *física en violación de normas fundamentales de derecho internacional*, de conformidad con el artículo 7(e);
34. *Tortura*, de conformidad con el artículo 7(f);
35. *Violación o cualquier forma de violencia sexual comparable*, de conformidad con el artículo 7(g);
36. *Persecución de grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos*[18] de conformidad con el artículo 7(h);
37. *Desaparición forzada de personas*, de conformidad con el artículo 7(i)
38. *Otros actos inhumanos de carácter similar*, de conformidad con el artículo 7(k).
39. La magnitud de los hechos ocurridos en Venezuela desde al año 2014, no son actos aislados realizados por policías o militares que actúan por separado al margen de la ley, los informes emitidos por los organismos internacionales más relevantes: el Comité Contra la Tortura de la ONU; El Grupo de Trabajo de Detenciones Arbitrarias de la ONU; la oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; La Organización de Estado Americanos (OEA); La Unión Europea, Gobiernos y Parlamentos de varios países y más recientemente la Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos de la ONU y ONG´s internacionales como Amnistía Internacional, Human Rights Watch y otras, han emitido informes que proveen fundamento razonable para creer que se han cometido crímenes de lesa humanidad y hacen viable el inicio de la investigación en la situación Venezuela 1.

18 *Véase Fiscal v. Akayesu*, Sala de Primera Instancia, Sentencia, ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, párr. 583, identificando la discriminación basada en la ideología política de una persona como que satisface el requisito de los «motivos políticos» en virtud del artículo 3 del Estatuto del ICTR. No obstante, la persecución por motivos políticos no tiene por qué afectara la pertenencia a un partido político en particular ni a la adhesión a una ideología determinada, y podría incluir una diferencia de opinión en relación con las cuestiones de asuntos públicos como razón para perseguir a un grupo o colectividad identificable; C. Hall/J. Powderly/N. Hayes, 'Article 7', in O. Triffterer/ K Ambos (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary, (C.H. Beck/Hart/Nomos, 3rd ed., 2016), p. 223, mn.77.

40. En la Situación Venezuela se cumplen concurrentemente todos los elementos contextuales del crimen de lesa humanidad conforme los artículos 5 y 7 del Estatuto en relación con el artículo 7 de los Elementos de los Crímenes: ataque directo contra la población civil, política del Estado u Organización, la naturaleza generalizada o sistemática del ataque, el nexo entre el acto individual y el ataque y el conocimiento del ataque**.**
41. Los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad requieren: i) un ataque dirigido contra cualquier población civil que equivalga a un curso de conducta que implique la comisión múltiple de actos a que se refiere el artículo 7, apartado 1, del Estatuto; (ii) de conformidad con o en cumplimiento de una política estatal u organizativa para cometer dicho ataque; (iii) el carácter generalizado o sistemático del ataque; (iv) un nexo entre el acto individual y el ataque; y v) el conocimiento del autor del ataque y de que sus actos forman parte del mismo[19].
42. Sin lugar a duda alguna, se cumplen todos y cada uno de elementos establecidos en el Estatuto de Roma, en los Elementos de los Crímenes y la jurisprudencia de la CPI a los fines de iniciar una investigación en la Situación Venezuela 1.

19 Decisión de autorización de iniciar una investigación en la Situación de Kenia del 31 de mayo de 2010. Párr.79 https://www.legal-tools.org/doc/f0caaf/pdf

# EL DERECHO DE LA VÍCTIMA A PROPONER QUERELLA Y SU DESISTIMIENTO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL



José Luis Malaguera Rojas* (†)

## 1.-LA VÍCTIMA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL

El legislador del Código Orgánico Procesal Penal (COPP), atendiendo en gran medida a la discusión político criminal, que décadas antes de su promulgación, ocurría en torno al lugar de la víctima en el sistema de administración de justicia penal, a los aportes de la Victimología como disciplina autónoma, y al trabajo de la Organización de Naciones Unidas en torno a la víctima, fue bastante generoso en cuanto a su participación o intervención en el proceso penal, marcando sustancial distancia con la poquísima atención que le prestaba el Código de Enjuiciamiento Criminal (CEC) derogado, en el cual apenas tenia la posibilidad de ser denunciante y tener el derecho a presentar acusación o querella en el sumario, que era la primera fase del proceso y luego, en la segunda fase, en el plenario, proponer el correspondiente escrito de cargos, si quería tener participación en el resto del iter como parte procesal, pudiendo también plantear la reclamación civil.

Tal generosidad se manifiesta, en primer lugar, dándole protagonismo en el ámbito de la reparación (aun cuando muy parcialmente) específicamente a través de los institutos del acuerdo reparatorio y de la suspensión condicional del proceso, en los cuales quedan abiertos espacios para el consenso entre víctima y victimario acerca de la reparación (compensación, satisfacción o desagravio) y en donde la autonomía de la voluntad de la víctima tiene papel protagónico. Tales institutos finalmente conllevan a la terminación de la causa penal, a través del sobreseimiento, en virtud de tener la categoría de causales de extinción de la acción penal, de conformidad con el artículo 49 del COPP.

* Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas "Hector Febres Cordero" (CENIPEC). Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad de Los Andes.

En segundo lugar, otorgándole a la víctima el status de sujeto procesal, al lado del Tribunal, del Ministerio Público y del Imputado, lo cual de entrada, ya constituye un reconocimiento importante, en razón de la relevancia o connotación procesal que ello significa, y que se deben entender, al decir de Maier (2003), como aquellas personas idealmente interesadas jurídicamente en el desenlace del procedimiento y que con el fin de defender esos intereses, cuentan con facultades procesales autónomas, en el sentido de que tienen derecho a intervenir durante todo o casi todo el curso del procedimiento penal (p. 183).

En tercer lugar, con la consagración expresa, de un listado de derechos que se le otorgan a la víctima, dentro del procedimiento penal, por el solo hecho de ser la víctima, o como lo expresa Bertolino (1997) ***víctima a secas***, para hacer la diferenciación respecto de las figuras del denunciante, del testigo, del querellante (adhesivo y exclusivo) y el actor civil (p. 45).

Para el ejercicio de estos derechos procesales, no se requiere que la víctima realice ningún acto procesal de aceptación o conformidad con su condición o status de víctima, solo le basta para ello simplemente serlo.

El artículo 122 del COPP, se encarga de desarrollar en ocho numerales, el listado de derechos en cabeza de la víctima, por el solo hecho de serlo, a saber:

1. Presentar querella e intervenir en el proceso conforme a lo establecido en el Código.
2. Ser informada de los avances y resultados del proceso, cuando lo solicite.
3. Delegar de manera expresa en el Ministerio Público su representación o ser representada por este en caso de inasistencia al juicio.
4. Solicitar medidas de protección frente a probables atentados en contra suya o de su familia.
5. Adherirse a la acusación del fiscal o formular una acusación particular propia contra el imputado en los delitos de acción pública; o una acusación privada en los delitos dependientes de instancia de parte.
6. Ejercer las acciones civiles con el objeto de reclamar la responsabilidad civil.

7. Ser notificada de la resolución del fiscal que ordena el archivo de las actuaciones.
8. Impugnar el sobreseimiento o la sentencia absolutoria.
9. A la par de este listado de derechos, aparecen a lo largo del COPP, otros derechos de la víctima, por la sola razón de serlo, a saber:
    a. Antes de que se decida sobre la solicitud fiscal de aplicación del principio de oportunidad, el art. 39, ordena que el juez debe procurar oír a la víctima.
    b. Participación en actos que deba practicar la fiscalía, en la fase preparatoria, conforme al art.288.
    c. Proponer diligencias de investigación, en la fase preparatoria, de conformidad con el art. 287.
    d. Participar en la práctica de la prueba anticipada en la fase preparatoria y recibir copia de las actas correspondientes, conforme al art. 289.
    e. Tener acceso a las actuaciones que conforman la investigación fiscal y oponerse a la prórroga solicitada por el fiscal, de reserva total o parcial de las actuaciones, en la fase preparatoria, de conformidad con el art, 286.
    f. Participar en la incidencia que surge con ocasión de la oposición de excepciones en la fase preparatoria, con el status de "parte" y ejercer el recurso de apelación en contra de la decisión que se dicte, de acuerdo con el art. 30.
    g. Solicitar la fijación del plazo para la culminación de la investigación fiscal, conforme al art.295.
    h. Solicitar el examen de los fundamentos del archivo fiscal, por ante el tribunal de control, de conformidad con el art. 297.
    i. Estar presente en la audiencia preliminar, conforme al art. 309.
    j. Proponer la recusación, de acuerdo con el art. 88.

k. Estar presente en el juicio y tener derecho de palabra al terminar las conclusiones de las partes, para exponer lo que a bien tenga, conforme al art. 342.

l. Presentar peticiones a la Fiscalía del Ministerio Público y a los Tribunales.

m. Ejercer el recurso de apelación, en contra del auto que declare con lugar la solicitud fiscal de desestimación de la denuncia o de la querella, de acuerdo con el art. 284.

Lo paradójico de esta situación de la víctima, a la cual el legislador le asigna un sin fin de facultades procesales, por el solo hecho de ser la víctima, facultades estas que son inherentes a la categoría de "parte procesal", es que no se le reconoce este status de parte.

Dicho de otra manera, a la víctima se le tiene en el COPP como un sujeto procesal, esto es, como una persona que puede participar en defensa de sus intereses y que en consecuencia tiene facultades procesales para ello, y además se le asignan expresamente una gran cantidad de facultades procesales, más sin embargo, no tiene expresamente declarada en el COPP la categoría de parte procesal, hasta tanto no proceda a proponer una querella en la fase preparatoria y luego una acusación particular propia o una adhesión a la acusación fiscal, en la fase intermedia.

Tiene la víctima "a secas" facultades procesales, que son connaturales con las partes procesales, pero no se le considera parte, lo cual luce contradictorio.

Cómo explicar que la víctima, por el solo hecho de serlo, sin tener la categoría de parte procesal, sino solo de sujeto procesal, tiene legitimación activa para interponer recurso de apelación en contra del sobreseimiento o de la sentencia definitiva absolutoria del tribunal de juicio y recurso de casación contra la decisión absolutoria.

La víctima en nuestro proceso penal, indudablemente es una parte procesal, porque el COPP le atribuye claramente una suma de derechos procesales, que comúnmente le corresponden a quienes son partes procesales en un procedimiento jurisdiccional. No haría falta que la víctima se querelle, o que promueva una acusación particular propia, o que anuncie que se adhiere a la

acusación de la Fiscalía del Ministerio Público, para ser titular de un cúmulo de facultades procesales, que en esencia solo le podrían corresponder a quien detenta el status de parte procesal.

Desde nuestro punto de vista, esta particular situación de la **víctima a secas,** como la denomina Bertolino, dentro de nuestro proceso penal, obedece a los desajustes o desequilibrios naturales que surgen cuando el legislador decide finalmente darle un lugar preponderante o protagónico a la víctima en el escenario procesal penal.

En este sentido Maier (2003) deja claro que "…cuando se quiere mejorar la situación de la víctima uno no puede evitar, al edificar esa nueva posición, golpear, y hasta derribar parcialmente… los fines del procedimiento penal, la relación de los sujetos procesales entre sí, en especial, la de los órganos estatales con los intervinientes privados en el procedimiento, y la posición del imputado; de allí la dificultad para tomar decisiones y emprender un camino que opere prácticamente…" (p. 588).

Desde nuestra óptica, la víctima "**a secas**", con tal cúmulo de facultades procesales en todo el iter del proceso penal, (que a veces pareciera que el ejercicio de la querella resulta innecesario) y sumado a ello, tener el carácter de sujeto procesal, debe ser considerada como una parte procesal "**sui generis**", en razón de que, incluso siendo parte procesal, le está vedado materializar todas las facultades procesales connaturales con el status de parte procesal plena, como lo sería cuando se es querellante o acusador particular propio o adherente a la acusación fiscal, aún cuando lo cierto es que no se encuentra muy lejos sino más bien muy cerca de ello.

Y en cuarto lugar, otorgándole los derechos a presentar querella en la fase preparatoria y acusación particular propia o adhesión a la acusación fiscal, en la fase intermedia.

## 2.- LA QUERELLA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL

En el contexto del COPP, aparecen claramente tres escenarios procesales, a través de los cuales la víctima tiene participación o intervención, en el proceso

penal, aparte del rol que tiene en el acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del proceso, denominados como "alternativas a la prosecución del proceso".

El primero es el escenario procesal en el que la víctima, sin tener que ocuparse de presentar querella, ni acusación particular propia, ni adherirse a la acusación fiscal, el legislador le permite, por medio de un listado expreso de derechos, previsto en el artículo 122 del COPP y de otros que aparecen dispersos, participar o intervenir en el proceso penal.

El segundo escenario procesal es el que tiene lugar a través del derecho a presentar querella en la fase preparatoria.

Y el tercer escenario procesal, es el que se manifiesta con la presentación de una acusación particular propia o con la manifestación expresa de adherirse a la acusación fiscal.

La querella, en el contexto del COPP, constituye uno de los modos de inicio del proceso penal (Libro Segundo, Titulo I, Capítulo II), lo que en el derecho procesal penal tradicionalmente se ha denominado"modos de proceder", que al lado de la denuncia y la investigación de oficio, son las maneras clásicas por medio de las cuales se le da comienzo formalmente a una investigación de carácter penal, en el proceso penal venezolano.

Esta sería, en principio, sin duda alguna, su naturaleza jurídica, sin embargo, no hay que dejar de lado, que la querella tiene también una clara naturaleza imputatoria, esto es, que en esencia esta institución implica la atribución a una persona de la comisión de un hecho punible como autor o participe en el mismo, por ello es que normalmente los vocablos, querella y acusación, se usan de manera sinónima.

Pérez Sarmiento (2007) señala que: "… la querella como tal ha quedado reducida a la mera condición de forma de proceder. De ahí se sigue que la querella es simplemente una denuncia calificada…" (p. 385), lo cual luce correcto en lo que toca a su naturaleza o esencia.

Ejemplo de la sinonimia entre acusación y querella, es nuestro propio COPP, que en su artículo 309, establece que a la víctima que ha intentado una acusación particular propia, luego de que esta sea admitida, se le confiere la cualidad de "parte querellante". (Lo correcto debería ser "parte acusadora

particular", por cuanto lo que ha intentado la víctima es una "acusación particular propia", por lo menos para guardar congruencia en la terminología procesal).

En el derogado CEC, la querella era entendida en los mismos términos que la acusación y aparecían como sinónimos, así el artículo 105 establecía: "La acusación o querella se propondrá siempre por escrito…", e igual se usaban indistintamente los vocablos "acusador o querellante".

La querella es una de las formas en las que el legislador del COPP, ha considerado darle participación o intervención a la víctima dentro del proceso penal, lo cual no dista mucho de lo que el CEC establecía, cuando le permitía a la víctima presentar querella o acusación, durante la primera fase del proceso denominada sumario, para el inicio del mismo y en todo estado y grado del proceso. La querella en el COPP solo puede ser propuesta antes del comienzo de la fase preparatoria o en el ínterin de la misma.

La querella, señala expresamente el COPP, en sus artículos 274, 275 y 278, solo puede ser propuesta por la víctima, antes o dentro de la fase preparatoria, por ante el Tribunal de Control, mediante un escrito formal, a los fines de su admisión o inadmisión, aun cuando el legislador usa impropiamente la expresión "rechazo" para referirse a esto último.

En caso de ser admitida, sus efectos procesales son, en primer lugar, el conferimiento expreso a la víctima de la condición o posición de "parte querellante" y en segundo lugar, su remisión a la Fiscalía del Ministerio Público, a los fines de que esta institución, ordene de inmediato el inicio de una investigación penal.

La querella tal y como está diseñada en el COPP, se convierte en una institución procesalmente problemática, que desde nuestra óptica debería ser reformada o en todo caso debería ser derogada en una próxima reforma del COPP.

En primer lugar, la presentación de la querella y el trámite procesal para su admisión o inadmisión, se hace a través de una especie de incidencia procesal, que aparece divorciada totalmente del contexto de una investigación penal por delitos de acción pública, lo cual de entrada no es nada ortodoxo desde el punto de vista de la sistemática procesal penal.

Como quiera que la querella puede proponerse por la víctima antes de haberse iniciado oficialmente una investigación penal por la Fiscalía del Ministerio Público, estaríamos tratando con una incidencia procesal penal, sobre un aspecto vinculado con la comisión de un delito y con los intereses de la víctima, por fuera de un procedimiento penal, lo cual en la realidad operativa, puede crear desequilibrios o serias incongruencias procesales difíciles luego de zanjar.

Esta incidencia procesal, para dilucidar la admisión o no de la querella, no estaba planteada en el CEC. En el Código Procesal Penal de Costa Rica, en los delitos de acción pública, la víctima puede presentar querella por ante el Ministerio Público, que realiza la investigación o debe realizarla y podrá rechazarla cuando el querellante no tenga legitimación, no requiriéndose que la víctima presente para el juicio una acusación particular, sino que luego de la acusación fiscal podrá ampliar o aclarar su querella y ofrecer nueva prueba (ver artículos 76, 77 y 307).

El COPP en su artículo 278, establece que las partes podrán oponerse a la admisión del querellante mediante las excepciones correspondientes, lo cual pudiera interpretarse como que existen varias excepciones oponibles por razones atinentes a la legitimidad de quien se presenta como querellante, lo cual no es correcto, en razón de que solo hay una excepción que tiene que ver con este asunto, cual es la prevista en el artículo 28.4.f), que se refiere a la falta de legitimación o capacidad de la víctima para intentar la acción.

Por ello es que el Código de Costa Rica, señala claramente que el fiscal puede rechazar la querella solo cuando el querellante no tiene legitimación.

Con esta excepción pueden presentarse altercados procesales que luego son difíciles de solventar, como por ejemplo, cuando la investigación penal haya sido abierta por efectos de una denuncia hecha por quien el fiscal considera es la víctima, sin lugar a dudas y luego se le haya permitido el acceso a las actuaciones e incluso se le ha entregado una copia fotostática simple de todas las actuaciones, pero esa víctima decide paralelamente proponer querella, pensando que ello le favorecería, por cuanto de admitirse la misma, conseguiría el estatus de "parte querellante" y ello implicaría tener más facultades procesales en la fase preparatoria, pero resulta que el querellado opone la excepción de falta de legitimación de la víctima y la

misma es declarada con lugar por el Juez de Control, lo que acarrea desechar la querella por cuanto la víctima querellante no es ciertamente víctima. ¿Cómo queda entonces la situación procesal de la víctima denunciante, ante la Fiscalía del Ministerio Público, con esta decisión del Tribunal?

¿Qué deberá hacer el fiscal en la causa penal en la cual ese denunciante tenía la cualidad de víctima?

El problema es que la incidencia procesal para la admisión de la querella, aparte de ser incómoda por su carácter extraprocesal y hasta innecesaria (porque tal es el cúmulo de derechos procesales que tiene la víctima "a secas", en la fase preparatoria, que en un balance objetivo, resultaría de tal inutilidad la querella, que no vale la pena para la víctima tal esfuerzo personal y de inversión de recursos para litigar), está muy mal diseñada y con serias deficiencias de técnica legislativa.

Entre otros, podemos señalar los siguientes problemas:

a) El artículo 277, es absolutamente innecesario, por cuanto solicitar diligencias al Fiscal del Ministerio Público, no es un requisito del escrito de querella ni tampoco se le solicitan al Juez de Control que conoce la incidencia de admisión de la misma. Se entiende que si la querella se admite, la víctima alcanza el estatus de "parte querellante" y entonces estará legitimado para proponer tal solicitud.

b) En ninguna de las normas que conforman la incidencia procesal (arts. 274 al 281del COPP) se ordena el emplazamiento del Fiscal del Ministerio Público ni del imputado, para que puedan actuar en la misma, a pesar de que en el tercer aparte del art. 278, se establece que las partes podrán oponerse a la admisión del querellante mediante "las excepciones correspondientes".

c) En el último aparte del art. 278, aparece la expresión "…sin que por ello se suspenda el proceso", lo cual resulta innecesario, por cuanto si la querella se declara inadmisible y la investigación penal en la Fiscalía está en curso, la apelación de la víctima jamás podría tener el efecto de causar la suspensión de esta, por cuanto la incidencia procesal de admisión de la querella es extraproceso.

d) Ninguna de las normas de las que conforman la incidencia procesal, señalan algún lapso para la oposición de la excepción por las partes, lo cual crea marcada inseguridad jurídica. Tampoco se establece hasta qué momento de la fase preparatoria puede intentarse la querella.

e) No se establece la celebración de una audiencia para resolver todos los asuntos vinculados a la admisión de la querella y resolver la excepción, en los casos en que hubiere sido propuesta.

f) El art. 278 del COPP, consagra en su ultimo aparte, que el auto de inadmisibilidad de la querella es apelable por la víctima. En cuanto al auto de admisibilidad de la querella, la norma no señala absolutamente nada, por lo que el querellado no tiene claridad, en cuanto al ejercicio del recurso de apelación en contra de una decisión que afecta sus intereses procesales.

Desde nuestro criterio, la querella tal y como está planteada en el COPP, muy probablemente puede terminar siendo contraproducente y desventajosa para los intereses de la víctima en el procedimiento penal, en primer lugar, porque de admitírsele la querella y luego decretado su desistimiento, antes de la audiencia preliminar, por no haber concurrido sin justa causa, a prestar declaración testimonial durante la fase preparatoria, habiendo sido citado para ello, será excluida como parte querellante y además luego no podrá presentar acusación particular propia, ni podrá adherirse a la acusación fiscal, de conformidad con el artículo 280.

En segundo lugar, porque el hecho de interponer la querella en la fase preparatoria, no le asegura la posibilidad de mantenerse como parte querellante en la fase intermedia y en la fase de juicio, en razón de que el COPP exige, para ello que la víctima tenga necesariamente que proponer una acusación particular propia o tenga que adherirse a la acusación fiscal, con las cargas que eso acarrea en el entendido que ello tiene un significado de un doble esfuerzo procesal.

Si la víctima no interpone querella en la fase preparatoria, igualmente está legitimada para ejercer la acusación particular propia o para adherirse a la acusación fiscal, lo cual conlleva a que habrá que ponderar si ciertamente vale

la pena para la víctima ejercer la querella en esta fase, teniendo como víctima "a secas" tal plus de facultades procesales en esta primera fase del proceso, que nos atrevemos a asegurar, que las mismas coinciden plenamente con las facultades procesales que pudieran corresponderle a la víctima que tiene asignado el estatus de parte querellante.

En tercer lugar, el ejercicio de la querella involucra contar con diversos recursos para poder litigar con cierto margen de éxito, sobremanera recursos económicos para poder sufragar los honorarios profesionales que puedan asegurar una asistencia jurídica calificada y verdaderamente sustancial y eficiente.

En cuarto lugar, la admisión de la querella por parte del Juez de Control y su remisión a la Fiscalía del Ministerio Público, no es garantía para la víctima de que ciertamente se ordenará el inicio de una investigación penal, porque de igual manera que como puede pasar con la denuncia, el fiscal encargado del caso está facultado para acudir a la figura de la desestimación y por ende solicitarle al Tribunal de Control, mediante escrito fundado, que la declare con lugar, ya sea por razones de evidente prescripción, o porque el hecho no reviste carácter penal o porque exista un obstáculo legal que impida el desarrollo del proceso, de conformidad con el art. 283 del COPP.

## 3.- EL DESISTIMIENTO DE LA QUERELLA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL

El artículo 279 del COPP, señala en su encabezamiento, que la víctima querellante está facultada para que en cualquier momento del proceso, pueda desistir de la querella y luego, en cinco numerales, establece las causales por las cuales se considera que ha operado el desistimiento tácito de la querella propuesta y admitida.

### 3.1.- Numeral 2 del artículo 279 del COPP

En el caso del numeral 2 resulta un verdadero contrasentido considerar que la víctima que presentó una querella, la cual fue admitida mediante auto por el Tribunal de Control y remitida a la Fiscalía del Ministerio Público, en donde debe haberse ordenado abrir la investigación penal, y luego, posiblemente,

el fiscal encargado de la causa, presentara una acusación, luego entonces, si la víctima no propone acusación particular propia o no se adhiere a la acusación fiscal, ello tenga que entenderse como un desistimiento de la querella.

La querella entre otras cosas, es un modo de proceder en el COPP, por lo que cuando la víctima la intenta por ante el Juez de Control y el resultado es su admisión y remisión a la Fiscalía del Ministerio Público, siendo que esta decide abrir la investigación penal, pues entonces hay que considerar que la querella ha producido su efecto procesal más cónsono con su naturaleza de modo de proceder, cual es, precisamente este de que se abra formalmente una investigación penal en contra de la persona querellada y permitirle a la víctima querellante participar activamente durante toda la Fase Preparatoria, con el estatus de "parte querellante".

Simplemente si la víctima querellante, luego no presenta acusación particular propia o no se adhiere a la de la Fiscalía, pues no tiene la posibilidad de seguir actuando plenamente en lo que resta del iter del proceso penal, con todas las facultades procesales inherentes a la de ser "parte querellante" (debería ser parte acusadora) y solo seguirá siendo la víctima "a secas", con facultades limitadas (parte sui generis), sobre todo en el juicio oral y público, en el cual no podrá intervenir ni preguntando ni repreguntando testigos ni expertos, ni participando en las conclusiones.

Considerar que esta conducta de la víctima de no proponer acusación particular propia o de no adherirse a la acusación fiscal, constituye una causal de desistimiento de la querella, no tiene consistencia jurídico procesal, en razón de que como se dijo, la querella como uno de los modos de proceder, produjo sus efectos procesales propios.

Pareciera que el legislador ha debido señalar expresamente, en el artículo 278 del COPP, que el auto de admisión de la querella, le otorga la condición de parte querellante a la víctima, durante la fase preparatoria, y así la causal comentada no tendría razón de existir.

### 3.2. Numeral 3 del artículo 279 del COPP

Igual pasa con este numeral 3 al considerarse que la víctima querellante al no asistir a la audiencia preliminar, ello constituye una causal de desistimiento de la querella.

Si la víctima presentó querella y esta fue admitida por el Tribunal de Control y luego la Fiscalía del Ministerio Público, hizo la investigación y presentó acusación, pues la querella, como uno de los modos de proceder, ya produjo sus efectos procesales propios, por lo que si la víctima no asiste a la Audiencia Preliminar, mal podría considerarse ello como un desistimiento de la querella.

Está claro que la víctima en la Audiencia Preliminar puede actuar o como víctima acusadora, porque ha presentado acusación particular propia o como víctima acusadora adherente, porque se adhirió a la acusación fiscal o simplemente como víctima "a secas", porque no presentó acusación propia o no se adhirió.

En el caso de haberlo hecho, esto es, haber presentado acusación particular propia o haberse adherido a la acusación fiscal, su ausencia injustificada en la audiencia preliminar debería considerarse como una causal de desistimiento de la acusación particular propia o de la adhesión a la acusación fiscal, sin embargo, por constituir ello una sanción procesal, entonces debe estar expresamente prevista, lo cual no ocurre en el numeral comentado, no pudiendo hacerse una interpretación analógica ni extensiva, por cuanto se trata, como ya se dijo, de una sanción procesal, para lo cual rige el principio de estricta legalidad procesal.

### 3.3.- Numeral 4 del artículo 279 del COPP

En relación con este numeral 4, el legislador erróneamente considera que si la víctima presenta acusación particular propia, pero no "… ofrezca prueba para fundar su acusación…", ello constituye una causal de desistimiento de la querella.

Se confunde así la querella con la acusación, que son dos instituciones procesales distintas en nuestro COPP, la primera es esencialmente un modo de proceder, con efectos en la fase preparatoria y la segunda, constituye para la Fiscalía del Ministerio Público, un acto conclusivo de ejercicio pleno de la pretensión penal pública y para la víctima constituye el ejercicio material y

particular de la pretensión penal, siendo que el texto del numeral 4, se refiere es a la "acusación particular propia" y no a la "querella".

En todo caso, el efecto procesal que pudiera producir una acusación particular propia, sin el "requisito" de "ofrecer prueba para fundarla", sería el de su inadmisibilidad, por omisión de un requisito sustancial, en el caso de que se considerara que este lo fuera, lo cual sería incorrecto, ya que este "requisito" no aparece consagrado en el artículo 308 del COPP, que es el que los consagra.

La acusación particular propia, de conformidad con el segundo aparte del artículo 309 del COPP, debe cumplir con los requisitos de la acusación del Ministerio Público, previstos en el artículo 308 ejusdem.

Es preocupante la redacción deficiente de este numeral 4 del artículo 279 de COPP, en orden a su artículo 308, el cual establece claramente en su numeral 3. uno de los requisitos de la acusación fiscal, en los siguientes términos: "Los fundamentos de la imputación con expresión de los elementos de convicción que la motivan".

Como se observa, el numeral 4 del 279, al expresarse en los siguientes términos: "No ofrezca prueba para fundar su acusación particular propia", denota una clara ausencia de armonía y congruencia con la norma del artículo 308 (la cual debe aplicarse supletoriamente en lo que toca a los requisitos de la acusación particular propia de la víctima, por mandato expreso), lo cual lleva a la confusión, por cuanto en este artículo 308, no aparece señalado que la prueba se ofrezca para fundar la acusación, sino que los medios de prueba se ofrecen para ser presentados en el juicio oral, con indicación de su pertinencia y necesidad.

En el contexto del artículo 308.5, el ofrecimiento de los medios probatorios, no es para "fundar la acusación", sino para su "presentación en el juicio oral y público", de lo que se puede inferir claramente que el legislador confunde, el requisito del 308.3, por el cual la acusación fiscal debe contener "los fundamentos de la imputación, con expresión de los elementos de convicción que la motivan", con el requisito del "ofrecimiento de los medios de prueba que se presentarán en el juicio, con indicación de su pertinencia y necesidad", por lo que en consecuencia no se sabemos a ciencia cierta a qué se refiere el legislador en el numeral 4 del artículo 279 del COPP.

### 3.4.- Numeral 5 del artículo 279

Este numeral establece que si el querellante no concurre al juicio o se ausenta del lugar donde se esté efectuando, sin autorización del tribunal, ello constituye una causal de desistimiento de la querella.

Esta hipótesis procesal es inexplicable, en razón de que lo que se puede entender como desistido en este estadio del procedimiento penal, solo podría ser la acusación particular propia o la adhesión a la acusación fiscal, intentada por la víctima, pero jamás podría entenderse que la ausencia de la víctima del juicio constituya una causal de desistimiento de la querella.

## 4.- CONCLUSIONES

En una futura reforma del COPP, la institución de la querella debería ser eliminada, en razón de la cantidad de problemas que presenta.

Si bien es cierto que la querella es un instituto que le permite a la víctima su participación e intervención en la fase preparatoria, no es menos cierto que su diseño procesal en el COPP, no es el más idóneo a los fines de su protección, porque le acarrea excesivas cargas en comparación con los beneficios que le puede proporcionar,

El plus de derechos procesales que tiene asignados la víctima a lo largo de toda la fase preparatoria y la fuerza que irradian los artículos 26, 30 y 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los artículos 23 y 120 del COPP, en cuanto al fin expreso de su protección en el sistema de administración de justicia, hacen parecer a la querella una institución innecesaria por no decir inútil.

En una próxima reforma del COPP, la querella debería desaparecer y en su lugar establecerse que con la simple denuncia escrita presentada por la víctima, por ante la Fiscalía del Ministerio Público, ella tiene cualidad de "parte procesal".

## REFERENCIAS

Bertolino, P. (1997), La situación de la víctima del delito en el proceso penal de la Argentina. En: La víctima en el proceso penal. Su régimen legal en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay. Ediciones Depalma, Buenos Aires.

Código Procesal Penal. Ley número 7594 de 10 de abril de 1996. Gaceta número 106 del mismo año. Costa Rica.

Maier, J. (2003). Derecho procesal penal. Tomo II. Parte general. Sujetos procesales. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. Primera edición.

Pérez, E. (2007). Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal. Quinta edición, Vadell Hermanos Editores, CA, Caracas, Venezuela.

# LA PRISIÓN PREVENTIVA, CRÓNICA DE UNA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE



Roger José López Mendoza*

## INTRODUCCIÓN

En Venezuela la presión de la opinión pública, los intereses políticos y las tendencias autoritarias, han marcado en más de una oportunidad a tener que aseverar erradamente que toda afirmación de principios y de garantías pueden conllevar a la impunidad en favor del imputado (que no es delincuente, por cuanto no ha sido condenado), y sin estar al tanto, se incorporan en un contexto absorbente y totalitarista que en nada contribuye a combatir la creciente inseguridad. Al respecto, considera el autor del presente trabajo que, en Venezuela, se asume la errada idea que a quien se le atribuya la comisión de un tipo penal se le debe constreñir con prisión preventiva; es decir, dicha medida es interpretada como regla y no como excepción, según determinados y cuestionables criterios jurisprudenciales asentados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, especialmente en materia de delitos de drogas y violencia de género. No obstante, es claro que, las garantías constitucionales se traducen en mecanismos que permiten el efectivo goce de los derechos de las personas y constituyen una limitación frente a cualquier injusta e infundada injerencia estatal en el ejercicio del *ius puniendi*, ya sea, limitando ese poder o repeliendo el abuso.

Es por ello que deben hacerse múltiples consideraciones que resultan convenientes al momento de decretar la medida de privación judicial preventiva de libertad, tomando como principales fundamentos el peligro de fuga o de

* Abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela. Especialista en Ejercicio de la Función Fiscal graduado en la Escuela Nacional de Fiscales del Ministerio Público. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, y Doctorando en Ciencias Penales y Criminalísticas en la Universidad Católica Santa Rosa, Caracas.

obstaculización de la investigación, que le imprimen a esta una naturaleza jurídica eminentemente instrumental y provisoria. Sin embargo, la mayoría de los jueces imponen dicha medida con fines estrictamente preventivos, tomando en cuenta factores ajenos a la estricta legalidad, como la repercusión social por el tema de litigio, la peligrosidad del autor (con toda la carga que significan los estereotipos para el derecho penal) o la urgencia de combatir la inseguridad, todo lo cual, caricaturiza el objetivo de la prisión provisional y tienden a conculcar derechos constitucionales que hacen de las mentadas garantías, simples disposiciones sujetas a restricciones por vía jurisprudencial. Entonces, ¿qué papel juega en estos casos el principio de inocencia y afirmación de libertad?

Para abarcar y responder tal cuestión, en primer lugar fue necesario, identificar los requisitos de procedencia de la prisión provisional establecidos en los artículos 236 del COPP (2012), concatenándolos con el predominio y favorecimiento de la tesis procesalista de la prisión provisional recogida en los artículos 237 y 238 *ejusdem*, por ser esta de avanzada en materia de derecho y garantías constitucionales, por cuanto en todos los casos de delitos castigados con penas de diez o más años, al juez tiene, bajo su legal autonomía, la prerrogativa de imponer razonadamente al imputado otra medida instrumental sustitutiva, pese a la legalmente obligatoria petición fiscal de privación de libertad. De manera pues, que la gravedad del delito que emerge a consecuencia del peligro de fuga, se traduce en una convicción probable o presunción *iuris tantum* de evasión de la justicia, por lo que ese riesgo procesal, constituye, simplemente, un elemento adicional a considerar al instante de decidir la medida, excluyéndose en ese sentido, todo criterio que considere *iure et iure* el peligro de fuga.

Luego, fue necesario analizar la naturaleza jurídica de la prisión provisional, pues en la práctica forense esta se aplica como regla y no como excepción, siendo ello el resultado que ha tenido en la jurisdicción penal venezolana, a tal extremo que, sin existir solicitud y/o cargos fiscales, los jueces de control imponen a ultranza esta medida en la audiencia de presentación; y, además, niegan el decaimiento de la prisión provisional alegando la existencia de **"dilaciones debidas"**, observándose también que, rechazan el control difuso de la constitucionalidad, en el caso del efecto suspensivo del recurso de apelación

cuando se ha dictado una sentencia absolutoria, no obstante este tema no será analizado en el presente trabajo.

En consecuencia, se desarrolló un examen bibliográfico, documental a nivel analítico, mediante un análisis interpretativo de las fuentes bibliográficas contenidas en textos doctrinales nacionales y extranjeros, legales y jurisprudenciales, mediante la interpretación jurídica lógica, sistemática y teleológica.

## PRISIÓN PREVENTIVA. CRÓNICA DE UNA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE. ACTUACIONES DE HECHO Y DE DERECHO QUE GENERARÍAN ARBITRARIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN AL MOMENTO DE DECIDIR ACERCA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL.

Antes de abordar el tema vinculado a los aspectos técnicos que deben cumplirse en el proceso penal venezolano, a fin de que no se cometan arbitrariedades judiciales al momento de decidir acerca de la prisión provisional, resulta necesario señalar el contexto en el que puede devenir en inconstitucional el arresto o detención de una persona, aclarando desde ya, que los programas de prevención que deben cumplir las policías para la protección de los ciudadanos frente a cualquier situación que suponga una amenaza para su vida o integridad física, su propiedad o el ambiente, debe respetar los derechos fundamentales de las personas, tal como lo señalan los artículos 44 y 55 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999). En ese sentido, afirma Cabrera (2012) que "la policía preventiva actúa como garante del orden público, de la protección de los ciudadanos y de sus bienes, como herramienta para mantener el orden social y familiar y para aplacar peleas callejeras, control de disturbios, protección de persona…" (p. 790); pero aún en estos casos, la función preventiva debe apegarse a las garantías y normas constitucionales, y si no lo hace, genera en los funcionarios responsabilidad penal, civil o administrativa, según el artículo 25 constitucional.

## Las Redadas y Citaciones. Métodos policiales que atentan contra la libertad individual

Los órganos de policía llevan a cabo lo que en la práctica se ha dado en llamar redadas para "limpiar" la ciudad de posibles delincuentes, con lo cual se detienen a ciudadanos sospechosos de cometer delitos, manteniéndolos recluidos e impidiendo su libertad de tránsito, desarrollando con ello acciones que no son acordes con la pregonada existencia de un estado de derecho. Las redadas indiscriminadas y las detenciones de personas por razones de investigación constituyen métodos inconstitucionales que atentan contra la libertad individual. Estas prácticas policiales eran frecuentes durante la vigencia de la constitución de 1961, y a pesar que tampoco las permitía expresamente, hoy día, bajo el vigente texto normativo constitucional (CRBV, 1999), se sigue negando uno de sus valores básico: la libertad ambulatoria y el respeto al ser humano.

Estos supuestos de arrestos o detenciones fácticas de personas, no deben confundirse con la retención, pues en esta no se priva de libertad al individuo, sino que se le obliga a permanecer en un determinado lugar por breve tiempo para desarrollar una determinada actuación prevista en el COPP (2012), como sería el reconocimiento del imputado o imputada (art. 216); el mandato de conducción (art. 292); inspección de personas (art. 191); la orden que durante una diligencia de inspección del sitio, no se ausenten las personas que allí se encuentren (art. 189); impedir que obstaculice un determinado acto policial de investigación. Igualmente, la Ley Orgánica de Drogas (LODR, 2010), faculta a los funcionarios para realizar diversas clases de inspecciones, ateniéndose siempre al respeto de la dignidad de las personas detentadoras de los bienes a examinarse.

De otra parte, también se observan situaciones de hecho realmente alarmantes en que ciudadanos, previa citación del órgano policial auxiliar de investigación, acuden para ser entrevistados o interrogados en determinada investigación penal e inmediatamente después se les priva de libertad sin que en su contra exista orden judicial de detención y sin que se le haya sorprendido *in fraganti*, vulnerándose de forma grosera la garantía prevista en el artículo 44 constitucional.

Ciertamente, la policía preventiva y/o de investigación penal debe impedir que se cometa un delito que está en pleno desarrollo, pero no detener arbitrariamente a ciudadanos sobre la base de sospechas, conjeturas o simples creencias de que aquel se está perpetrando.

## Postulados filosóficos de la prisión preventiva

El sistema acusatorio penal venezolano establece como requisitos para decretar la privación de libertad en el proceso, la acreditación del peligro de fuga del imputado y/o de la obstaculización de la investigación, indistintamente del delito que se trate. Por ello, el enjuiciamiento en libertad constituye un derecho consecuencia del estado de inocencia del cual disfruta la persona sujeta de un proceso y que solo puede ser privado por razón estrictamente procesal o instrumental, siendo entonces su postulado filosófico el establecimiento de la justicia y la necesidad de contar con la presencia del imputado durante el juicio.

En ese orden, algunos estudiosos del derecho penal señalan que el fundamento filosófico de la prisión provisional lo constituye el aseguramiento del proceso. Para Fontán (citado por Reynoso, 1966), se trata de un mal que necesariamente debe imponerse al delincuente, ya que, "la comunidad tiene que tomar acciones en contra de aquel a quien se le presume autor o partícipe de un delito, por tanto es una manera de garantizar que se cumplirá la pena que eventualmente pudiera imponérsele" (p. 109).

Por su parte, Jiménez (1983), afirma que bajo un criterio injusto y absurdo, "los fines de la prisión preventiva pueden ser los de la ejemplaridad o de satisfacción al sentido público de la justicia" (p. 118); sin embargo, considera el autor de la presente investigación, que el fin de ejemplaridad es exclusivo de la pena impuesta derivada de una sentencia condenatoria donde al acusado se le declara culpable.

Así, Manzanera (1998) señala que "la prisión preventiva, no pretende cumplir funciones de retribución o de prevención general, ya que se aplica a personas que se supone son inocentes en tanto no haya sentencia en su contra. Por tanto no hay reproche moral" (p. 24), es decir, no se busca intimidar ni

ejemplificar y se basa tan solo en una presunta fuga ante la sospecha de que el sujeto cometió un delito.

### Tesis Procesalista acogida por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia que justifica la prisión preventiva y reafirma el principio de afirmación de libertad

Se conoce como teoría o tesis procesalista de la prisión preventiva aquella que considera que esta es una medida cautelar. La jurisprudencia venezolana asentada por la Sala Constitucional y Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia y los autores que la sostienen -casi la totalidad de la doctrina- afirman que la prisión preventiva no es lo mismo que una pena, pues no tiene un fin en sí misma, sino que, se limita a ser un medio instrumental a través del cual se logra llevar el proceso penal adelante y la aplicación de la ley sustantiva. En consecuencia, afirma Rodríguez (1998), que "no hay reproche moral, no se busca intimidar ni ejemplificar y se basa tan solo en una presunta peligrosidad ante la sospecha de que el sujeto cometió un delito" (p. 24).

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñíguez contra Ecuador, en sentencia del 21 de septiembre de 2007, señaló que para la conformidad de la prisión preventiva con la CADH (1969), la posibilidad de privar cautelarmente a una persona de su libertad debe tener como fin único la neutralización de un peligro procesal, es decir, para que el acusado no impida el desarrollo del proceso o eluda la acción de la justicia.

Se parte del criterio que, ni el peligro de fuga ni el de obstaculización pueden estructurarse partiendo de presunciones legales absolutas que no admiten prueba en contrario, ni relativas, que permiten prueba en contrario, pero desplazan la carga probatoria al imputado. Es decir, se postula el principio que no existen delitos inexcarcelables, toda vez que la pena conminada en expectativa ya no podrá utilizarse como único fundamento de la privación de libertad cautelar del imputado.

Respecto a la libertad del imputado en el proceso penal, Monagas (2002), afirma que:

> La simple lectura del texto constitucional lleva al establecimiento de la libertad como regla o principio del proceso penal y por consiguiente prohíbe el decreto apriorístico de privación de libertad al que tanto se recurre en el proceso penal, por razones que le son totalmente ajenas (p. 40).

Ciertamente, la sentencia nº 218, de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, del 18 de junio de 2013, dio un salto a favor de la tesis procesalista al dictar un fallo que elimina el dictado automático de la prisión preventiva basado en el *cuantum* de la pena, reemplazándolo por el criterio de que la prisión provisional solo se debe decretar cuando existen peligros procesales acreditados en la causa, destacándose que "la privación preventiva de libertad no puede decretarse con la comprobación de una sola condición, sino que es necesario corroborar que las tres condiciones se han cumplido".

Del mismo modo, la Sala Constitucional en sentencia vinculante, N° 2.426 del 27 de noviembre de 2001, estableció que:

> …La presunción de inocencia y el principio de libertad…, son una conquista de la sociedad civilizada que debe ser defendida por esta Sala y por los restantes tribunales de la República por imperativo del propio texto constitucional y, aún más allá, de valores fundamentales que han sido reconocidos al ser humano por su condición de tal…

Esta tesis, además de garantizar el principio de afirmación de libertad, ubica al encierro preventivo dentro del marco constitucional, partiendo del principio de presunción de inocencia consagrados expresamente en los artículos 49.2 de la CRBV (1999) en concordancia con el art. 8 del COPP (2012); artículos 8.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH, 1969) y 14.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1976), como principio central -inspirador de la disciplina constitucional del proceso - pasando por el derecho a la libertad ambulatoria consagrado en el artículo 50 del texto constitucional, así como los artículos 9.1 del PIDCP (1976) y 7 de la CADH (1969), que garantiza el derecho de transitar, entrar, permanecer y salir del territorio venezolano; y, por último, el derecho al juicio previo que exige sentencia firme para restringir la libertad personal.

La tesis procesalista justifica constitucionalmente la prisión preventiva, pero reconoce que provoca una tensión entre el respeto a la libertad de las personas y el fin y eficacia en la represión de los delitos, debiéndose conjugar el

derecho de la sociedad a defenderse contra el delito con el de quien soporta la condición de imputado.

Por ello se dice que debe ser excepcional y se le reviste de una serie de principios por ser la medida más severa que se puede aplicar a una persona acusada de delito, a saber: a.- necesidad: se aplica solo cuando aparezca necesario neutralizar el riesgo procesal; b.- provisionalidad: respecto de la subsistencia del peligro que pretenden eliminar; c.- idoneidad: aptitud medio-fin desde un punto de vista cualitativo para alcanzar los fines previstos; d.- mínima intervención o subsidiariedad: lo que importa su naturaleza de *ultima ratio*, y por lo tanto, supeditada a la inexistencia de otras medidas que coarten derechos fundamentales en forma menos gravosa; e.- proporcionalidad: con el peligro procesal que se trate de evitar; y f.- excepcionalidad, porque afecta derechos de quien goza de un estado de inocencia, lo que conlleva una interpretación restrictiva.

## Tesis Sustantivista acogida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que justifica la prisión preventiva y compromete el principio de afirmación de libertad

Son diametralmente opuestos a la tesis procesalista objetivos distintos a asegurar las finalidades del proceso y la comparecencia del acusado al juicio, tales como disminuir la inseguridad, contrarrestar la posibilidad de reiteración delictiva o aplacar la alarma social producida por el delito, los cuales no constituyen fines instrumentales sino fines sustantivos o propios de las penas.

El criterio sustantivista se pone de manifiesto en aquellos sistemas de juzgamiento penal cuando la prisión preventiva juega un papel exitoso en la investigación, convirtiendo el principio de afirmación de libertad en una excepción. De acuerdo a esta tesis, la legislación es la que regula su procedencia como la denegatoria de la excarcelación, tomando en cuenta para ello, la cuantía de la pena en expectativa, el tipo de delito imputado, la extensión del daño causado, las circunstancias personales, la repercusión social del hecho y la reincidencia. En efecto, para Olmedo (1966), "la prisión preventiva tiene como finalidad evitar que se persista en el delito o su reiteración, o bien satisfacer la necesidad de defensa social contra la peligrosidad del sospechoso" (p. 329).

Ahora bien, aun cuando la Sala Constitucional en sentencia vinculante y la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia favorecieron la tesis procesalista, contradictoriamente la propia Sala Constitucional en su más reciente fallo vinculante N° 331, del 02 de mayo de 2016, acogió finalidades sustantivistas típicas de la ideología de la defensa social, reformando los supuestos de procedibilidad previstas por el legislador para adoptar la prisión provisional, prohibiendo otorgar la excarcelación a las personas imputadas en determinados delitos previstos en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LOSDMVLV, 2014), señalando que:

> Dada la naturaleza de los delitos en materia de violencia contra la mujer, el juzgamiento en libertad está prohibido para aquellos delitos en los cuales se presuma el peligro de fuga, es decir, cuyo límite máximo de pena supere los diez (10) años, a tenor de lo previsto en el Parágrafo Primero del artículo 237 del Código Orgánico Procesal Penal.

Y más adelante, expresa:

> El hecho lesivo de este amparo lo constituye la amenaza de peligro de fuga que el legislador establece como presunción iure et de iure (no admiten prueba en contrario) en los delitos imputados por el Ministerio Público, cuales fueron violencia sexual, extorsión agravada y exhibición de material pornográfico de niños, niñas y adolescentes.

En efecto, la Sala utiliza el peligro de fuga, pero los indicadores que miden ese riesgo residen en el *cuantum* de la pena en expectativa y la naturaleza del delito, situación que desdibuja el principio de afirmación de libertad, por cuanto, la aplicación automática de la prisión provisional no permite invocar motivo alguno para revertir el criterio jurisprudencial, lo cual, no solo libera al Ministerio Público de la obligación de demostrar por qué el imputado debe estar privado de libertad, sino que además, la defensa del imputado, no podrá alegar circunstancia objetiva alguna, todo lo cual, choca con los principios constitucionales del debido proceso, derecho a la defensa, de presunción de inocencia y afirmación de libertad, siendo en consecuencia, inconstitucional.

Esta concepción de la prisión preventiva, tal como lo indica Sergi (2001), "ha encontrado una fuerte recepción legislativa y jurisprudencial, y aún no se ha podido desterrar por completo" (p. 115).

Así, se observa que el Tribunal Supremo de Justicia ha sostenido y mantenido el criterio -peligrosamente inquisitivo- de calificar los delitos de drogas como de lesa humanidad, para justificar el enjuiciamiento bajo medida de privación de libertad, ya que atentan contra los derechos humanos y por tanto, salvo excepciones, no le son aplicables ninguna fórmula alternativa de cumplimiento de pena, ni algún otro beneficio, referido a la ejecución de la pena.

Dicho criterio, tiene su génesis en la decisión adoptada por la Sala de Casación Penal en fecha 28 de marzo de 2000, seguida de sendas decisiones dictadas por la Sala Constitucional en fechas 02 de abril y 12 de septiembre de 2001, a las que se han sumado otras de fechas posteriores.

En relación a esta desafortunada doctrina jurisprudencial, los delitos de drogas si bien deben ser perseguidos y evitar la impunidad, a criterio del autor, no encuadran en la conducta típica de los delitos de lesa humanidad, por cuanto, el artículo 29 constitucional no lo califica como tal y el artículo 271 *ejusdem*, tampoco señala a los delitos de droga como crímenes de lesa humanidad, sino que complementa lo que no previó el artículo 29, es decir, que es imprescriptible, que no debe negarse la extradición de sus autores y la confiscación de bienes provenientes de esa actividad.

Por tanto, las consecuencias derivadas del citado artículo 29, no le son aplicables a los delitos de droga en el sentido de quedar excluidos de beneficios procesales que puedan conllevar a su impunidad. En tal sentido, Rosell (2003), señala que:

> Aseverar que algunos de los dos artículos transcritos considera a los delitos de droga como crímenes de lesa humanidad ***es una falsedad***, peor aún, es una actitud que confunde al incauto o al lector desprevenido, pues como el artículo 29 crea la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, así como de otras especies delictivas, pero sin mencionar para nada los delitos de droga, y luego el artículo 271 específicamente declara también la imprescriptibilidad de los delitos de droga, pero sin calificarlo como crímenes de lesa humanidad, se procede con una intencionada ***confusión de los textos transcritos***, al llegar a la falsa conclusión de que los delitos de drogas son considerados por la Constitución como crímenes de lesa humanidad, por lo que debe negársele a sus autores los beneficios previstos para la ejecución de la pena, ***interpretación a todas luces arbitraria.*** (p. 34).

De modo semejante, el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ERCPI, 1998) no define los delitos de drogas como crímenes de lesa humanidad, y a pesar de que representantes de los Estados que participaron en la Conferencia de Roma discutieron su posible inclusión como tales, finalmente "no llegaron a un consenso al respecto, sobre todo porque era evidente el diverso tratamiento o respuesta que se le da a este tipo de criminalidad en la normativa interna de los diferentes países" (Ferreira y Malaguera, 2002, p. 13).

Se colige entonces, que en materia relacionada con los delitos de drogas, el Tribunal Supremo de Justicia acoge la tesis sustantivista para negar la excarcelación de sus autores, contrariando el derecho internacional (art. 7 del ERCPI, 1998) e interpretando erradamente el contenido de los artículos 29 y 271 del texto fundamental, al calificarlos como crimen de lesa humanidad, dando así, un salto agigantado en contra de la tesis procesalista y del principio de afirmación de libertad en el proceso penal venezolano, al dictarse una serie de fallos que tienden a favorecer el dictado automático de la prisión preventiva basado en el monto de la pena y a reemplazarlo por el criterio de que la prisión preventiva solo se puede decretar cuando existen peligros procesales acreditados en la causa.

## El Requerimiento Fiscal como presupuesto s*ine qua none* de las medidas coerción personal

Según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999), es el Ministerio Público el órgano llamado a ejercer la acción penal, para lo cual debe llevar a cabo una investigación imparcial dirigida a la búsqueda de la verdad, vale decir, comprobar la posible comisión de un delito por parte de la persona a quien se le atribuye o confirmar la presunción de inocencia que obra a su favor. Y es por ello que a los fiscales les corresponde imputar al presunto autor o partícipe de un hecho punible, es decir, informarle de manera clara, precisa y circunstanciada en qué situación habría cometido el hecho que se le atribuye y cuáles son los elementos que le comprometerían.

Los artículos 24 y 111.11 del COPP (2012), delegan la titularidad del ejercicio de la acción penal al Ministerio Público, lo cual, en materia cautelar, se vincula con el artículo 236 y 373 del texto adjetivo penal, disponiendo que el

Juez de Control podrá decretar la privación preventiva de la libertad del imputado previa solicitud del Ministerio Público. Lo anterior se ve ratificado en el artículo 285 constitucional que establece las competencias del órgano fiscal, entre las que destacan:

> 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.
>
> 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.

A su vez, el artículo 236 del texto adjetivo penal dispone que siempre que se acredite la existencia de ciertos supuestos determinados por el legislador, "el Juez o Jueza de Control, a solicitud del Ministerio Público, podrá decretar la privación preventiva de libertad del imputado o imputada…"

Además, el artículo 373, establece lo siguiente:

> El aprehensor o aprehensora dentro de las doce horas siguientes a la detención, pondrá al aprehendido o aprehendida a la disposición del Ministerio Público, quien dentro de las treinta y seis horas siguientes, lo o la presentará ante el Juez o Jueza de Control competente a quien expondrá cómo se produjo la aprehensión, y según sea el caso, solicitará la aplicación del procedimiento ordinario o abreviado, y la imposición de una medida de coerción personal, o solicitará la libertad del aprehendido o aprehendida. En este último caso, sin perjuicio del ejercicio de las acciones a que hubiere lugar. El Juez o Jueza de Control decidirá sobre la solicitud fiscal, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes desde que sea puesto el aprehendido o aprehendida a su disposición…

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza procesal y jurisdiccional de la fase preparatoria del proceso penal acusatorio. Hay quienes opinan que no se trata de una fase verdaderamente jurisdiccional o procesal como tal, sino de un mero procedimiento administrativo o de una actividad de jurisdicción voluntaria, tal como lo ha sostenido por Cabrera (1999).

Antes bien, la naturaleza no jurisdiccional ni procesal de la investigación, es viable para el sumario en los sistemas inquisitivos y mixtos, donde existe el secreto sumarial y está vedada la intervención del imputado y de la víctima en

las diligencias de investigación y por lo tanto no existe el derecho al alegato ni al control y contradicción de la prueba.

Empero, en el sistema penal acusatorio, que se caracteriza por la libre accesibilidad del imputado y de la víctima a las actuaciones, con la consiguiente posibilidad de ejercer el derecho a la defensa en todas sus manifestaciones, todas las actuaciones de la fase preparatoria tienen carácter jurisdiccional. En ese sentido, afirma Pérez (2003), lo siguiente:

> Los actos del Ministerio Público como director y ordenador de la investigación, están sometidos a la supervisión y el control permanente de los jueces, lo que de suyo, le confiere carácter jurisdiccional a la fase preparatoria… es difícil concebir como no jurisdiccional una actividad de la que depende la aplicación del derecho material a hechos y personas concretas (p. 207).

Por ende, ese carácter jurisdiccional convierte al juzgador en un tercero imparcial e *impartial*, a quien le corresponde velar por la regularidad del proceso, el ejercicio correcto de las facultades procesales y la buena fe, desligándose absolutamente de los intereses que tienen las partes y del ejercicio de la investigación y de la promoción de la acción penal, por ser éstas competencias exclusivas del Ministerio Público, pero que están sujetas al control judicial, que en el caso del juez que actúa en función de control, le corresponde controlar durante la fase sumarial o preparatoria aquellas actuaciones que afectan mediata o directamente derechos fundamentales, cuando sean arbitrariamente realizadas o necesarias para impulsar el proceso penal, al igual que el control formal y material de la acusación en la audiencia preliminar.

Como resultado, el artículo 236 del COPP (2012) prevé entre las competencias del Ministerio Público, la de requerir, impulsar, instar o solicitar al poder judicial las medidas nominadas e innominadas precautelativas reales y de coerción personal, como requisito formal de procedencia para su imposición; a la par, el artículo 373 del COPP (2012), indica con meridiana claridad que, el Ministerio Público debe presentar ante el Juez de Control a la persona detenida en flagrancia o por orden judicial, explicando las circunstancias de la detención, y según sea el caso, solicitará la aplicación del procedimiento ordinario o abreviado, y la imposición de una medida de coerción personal o la solicitud de libertad del imputado.

Luego, es el titular del ejercicio de la acción penal el calificado como sujeto activo para solicitar fundadamente al juez el decreto de alguna medida cautelar, y a este solo le compete decidir su procedencia. Por ello, no puede un Juez, sin actuar fuera de su competencia, decretar medidas de coerción personal y/o real si el fiscal no las ha requerido, al igual que le está impedido decretar medidas cautelares más graves o en mayor número a las solicitadas por el Ministerio Público o la víctima si el delito fuere de instancia privada.

Con esa inconstitucional forma de proceder está incurriendo en el delito de privación ilegítima de libertad, si, ante la inexistencia de imputación por considerar el fiscal que el hecho que motivó la aprehensión no es una conducta delictiva, decreta la detención de un ciudadano. En ese sentido, Vásquez (2007), señala que "solo pueden ser solicitadas por el fiscal del Ministerio Público pues es éste quien conoce el curso de la investigación y la necesidad de la medida a los efectos de una investigación suficiente" (p. 163).

Consecuencialmente, para que los fiscales del Ministerio Público puedan realizar eficaz y eficientemente su labor, requieren de la participación y colaboración de otros órganos integrantes del sistema de justicia, como es el caso de los órganos de policía y, como se indicó, de los jueces, cuyas atribuciones también están legalmente descritas. En el caso de la policía, independientemente de su carácter y dependencia administrativa, le corresponde realizar actos de investigación penal bajo la dirección del Ministerio Público, según lo ordena el COPP (2012). Solo en casos excepcionales de extrema necesidad o urgencia la ley le habilita para acudir directamente ante el juez y solicitar autorización para la práctica de algún específico acto de investigación que requiere orden judicial. Fuera de esos supuestos excepcionales, todos los órganos de policía están supeditados a las instrucciones de los fiscales, pues a éstos corresponde dirigir la investigación. Necesariamente, en orden a garantizar que la actuación policial se desarrolle en los términos indicados, dispone el artículo 118 de la ley adjetiva penal que los órganos de policía de investigaciones penales que infrinjan disposiciones legales o reglamentarias, omitan o retarden la ejecución de un acto propio de sus funciones o lo cumplan negligentemente, serán sancionados según la ley que los rija.

## Régimen aplicable al decaimiento de la prisión provisional

EL artículo 44.1 constitucional y el 236 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP, 2012), permiten la aplicación de la prisión preventiva. En la otra punta del problema, en lo atinente a su extensión, sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y tribunales de instancia en Venezuela han impedido racionalizar su uso.

La razón es que, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha generado un precedente legitimador de la prisión preventiva que opera en la práctica en contra de los plazos fatales. La máxima instancia judicial optó por no precisar un plazo determinado en días, semanas, meses o años como el máximo de duración aplicable a las medidas de coerción personal, sino que brindó un criterio más amplio, que debe ser evaluado por los jueces para precisar si se mantiene o no la prisión provisional, según las características de cada caso y de acuerdo a la valoración conjunta de las pautas contenidas en el Código Orgánico Procesal Penal (COPP, 2012).

En este sentido, en sentencia N° 626, de fecha 13 de abril de 2007, la Sala Constitucional señaló que el simple transcurso de los dos (2) años establecido en la ley adjetiva penal, no era suficiente para el decaimiento de la medida, por cuanto pueden existir dilaciones que derivan de la complejidad de la propia controversia. La Sala precisó que en todo proceso existen retrasos que son justificados y que nacen de la "dificultad misma de lo debatido", lo que se traduce en "dilaciones debidas" o dilaciones justificables, que pueden extender un proceso penal sin que exista mala fe imputable a las partes o al juez; tal sería el caso de "la cantidad de medios de prueba a evacuar", que hace que los hechos controvertidos se tornen complejos y por ende genere tardanza en el proceso penal que en modo alguno podría beneficiar a los posibles culpables.

Como resultado de la investigación realizada, se observa que, cada vez es mayor la necesidad de instaurar la prisión preventiva como medida excepcional (no como regla) y que esta no debe ir más allá del plazo razonable de dos años. En ese orden, el artículo 230 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP, 2012) dispone:

> No se podrá ordenar una medida de coerción personal cuando esta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable.
>
> En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de dos años; si se tratare de varios delitos se tomará en cuenta la pena mínima del delito más grave.
>
> Excepcionalmente y cuando existan causas graves que así lo justifiquen para el mantenimiento de las medidas de coerción personal, que se encuentren próximas a su vencimiento, el Ministerio Público o el o la querellante podrán solicitar prórroga, que no podrá exceder de la pena mínima prevista para el delito imputado, y cuando fueren varios los delitos imputados, se tomará en cuenta la pena mínima prevista para el delito más grave.
>
> Igual prórroga se podrá solicitar cuando dicho vencimiento se deba a dilaciones indebidas atribuibles al imputado o imputada, acusado o acusada, o sus defensores o defensoras...

La citada norma, pone al descubierto la necesidad de mantener por el menor tiempo posible, la prisión provisional, estableciendo plazos legales limitadores de la misma con el fin de evitar una prisión preventiva indefinida que pueda suponer la vulneración de todos los derechos reconocidos constitucionalmente, como así la eventualidad, de que hallándose una persona privada de libertad sea posteriormente declarada inocente en el juicio reprochado.

Ahora bien, la postura jurisprudencial adoptada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia *versus* la actitud de reinterpretar el derecho del justiciable a ser sometido a prisión preventiva por un plazo razonable de dos años, coloca en el centro de atención la problemática que pretende descubrir este trabajo especial de grado.

En la búsqueda por reglamentar el artículo 7.5 de la CADH (1969), el cual dispone que "toda persona tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable", el legislador ratificó en el artículo 230 del COPP (2012) el principio de proporcionalidad, delimitando claramente el plazo razonable de duración de la medida judicial preventiva de libertad a dos (02) años, solo prorrogables por un período que no podrá exceder de la pena mínima prevista para el delito imputado, ni ser mayor a dos años, "cuando existan causas graves que así lo justifiquen".

La interpretación estricta de la norma, colige que:

a. Al cabo de este plazo de dos años corresponde disponer la libertad del imputado, sin perjuicio de la continuación del proceso.

b. El plazo de los dos años solo pueden prorrogarse si las partes acusadoras lo solicitan:

1.b) antes de su vencimiento y

2.b) por razones que justifiquen que dicha solicitud obedece a causas o motivos graves y/o dilaciones indebidas atribuibles al reo o su defensa.

En una disposición similar al artículo 230 *ejusdem*, que fija el límite temporal de una medida de coerción personal, específicamente, de la prisión preventiva, en el ámbito del Sistema Penal de Responsabilidad de los y las Adolescentes, la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNA, 2015), establece en el parágrafo segundo del artículo 581, que:

> La prisión preventiva no podrá exceder de tres años. Si cumplido este término el juicio no ha concluido por sentencia condenatoria, el juez que conozca del mismo la hará cesar, sustituyéndola por otra medida cautelar.

Esta disposición fue más expresa que la prevista en el primer aparte del artículo 230 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP, 2012), toda vez que señala cuál debe ser el comportamiento que debe desplegar el juez ante la referida superación del término fijado para la vigencia de la antedicha medida de coerción personal, a saber, la hará cesar.

Ahora bien, a diferencia de la prenombrada ley de protección y del artículo 236 del COPP (2012), el cual precisa las consecuencias procesales en caso de que el fiscal no haya presentado la acusación, la falta de previsión normativa expresa que regule las consecuencias derivadas del primer aparte del artículo 230 *ejusdem*, permite, a juicio del investigador, afirmar que existen dos límites temporales y estructurales normativos distintos contemplados en el mencionado artículo.

PRIMERO.- Un primer momento, comprende aquel en el cual el imputado es privado de su libertad hasta que se cumplen dos años de su aprehensión. Dicho cómputo se inicia desde la detención policial y no con el auto judicial que acuerda la prisión preventiva, pues es manifiesto y notoriamente conocido, que, en Venezuela, hoy por hoy, algunos son privados arbitrariamente de su libertad por la policía política y a más de tres meses los ponen a la orden del tribunal

en función de control. Este primer momento que comprende los dos (2) años, se traduce en un término fatal o de caducidad. Así que, la actuación judicial se limita a verificar el transcurso de este lapso -empíricamente calculable-, y que el mismo no haya sido producto de tácticas procesales dilatorias del acusado o sus defensores o exista la amenaza o riesgo manifiesto a los cuales alude el artículo 55 de la CRBV (1999), aunque solo de manera excepcionalísima.

Además, es menester aclarar que, la existencia de las condiciones establecidas en los artículos 237 y 238 del COPP (2012), referentes al peligro de fuga y al peligro de obstaculización de la verdad, no deben ser tomadas en cuenta por el sentenciador, al momento de decidir sobre el decaimiento de una medida, cuando el imputado ha permanecido privado de su libertad por un tiempo igual o mayor al establecido en el artículo 230 *eiusdem*, dado que, el propósito del legislador al crear dicha norma fue fijar un límite máximo de dos (2) años de duración, a toda medida de coerción personal, independientemente de su naturaleza, puesto que previó que ese lapso era suficiente para la tramitación del proceso y del plazo razonable de la prisión preventiva. Se trata, como se indicó antes, de un término de caducidad que contiene el artículo 230 de la ley adjetiva penal.

En consecuencia, cuando la prisión provisional arriba al término de los dos (02) años, ella decae automáticamente sin que dicho código adjetivo penal disponga la aplicación de medida sustitutiva alguna, por lo que el cese de la coerción -en principio- obra automáticamente, o en su defecto, a solicitud de parte, y la orden de excarcelación, si de ella se trata, se hace imperativa, bajo pena de convertir la detención continuada en una privación ilegítima de la libertad, y en una violación del artículo 44 constitucional. Ello es así, en razón de evitar dilaciones injustificadas y proteger a los imputados de la posibilidad de sufrir detenciones eternas sin que, contra ellos, pese sentencia condenatoria firme.

SEGUNDO. - El segundo momento o límite temporal se inicia con la solicitud de la prórroga de las medidas que estén próximas a su vencimiento por la fiscalía o el querellante y acordada por la autoridad judicial. Esta prórroga no podrá exceder la pena mínima prevista para el delito imputado y si son varios delitos la pena mínima para el delito más grave, pero además, tanto la solicitud fiscal como el auto que acuerda la prórroga deben estar amparadas en causas

graves que así la justifiquen o cuando existan dilaciones indebidas atribuibles al reo o rea o sus defensoras o defensores; deduciéndose además, que si las medidas de coerción personal hubieren alcanzado o sobrepasado el término de caducidad de los dos años sin haberse solicitado la prórroga, el acusador no podrá oponerse con éxito al decaimiento de la misma y el juez no podrá negarla bajo ningún pretexto.

Pero ¿qué debe entenderse por causas graves a los fines del decaimiento y de la prórroga? La respuesta, según la sana crítica, la dará el juez en cada caso en concreto, entendiendo este investigador como únicas causas graves, los actos dilatorios del reo o su defensa y la amenaza o riesgo a los cuales alude el artículo 55 de la constitución, pero en casos excepcionales realmente justificados.

En consecuencia, en concepto de quien suscribe, son esas las únicas causales que podrían determinar que el acusado deba ser juzgado bajo un régimen de detención, negándose el decaimiento de la medida o en su defecto acordándose la prórroga, por cuanto, no le está conferida, al intérprete, la libertad para la creación de supuestos de excepción, contrarios, distintos o ajenos a los que establezca expresamente el legislador (reserva legal), respecto de las normas que, como la que contiene el citado artículo 230 del código adjetivo, deban ser interpretadas de manera restrictiva. De manera que, la complejidad del asunto debatido, la gravedad del delito, numerosas pruebas por evacuar, las dilaciones imputables al órgano judicial o a otras instituciones o autoridades no jurisdiccionales como al sistema penitenciario, entre otras, constituyen, en realidad, causas dilatorias del proceso que afectan el derecho del acusado a ser enjuiciado en un plazo razonable, lo que no debe confundirse con la duración de la prisión preventiva.

Por otra parte, al tasar la medida de coerción personal a dos años, no lo limita a la celebración del juicio oral, ni toma en cuenta para nada la duración del proceso penal donde se decreta la medida, el cual puede alargarse por un período mayor a los dos años, con o sin celebración del juicio, sin que exista sentencia firme, por la concurrencia de cualquiera de las causas antes mencionadas. Sin embargo, la Sala Constitucional en la sentencia 626, confunde el plazo razonable de juzgamiento, el cual no puede precisarse en días, meses o años con el plazo razonable de vigencia de la medida de coerción personal, que es un dato preciso

y empíricamente calculable, por cuanto no podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder el plazo de los dos años.

De lo anterior se sigue que, pese a estar normado y delimitado el plazo razonable de la prisión provisional en la legislación a dos años, en la práctica, al igual que plazo de juzgamiento, el límite actual de la prisión preventiva no es preciso y terminante, no puede medirse en unidades de tiempo (días, semanas, meses, años) y además es demasiado extenso, por lo cual, debe considerarse caso por caso. A este respecto Pastor (2002) entiende que los plazos de la ley "son lo suficientemente extensos para considerar que una vez vencido el plazo razonable del encarcelamiento preventivo también se genera un impedimento procesal por la excesiva duración del proceso" (p. 665); mientras que Sergi (2001), propone que "el cese de la prisión preventiva conlleva la clausura de la persecución por vía del sobreseimiento por extinción de la acción penal, como sucede en el caso de la prescripción, cuando ha cumplido, encarcelado preventivamente, la pena" (p. 139).

## CONCLUSIONES

Finalizada la investigación se concluyó que, toda privación de libertad realizada al margen del artículo 44 de la CRBV (1999), fundada y sostenida en redadas policiales, conjeturas e indicios poco sólidos, informes de inteligencia militar, señalamientos anónimos o en testimonios de dudosa credibilidad, son nulas de nulidad absoluta por inconstitucional y su judicialización crea en la ciudadanía un clima de inseguridad jurídica, se alteran las bases de un orden justo y se promueven las arbitrariedades policiales.

Ahora bien, la legislación penal, conforme a los artículos 236 y 237 del COPP (2012), favorece la tesis procesalista de la prisión provisional, ya que, en todos los casos de delitos castigados con penas de diez o más años, se facultó al juez para imponer razonadamente al imputado otra medida instrumental sustitutiva. De manera pues, que la gravedad del delito que emerge a consecuencia del peligro de fuga, se traduce en una convicción probable o *iuris tantum* de evasión de la justicia, por lo que ese riesgo procesal, constituye, simplemente, un elemento adicional a considerar al instante de decidir la medida, proscribiéndose

al respecto, con base a los artículos 9 y 229 el citado código, toda regla *iure et iure* creada por vía jurisprudencial en materia de delitos de droga y violencia de género para la detención en la que siempre habrá detención, ya que al hacerlo, estará ocupando un lugar privilegiado en el sistema penal, desdibujando su carácter instrumental y provisional por una función signada de lazos sustantivistas de penalización inmediata. Adicionalmente, los jueces incurrirán en usurpación de funciones que constitucional y legalmente corresponden al Ministerio Público, al decretar sin la intervención y solicitud de éste la prisión provisional.

Finalmente, en lo que respecta al objetivo general referido a las situaciones de hecho y de derecho que pueden provocar que la detención o privación de libertad de una persona devenga en inconstitucional, se puede concluir que éstas son: **(i)** Aquellas en que para el momento de la detención no se haya configurado un delito flagrante y no exista orden de aprehensión, lo que la hace inconstitucional por ser contraria al artículo 44 de la CRBV (1999). **(ii)** Las decretadas en base a la regla jurisprudencial de peligro de fuga *iure et iure*, pues con ello se termina identificando la prisión preventiva con una decisión de fondo y con mayor eficacia para las investigaciones (una investigación bien hecha sería aquella que tiene detenidos preventivamente a sus presuntos autores). Esos fines latentes de la prisión preventiva llevan a confundir irremediablemente los términos imputado y culpable, proceso y pena. **(iii)** Las privaciones de libertad mantenidas por tiempo superior a los dos (02) años por motivos distintos a: a) los actos dilatorios del reo o su defensa y b) la amenaza o riesgo a los cuales alude el artículo 55 de la Constitución, ya que, cualquier otra razón con la cual se pretenda justificar la vigencia será contrario a lo que dispone el artículo 230 del COPP (2012), y por lo tanto se consideran razones *extra legem* signada por la arbitrariedad que proscribe el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, 1969).

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cabrera (1999). **Algunas Consideraciones sobre el Sistema Probatorio del COPP en la Fase Preparatoria y en la Intermedia**. Publicado en Revista de Derecho Probatorio N° 11. Caracas. Ediciones Homero.

Cabrera (2012). **La Prueba Ilegítima por Inconstitucional**. Caracas: Ediciones Homero

Convención Americana de Derechos Humanos **(CADH, 1969)**. Consultado en fecha 21 de mayo de 2017, de URL https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Convención Americana de Derechos Humanos **(CADH, 1969)**. Consultado en fecha 21 de mayo de 2017, de URL http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx

Corte Interamericana de Derecho Humano. **Sentencia caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñíguez contra Ecuador de fecha 21 de septiembre de 2007.** Consultado en fecha 27 de junio de 2017, de URL http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional **(ERCPI, 1998)**. Consultado en fecha 26 de junio de 2017, de URL https://childrenandarmedconflict.un.org/keydocuments/spanish/romestatuteofthe7.html

Ferreira, F y Malaguera, J. (2002). **Los Crímenes de Lesa Humanidad y el Delito de Tráfico de Drogas Ilícitas**. Ponencia presentada en el Primer Seminario Internacional de Estudios Penales y Criminológicos. Mérida: Editorial Cejucs.

Ley Orgánica De Drogas. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 39.510, septiembre 15 de 2010.

Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2015). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 6.185 (Extraordinario), junio 8 de 2015.

Monagas, O. (2002). **La Libertad Durante el Proceso, en la Segunda Reforma al COPP.** Ponencia presentada en las V Jornadas de Derecho Procesal Penal. Caracas: Publicaciones UCAB.

Olmedo, C. (1966). **Tratado de derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editorial Ediar.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos **(PIDCP, 1976)**. Consultado en fecha 24 de junio de 2017, de URL http://www.humanium.org/es/derechos-civiles-politicos/?gclid=CKG6je6f2dQCFY08gQodDh8Fdg

Pérez, E. (2003). **La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio.** Caracas: Vadell Hermanos Editores.

Reynoso, R. (1996). **Teoría General de las Sanciones Penales**. México D.C.: Editorial Porrúa.

Reynoso, R. (1996). **Teoría General de las Sanciones Penales**. México: Editorial Porrúa.

Rodríguez, L. (1988**). Crisis Penal y Sustitutivos Penales**. México: Editorial Porrúa.

Rosell, J. (2003). **Temas Actuales de derecho Procesal Penal**. Ponencia presentada en las VI Jornadas de Derecho Procesal Penal. Caracas: Publicaciones UCAB.

Sergi, N. (2001). **Límites Temporales a la Prisión Preventiva**. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.

Tribunal Supremo de Justicia. **Sentencia N° 2426 de la Sala de Constitucional de fecha 27 de noviembre de 2001.** Consultado en fecha 11 de mayo de 2017, de URL http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/2426-271101-01-0897.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. **Sentencia N° 331 de la Sala Constitucional de fecha 02 de mayo de 2016.** Consultado en fecha 15 de mayo de 2017,de URL http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/187502-331-2516-2016-16-0069.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. **Sentencia N° 626 de la Sala de Constitucional de fecha 13 de abril de 2007.** Consultado en fecha 24 de mayo de 2017, de URL http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/626-130407-05-1899.HTM

Vásquez, M. (2007). **Derecho Procesal Penal Venezolano**. Caracas: Publicaciones UCAB.

# LA PRUEBA PERICIAL BIOLÓGICA



Susan Joyce Obeso Marroquín*


## RESUMEN

Dentro del campo de las Ciencias Biológicas existe un gran número de funciones por parte de los especialistas en Biología, uno de los campos en los cuales actualmente existe una gran demanda es en el área legal y forense, en este sentido la necesidad de formar especialistas en dicho campo de acción es más apremiante día con día.

Según el Código de Procedimientos Penales para el Perú, la Ley reconoce como medios de prueba, la confesión, el testimonio, el careo, los documentos, inspección judicial y las pericias, incluido en estas el *peritaje biológico*.

El peritaje biológico exige ir a la vanguardia en cuanto al manejo y conocimiento de técnicas en el área de la Biología Forense, ya que será a través del conocimiento de éstas que se podrá dar una opinión de manera imparcial, justa, éticamente sustentable y científicamente comprobable en un caso específico, en el que un indicio biológico esté involucrado directa o indirectamente en un hecho punible.


## INTRODUCCIÓN

Los servicios periciales que presta el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses como auxiliar directo de la justicia, desempeñan un papel fundamental en la investigación técnico científica de los delitos. La capacidad de dilucidar la verdad de los hechos constitutivos del delito depende de la calidad de las intervenciones especializadas e informes que se emiten. En este sentido, la labor que desempeñan, resulta de gran valía para la administración de justicia. Por ello,

* Especialista en Biología Forense con Maestría en Ciencia Criminalística. Coordinadora del Equipo de Criminalística de la Unidad Médico Legal II La Libertad y miembro del Equipo de Identificación de Víctimas en Desastres del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Ministerio Público del Perú.

entre los compromisos de los laboratorios que lo conforman se encuentran los de promover la investigación, la excelencia en el trabajo encomendado a los peritos y la actualización permanente del conocimiento técnico científico.

El Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, con la implementación del Nuevo Código Procesal Penal (NCPP), ha crecido en funciones y servicios, exigiendo que nuestra institución cuente con peritos con una sólida formación académica, cuya participación, dependiendo de la especialidad profesional, no solo se limita al procesamiento laboratorial de los indicios que llegan hasta el laboratorio, sino que están en la capacidad de participar activamente en las inspecciones técnicas en los lugares donde se presume se ha cometido un delito. En este sentido, el perito, como agente investigador del Ministerio Público, asesora y orienta en cuestiones técnico-científicas en el escenario del suceso, así mismo, coordina e indica la aplicación de los principios para la protección del escenario, observa meticulosamente el sitio con los métodos idóneos, fija el lugar de los hechos con las técnicas aplicables y colecciona todas las evidencias materiales a efecto de estudiarlas y reflexionarlas metódicamente a nivel de laboratorio en sus diferentes secciones ya sea para estudios identificativos, cuantitativos, cualitativos y/o comparativos, para finalmente aportar las pruebas indiciarias del caso, procesadas científicamente, a través de un informe o dictamen pericial.

En este sentido, la prueba pericial biológica se ha convertido en una herramienta importante debido al valor en el litigio, pues permite, tras un completo análisis e interpretación de las evidencias como: sangre, semen, otros fluidos corporales o elementos biológicos en la escena de un delito, determinar las circunstancias que las originaron, la identificación del agresor o la víctima y en algunos casos la reconstrucción del hecho delictivo.

## LA PRUEBA PERICIAL

La prueba pericial es la opinión fundada de una persona especializada o informada en ramas del conocimiento que el juez no está obligado a dominar.

La persona dotada de tales conocimientos es el perito, y su opinión fundada es el dictamen.

## EL PERITO BIÓLOGO

El perito biólogo es aquella persona que por su conocimiento especializado de naturaleza científica y técnica en el ámbito de las Ciencias Biológicas, aporta los elementos para la resolución de los problemas que se plantean en la práctica en determinada situación legal.

El perito biólogo tiene como función auxiliar al juez en la búsqueda de la verdad, para ello deberá apoyarse de una excelente integridad moral, empleando toda su ciencia y experiencia en la misión que la sociedad y la ley le han encomendado. Es así como a través del peritaje biológico se aportarán pruebas concretas para dilucidar la problemática judicial de hecho, debiendo ser con imparcialidad, sin preferencias ni con actitudes preconcebidas con debida exactitud y honestidad.

### Responsabilidad del perito

Tener la convicción de encontrar la verdad y practicar las investigaciones con ayuda de otras ciencias interdisciplinarias, debe de contar con ética profesional para emplear solo métodos utilizados médicamente y deontológicamente, evitando utilizar métodos o técnicas riesgosas.

### Cualidades y valores requeridos

- Cientificidad
- Conocimientos jurídicos
- Disciplina
- Eficiencia
- Formación básica teórica y práctica
- Formación especializada en el área forense
- Honradez
- Imparcialidad
- Juicio
- Lealtad

- Legalidad
- Objetividad
- Profesionalismo
- Prudencia
- Reflexión y sentido común
- Respeto a los Derechos Humanos
- Veracidad

## Objetivo

Encontrar la verdad en la investigación del delito a través del estudio sistemático de las huellas o indicios biológicos dejados por el autor o víctima en la escena del crimen, para determinar la relación de éstos con el hecho delictuoso y apoyar técnica y científicamente en el esclarecimiento de problemas policiales y judiciales.

## Funciones

La tarea del biólogo forense, con la implementación del NCPP, no solo se limita al análisis de los indicios que llegan hasta el laboratorio. En la mayor parte de los casos, dicha tarea se inicia con la participación del perito biólogo en las inspecciones técnicas en los lugares donde se presume se ha cometido un delito, lo que implica la necesidad de que el perito biólogo forense posea amplios conocimientos de criminalística, a fin de lograr que los *testigos mudos* se explayen con toda su potencialidad.

Al respecto, nadie mejor que el propio perito para realizar la inspección minuciosa del lugar del hecho, ya que es él el conocedor de todos los indicios de valor forense y con posibilidad de ser analizados en el laboratorio para extraer información sobre el hecho, a la vez que es él quien sabe la manera correcta de levantar y preservar dichos indicios, sobre todo cuando se trata de material biológico, perecedero por su propia naturaleza, a fin de no cometer errores que los hagan luego no idóneos para el análisis.

En tal sentido, las funciones del Biólogo Forense se podrían resumir en:

- Examinar toda evidencia de naturaleza u origen biológico que es abandonada en la escena del crimen: deberá buscar, detectar, levantar y preservar todos los indicios biológicos que puedan ser pasibles de estudios periciales posteriores.
- Identificar lo mejor posible la sustancia biológica de que se trata: mediante un protocolo de ensayos estándar que intentará aportar definiciones sobre la naturaleza del material analizado, su origen y tipificación.
- Realizar estudios comparativos con otras sustancias biológicas semejantes y muestras relacionadas con la víctima o el sospechoso.
- Formular una hipótesis acerca de las circunstancias que originaron su procedencia, con fines reconstructivos.
- Determinar quién pudo ser el productor de dicha evidencia biológica, haciendo uso de técnicas de biología molecular para determinar el patrón de ADN de la víctima o victimario.

## ÁMBITOS JURÍDICOS EN LOS QUE PUEDE TENER INTERVENCIÓN

### a. En el Ámbito Civil

- Reconocimiento o impugnación de la paternidad.
- Determinación de filiación.
- Identificación de personas.
- Individualización de restos humanos en casos de desastres naturales y antrópicos.

### b. En el Ámbito Penal

- Delitos contra la vida el cuerpo y la salud.
- Delitos contra la libertad sexual, secuestros y búsqueda de personas desaparecidas.

- Delitos contra el patrimonio.
- Delitos contra la ecología y salud pública.
- Delitos de lesa humanidad.
- En accidentes de tránsito.
- Reconstrucción de los hechos.

### c. En el Ámbito Laboral

- Determinación de la contaminación, seguridad e higiene ambiental.
- Accidentes de trabajo.

## EL PERITAJE BIOLÓGICO

Para la correcta impartición de Justicia, el Código de Procedimientos Penales para el Perú reconoce como medios de prueba además de la confesión, el testimonio, el careo, los documentos y la inspección judicial, a las pericias, que aplicadas por peritos especializados, en auxilio de los órganos encargados de la administración y procuración de justicia, permiten que se trabaje sobre la impunidad.

La importancia del peritaje biológico surge a partir de la premisa de que, aun cuando en el área del derecho existen especialistas en la materia, siendo el Juez una de las piezas claves en éste; no siempre se cuentan con los conocimientos en otras ciencias específicas sobre cuestiones o actividades prácticas que requieren de estudios especializados e incluso de una amplia experiencia para verter una opinión; es entonces, en tales circunstancias, que se recurre al apoyo de peritos, resaltando en este sentido la importancia de la prueba pericial en los litigios.

Siendo la Biología una ciencia fáctica y objetiva, en la peritación biológica se incluyen métodos y técnicas que permiten el examen y contrastación de indicios o evidencias a través del análisis desde el lugar de los hechos hasta el laboratorio, ofreciendo un área muy diversa de estudio activo y de investigación ya sea en hematología, botánica, entomología, genética, microbiología, fisiología, bioquímica, cito-histología y ecología, por nombrar algunos.

## ÁREAS PERICIALES

Entre las más importantes tenemos:

- Botánica Forense
- Cito-histología Forense
- Diatomología Forense
- Ecología Forense
- Entomología Forense
- Espermatología Forense
- Genética Forense
- Hematología Forense
- Inmunología Forense
- Microbiología Forense
- Palinología Forense
- Tricología Forense
- Zoología Forense

## CONSIDERACIONES Y CRITERIOS PARA UNA BUENA PERICIA

Se afirma que la prueba pericial es una prueba "sui generis", toda vez que los peritos sin tener el carácter de testigos o jueces, aparecen en la expedición del informe como testigos abonados de hecho, o bien, como jueces, cuando aplican sus conocimientos científicos y determinan consecuencias respecto de los hechos investigados. Es por esto que el peritaje, en general, deviene en un acto grave e importante para quien depende de sus conclusiones, como así también, para la propia administración de justicia donde debe resolverse "científicamente" la cuestión sometida al conocimiento del experto; recordamos lo que el insigne Messel enseñaba: "que de la calidad del informe pericial, dependía en gran parte la calidad del juicio". De ahí la necesidad de este medio probatorio pericial, el cual otorga validez y fundamento a la respectiva resolución de naturaleza jurídica, se

realice de forma idónea para llegar a la verdad científica que corrobore la hipótesis de trabajo trazada por el especialista o experto pericial.

### Colecta y acondicionamiento de los indicio biológicos

- Cumplir con las instrucciones para la colecta de indicios.
- Evitar la contaminación cruzada.
- Empaquetar cada indicio por separado en bolsas de papel o cajas de cartón.
- En caso de muestras húmedas secar a temperatura ambiente en un lugar protegido antes de ser empaquetadas.
- No utilizar recipientes plásticos.
- Asegurar la cadena de custodia.
- Preservar la integridad, inviolabilidad o no adulteración.

**Tabla 01.** Indicios biológicos más frecuentes según el tipo de delito

| Tipo de delito | Indicios biológicas |
|---|---|
| Agresión sexual | Semen, saliva, restos hemáticos, sarro ungueal, pelos, recuperado de la víctima, prendas o lugar de los hechos.<br>Polen por transferencia del lugar de los hechos. |
| Lesiones | Uñas: por acción de defensa el sarro ungueal puede contener restos de sangre, piel, pelos.<br>Saliva dejada por mordeduras<br>Sangre de la víctima en ropa o implementos del agresor. |
| Aborto | Sangre: ADN para ID de la madre y establecer relación biológica de descendencia con un feto. |

| | |
|---|---|
| Robo | Sangre como consecuencia de acciones que generen heridas en el agresor.<br>Heces |
| Secuestro | Huellas biológicas de la víctima (sangre, pelos, orina, heces), indicios provenientes del lugar de los hechos (pelos de animales, polen, restos vegetales). |
| Homicidio | Manchas de sangre |
| Abandono | Insectos necrófagos |

## Cadena de custodia

Una de las formas mediante las cuales el Ministerio Público puede identificar los indicios biológicos obtenidos en el lugar de los hechos es la demostración de que se ha cumplido una estricta *cadena de custodia*.

Un indicio biológico, antes de ser presentado ante el juez penal, debe haber recorrido diferentes etapas, de tal suerte, que el mismo pueda ser considerado como prueba durante el proceso penal. El indicio biológico debe ser sujeto a determinados experimentos y confrontaciones antes de adquirir la calidad de prueba.

Antes de que un indicio biológico pueda adquirir el carácter de prueba en el proceso penal, se deben hacer los siguientes cuestionamientos: ¿Cómo se puede saber que un determinado indicio biológico pertenece a un caso particular y no a otro similar? ¿Cómo tener la seguridad de que un determinado indicio biológico no ha sido manipulado con el propósito de obtener un resultado favorable o adverso?

La objetividad en el manejo de los indicios biológicos es vital para que estos puedan adquirir la calidad de prueba durante el proceso penal, y mediante estos dictar sentencia objetiva e imparcial.

La cadena de custodia tiene por objeto acreditar que la prueba no ha sido alterada, contaminada, etc., o que no se ha cometido un error en la identificación de los objetos, sustancias, documentos, o cualquier otro elemento relacionado - directa o indirectamente – con el o los hechos que se desean probar, así como que las técnicas utilizadas son las apropiadas.

La cadena de custodia se encuentra expresamente contemplada en el Artículo 220°.5 del NCPP, señalándose como su finalidad esencial garantizar la autenticidad de o incautado.

Por lo tanto, la cadena de custodia es un *procedimiento de control* que se aplica al indicio, que bien puede ser una mancha, una huella, un medio de comisión, un objeto material, o bien, el producto de un delito. Desde su localización por parte de la autoridad hasta que la autoridad competente ordene su conclusión. El propósito de este procedimiento consiste en que dichos elementos materiales (indicios) no sean alterados, modificados, cambiados, destruidos o que desaparezcan.

Criterios que inciden en la cadena de custodia:

- Identidad
- Estado original
- Condiciones de recolección
- Preservación
- Seguridad
- Embalaje
- Registro
- Continuidad
- Envío

## Contenido del informe pericial oficial

Según el Artículo 178° del NCPP, el informe de los peritos oficiales debe contener:

- El nombre, apellido, domicilio y Documento Nacional de Identidad del perito, así como el número de su registro profesional en caso de colegiación obligatoria.
- La descripción de la situación o estado de hechos, sea persona o cosa, sobre los que hizo el peritaje.
- La exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación al encargo.
- La motivación o fundamentación del examen técnico.
- La indicación de los criterios científicos o técnicos, médicos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen.
- Las conclusiones.
- La fecha, sello y firma.

El informe pericial no puede contener juicios respecto a la responsabilidad o no responsabilidad penal del imputado en relación con el hecho delictuoso materia del proceso.

## CASO DE VIOLACIÓN SEXUAL

Un caso paradigmático nos sucedió en febrero del 2011, en la Provincia de Santiago de Chuco (Departamento de La Libertad – Perú), donde una joven de 15 años denunció haber sido violada por un hombre en una chacra. Tras la investigación policial, dos días después de los hechos, se detuvo a un sospechoso y se recabó su prenda interior. Durante la investigación se identificó el lugar donde la joven signaba el sitio de la violación, situado entre unos matorrales de maíz (*Zea mays*, familia *Poaceae*) aledaño a la zona donde pastaba sus ovejas. Se recogieron muestras del área genital de la víctima y de su ropa interior para estudio biológico. El análisis biológico identificó en todas las muestras polen de *Zea mays* "maíz" en combinación única con esporas fúngicas; así mismo, en el contenido vaginal se encontró un vello púbico y un fragmento vegetal de poacea. El investigado negaba los hechos, no obstante, en su prenda interior se encontraron espermatozoides así como polen de *Zea mays* "maíz". Estas pruebas podrían considerarse circunstanciales en lo que respecta a poder demostrar dónde

ha tenido lugar un evento y quién estaba allí, pero no si el acusado ha originado algún daño a la víctima; no obstante, en este caso, estas evidencias, junto con la identificación del agresor y el estudio de ADN del vello púbico, proveyó pruebas directas y circunstanciales para que los tribunales declararan que el detenido era efectivamente culpable y que la agresión había ocurrido en el lugar descrito por la víctima; siendo condenado por el delito de violación sexual de menor de edad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Caro, P.; Aversa, S.; Cerolini, R. y Doro, G. (2007). *Manual de Química Forense*. Ediciones La Rocca. Buenos Aires, Argentina.

Gisbert Calabuig, J. (2004). *Medicina Legal y Toxicología*. 5ª edición. Editorial Masson. Barcelona, España.

Gunn, A. (2009). *Essential Forensic Biology*. 2dª edición. Editorial Wiley-Blackwell. Liverpool, UK.

Molina, G. (2007). *Nuevo Código Procesal Penal*. Editorial Berrio. Lima, Perú.

Talavera, P. (2009). *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal: Manual del Derecho Probatorio y de la Valorización de las Pruebas en el Proceso Penal Común*. Academia de la Magistratura. Lima, Perú.

Witthaus, R. (2003). *Prueba Pericial*. 2dª edición. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina.

# IMPORTANCIA DE LA AUTOPSIA EN LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD: A PROPÓSITO DE UN CASO



Antonietta De Dominicis M.*

La autopsia es una herramienta fundamental dentro de la investigación judicial, que bien realizada, con criterio científico y siguiendo estrictamente la metodología preestablecida, permitirá que se eviten problemas penales que lleven a la realización de exhumaciones o de nuevas autopsias, en búsqueda de la verdad, como es el caso que vamos a tratar.

Vamos a recordar brevemente que es la muerte, los tipos de muerte y los tipos de autopsia, antes de entrar en materia, con la finalidad de facilitar la comprensión del tema que vamos a desarrollar. La *muerte* ha sido considerada como un estado definitivo que coincide con la detención absoluta e irreversible de las funciones esenciales del organismo, tales como la función cardíaca, respiratoria y nerviosa (Trípode vital). La muerte puede ser:

*1) Muerte natural*: es cuando la muerte ha ocurrido como resultado de un proceso natural, a consecuencia de una patología o enfermedad de cualquier etiología, ya sea infecciosa, tumoral, degenerativa, otras, donde no ha intervenido ninguna causa externa violenta. Por ejemplo, infarto al miocardio, cirrosis hepática, cetoacidosis diabética, rupturas de aneurismas.

*2) Muerte violenta*: Es aquella que, se presenta más o menos rápida, teniendo como causa manifiesta un agente externo, por lo tanto, la característica es, el mecanismo exógeno al sujeto. La vida se ha interrumpido por un proceso no natural, que por lo general obedece a mecanismos traumáticos o a fuerzas extrañas que interrumpen violentamente en el organismo. La etiología médico legal de estas

* Médico Cirujano, egresada de la Universidad Central de Venezuela. Especialista en Anatomía Patológica y en Medicina Forense. Especialista y Magíster en Criminalística. Miembro Fundador de la Sociedad Venezolana de Criminalística. Presidente de la Sociedad Venezolana de Medicina Forense.

muertes son: *suicidio* (provocada por la misma persona)*, homicidio* (provocada por otra persona) *y accidente* (a consecuencia de una fatalidad).

*3) Muerte súbita:* Es aquella que sobreviene en estado de salud aparentemente normal, más o menos repentina, pero en la cual no actúa ninguna causa externa manifiesta. Esta muerte siempre es sospechosa o enigmática ya que no existe una causa exterior manifiesta, ni mecánica, ni biológica, ni tóxica, es necesario el estudio minucioso que aclare a que se debe. Es aquella en cuya aparición no se presenta un agente exterior al que se le pueda aplicar la relación causa-efecto.

En cuanto a la autopsia podemos decir que el término *autopsia* viene (del griego, autos, yo mismo y ophis, vista) y consiste en el examen externo e interno del cadáver a fin de determinar la causa de la muerte y los cambios patológicos ocurridos en las vísceras. Es sinónimo de necropsia (de necros, cadáver y ophis, vista). Existen dos tipos de autopsia, la clínica y la médico-legal y consisten en:

*1) Autopsia clínica:* conjunto de procedimientos científico-técnicos, practicado por un médico anatomopatólogo, que contribuyen a la investigación de muertes en pacientes fallecidos por alguna patología, cuya causa de la muerte y el diagnóstico principal no se conoce con exactitud. No es obligatoria. Su principal objetivo es la confirmación de un diagnóstico.

*2) Autopsia médico-legal:* es un procedimiento científico médico, practicado en el cadáver mediante técnicas de Anatomía Patológica, por un médico anatomopatólogo forense, con la finalidad de investigar lesiones o alteraciones patológicas, cuyo descubrimiento o comprobación van a servir para ayudar al esclarecimiento de la causa de la muerte en un caso jurídico, para lo cual hay que revelar no solo la razón de la muerte, sino sobre todo, si el fallecimiento ha sido o no debido a un crimen. Es obligatoria. Tiene por objetivos fundamentales los siguientes:

- Establecer la causa de la muerte y los estados patológicos preexistentes.
- Determinar el tipo de muerte (natural, violenta y súbita) y si resulta ser una muerte violenta, su etiología (suicidio, homicidio y accidente).
- Establecer la data de la muerte a través de los fenómenos cadavéricos iniciales y sucesivos o signos abióticos consecutivos y transformativos

En relación a todo esto que hemos mencionado, debemos referir que cuando una persona fallece la forma de determinar la causa de la muerte, con certeza, es a través de la autopsia, llámese autopsia clínica o autopsia médico-legal, por lo tanto lo primero que debemos determinar es, si se trata de una muerte natural, de una muerte violenta o de una muerte súbita. En caso de muerte natural si la persona se encuentra hospitalizada, y si el médico tratante considera necesario puede solicitar la realización de una autopsia clínica, siempre y cuando el familiar lo autorice.

La muerte violenta y la muerte súbita siempre ameritan la práctica de la autopsia médico-legal, previo levantamiento del cadáver, por ejemplo, si la persona fallece en su domicilio o en la vía pública, el médico forense debe trasladarse al sitio del suceso. En Venezuela, quien se traslada al sitio del suceso para realizar el levantamiento del cadáver, ordenar la autopsia médico-legal para determinar la causa de la muerte, es el médico forense, perito al que la justicia le confía esta importante misión, *el examen de ese testigo mudo, que es el cadáver.*

El médico forense pondrá toda su experiencia y su más estricta lógica en sus deducciones, su idoneidad, su minuciosidad, su tenacidad para contribuir con el patólogo forense, quien necesita la mayor información posible recogida en la escena del crimen, capaz de aportar datos precisos sobre los tipos de muerte (muerte violenta, natural y súbita), sobre las circunstancias del suceso y sobre la identidad del cadáver

Un levantamiento mal hecho no permite al anatomopatólogo forense tener los datos que posteriormente faciliten la correlación entre los hallazgos de la autopsia y los hechos observados en el lugar del suceso. GISBERT CALABUIG opina: *"Un examen a la ligera del cadáver en el lugar del hecho es capaz de invalidar y hacer inútil la más minuciosa y perfecta de las autopsias"*

Una vez que el anatomopatólogo forense realice la autopsia médico-legal, pasa a redactar el protocolo de autopsia, es decir, el relato escrito que hace el perito sobre la descripción de todos los hallazgos encontrados durante la práctica de la autopsia, incluyendo en este informe la relación detallada de los exámenes practicados, los resultados y las conclusiones obtenidas a través de la autopsia, así como está determinado en el artículo 225 del Código Orgánico Procesal Penal.

Estos deben ser expuestos por el anatomopatólogo en forma clara y precisa, de modo que resulte también comprensible para profesionales no médicos, evitando en la descripción utilizar expresiones demasiado técnicas, como lo recomienda el Modelo de Protocolo de Autopsia de las Naciones Unidas. El protocolo de autopsia es un medio de prueba donde el anatomopatólogo forense debe plasmar en forma clara, precisa y permanente todo el procedimiento y las conclusiones a que se llegó durante su análisis.

Llegados a este punto y luego de haber realizado una síntesis sobre la muerte, los tipos de muerte y los tipos de autopsia, vamos a referirnos al caso que nos compete. Se trata de una lactante menor de seis meses de edad, para el momento de su muerte, quien falleció en el mes de agosto del 2012, en horas de la mañana.

Según declaraciones de la madre, la niña fue arrebatada de sus brazos, por un individuo desconocido con pasamontañas que ingresa a su casa, ella comienza a gritar y recibe un golpe en la cara, que la dejó inconsciente, al recobrar la conciencia sale a la calle y pide ayuda porque la niña había desaparecido. Se presenta la comisión del CICPC (Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas) para realizar la investigación, en horas de la tarde aproximadamente a la 3 de la tarde, encuentran el cuerpo de la niña flotando en el tanque de agua de la casa, en posición decúbito ventral, es decir boca abajo, es retirada del tanque, pero posteriormente es vuelta a colocar en el tanque, en posición decúbito dorsal, (boca arriba) para que el médico forense realice el levantamiento del cadáver. Es importante referir que los ahogados al flotar lo hacen en decúbito ventral, como se encontraba la niña antes de retirarla del tanque, según declaraciones de funcionarios policiales.

Aproximadamente a las 7:30 de la noche, realizan el levantamiento del cadáver con la médico de guardia del hospital del pueblo, quien no es médico forense, la médico describe: *"…en el interior de dicho tanque se encuentra el cuerpo sin vida de la infante, la cual se encontraba en posición decúbito dorsal, vestida con ropa de dormir…".* Al examen externo del cadáver la médico emite los siguientes diagnósticos:

1) Muerte por estrangulamiento.

2) Asfixia mecánica por presión a vías respiratorias.

3) Politraumatismo generalizado severo.

4) Traumatismo craneoencefálico severo.

5) Fractura de arcos costales (quinto y sexto).

6) Abuso sexual.

El cadáver fue trasladado por una comisión al Hospital Central de esa región, para que le practicaran la autopsia médico-legal, la cual fue realizada por un médico anatomopatólogo forense, el día siguiente, es decir, aproximadamente 24 horas posterior al fallecimiento, los diagnósticos del patólogo forense fueron: *"Shock neurogénico por enclavamiento amigdalar cerebeloso debido a edema cerebral por traumatismo craneoencefálico, asociado a violencia sexual y anorrectal antiguo"*.

Es necesario hacer referencia a los hallazgos del examen ano rectal que describió el patólogo forense que hizo la primera autopsia, los cuales fueron: *"ano dilatado con desgarros cicatrizados a la hora 10, 11, 1, 4, 6, y 8 según la numeración del reloj, de bordes romos cicatrizados, se observa la mucosa recto anal y contenido fecal amarillo"* motivo por el cual entre sus diagnósticos definitivos coloca *"Violencia sexual y anorrectal antiguo"*.

Luego de estos diagnósticos se procede a la detención de los padres de la niña por la presunta comisión de delito de *"Homicidio calificado y Violación"*, por lo tanto ambos fueron privados de libertad. El cadáver de la niña no fue inhumado fue envuelta en una bata quirúrgica y colocada en el congelador de una nevera, que el abuelo paterno donó a la Medicatura, para conservar el cadáver hasta que le acordaran la nueva autopsia solicitada por la defensa de los padres de la niña.

Fue después de casi 3 años, exactamente 2 años, 6 meses y 7 días, que la ciudadana Juez ordena el nuevo estudio y solicita a la parte fiscal y a la defensa designar los nuevos peritos para la *búsqueda de la verdad,* a través de la práctica de una nueva autopsia. El perito forense debe poseer experiencia en ejercicio de esa especialidad, frecuencia de la renovación de los conocimientos, habilidad en el empleo de su arte o ciencia, claridad en el planteamiento del problema, estricta

aplicación de la lógica en el razonamiento, precisión en las conclusiones y sobre todo, honestidad en el empleo de su ciencia.

Es así como en marzo del 2015, se concreta la práctica de la segunda autopsia, en una de las salas del Hospital Central. Un día antes de la realización de la autopsia, en horas de la mañana, la Juez autoriza a las anatomopatólogos forenses, las Dras. Ana Cecilia Rincón Bracho y Antonietta De Dominicis Minervini, para retirar el cadáver del congelador y colocarlo sobre el mesón de autopsia para que comience el proceso de descongelación, en vista que la niña se encontraba congelada desde hace 2 años y medio, una vez colocada sobre la mesa de autopsia se realizaron las debidas fijaciones fotográficas, para dejar constancia. El día de la nueva autopsia, en horas de la mañana se evalúa el proceso de descongelación del cadáver y al ver que se encontraba descongelado y como la autopsia estaba programada para las 2 de la tarde, se decidió colocar el cadáver en el refrigerador para que no se aceleraran los procesos de putrefacción.

Se presentó e instaló el Tribunal en pleno, junto a los representantes del Ministerio Público, el alguacil, los testigos, y las patólogos forenses, una vez extraído el cadáver del refrigerador se procedió a examinarlo en forma minuciosa y detallada, se tomaron las muestras, sobre todo del área rectal para los estudios histológicos y las evidencias fotográficas de dicha peritación. La autopsia tuvo una duración de una hora con cuarenta y cinco minutos.

Una vez concluido el acto, las muestras que fueron tomadas para estudio histipatológico fueron procesadas en esa institución hospitalaria y se les sugirió a la Juez, al Ministerio Público y al abogado de la defensa que volvieran a congelar a la niña, hasta tener los resultados definitivos y el juicio concluyera.

Luego de tres semanas se entrega el informe de 97 folios, contentivo de 25 folios útiles de contenido escrito, que incluían referencias bibliográficas de las demostraciones científicas, más 72 folios constituidos por 85 pruebas fotográficas de los hallazgos macroscópicos tomadas en el momento de la segunda autopsia, así como la microfotografía con su explicación; también se presentaron unas fotografías comparativas entre la primera y segunda autopsia, ambas en la misma posición, donde se podía corroborar y desvirtuar algunos de los hallazgos encontrados en la primera autopsia. Todas estas 85 fijaciones fotográficas tenían sus correspondientes explicaciones descritas.

Los *diagnósticos definitivos* de la segunda autopsia, es decir la sumatoria de los diagnósticos macroscópicos y de los microscópicos fueron los siguientes:

1. Cadáver de lactante menor de 6 meses de edad para el momento de su muerte, parcialmente conservada, en estado de adipocira, y con desprendimiento parcial de epidermis más evidente en cara anterior del cuerpo; con autopsia previa practicada hace 2 años, 6 meses y 7 días.
2. Asfixia mecánica por sumersión:
   a) Cianosis labial y subungüeal
   b) Hongo de espuma en boca y orificios nasales.
   c) Material de Bronco aspiración y de Edema pulmonar (Hongo de espuma) en superficie epitelial de laringe.
   d) Hemorragias pulmonares en parches y petequiales subpleurales (Manchas de Tardieu).
   e) Enfisema Pulmonar paraseptal y septal (Enfisema Hidroaéreo).
   f) Edema pulmonar.
   g) Atelectasia Pulmonar de predominio basal.

31. Traumatismo craneoencefálico: Infiltración hemática en tejido subaponeurótico epicraneano, a nivel de región fronto parietal del lado izquierdo.
4. Genitales externos de aspecto y configuración normal acorde a su edad. Himen semilunar sin lesiones. Ano dilatado, con borramiento de sus pliegues radiados debido a fenómenos cadavéricos transformativos. Margen anal sin ningún tipo de traumatismo.
5. Autolisis visceral generalizada.

## *CAUSA DE MUERTE*: ASFIXIA MECÁNICA POR SUMERSIÓN

Como se puede apreciar los diagnósticos emitidos en la segunda autopsia difieren de la primera autopsia, por tal motivo, en el informe se agregaron unos comentarios finales, con base a todos los hallazgos encontrados en la segunda

autopsia tanto macro como microscópicos, que al correlacionarlos con el lugar de los hechos y con los hallazgos encontrados en la primera autopsia y tomando en consideración todas las fijaciones fotográficas que nos fueron puestas de vista y manifiesto, era fundamental que como peritos forenses se aclararan y descartaran desde el punto de vista médico legal, ciertos diagnósticos que fueron emitidos por otros expertos y los cuales se encontraban en las actas procesales, todo esto con el único objetivo de ayudar en de la *búsqueda de la verdad*.

Uno de los diagnósticos que fue emitido por la médico que hizo el levantamiento del cadáver, fue la *Asfixia mecánica por estrangulamiento*, este diagnóstico se descarta por lo siguiente:

- Ausencia de equimosis redondeadas en caras laterales y anterior del cuello, producidas por los pulpejos de los dedos.
- Ausencia de excoriaciones forma semilunar o lineales ocasionadas por las uñas sobre la piel del cuello.
- Ausencia de lesiones hemorrágicas cervicales, se pudo visualizar también en las fotografías de 1ra autopsia.
- Ausencia de petequias que rodea los ojos, a veces mejillas, así como, esclerótica y conjuntiva, corroborado en las fotografías de la 1ra autopsia.
- Ausencia de fractura de hueso hioides.
- Indemnidad de cartílagos cricoides y tiroides.
- Ausencia de hemorragia en músculos del cuello.

Igualmente la misma médico que realizó el levantamiento del cadáver diagnosticó *Politraumatismos generalizados severos*, este diagnóstico se descarta por lo siguiente:

- Ausencia de fracturas corporales óseas en cráneo y resto del esqueleto.
- Se observó una infiltración hemática en tejido sub aponeurótico epicraneano en región fronto parietal izquierdo en concordancia con traumatismo craneoencefálico leve recibido cuando golpearon a la madre en la cara.

Con respecto a uno de los diagnóstico más graves, tratándose de una lactante de solo 6 meses de edad, de *"Violencia sexual y anorrectal antiguo"*, se descartó tanto con exámenes macroscópicos como con estudios microscópicos, basándonos en:

Permanencia de los límites epiteliales y sus uniones.

- Ausencia de desgarros cicatrizados, fisuras y/o disrupción tanto epiteliales como sub epiteliales en los diferentes planos de la piel y partes musculares del portio anal y esfinterianos.
- Indemnidad de fibras colágenas y musculares.
- Ausencia de sufusiones hemorrágicas.

Hemos de añadir, que nosotras concluimos que la causa de la muerte fue debido a Asfixia mecánica por sumersión y que el cuerpo fue modificado de posición, en vista que la m*édico que realizó* el levantamiento declaró que estaba flotando en posición decúbito dorsal (boca arriba), y como se mencionó anteriormente el cuerpo de una persona que fallece por sumersión al flotar lo hace en decúbito ventral (boca abajo). También referimos que la niña estaba viva cuando fue lanzada dentro del tanque de agua, contrario a lo que habían opinado otros expertos y esto se demostró microscópicamente por los siguientes hallazgos:

1. Congestión vascular.
2. Manchas de Tardieu.
3. Enfisema Hidroaéreo.
4. Presencia de celulosa vegetal en Laringe y bronquiolos distales.
5. Presencia de hematíes en bronquios principales, distales y laringe en concordancia con espuma blanquecina.

Todos estos hallazgos microscópicos son de *carácter vital*, por lo tanto no había duda, que por todos los hallazgos anatomopatológicos antes expuestos la muerte se debió a una *Asfixia mecánica por sumersión.*

Es importante reseñar también que como médicos anatomopatólogos forenses que realizamos la segunda autopsia tuvimos que asistir al juicio, unos meses después de la nueva autopsia, en nuestras declaraciones se demostraron

científicamente a través de imágenes proyectadas durante el juicio, los hallazgos macroscópicos, microscópicos, las comparaciones fotográficas de las lesiones vistas en la primera autopsia y en la segunda autopsia, contestamos a múltiples preguntar realizadas por el Ministerio Público, por la defensa y por la Juez.

Al finalizar el juicio la decisión no era otra que la ABSOLUCIÓN de toda responsabilidad penal, es decir la Juez los declara inocentes, inmediatamente el Fiscal del Ministerio Público, solicita el *Efecto Suspensivo,* figura que aparece en el Código Orgánico Procesal Penal, lo cual deja sin efecto la libertad de los padres de la niña. El Dr. Omar Martínez abogado de la defensa, acude a la Corte de Apelaciones y deciden su ABSOLUCIÓN, pero en diciembre de ese mismo año una Magistrada de la Sala Constitucional emitió una sentencia dejando sin efecto las decisiones de ese juicio y ordena un nuevo juicio.

El segundo juicio se inició en enero del 2016 y la decisión fue igual que la primera, la ABSOLUCIÓN de toda Responsabilidad Penal de los padres de la niña. Mientras tanto a la niña no se pudo inhumar porque ocho días antes que terminara este segundo juicio, desaparece del congelador donde se había vuelto a colocar luego de la nueva autopsia; comenzaron las investigaciones por la Fiscalía y el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalística (CICPC), pero hasta los actuales momentos todavía no se sabe qué pasó.

Por último y como conclusión les recuerdo la importancia que tiene la preparación científica teórico-práctica del perito forense, su objetividad, su veracidad, su imparcialidad, su prudencia en la elaboración de sus dictámenes, visto que en la mayoría de las veces su opinión es suficiente para orientar la investigación hacia pistas falsas y culpar inocentes, tal como sucedió en el caso presentado en esta conferencia. Así mismo, debo señalar que quedó demostrado en el mismo caso de análisis que con dedicación, profesionalismo y objetividad puestas de manifiesto en la realización de una nueva autopsia médico-legal, detallada, minuciosa, apoyada en exámenes histopatológicos, fijaciones fotográficas se orientó el camino en la BÚSQUEDA DE LA VERDAD, fin último del perito forense.

# LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER O R2P Y SUS IMPLICACIONES PARA VENEZUELA



Fernando M. Fernández*

Mandela: "La lucha por los derechos humanos es más difícil en tiempos de paz que en tiempos de guerra" Mérida, 1991.

Platón: "Los primeros en saber el fin de la guerra son los muertos"


| | |
|---|---|
| **Resumen:** En este articulo se desarrolla el principio de responsabilidad de proteger, acordado por los Jefes de Estado del mundo en 2005. Se destacan los deberes internacionales de los Estados frente a situaciones en los que gobernantes afectan los derechos humanos de su población. Se identifican las formas de intervención internacional permitidas en el Derecho Internacional, a saber: jurídica, diplomática, financiera y militar en virtud de la preeminencia de los derechos humanos frente a interpretaciones obsoletas de soberanía y no intervención frente a atrocidades. | **Abstract:** This article develops the principle of responsibility to protect, agreed by the Heads of State of the world in 2005. The international duties of States are highlighted in situations in which rulers affect the human rights of their population. The forms of international intervention allowed in International Law are identified, namely: legal, diplomatic, financial and military by virtue of the preeminence of human rights in the face of obsolete interpretations of sovereignty and non-intervention in the face of atrocities. |


| | |
|---|---|
| **Palabras clave:** Responsabilidad de proteger, R2P, intervención, derechos humanos. | **Keywords:** Responsibility to protect, R2P, intervention, human rights. |


## I. ¿QUÉ ES LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER O R2P?

1. El deber o responsabilidad de proteger[1] a cada ser humano es un imperativo categórico de todos los Estados. También de la comunidad internacional. En el caso de las atrocidades cometidas en Venezuela por el Estado y sus agentes,

* Profesor de la UCV y UMA de Derecho Penal Internacional

1 También se la reconoce con el acrónimo R2P o RtoP por la denominación anglosajona *Responsibility to protect*.

se discute acerca del rol que debe desempeñar la comunidad internacional para dar solución urgente y definitiva a la emergencia humanitaria compleja que ha sido identificada por expertos y por organismos internacionales calificados. El debate sobre el asunto pone en evidencia la contradicción entre el principio de no intervención y el de preeminencia de los derechos humanos. En tiempos de pandemia la ejecución de este deber se hace más urgente.

2. La premisa fundamental de este ensayo es que la comisión de crímenes internacionales y la violación de derechos humanos no son asuntos internos de un país, sino que competen, también, a la comunidad internacional en su conjunto por múltiples razones. La más importante es el principio de preeminencia de los derechos humanos, basado en que no se puede ni debe permitir más catástrofes humanitarias como el genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad causadas por los Estados y la dirigencia que los controla.
3. En este artículo se hace un repaso de los aspectos jurídicos de las diferentes formas de actuar en torno al deber de proteger y su pertinencia para el país. Sin embargo, se debe destacar que en el ambiente hay una noción errada cuando algunos voceros piensan que la solución de los graves problemas de Venezuela es una intervención militar extranjera y aluden a la R2P como doctrina que, supuestamente, la autoriza para todos los casos.
4. Proteger su población y garantizar los derechos humanos es el deber esencial e ineludible de un Estado. Cuando esto no es posible por emergencias como los desastres naturales, guerras nacionales e internacionales, o porque el Estado concernido falla en sus deberes sustanciales y su dirigencia es la causante de la crisis.
5. Asimismo, si la paz es amenazada por la crueldad, indignidad o ineptitud de sus gobernantes, la comunidad internacional tiene la responsabilidad de suplir ese mandato mediante diferentes acciones preventivas y disuasivas como son las sanciones internacionales y, como última ratio, militares, bajo la conducción del Consejo de Seguridad. También aplican medidas de reconstrucción.

6. La base jurídica de apoyo de las diferentes formas de intervención es la siguiente: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Humanitario, el Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional Penal, el Derecho Comparado, la Jurisdicción Universal y los diferentes avances del Estado de Derecho Internacional que va generándose frente a los nuevos desafíos. La sociedad civil globalizada observa y presiona de forma permanente a los diferentes actores y estados para que se tomen medidas sin precipitaciones ni actividades que desencadenen situaciones peores, como son las guerras y el uso de armas cada vez más letales.
7. La responsabilidad de proteger ("*Responsibility to protect*, RtoP o R2P") se ha desarrollado de forma lenta, pero ininterrumpida, por causa de las peores tragedias cometidas contra la humanidad, especialmente, luego del genocidio armenio (desde 1915 hasta 1923), así como la constatación de los horrores de la 1ª y la 2ª Guerras Mundiales y del Holocausto o Shoah contra los judíos de Europa y los crímenes atroces cometidos contra gitanos, testigos de Jehová, homosexuales, discapacitados, católicos, protestantes, diferentes etnias y nacionalidades.
8. Fue en 2005, bajo el liderazgo de su Secretario General Kofi Annan, cuando en la ONU[2] se desarrolló el concepto de forma cabal, tal como debe entenderse y aplicarse. Ello, en sintonía con la Carta de las Naciones Unidas y demás instrumentos aplicables, con lo cual se pueden desplegar todas la acciones y sanciones diplomáticas, jurídicas, económicas y hasta el uso de la fuerza, como ultima ratio, siempre en preservación de los derechos humanos de la población civil, en términos de proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad.
    - Resolución 60/1 aprobada por la Asamblea General el 16 de septiembre de 2005: Responsabilidad de proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad.

2 Organización de las Naciones Unidas. 60º período de sesiones. Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de septiembre de 2005. 60/1. Documento Final de la Cumbre Mundial 2005. Párrafos 138y 139. Disponible en: https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/docs/gaA.RES.60.1_Sp.pdf

- **"Párrafo 138**. Cada Estado es responsable de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Esa responsabilidad conlleva la prevención de dichos crímenes, incluida la incitación a su comisión, mediante la adopción de las medidas apropiadas y necesarias. Aceptamos esa responsabilidad y convenimos en obrar en consecuencia. La comunidad internacional debe, según proceda, alentar y ayudar a los Estados a ejercer esa responsabilidad y ayudar a las Naciones Unidas a establecer una capacidad de alerta temprana.
- **Párrafo 139.** La comunidad internacional, por medio de las Naciones Unidas, tiene también la responsabilidad de utilizar los medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos apropiados, de conformidad con los Capítulos VI y VIII de la Carta, para ayudar a proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. En este contexto, estamos dispuestos a adoptar medidas colectivas, de manera oportuna y decisiva, por medio del Consejo de Seguridad, de conformidad con la Carta, incluido su Capítulo VII, en cada caso concreto y en colaboración con las organizaciones regionales pertinentes cuando proceda, si los medios pacíficos resultan inadecuados y es evidente que las autoridades nacionales no protegen a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Destacamos la necesidad de que la Asamblea General siga examinando la responsabilidad de proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad, así como sus consecuencias, teniendo en cuenta los principios de la Carta y el derecho internacional. También tenemos intención de comprometernos, cuando sea necesario y apropiado, a ayudar a los Estados a crear

capacidad para proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad, y a prestar asistencia a los que se encuentren en situaciones de tensión antes de que estallen las crisis y los conflictos."

9. No obstante, a partir de situaciones posteriores, ha habido un intenso incremento de actuaciones dramáticas y de gran afectación a los derechos humanos como han sido los casos de Somalia, Haití, Bosnia, Kosovo, Timor Oriental, Darfur y Sierra Leona. Adicionalmente a lo que sigue ocurriendo en lugares tales como Siria, República Democrática del Congo, Camerún, Libia y Burma/Myanmar.
10. Generalmente, estos crímenes ocurren en países muy pobres donde se entronizan dictadores, militares, funcionarios y delincuentes organizados quienes, mediante la Gran Corrupción o cleptocracia, han instaurado un sistema de botín y se aprovechan de la fragilidad de las sociedades y la casi inexistencia de instituciones, por lo que se les llama Estados frágiles o fallidos.3
11. De forma atípica, se ha sumado el caso de Venezuela a la lista de sitios en los que ocurren atrocidades, cuyo motor ha sido el sistema de botín: 4 el que fue un país rico en recursos naturales, pero asolado por la cleptocracia, hoy se encuentra sin recursos económicos para garantizar el empleo, la alimentación, las medicinas y los servicios básicos de salud, en lo que se llama emergencia humanitaria compleja,[5] debido a masivas violaciones de derechos humanos y ataques sistemáticos a la población civil.

3 Fondo para la Paz: *Fragile States Index*. Disponible en: http://fundforpeace.org/fsi/2018/04/19/fragile-states-index-2018-issues-of-fragility-touch-the-worlds-richest-and-most-developed-countries-in-2018/

4 FERNANDEZ, Fernando M.: Estado como botín. *Crónicas del despojo del patrimonio público y privado en Venezuela.* Disponible en: https://issuu.com/asocioncivilpazactiva/docs/elestadocomobot__n

5 "Venezuela pasa por una Emergencia Humanitaria Compleja desde 2015 que compromete severamente el derecho humano a la alimentación de sus 31.8 millones de habitantes y especialmente de las poblaciones y comunidades en extrema pobreza por los efectos del hambre y la desnutrición. Actualmente, se encuentra entre los países del mundo con grave inseguridad alimentaria… 94% de la población venezolana no cuenta con ingresos suficientes para pagar los precios de una canasta de alimentos y de servicios básicos por las extremas condiciones de privación económica. Con una caída de la producción nacional mayor a 60% y de las importaciones en más de 70%, la población venezolana enfrenta una escasa disponibilidad de alimentos. 80% de los hogares venezolanos vive en inseguridad alimentaria por el cierre de establecimientos, la escasez y costos de los alimentos y las dificultades para cocinar por falta de agua,

12. Se habla, entonces, de Estados frágiles o fallidos cuando las instituciones gubernamentales son incapaces de evitar, prevenir o reprimir delitos graves como el homicidio, por ejemplo.6
13. Amnistía Internacional realizó una investigación profunda sobre las amenazas al derecho a la vida en el cual se demuestra cómo es de ineficiente el Estado venezolano para garantizar el derecho humano más básico y requisito de todos los demás derechos humanos: la vida.7
14. En ese orden de ideas, se debe destacar la sistemática violación del derecho a la libertad personal, mediante el abuso permanente y generalizado de la detención arbitraria, convertida en crimen de encarcelación contra la humanidad, debido a su sistematicidad.8
15. Esta gravísima situación no es nueva, ni ocurrió de forma repentina o azarosa. Se trata de un patrón sistemático, organizado, planificado, continuado y ejecutado en el tiempo, de ataques deliberados de distinto tipo a la población civil realizados por autoridades estatales y paraestatales

gas y electricidad. 64% de los venezolanos había perdido unos 11 kg de peso entre 2016 y 2017, por el acelerado deterioro de la ingesta de alimentos en la cantidad y calidad necesaria, siendo más afectados los niños y las mujeres. De 5% a 11,5% subió el porcentaje de población subalimentada en Venezuela entre 2016 y 2018, y la desnutrición aguda global alcanzó porcentajes de emergencia en niños menores de 5 años y embarazadas de parroquias pobres. 25.000 embarazadas no reciben control prenatal y 7.500 se controlan tardíamente en el octavo y noveno mes de embarazo, poniendo en riesgo sus vidas y las de sus hijos en un contexto de emergencia alimentaria. La combinación de emergencias en alimentación y salud disminuye las probabilidades de que los niños más pequeños y las embarazadas que sufren de desnutrición severa tengan oportunidad de sobrevivir. 33% de los niños entre 0-2 años de edad de sectores pobres tiene retardo de crecimiento según el indicador talla/edad; exponiéndolos a irremediables trastornos del desarrollo y enfermedades a futuro. Ante las políticas de privación y dependencia, que incluye la negativa a reconocer la emergencia y no publicar cifras oficiales, las familias se han visto forzadas a adoptar estrategias de sobrevivencia, incluyendo emigrar…" Fundación Bengoa: Emergencia humanitaria compleja en Venezuela, derecho a la alimentación. Disponible en: https://www.fundacionbengoa.org/noticias/2019/emergencia-humanitaria.asp

6 Ver: Global Center for the Responsibility to Protect. *Atrocity Alert, No. 122, 12 de septiembre de 2018.* Disponible en: http://createsend.com/t/j-9880F0ADA6AD158C2540EF23F30FEDED).

7 Ver: Amnistía Internacional: *Esto no es vida. Seguridad ciudadana y derecho a la vida en Venezuela*. Disponible en: https://www.derechos.org.ve/web/wp-content/uploads/AMR5389752018SPANISH.pdf. y FERNANDEZ, Fernando M.: *BAJO EL IMPERIO DE LA VIOLENCIA LETAL: ESTADO DE DERECHO Y HOMICIDIOS EN VENEZUELA* Ver: Amnistía Internacional, 2019. Disponible en: https://www.amnistia.org/ve/blog/2019/01/9109/bajo-el-imperio-de-la-violencia-letal.

8 FERNANDEZ, Fernando M.: *Todo enemigo se presume culpable*. Disponible en: https://www.derechos.org.ve/web/wp-content/uploads/todo-enemigo.pdf).

que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos documenta desde 2003.9

16. La regresividad en materia de derechos humanos en Venezuela ha sido documentada de forma detallada por la Comisión Interamericana de Derechos humanos, como se ve en este cuadro:

| Comisión Interamericana de Derechos Humanos.<br>Informes desde 2002 a 2019<br>(Citados de forma retrospectiva)<br>Capítulo IV: Venezuela |
|---|
| Tal como se puede observar de forma retrospectiva, la situación de Venezuela en materia de derechos humanos y atrocidades y su agravamiento se ha venido documentando de forma ordenada.<br><br>2019 http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2019/docs/IA2019cap4bVE-es.pdf<br>2018 http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2018/docs/IA2018cap.4b.VE-es.pdf<br>2017 https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2017/docs/IA2017cap.4bVE-es.pdf<br>2016 http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2016/docs/Informeanual2016cap4B.Venezuela-es.pdf ;<br>2015 http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/Informeanual2015-Cap4-Venezuela-Es.pdf ;<br>2014 http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2014/docs-es/anual2014-cap4Venezuela.pdf ;<br>2013 http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2013/docs-es/Informeanual-Cap4-Venezuela.pdf ;<br>2012 http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2012/indice.asp ;<br>2011 http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2011/indice.asp ;<br>2010 http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/indice2010.htm ;<br>2009 http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/indice2009.htm ;<br>2008 http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/indice2008.htm ;<br>2007 http://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/indice2007.htm ;<br>2006 http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/indice2006.htm ;<br>2005 http://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/indice2005.htm ;<br>2004 http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/cap.5d.htm<br>2003 http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/indice.htm ;<br>2002 http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/cap.4d.htm .<br><br>Esta sucesión de informes anuales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la inclusión de Venezuela en el Capítulo IV revela que la evolución dramática y sin precedentes del deterioro de los derechos humanos y la comisión de hechos atroces no es un evento aislado de los últimos días, sino que se trata de un proceso regresivo que se gestó al inicio del siglo XXI y que fue empeorando de forma dramática en los años posteriores. |

9 Ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela*. Disponible en: http://www.cidh.org/pdf%20files/Venezuela2003.pdf incluyendo a Venezuela en el Capítulo IV de su Informe Anual desde el año 2002. Ver: http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/cap.4Venezuela09.sp.htm)

17. La ONG Genocide Watch ha alertado, desde marzo de 2017, el alto grado de riesgo de politicidios.[10] Por su parte, el New York Times ha denunciado la grave situación de hambre y desnutrición de los niños.11 También la Alta comisionada ha identificado casos de muertes por desnutrición.12
18. El 14 de septiembre de 2005,13 la Asamblea General de la ONU aprobó, por consenso, la primera resolución en su historia sobre R2P (resolución de la ONU A/63/L80 Rev. 1), la cual se aplica, exclusivamente, a casos de genocidio, crímenes de guerra, limpieza étnica y crímenes contra la humanidad. Esta nueva doctrina consiste en afirmar de forma categórica que la comunidad internacional es, juntamente con cada Estado, responsable del bienestar de la población. El R2P no es un tratado vinculante. Se trata de un principio de derecho internacional. No obstante, demuestra la voluntad inequívoca de aplicar una política multilateral y global en beneficio de los derechos fundamentales de la humanidad.
19. El principio R2P se puede aplicar cuando el Estado fracasa o los gobernantes eluden el cumplimiento de sus deberes de protección de los derechos humanos. En trabajos anteriores, hemos afirmado que quienes gobiernan, desde hace 20 años, han creado un Estado Dual[14] o anómico en abierta oposición al Estado Constitucional de Derecho[15] Eso ha ocurrido, además, como un ejercicio de poder a través de la persecución del enemigo político.

10 Genocide Watch: *Genocide alert.* Disponible en: http://www.genocidewatch.com/venezuela).
11 New York Times: *Venezuela has the largest proven oil reserves in the world. But in the last three years its economy has collapsed.* Disponible en: https://www.nytimes.com/interactive/2017/12/17/world/americas/venezuela-children-starving.html?mtrref=www.google.com.
12 Alta Comisionada de ONU para DD.HH. cita muertes por malnutrición en Venezuela. Disponible en: https://www.voanoticias.com/venezuela/alta-comisionada-bachelet-acepta-reunirse-con-canciller-venezuela
13 Organización de las Naciones Unidas: *Resolución aprobada por la Asamblea General.* Disponible en: https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/docs/gaA.RES.60.1_Sp.pdf
14 FERNANDEZ, Fernando M.: *Estado Dual: La justicia penal en Venezuela bajo el derecho penal del enemigo. Análisis de una realidad que afecta los derechos humanos*. Disponible en: http://saber.ucv.ve/ojs/index.php/rev_af/issue/view/1854/showToc .
15 FERNANDEZ, Fernando M.: *Estado Dual o anómico, efectos corrumpentes.* Editorial Académica Española. Mauricio, 2018).

## II. PRINCIPIO DE NO INTERVENCIÓN

20. El principio de "no intervención" es una de las bases de la convivencia internacional, basado en la soberanía nacional. Es una premisa necesaria para la coexistencia, la tolerancia, el equilibrio y la paz mundiales en la diversidad representada por cada país.

21. Así las cosas, cada vez que surja una controversia, impone la Carta de la ONU que se realicen todos los esfuerzos para lograr la solución pacífica de las controversias; en tal sentido, se prohíben la amenaza y el uso de la fuerza contra cualquier Estado. La premisa de no intervención, sin embargo, suele ser la excusa más usada por los tiranos para esconder sus crímenes. Este principio está consagrado en el artículo 2 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

**CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS**

Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios:

Articulo2.

3. Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia.

4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

22. Sin embargo, hay situaciones excepcionales que permiten la ampliación de este principio para impedir graves violaciones de derechos humanos y tragedias humanitarias. Se trata del deber de los Estados de proteger a la humanidad y garantizar la paz tanto en una nación como a nivel internacional. Se habla de una especie de estado de necesidad, de una causa de justificación previstas en la legislación y la práctica del Derecho Internacional. Se trata de salvar vidas humanas.

23. Tradicionalmente, se entendía que el principio de no intervención en los asuntos internos de un país era un valor absoluto, sin condicionamientos. Igual se pensaba acerca de la soberanía de los Estados. Ya no es así desde los horrores nunca vistos anteriormente de la 2ª Guerra Mundial, el Holocausto o Shoá y la posterior caída del III Reich en 1945.
24. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y las Convenciones de Ginebra de 1949 fueron productos de la toma de conciencia acerca de las atrocidades cometidas por los nazis y los horrores de las dos guerras mundiales del Siglo XX. Después, fueron generándose diferentes convenciones y pactos que los desarrollaban, dentro de los cuales descuellan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. En el ámbito regional, destacan la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.
25. Luego, con la Revolución de Terciopelo en Checoslovaquia en 1989, la caída del Muro de Berlín en 1989 y el cese de la Guerra Fría gracias al desmoronamiento de la URSS en 1991, lo que predomina ahora, a nivel global, es el principio de preeminencia universal de los derechos humanos y el deber de protección de estos por parte de todos los Estados. Eso fue confirmado con el Programa de Acción de Viena de 1993 que confirmó la universalidad de los derechos humanos.[16]
26. Asimismo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 (de ahora en adelante "Estatuto de Roma") ofrece una vía jurídica para el juzgamiento de los culpables de atrocidades. En conclusión, aducir que la violación de derechos humanos es un "asunto interno" es un argumento inaceptable desde el punto de vista jurídico y una aberración histórica.
27. Así las cosas, se estima como algo necesario y positivo que los Estados intervengan cuando hay una guerra civil o internacional, una catástrofe natural o cuando un Estado miembro de la comunidad internacional

16 Organización de las Naciones Unidas: Declaración y Programa de Acción de Viena. Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf ).

desvía sus fines y ataca a la población civil indefensa. Según la doctrina de los derechos humanos, estos son preeminentes frente al Estado, los gobiernos, los fines y medios de los gobernantes. Existe, luego, el deber de proteger y auxiliar a las poblaciones victimadas. Eso es lo que debe hacerse. Se trata de un imperativo categórico intervenir cuando se dan los supuestos de violaciones masivas de derechos humanos.

28. En el caso de Venezuela se ha constatado lo que el grupo en el poder están dispuestos a hacer de forma consciente y deliberada, por lo que los integrantes del Grupo de Lima: "(…) 1. Condenan las acciones deliberadas del régimen ilegítimo de Nicolás Maduro que, sin considerar el sufrimiento de la población ni los insistentes llamados de la comunidad internacional, han impedido, el 23 de febrero, el ingreso de artículos de primera necesidad y la asistencia internacional, mediante actos de represión violenta que ocasionaron múltiples heridos y muertos en la frontera con Colombia y Brasil, todo lo cual ha agravado el riesgo en que se encuentran la vida, dignidad e integridad de los venezolanos…"[17]

## III. LA INTERVENCIÓN INTERNACIONAL CUANDO EL ESTADO FALLA

29. Toda intervención humanitaria tiene límites, obviamente. Existen 4 modos básicos de acción en lo preventivo, represivo y bélico, a saber: (A) la jurídica, (B) la financiera, (C) la política o diplomática y (D) la militar (ultima ratio).
30. La intervención jurídica: escrutinio y rendición de cuentas
31. Se basa en el principio de preeminencia de los derechos humanos frente a los Estados, gobiernos, gobernantes, funcionarios y militares. Implica la actuación de organismos internacionales (ONU, OEA y otros), quienes hacen un escrutinio permanente y establecen mecanismos de rendición de cuentas acerca del deber primario de proteger los derechos humanos que

17 Grupo de Lima: *DECLARACIÓN DEL GRUPO DE LIMA EN APOYO AL PROCESO DE TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA Y LA RECONSTRUCCIÓN DE VENEZUELA*. Página 1. Disponible en: https://evtvmiami.com/declaracion-de-la-xi-reunion-del-grupo-de-lima-celebrada-en-bogota/

tiene cada Estado. Toca al estado y sus gobernantes al cual se escruta rendir cuentas de sus actuaciones y comprometerse a modificar sus políticas.

32. El Consejo de Derechos Humanos de la ONU es una institución dedicada a hacer este escrutinio. Sin embargo, está integrada por todo tipo de países, incluidos aquellos que realizan violaciones de derechos humanos de forma sistemática como China, Venezuela y Cuba18 entre varios, y otros con notorias fallas (como República Democrática del Congo y Nicaragua, por ejemplo). Esas participaciones bloquean iniciativas de escrutinio de casos y sus soluciones. Sn embargo, prevalece la cordura y se exhorta a todos los países a elevar sus estándares en la materia.
33. Eso ha provocado que países democráticos, como Estados Unidos, verbigracia, se retiren de dichos organismos.[19] Las ONG venezolanas han tenido una destacada participación, pero sus recomendaciones son desoídas, descalificadas o rechazadas por el gobierno. Como ejemplos claros, vale citar las recomendaciones sobre Estado de Derecho, independencia judicial y libertad de expresión.[20]
34. Ya el 27 de septiembre de 2018, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó la primera resolución de su historia sobre Venezuela, en la que "(…) 3. Exhorta al Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela a que acepte la asistencia humanitaria a fin de hacer frente a la escasez de alimentos, medicamentos y suministros médicos, el aumento de la malnutrición, especialmente entre los niños, y el brote de enfermedades que habían quedado erradicadas o bajo control en América del Sur…"[21]
35. En un gesto sin precedentes hacia el Gobierno de Nicolás Maduro, 23 países votaron a favor de la resolución, siete en contra y 17 se abstuvieron.[22]

18 ONU Consejo de Derechos Humanos: *Miembros del Consejo de Derechos Humanos*. Disponible en: https://www.ohchr.org/SP/hrbodies/hrc/pages/membership.aspx

19 BBC: *Las 3 razones de Estados Unidos para abandonar el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (y qué papel juega Israel).* Disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-44543518 .

20 REYNA, Feliciano y Yolanda D'Elia: El Examen Periódico de los Derechos Humanos en Venezuela en el marco del Sistema de las Naciones Unidas. Disponible en: http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/CDH/Lineastematicas/Informe%20sobre%20EPU%20Venezuela%20en%20la%20ONU.pdf.

21 Consejo de Derechos Humanos 39º período de sesiones 10 a 28 de septiembre de 2018. 39/: Promoción y protección de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_39_L1_rev1.pdf.

22 Efecto Cocuyo: *Consejo de Derechos Humanos aprueba histórica resolución sobre Venezuela (Texto)*. Disponible en: http://efectococuyo.com/principales/consejo-de-derechos-humanos-aprueba-historica-resolucion-sobre-venezuela/.

Producto de ese evento, se designó una Misión Independiente de Determinación de los Hechos,[23] la cual rindió un informe detallado el 16 de septiembre de 2020.[24]

36. La Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos publicó un informe exhaustivo sobre la deplorable situación de los derechos humanos en Venezuela[25]

37. Esta intervención implica, además, la atención preventiva, correctiva y jurisdiccional de casos individuales o colectivos (Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos). Debe mencionarse, que, respecto del sistema interamericano, en 2012, Hugo Chávez y su canciller, Nicolás Maduro, denunciaron inconstitucionalmente la Convención Americana sobre derechos Humanos, lo que es un contrasentido constitucional y legal debido a que se mantiene vigente la Ley Aprobatoria de ese instrumento, la cual no ha sido derogada ni anulada. Tal como han dicho expertos reconocidos,[26] tal denuncia es improcedente por inconstitucional.

38. Para colmo de males, Nicolás Maduro denunció, en 2017, la Carta de la OEA (1948), afanado en desvincularse de las obligaciones internacionales contraídas por la adhesión al documento y, sobre todo, para escapar de los estándares de la Carta Democrática de la OEA (2001), lo cual ha sido desconocido por la Asamblea Nacional.[27]

39. Como se dijo anteriormente, el Estatuto de Roma castiga los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión.

23 ONU. Consejo de Derechos Humanos: *Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela.* Disponible en: https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/FFMV/Pages/Index.aspx

24 Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf .

25 OACDH: *Violaciones de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela: una espiral descendente que no parece tener fin*. 2018. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Countries/VE/VenezuelaReport2018_SP.pdf .

26 AYALA CORAO, Carlos: *Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela.* Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32197.pdf .

27 Asamblea Nacional: *ACUERDO DE RATIFICACIÓN DE LA ADHESIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA A LA CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). 22/01/2019.* Disponible en: http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/_acuerdo-de-ratificacion-de-la-adhesion-de-la-republica-bolivariana-de-venezuela-a-la-carta-de-la-organizacion-de-estados-americanos-oea.

Complementariamente, muchos países han dictado leyes de jurisdicción universal para castigar extraterritorialmente este tipo de crímenes, dondequiera estos ocurran. Venezuela no ha legislado en la implementación de este instrumento. Por ello, se abrió un examen preliminar a cargo de la Fiscalía ante la CPI.[28] También, la OEA ha respaldado dicho estudio y apoya el inicio formal de una investigación penal.

40. Este tipo de intervención humanitaria, llamada "injerencista" por el gobierno venezolano es la más poderosa desde el punto de vista moral y legal, pero muchas veces, lenta en lo material. Depende de cada gobierno y de la voluntad de los gobernantes de acatar las sentencias y cooperar con los organismos internacionales. Los gobernantes deshonestos la desprecian, ignoran o, en el mejor de los casos, juegan con ello porque los organismos jurisdiccionales internacionales carecen de una fuerza policial o militar coactiva que imponga sus decisiones y porque son gobiernos antihumanitarios. Se debe contar con la cooperación penal internacional que no siempre funciona. Un ejemplo ha sido la complicidad con Al Bashir, dictador de Sudán, prófugo de la justicia internacional.[29]
41. A raíz de los sucesos dramáticos del 23 de febrero de 2019, cuando grupos armados militares y paramilitares abrieron fuego contra la caravana que transportaba ayuda alimentaria desde Colombia hacia Venezuela, el Grupo de Lima afirmó que: "(…) 5. Deciden solicitar a la Corte Penal Internacional que tome en consideración la grave situación humanitaria en Venezuela, la violencia criminal en contra de la población civil, y la denegación del acceso a la asistencia internacional, que constituyen un crimen de lesa humanidad, en el curso de los procedimientos que adelanta en virtud de la solicitud presentada por Argentina, Canadá, Colombia, Chile, Paraguay y

28 Disponible en: https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180208-otp-stat&ln=Spanish ). Algunos países han realizado una solicitud formal. Disponible en: https://es.panampost.com/sabrina-martin/2018/07/31/cuatro-paises-de-la-region-denunciaran-a-maduro-ante-la-corte-penal/.

29 Amnistía Internacional. *Sudáfrica: Permitir que Al Bashir eluda la justicia refleja desprecio absoluto por la ley.* Disponible en: https://www.amnesty.org/es/latest/news/2015/06/south-africa-allowing-al-bashir-to-evade-justice-shows-total-disregard-for-the-law/.

Perú el 27 de septiembre de 2018, y posteriormente refrendada por Costa Rica y Francia, y bienvenida por Alemania…"[30]

## A. Intervención política y diplomática

42. Se basa en el principio de mantenimiento del equilibrio internacional, como valor preponderante, frente a graves desequilibrios ocasionados por gobiernos que tensionan y alteran la paz y equilibrio entre las naciones. Así las cosas, los países se organizan en torno a valores y principios. La ONU, la OEA y, más recientemente, el Grupo de Lima forman parte de ello, en procura de tutelar los derechos humanos de los venezolanos. Otras iniciativas, como el grupo IDEA, lo complementa. Grupo de contacto y mediación de Noruega.
43. Para que esta forma de intervención internacional funcione, es necesario que la población y el liderazgo político se cohesionen. Algo que empezó a efectuarse, desde el 10 de enero de 2019, bajo el liderazgo de la Asamblea Nacional y el interinato del Diputado Juan Guaidó, Presidente de la Asamblea Nacional. Antes de eso, privaba la desunión y la desconfianza mutuas. De resquebrajarse nuevamente la unidad, el esfuerzo de la comunidad internacional será inútil. Desunidos siempre serán vencidos.
44. La mas importante y efectiva intervención diplomática, de tipo multilateral y colectiva, fue la de Suráfrica[31] que dio como resultado el cese del oprobioso régimen del apartheid,[32] hoy tipificado como crimen de lesa humanidad en el estatuto de Roma.

## B. Intervención financiera

45. Se basa en el equilibrio financiero y económico internacionales frente a la corrupción y grupos criminales organizados que infiltran y controlan Estados o economías paralelas, lo cual amenaza al sistema financiero

30 Grupo de Lima: *DECLARACIÓN DEL GRUPO DE LIMA EN APOYO AL PROCESO DE TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA Y LA RECONSTRUCCIÓN DE VENEZUELA*. Página 2. Disponible en: https://evtvmiami.com/declaracion-de-la-xi-reunion-del-grupo-de-lima-celebrada-en-bogota/ .

31 ONU: *LA CUESTIÓN DE SUDÁF*RICA. Disponible en: https://www.un.org/es/sc/repertoire/pdf/cap8_parte2_pag197_216.pdf

32 REDDY, Enuga*: La lucha contra el apartheid: Lecciones para el mundo de hoy.* Disponible en: https://www.un.org/es/cr%C3%B3nica-onu/la-lucha-contra-el-apartheid-lecciones-para-el-mundo-de-hoy

global, impacta dolorosamente a la sociedad y sacude las estructuras legales con alto impacto en los derechos humanos. Consiste en designaciones mediante listas que bloquean activos generados por la corrupción, el tráfico de drogas o violaciones de derechos humanos, entre otros motivos.

46. Asimismo, cuando se desvían recursos hacia el terrorismo, tráfico de armas nucleares y otros. Esta herramienta, usada tradicionalmente contra el crimen organizado desde 1995, mediante la *Foreign Narcotics Kingpin Designation Act*,[33] ha sido eficaz en cuanto corta los suministros a los gobernantes corruptos, con lo cual se impide su desvío y apoderamiento. Tales designaciones son individuales, personalísimas e intransferibles a terceros. La lista de la Oficina de Control de Activos Extranjeros[34] (conocida como OFAC,[35] por sus siglas en inglés) ha incorporado los tema de los derechos humanos, tortura, corrupción, confiscación de empresas y debilitamiento de la democracia y el Estado de Derecho como parte de los motivos para designaciones específicas.
47. En el caso de Venezuela, se vienen adelantando una cantidad inusual de designaciones a personas naturales que implican prohibiciones de hacer negocios con el designado a toda persona natural o jurídica norteamericana o de otra nacionalidad, pero que tenga negocios en Estados Unidos. Esto se ha confundido con una condena o castigo, cosa que no es así. Se trata de una medida cautelar de tipo financiero sobre un designado que es sospechoso de cometer algún delito económico (tráfico de drogas, financiamiento del terrorismo, tráfico de armas nucleares o sus partes).
48. Desde 2014, con la Ley que promovió Obama para proteger los derechos humanos en Venezuela,[36] se ampliaron los motivos para enlistar autoridades, señaladas como violadoras de derechos humanos en Venezuela.

33 Congreso de los EE.UU.: *Foreign Narcotics Kingpin Designation Act*. Disponible en: https://www.govinfo.gov/content/pkg/BILLS-106hr3164rfs/pdf/BILLS-106hr3164rfs.pdf

34 Departamento del Tesoro de los estados Unidos: *Lista de nacionales especialmente designados: formatos y esquemas de datos*. Disponible en: https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/specially-designated-nationals-list-data-formats-data-schemas

35 FERNANDEZ, Fernando M.: ¿Qué es la lista OFAC? ¿En qué consisten las "sanciones" o designaciones?. Disponible en: https://www.finanzasdigital.com/2019/07/que-es-la-lista-ofac-en-que-consisten-las-sanciones-o-designaciones/

36 "Venezuela Defense of Human Rights and Civil Society Act of 2014". Disponible en: https://home.treasury.gov/system/files/126/venezuela_publ_113_278.pdf

Adicionalmente, en 2017, los Estados Unidos aprobó una nueva ley[37] para designar a personas que incurran en actos de corrupción y violación de derechos humanos en cualquier parte del mundo Canadá y la Unión Europea, entre otros, tienen leyes similares.

## C. Intervención (¿humanitaria?) militar

49. Según Gemerek (2003),[38] se habla del "derecho de intervención" desde que Médicos sin fronteras lo postuló frente a los desastres humanitarios del siglo XX. En ese siglo se produjeron numerosas intervenciones militares humanitarias (en Somalia, Haití, Bosnia, Kosovo, Timor Oriental y Sierra Leona).
50. La militar es la más polémica, complicada y costosa de las formas de intervención internacional. No ofrece garantías de resultados. Es discutible que sean humanitarias, debido a sus efectos en la población civil. Hoy en día, la intervención militar se basa en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y solo se puede realizar bajo el amparo de la decisión unánime, sin vetos, del Consejo de Seguridad de la ONU, en evitar guerras ocasionadas por gobiernos agresivos o que socavan las bases de la paz y seguridad internacionales pudiendo ocasionar conflictos internacionales o nacionales de alto riesgo para la comunidad mundial, regional o nacional (guerra civil).

| Artículo 51 de la Carta de la ONU (legítima defensa) |
| --- |
| Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. |

37 *US Global Magnitsky Act*. Disponible en: https://www.state.gov/e/eb/tfs/spi/globalmagnitsky/ .
38 GEMEREK, BronislaW: *Las razones de la intervención humanitaria. Disponible en: https://elpais.com/diario/2003/05/10/opinion/1052517607_850215.html )*

51. A los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra se suma la tipificación del crimen de agresión en Kampala, vigente desde el 17 de julio de 2018, por causa de la reforma de Kampala, Uganda, que se hizo al Estatuto de Roma[39] bajo el cual una acción militar de un Estado en Territorio de otro acarrea la responsabilidad penal individual de las personas que lo promuevan, ordenen, apoyen, planifiquen o ejecuten. Este nuevo crimen internacional impide que haya acciones militares ilimitadas, fuera de la autorización del Consejo de Seguridad de la ONU, encubiertas en falsos supuestos humanitarios.
52. En otras palabras, una intervención militar, de cualquier extensión grado o profundidad (quirúrgica, gradual o masiva), solo será legal si lo decide el Consejo de Seguridad. Quienes lo ordenen o ejecuten serian enjuiciables por la Corte Penal Internacional por el crimen de agresión.
53. A partir del 17 de julio de 2018, tal como ya se enunció, cualquier intervención militar de alguna coalición internacional fuera del consenso del Consejo de Seguridad podría ser enjuiciado como crimen de agresión por la Corte Penal Internacional.
54. La posición del presidente de Colombia, Iván Duque,[40] apunta en ese sentido. Es de suponer que una acción militar afectaría al país vecino, ya impactado enormemente por la masiva migración de venezolanos.
55. Prevalece la opción de negar esta posibilidad.[41] El Consejo de seguridad de la ONU, difícilmente, aprobará sin vetos una iniciativa de este tipo, habida cuenta de los compromisos económicos y negocios con los gobiernos y empresas de China y Rusia en Venezuela. Las Fuerzas de Mantenimiento de la Paz de la ONU tienen un alcance limitado.[42]

39 Coalición Internacional por la Corte Penal Internacional: *Histórica activación de la jurisdicción del crimen de agresión en la Corte Penal Internacional.* Disponible en: http://www.coalitionfortheicc.org/es/news/20180102/historica-activacion-de-la-jurisdiccion-del-crimen-de-agresion-en-la-corte-penal )

40 Iván Duque expresó su rechazo a una intervención militar a Venezuela. Disponible en: http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/ivan-duque-expreso-rechazo-una-intervencion-militar-venezuela_250356 .

41 El Grupo de Lima rechaza cualquier intervención militar en Venezuela. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2018/09/16/america/1537061395_976072.html.

42 ONU: *HISTORIA DE LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ.* Disponible en: https://peacekeeping.un.org/es/our-history

56. De paso, la última reunión realizada de manera informal por varios miembros permanentes del Consejo de Seguridad (USA, Reino Unido y Francia) se limitó a consultas sobre temas políticos, institucionales y, especialmente, de corrupción debido a su estrecho vínculo con los conflictos y amenazas a la paz, lo cual pone a Venezuela en la mirada de dicho organismo de la ONU.[43] Además, el Consejo de Seguridad, a pesar del voto mayoritario de sus integrantes, por el veto de Rusia y China, no fue capaz de resolver nada en torno a la solución de la crisis humanitaria compleja.

| Denuncia del TIAR |
| --- |
| Venezuela:<br>DENUNCIA<br>El 14 de mayo de 2013, la Secretaría General recibió por parte de la Misión Permanente de la República Bolivariana de Venezuela ante la OEA, la nota II.2E8.D-OEA.10-2605 mediante la cual dicho país remitió el instrumento de denuncia del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), con base en el artículo 25 del mencionado tratado. |

57. Solo en contados casos las intervenciones militares unilaterales han tenido éxito. Panamá y Granada son las excepciones más citadas que insuflan el ánimo de los promotores de invadir Venezuela. Lo que no saben o no quieren saber estas personas es que en ambos casos se trata de territorios pequeños (Panamá es del tamaño del estado Apure, aproximadamente. Granada mide 344 Km2 (3 veces más pequeña que la Isla Margarita), relativamente poco poblados y con fuerzas militares escasas.

58. En ambos casos la fuerza invasora era superiorísima (en Panamá[44] el doble y en Granada[45] más del triple). En gran medida, el éxito de estas

43 *Consejo de Seguridad de la ONU analiza impacto de la corrupción en conflictos mundiales*. Disponible en: https://www.voanoticias.com/a/consejo-de-seguridad-onu-analiza-corrupci%C3%B3n-conflictos-mundiales-onu/4565136.html; y también: https://www.voanoticias.com/a/consejo-de-seguridad-de-la-onu-trata-situaci%C3%B3n-en-venezuela/4564690.html).

44 Ver: Panamá: las huellas de la última invasión en América Latina. Disponible en: https://www.france24.com/es/20191220-panam%C3%A1-las-huellas-de-la-%C3%BAltima-invasi%C3%B3n-en-am%C3%A9rica-latina . Consultado el 18/06/2020 a las 08:46 am

45 Las fuerzas invasoras contaban con 7.000 hombres, mientas las fuerzas armadas defensoras eran 1.500 soldados entre cubanos y granadinos. Ver: Detalles de la invasión de EEUU en Granada: la operación "Fu-

intervenciones fue la duplicación y superioridad tecnológica en armamento, respecto de la fuerza defensiva. La pregunta obligada es ¿Cuántos soldados extranjeros se necesitarán para derrotar y someter al ejército venezolano y sus aliados que ya están en el territorio? ¿Eso lo han pensado los promotores de la intervención?

59. Otro evento exitoso de intervención militar fue el desembarco de Normandía en 1944. pero lo que se omite es que se realizo luego de una alianza múltiple y que se tradujo en la conformación de un ejército de aliados que triplicó a los soldados nazis[46] que había en Normandía.[47]

60. Distintos son la mayoría de los casos de intervención fracasada, tales como Ruanda,[48] Irak, Libia, Afganistán con territorios continentales (no pequeñas islas o istmos) y fuerzas militares de resistencia mayores, en los que las consecuencias posteriores a la intervención no solo no mejoraron, sino que se mantuvieron iguales o peores.

61. Objetivamente, una intervención militar unilateral en Venezuela empeoraría todos los problemas, sin garantía de éxito. El primer asunto de preocupación será el incremento de la migración forzada de venezolanos: ya hay más de 5 millones[49] de migrantes desesperados durante la emergencia compleja y nadie sabe cuántos habrá si se inicia un conflicto armado. Durante la pandemia de 2020, el flujo de desplazados ha aumentado.[50]

62. La pregunta para los países receptores es ¿Cuántos migrantes venezolanos podrán recibir? El otro tema es que el problema de suministros de alimentos, medicinas y combustible aumentara drásticamente y las condiciones

ria Urgente". Disponible en: https://www.nodal.am/2013/10/detalles-de-la-operacion-de-eeuu-en-granada-furia-urgente/. Consultado el 18/06/2020 a las 08:34 am.

46 Los desembarcos de Normandía en cifras. Disponible en: https://www.dday-overlord.com/es/dia-d/cifras

47 National Geographic*: OPERACIÓN 'OVERLORD' CONTRA LOS NAZIS. EL DIA D: LAS PLAYAS DEL DESEMBARCO EN NORMANDIA*. Disponible en: https://historia.nationalgeographic.com.es/a/dia-d-playas-desembarco-normandia_12788el día d: las playas del desembarco de normandía

48 Para el momento del genocidio de Tutsis había un contingente militar de 2.000 soldados de cascos Azules de la ONU, sin embargo, fue imposible contener la matanza ejecutada por mas de 200.000 nativos y soldados Hutus.

49 Refugiados y migrantes de Venezuela: z

50 France 24: *La crisis de los desplazados venezolanos, la quinta más olvidada del mundo.* Disponible en: https://www.france24.com/es/20200610-la-crisis-de-los-desplazados-venezolanos-la-quinta-m%C3%A1s-olvidada-del-mundo

críticas del día de hoy serán catastróficas cuando ingresen los militares y se inicien los tiroteos y bombardeos.

63. En todo conflicto bélico hay víctimas indefensas. La destrucción es inherente al uso de las armas. Es inevitable. Los únicos que ganan con las guerras, son quienes fabrican, trafican y venden las armas. Las justificaciones filosóficas, históricas, políticas o de seguridad son racionalizaciones que esconden un feo negocio, una realidad terrible. Los primeros en enterarse del fin de una guerra son los muertos, como dijo Platón. Para ellos, cesan los combates. Para los vivos, la tragedia continúa.
64. La emergencia humanitaria compleja y sus efectos catastróficos está documentada y comprobada. Es notoria y pública: no necesita ser demostrada. Sin embargo, el gobierno todo lo niega: dice que no hay hambre ni enfermedades, tampoco falta de comida o medicinas. Voceros gubernamentales arguyen que no hay crisis humanitaria. Todos es mentira en su discurso falaz. El chivo expiatorio es la oposición, los traidores, el imperio, etc. Por lo que la modalidad de emergencia humanitaria de la que adolece Venezuela es compleja: no se debe a una catástrofe natural ni a una guerra: se trata de los efectos nefastos de la política gubernamental.
65. En fin, bajo el argumento de salvar vidas con fuerza militar extranjera, se podrían causar más muertes que las vidas que se pretenden salvar. Quienes ostentan el poder de forma arbitraria violando los derechos humanos de los pobladores, ¿qué harán? Su herramienta de negociación y presión serán los pobladores civiles que ya son víctimas.

## CONCLUSIONES

66. En conclusión, el marco jurídico internacional y el principio de responsabilidad de proteger o R2P permite que los Estados implementen diversas formas de intervención en situaciones en las cuales hay graves violaciones de derechos humanos y crímenes atroces. Hacerlo es legal y necesario. Los argumentos sobre soberanía del Estado o de no intervención son banales, antijurídicos, inmorales e inaceptables.

67. El deber de proteger es un imperativo categórico de todos los Estados para resguardar los derechos fundamentales de cada ser humano. La preeminencia de los derechos humanos es superior a la invocación de principios de soberanía y no intervención, cuando los dirigentes que controlan el Estado en cualquier país no cumplen con sus deberes de proteger y garantizar los derechos humanos de su población. Ello es más acuciante en tiempos de pandemia. Ningún Estado ni sus dirigentes pueden ni deben cometer genocidio, crímenes de guerra, depuración étnica ni crímenes de lesa humanidad.

# "GROOMING" LA VERDADERA PANDEMIA DETRÁS DEL COVID-19



Jose Luis Vegas Roche*

Antes de entrar a desarrollar en profundidad el tema que en esta oportunidad nos ha correspondido, nos permitiremos hacer algunas precisiones terminológicas en cuanto a algunas palabras o términos que usted no encontrará en las siguientes líneas, aun cuando en el tema que se abordará pareciera que las mismas guardan una relación intrínseca con el mismo. El soporte o fundamento de ello estriba en que nos haremos eco de las *"Orientaciones terminológicas para la protección de niñas, niños y adolescentes contra la explotación y el abuso sexuales"*[1] instrumento este que fue desarrollado por el *Grupo de Trabajo Interinstitucional Sobre Explotación Sexual de Niñas, Niños y Adolescentes 2016*, que fue coordinado por la organización *ECPAT International*[2] en Luxemburgo en enero del año 2016. Ecpat International, es una organización internacional cuya sede se ubica en Bangkok, Tailandia, y la cual aglutina a 121 organizaciones miembros en 103 países. Tiene como norte terminar con la explotación sexual de niñas, niños o adolescentes.

Este grupo de trabajo interinstitucional señala que el término *"niño"* pudiera restarles visibilidad a las *niñas* como titulares expresos de derecho, y en este sentido recomiendan utilizar la expresión *niñas, niños o adolescentes* y dejar de lado el niños, niñas y adolescentes. Además, estimamos que por un tema de caballerosidad, deberían siempre nombrarse las niñas primero.

Tratando de unificar vocabularios, el grupo refiere que el término *"menor"* enviaría un mensaje equivocado e incluso anticuado ya que pudiera considerarse que las niñas, niños o adolescentes no tienen capacidad o son *menos* que un adulto.

---

* Doctor en Derecho, Abogado, Catedrático y Especialista en Derecho Penal, Derecho Penal Internacional, Derechos Humanos y Derecho Internacional.

1 Luxembourgguidelines. URL: http://luxembourgguidelines.org/spanish-version-es/ Consultado el 20/10/2020 a las 2:27 pm.

2 ECPAT International. URL: https://www.ecpat.org/ Consultado el 21/10/2020 a las 5:25 pm.

Por ello recomiendan no usar dicho término y en su lugar colocar *niñas, niños o adolescentes o en todo caso menor de 18 años*.

Señala el grupo de trabajo que cuando se expresa el apotegma *"pornografía infantil"* no debe usarse dicho término, ya que la pornografía refiere placer, lujuria, deseo, e incluso escenarios para grabar dichas escenas reales o simuladas; pero que en el caso de las niñas, niños o adolescentes eso no se cumple ya que estos son utilizados, explotados y abusados por las personas que los colocan en la penosa posición de estar grabándose en vídeo o tomándose fotos no acordes con su edad. Por ello concluyen que debe ahora definirse lo relacionado a fotos y vídeos en donde aparezca una niña, niño o adolescente en una posición implícita o explícita de contenido sexual como *"Material de Abuso y Explotación Sexual Infantil"*.

Por todo lo anteriormente señalado, es por lo que usted no encontrará *niños, niñas o adolescentes, menor de edad, ni pornografía infantil* en el siguiente trabajo. Ahora bien, si algo pudiera solicitarle de manera respetuosa sería el que usted por favor replicara estos términos aconsejados por el Grupo de Trabajo Interinstitucional y desechara de su vocabulario las palabras antes nombradas.

Entrando de lleno a lo que será nuestra participación iniciaremos por definir que es ***"Grooming"*** y este no es más que los actos deliberados que realiza una persona mayor de edad de cualquier sexo y quien crea un perfil falso en una red social para mimetizarse como si fuera una niña, niño o adolescente, todo ello para ganarse la amistad, crear una conexión emocional y lograr desinhibir a su víctima para obtener de este fotos o vídeos de contenido implícito o explícito de carácter sexual, o para abusar sexualmente del menor de 18 años.

Dicho delito tiene como sujeto activo al ***"Groomer"*** quien –siempre- será un adulto de uno u otro sexo, el cual tendrá parafilias con las niñas, niños o adolescentes y por ello poseerán marcadas tendencias de pedófilo o pederasta. Buscará obtener el material (fotos o vídeos de contenido sexual), para luego acosar o abusar sexualmente de la niña, niño o adolescente.

Dependiendo la personalidad del "Groomer" este utilizará diversas técnicas para atacar a las niñas, niños o adolescentes. Así tendremos un ***"Groomer" directo***, que será aquel que participa en chats, foros y redes sociales para

identificar a sus víctimas y establecer contacto con estas. Cuando lo ha hecho, de forma inmediata les realiza propuestas de "sexo virtual", les pide imágenes o les presiona para que conecten la cámara web. Si el menor de 18 años que eligió no accede a sus pretensiones, sencillamente lo deja y busca a otro a quien pueda dominar más rápida y fácilmente.

Luego tenemos a un ***"Groomer" oportunista***, el cual elige a sus víctimas por las fotos con contenido sexual que encuentra a través de Internet o en algún equipo electrónico y las convierte en objeto de acoso. Realiza un fuerte chantaje sobre las niñas, niños o adolescentes, y les amenaza con difundir las imágenes o vídeos en la red o incluso con sus amigos y familiares.

Existe de igual manera el ***"Groomer" específico***, su objetivo es obtener imágenes sexuales de la niña, niño o adolescente que ha elegido y/o establecer contacto sexual con él. Se trata de un pedófilo o pederasta que dedica tiempo a una primera fase de acercamiento, para ganarse progresivamente la confianza del menor de 18 años. Este depredador sexual dispone de toda la paciencia necesaria para lograr su objetivo. Las estadísticas señalan que puede llegar a estar preparando a su víctima hasta por seis meses antes de atacarle.

Se debe agregar que el ataque que efectúa el depredador sexual pasa por varias fases, entre estas tenemos la de ***acercamiento,*** el depredador se paseará por los perfiles de las diversas redes sociales de las niñas, niños o adolescentes. De idéntica manera ingresará a chats, foros, juegos en línea. Hará preguntas sobre el nombre y la edad, e intentará conocer un poco más a fondo los gustos de su próxima víctima para adaptarse y mimetizarse de una forma similar a quien está intentando captar, buscando con esto generar un efecto espejo, esto es, que la niña, el niño o el adolescente se vea a sí mismo reflejado en el perfil falso que ha creado el depredador. Buscará generar empatía (aportando información falsa sobre aficiones, edad, sexo, lugar de residencia, etcétera).

Habiéndose ya acercado, pasa el depredador sexual a otra fase llamada ***obtención de información,*** acá el atacante se gana la confianza manteniendo mayor tiempo conversando con la niña, niño o adolescente sobre el tema que le gusta (canto, modelaje, actuación, mascotas, artistas, música, juegos…). Una vez que está un poco más afianzada la confianza, el depredador empezará a

decir donde supuestamente vive él, y así la niña, niño o adolescente se sentirá en confianza y también informará acerca de su lugar de residencia; de idéntica manera sucederá con la dirección del colegio; donde va a hacer sus actividades extracurriculares como natación, estudio de otro idioma, clases de pintura, teatro, entre otras cosas. Extraerá información acerca de dónde trabajan los padres; a qué hora salen de casa; quién lleva a la niña, niño o adolescente al colegio; quién lo busca a la salida; si tiene o no transporte escolar; cuáles vehículos tienen; dónde los estacionan; pudiendo llegar a obtener información acerca del nombre acerca de la dirección de correo electrónico y los números de teléfonos de los padres. Si los progenitores están casados; si viven en la misma ciudad. En fin, la cantidad de información que pueden obtener es infinita.

Satisfecha esta fase y ya con suficiente información de su víctima, el depredador iniciará una etapa denominada ***seducción***, la cual es conocida de igual manera como la fase de relación o de componente sexual. En esta etapa el acosador haciendo alarde de sus buenos modales, de su empatía, de su supuesta amistad por la niña, niño o adolescente, hará que aparezca -cada vez con mayor regularidad e intensidad-, el elemento sexo en las conversaciones entre ambos. En esta etapa el *"Groomer"*, enviará fotos o vídeos (de menores de 18 años) haciéndose pasar como si fuera él. Iniciará de esta manera un noviazgo virtual y la víctima creerá que está en una relación. Puede ocurrir, que si la niña, niño o adolescente, para este momento no ha enviado nada de material (fotos o vídeos), posteriormente lo haga y casi que sin duda alguna lo hará; todo ello soportado en un sentimiento de culpa o de deuda que hará nacer el depredador en dicha niña, niño o adolescente.

Estas imágenes o vídeos de carácter sexual irán aumentando paulatinamente, el contenido va a ir creciendo, de carácter implícito a explícito según sea el grado de dominación que el depredador haya logrado tener para ese momento en la niña, niño o adolescente. Puede incluso lograr el agresor con su manipulación que la víctima se masturbe frente a la cámara *web*, y el *"Groomer"* lo grabará sin que la niña, niño o adolescente lo sepa.

Teniendo ya en sus manos el *"Groomer"* suficiente material, así como también conociendo gustos, contactos, y confidencias, inicia la etapa de ***acoso***.

En esta fase el depredador sexual se muestra tal cual como es, es decir, no esconde más su verdadera identidad y amenaza a la niña, niño o adolescente con subir a las redes sociales las fotos o los vídeos que tiene. Igualmente le amenaza con enviar el material a sus padres o a sus compañeros del colegio o del liceo. El agresor le dice que lo hará, si no accede a tomarse más fotografías o a grabar más vídeos.

Puede ser de igual forma, que el acosador le exija que acuda a un lugar determinado para que sostenga relaciones sexuales con él o con un tercero. Inicia de esta forma, la etapa de extorsión, gritos, chantaje, amenazas, insultos. En muchos casos la niña, niño o adolescente, empieza a acceder a las peticiones del depredador y se toma más fotos o graba los vídeos que le solicitan o lo que es peor aún, acude –sin avisar a nadie- a los lugares que previamente les ha indicado el acosador y una vez allí es abusado sexualmente por este. En algunos otros casos no aguanta la presión a la cual son sometidos y terminan por suicidarse.

Ahora bien, si por alguna causa usted ha considerado que desde marzo de 2020 -fecha en que inició una cuarentena que luego se transformó en peste- el mundo se encuentra viviendo una gran calamidad, ya que, según la Organización Mundial de la Salud (OMS) han fallecido más de un millón de personas, pasan de cuarenta y tres millones los contagiados a nivel mundial y se estima que más de cuatrocientos millones de estos han perdido sus empleos. Y, que por estar atento a estas impactantes cifras, quizás poco ha reparado la humanidad en que desde esa misma fecha el sector más vulnerable de la población se encuentra padeciendo un estado de alarma y no es precisamente por la enfermedad infecciosa que se originó en Wuhan, China.

Desde ese preciso instante las niñas, niños y adolescentes, se hallan soportando el más feroz, brutal y despiadado ataque que hubieran podido sufrir en los últimos tiempos. El tener que estar confinados en sus hogares, sin posibilidad de salir al exterior a estudiar, jugar, pasear o a realizar cualquier otra actividad, ha hecho que los menores de 18 años se refugien en las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) casi que de manera obligatoria. Es inobjetable que más o menos las tres cuartas partes del año 2020 todo cuanto acontece en los colegios así como con la vida cotidiana, se ha visto reducido a un equipo electrónico, el teletrabajo y el telestudio, han colaborado eficaz y

efectivamente a que los padres bajen muchísimo la guardia en materia de cuidado y prevención respecto de sus críos.

Al unísono de que los más vulnerables se encuentran confinados en sus hogares y casi que disponiendo del mismo tiempo conectado al internet, los depredadores sexuales están en las suyas. El encierro de igual manera ha incentivado a los pedófilos y pederastas a incrementar sus ataques, ello porque en idéntica forma están sus casas y con la mente ociosa pensando en cómo satisfacer sus bajos instintos. Así las cosas, estos últimos se encuentran en sus domicilios tratando de ver cómo hacer para captar a sus víctimas, planificando cómo contactar a las niñas, niños o adolescentes, ideando estrategias que les permitan obtener lo que aspiran de los menores de 18 años y así saciar sus aberraciones.

Del mismo modo en que han venido aumentado las cifras de fallecidos por el Coronavirus, se han acrecentado los ataques informáticos. Esto soportado en que casi toda la actividad mundial -debido al confinamiento- se está realizando de manera remota, es decir, a través de la web. Por ello, por el aislamiento, y debido a que están más tiempo en sus casas, los pedófilos y pederastas se conectan más al internet y la posibilidad de cometer delitos aumentó significativamente.

El País[3] de España, ha reseñado lo siguiente: *"El tráfico de vídeos pedófilos se dispara en redes un 507% durante el estado de alarma. La Guardia Civil detecta el pico de intercambios los días en el que el confinamiento fue más estricto"*. Refiere dicha página web que los vídeos de contenido de material de abuso y explotación sexual infantil han incrementado su tráfico a través de la súper autopista de la información.

En este sentido, el precitado portal aporta cifras que evidencian cómo se incrementaron los ataques, así tenemos:

> "Un reciente estudio realizado por agentes de la Unidad Central Operativa (UCO) ha revelado que el tráfico de vídeos pedófilos se ha incrementado de manera muy significativa durante el tiempo que dura el confinamiento, con los picos más altos durante los días de marzo y abril en el que este fue más estricto. Entonces, se detectaban en redes sociales y en aplicaciones de mensajería instantánea — las más peligrosas, ya que incluyen contactos directos entre los delincuentes y

3 El país. El tráfico de vídeos pedófilos se dispara en redes un 507% durante el estado de alarma. URL: https://elpais.com/sociedad/2020-04-27/el-trafico-de-videos-pedofilos-se-dispara-en-redes-un-507-durante-el-estado-de-alarma.html Consultado el 27/10/2020 a las 2:47pm.

> menores— hasta 640 casos diarios frente a los 105 de los que había noticia a comienzo del año, cuando aún no había estallado la crisis sanitaria."

Luego de existir en España, una media de 105 casos diarios (que no es una cifra muy baja que se diga), se observa que estos ataques aumentaron significativamente, llegando a contabilizar 604 de ellos día tras día. Esta cifra alarma, y alarma mucho, pues, para que existan contabilizadas 604 embestidas diarias, hay que tomar en consideración que existen 604 niñas, niños o adolescentes que han sido contactados por tal cantidad de pedófilos o pederastas. Claro está, se conoce de casos de depredadores sexuales que han tenido pluralidad de víctimas, lo que pudiera llevarnos a considerar que quizás puedan existir menos cantidad de bandidos; pero, lo que si se está seguro, es que frente a cada arremetida hay una niña, niño o adolescente del otro lado del equipo electrónico. Y eso es lo que nos debe poner a pensar acerca de cuál es la verdadera pandemia que ha aflorado desde marzo 2020.

En ese mismo reportaje, se reseñan unas cifras que en nuestra opinión es para poner los pelos de punta, esto porque no se debe olvidar que en cada imagen o vídeo que con estas características circula por la web, hay una niña, niño o adolescente que está siendo explotado, que está siendo expuesto, que está siendo abusado o que está siendo acosado. El País señala:

> *"Mayor fue el incremento porcentual del tráfico de vídeos pedófilos en la llamada dark web* o Internet oscura, una porción de Internet intencionalmente oculta a los motores de búsqueda en la que se usan direcciones IP enmascaradas y accesibles solo con un navegador web especial. Este espacio, al que también acuden los traficantes de armas y droga e, incluso, sicarios, se ha convertido en otra de las principales *vías de difusión de pornografía infantil. El estudio de la Guardia Civil revela que a través de la llamada red TOR (siglas de The Onion Router, un buscador que permite navegar por esta internet oscura) se ha pasado de detectar una media de 21.370 conexiones diarias desde España en enero a 30.060 (un 40,6% más) a partir del 14 de marzo, llegando a registrar un pico de 30.518 (un 42,8% más) cuando las medidas del confinamiento se endurecieron..."*

Nada fácil digerir esta cantidad de conexiones diarias a través del internet profundo, esto es, aquel en donde no todos pueden penetrar, aquel en donde no todos se pueden conectar, aquel en el que solo pocos pueden navegar; pero aquel en donde se observan las más siniestras, perversas, oscuras, increíbles e inconcebibles explotaciones a las niñas, niños o adolescentes. Se observa como

aumentaron de 21.370 conexiones en un día a 30.518 en el mismo periodo. El incremento fue de 9.148 conexiones diarias.

Es importante hacer notar, que estas interacciones se realizan la mayoría de las veces en una red punto a punto, mejor conocida como "Peer to Peer" o P2P. Esto significa que algunas computadoras o algunos aspectos de las mismas pueden funcionar sin servidores fijos. Este detalle posibilita compartir archivos de un equipo a otro sin necesidad de intermediarios. Léase bien, compartir archivos de un punto a otro, sin necesidad de ningún proveedor de servicios de internet. Acá es preciso tomar en consideración que el estar conectado directamente de un punto a otro, significa que ambas personas que se encuentran interconectadas saben lo que hacen, conocen el alcance y significado de sus acciones, pero además es lo que quieren hacer. En el derecho penal, se señala que estas personas actúan con dolo directo o dolo de primer grado.

Esto nos lleva a reconocer que existieron –diariamente- 15.259 personas (hombres y mujeres) conectados entre sí con otra cantidad igual de pervertidos; todos y cada uno de ellos compartiendo material censurable de explotación sexual infantil. Para tener una idea de cuantas personas son estas, se considera oportuno reseñar, que el aforo del Madison Square Garden de Nueva York, asciende a la cantidad de 20.789 personas. Lo que significa, que con esta cantidad de pedófilos y pederastas, se llena dicho pabellón deportivo y todavía se quedan afuera sin poder entrar 9.729 depredadores sexuales o por lo menos consumidores de dicho material en donde se explotan a las niñas, niños y adolescentes. Esta cantidad de 9.729 personas representa el 46.8% del aforo de este reconocidísimo recinto deportivo.

En conclusión, diariamente existían más de 30.000 equipos electrónicos por donde circulaban y se compartían fotos y vídeos de niñas, niños y adolescentes, de contenido sexual. ¿Acaso esto no es una cantidad para llamar la atención de un Estado? ¿No se considera dicha cifra una suma alarmante para que un representante del Ministerio o de la Secretaría de Educación, realice una agresiva campaña de información? ¿Cómo pueden prevenir los padres que sus hijos sean víctimas de estos delitos si se supone que quién debe informar (el Estado) no lo hace? ¿No es esto una verdadera tragedia? ¿Cuántas víctimas hacen falta para qué

se considere esto que ocurre día tras día detrás de un equipo electrónico como una desgracia?

Alejados un poco del internet profundo, preciso es señalar lo atinente a las redes sociales y su comportamiento durante esta pandemia en el país del pasodoble. Y así tenemos que en el mismo artículo de El País ya previamente identificado, se reseña lo siguiente:

> "el estudio revela que el mayor aumento porcentual se ha detectado en el intercambio de estos vídeos que se hacen a través de redes sociales —como Facebook o Instagram— y aplicaciones de mensajería instantánea —WhatsApp y Telegram, principalmente—. Según la información transmitida a la Guardia Civil por la National Center for Missing and Exploited Children (NCMEC, una organización estadounidense sin ánimo de lucro surgida del Congreso de EE UU a la que están obligadas a facilitar información las empresas tecnológicas), en España se registraban a comienzos de año una media diaria de 105 intercambios de pornografía infantil a través de redes sociales. Tras el decreto del estado de alarma pasaron a ser de 501 (un 375% más) y ascendieron hasta 640 (507%) tras el endurecimiento de este."

El Centro Internacional para Niños Desaparecidos y Explotados (International Centre for Missing & Exploited Children, ICMEC[4]), es un organismo nacido en los Estados Unidos, el cual tiene trabajo en la mayoría de los países del mundo y cuya meta es promover la protección infantil así como la defensa de los niños del abuso y la explotación sexual. Posee presencia física en su sede original en Alexandría, Virginia, USA así como en Brasil y Singapur. A esta organización están obligadas remitir todas las empresas de redes sociales así como las de mensajería instantánea, el material que circule por sus plataformas y en donde se estime pudiera aparecer una imagen o un vídeo de una niña, niño o adolescente siendo abusado o acosado sexualmente. Es por ello, que esta asociación maneja una gran cantidad de cifras a nivel mundial.

El hecho de poseer referencias de varios países, le permite al ICMEC, tener una información real, concreta, certera y fidedigna del material que está circulando en las redes sociales y que guarda estricta relación con las niñas, niños y adolescentes. Es por ello que alertaron a España en cuanto había aumentado

4 International Centre for Missing and Exploited Children
URL: https://www.icmec.org/
Consultado el 28/10/2020 a las 2:47 pm.

el tráfico de dicho material de abuso y explotación sexual infantil de 105 intercambios a 640 canjes diarios en las redes sociales.

Esta cifra evidencia cuanto material de abuso y explotación sexual infantil transita diariamente por las redes sociales. De la misma manera visibiliza la cantidad de personas que distribuyen y consumen este tipo de vídeos y fotografías, llegando a la cifra de 640 personas diarias. Cantidad esta que nunca será fácil de asimilar.

En este punto se considera importante destacar que las empresas Google y Facebook utilizan inteligencia artificial para detectar material de abuso y explotación sexual infantil. Se sabe que hay registros de que estos gigantes de las comunicaciones en línea usan programas de última generación que escanean miles de imágenes en un segundo y en base a ello pueden inferir si se está frente a un archivo que contiene algún desnudo. De producirse esto, se ejecuta un segundo escaneo ahora en los tonos de piel y rasgos de la persona que aparece en la imagen y arrojará como resultado si se trata de una niña, niño o adolescente. Se señala igualmente que la empresa Facebook destinaría 35.000 personas diarias, a tratar de verificar que no circule por sus plataformas dicho material.

Por supuesto que no solo se incrementó en el continente Europeo la comisión de este delito, hubo de idéntica manera un aumento considerable en México y así lo reseña la página Informador.mx[5] en un artículo titulado: *Aumentan denuncias por pedofilia y pornografía en México,* el cual describe:

> *"En los primeros seis meses de 2020 los reportes ciudadanos por algunos delitos cibernéticos cometidos contra menores de edad* (sic) *aumentaron a niveles nunca antes vistos, de acuerdo con un informe de la Guardia Nacional…*
>
> *Entre enero y junio de este año las denuncias ciudadanas por pornografía infantil se incrementaron 157% respecto a 2019…"*

Se observa con meridiana claridad cómo se acrecentó exponencialmente en el país azteca el tráfico y/o distribución del material de abuso y explotación sexual infantil. En este mismo sentido, es importante señalar que en México

5 Informador.mx Aumentan denuncias por pedofilia y pornografía en México.
URL: https://www.informador.mx/mexico/Aumentan-denuncias-por-pedofilia-y-pornografia-en-Mexico-20200913-0030.html
Consultado el 29/10/2020 a las 4:47 am

existen 80.6[6] millones de internautas, y que el grupo cuya edad está comprendida entre 12 y 17[7] años representa aproximadamente el 15% de todos los usuarios mexicanos, los cual en términos de cantidades sería algo así como 12.9 millones de usuarios.

Adicional a ello, no hay que dejar de lado que México tiene la para nada agradable distinción, -según la Organización de las Naciones Unidas así como el Departamento de Estado de los Estados Unidos- de ostentar el primer lugar a nivel mundial en difusión de material de abuso y explotación sexual infantil, ya que las autoridades han detectado dentro de sus fronteras 12.300 páginas web en donde se distribuyen fotografías y vídeos de contenido sexual en donde están involucradas niñas, niños y adolescentes.

Cristian Acosta, coordinador de asuntos públicos de Early Institute señaló:

> "Hemos advertido que han aumentado tanto los delitos cibernéticos en la cuarentena; al estar en confinamiento las condiciones de trato en la familia pueden generar afectaciones y es así como los niños y adolescentes se aíslan en las redes sociales, entran en contacto con desconocidos y se registran los delitos"

Por supuesto que suscribimos las palabras de Acosta, incluso aquellas en donde expresa que el trato en la familia puede generar afectaciones; de allí que las niñas, niños o adolescentes se refugien en las redes sociales buscando personas que les comprendan y nos les critiquen su manera de ser. El acoso y el abuso sexual se han incrementado a raíz de la figura del lema "quédate en casa".

Trasladándonos un poco más al sur del mismo continente americano, traemos a colación el acrecentamiento que ha sufrido este delito en Argentina. En Welivesecurity[8] encontramos lo siguiente:

> *"Y junto a este crecimiento en el tráfico de Internet, algo que lamentablemente también creció durante el período de confinamiento son los casos reportados de Grooming. En Argentina, por ejemplo, según informó el Ministerio Público Tutelar de*

6 INEGI. Comunicado de prensa Nº 103/20
URL: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2020/OtrTemEcon/ENDUTIH_2019.pdf
Consultado en fecha 29/10/2020 a las 7:25 am.

7 Statista. Distribución porcentual de utilización de internet por grupo de edad.
URL: https://es.statista.com/estadisticas/620131/utilizacion-de-internet-por-grupo-de-edad-mexico/
Consultado el 29/10/2020 a las 8:43 am.

8 Welisecurity.com Grooming: una problemática que crece durante la cuarentena.
URL: https://www.welivesecurity.com/la-es/2020/05/20/grooming-crece-durante-cuarentena/
Consultado el 25/10/2020 a las 9:19 am.

> *la Ciudad de Buenos Aires (MPT) las denuncias por casos de grooming aumentaron en un 30%. Desde Argentina Cibersegura, una organización sin fines de lucro que desde hace más de 10 años trabaja en el país abordando temas como el Grooming (y otras problemáticas que afectan a la seguridad en el ámbito digital) mediante acciones educativas en escuelas a lo largo de todo el país y brindando charlas, talleres y conferencias a otras OSC, fundaciones, empresas, así como capacitaciones docentes y realizando programas con organismos gubernamentales, nos contaron que* **en abril de 2020 se cuadruplicaron las consultas por grooming** en comparación con el mismo período del año anterior. Por otra parte, según publicó a través de su cuenta de Twitter el abogado especializado en delitos informáticos Daniel Monastersky, en Argentina ***los ciberdelitos crecieron un 500% durante la cuarentena****, estando los casos de grooming, la explotación sexual infantil y la difusión de imágenes íntimas entre los delitos más reportados."*

Se observa que en cuanto al Grooming, hubo un repunte de un 30% desde que inició la pandemia, esto según el Ministerio Fiscal; pero la Asociación Argentina Cibersegura señala que se cuadruplicaron los ataques concernientes a esta figura delictual. Lo que si debemos tener claro en todo caso, es que hubo un aumento considerable en el ataque de adultos a niñas, niños y adolescentes utilizando como medio de comisión el internet.

Con respecto a la opinión vertida en la red social Twitter por el abogado Monastersky, en cuanto a que aumentaron los delitos cibernéticos en un 500%, en nuestra opinión, no parece ese tuit estar alejado de la realidad primero por las cifras que líneas arriba se han mostrado y segundo, porque esta pandemia es el momento ideal para que se materialice la teoría del fraude la cual se actualiza en un primer momento con: a) la oportunidad, y esta se presenta en el caso bajo estudio con la situación de alarma mundial y en donde mayoría de las personas están presionadas; en segundo lugar aparece: b) la necesidad, es decir, las personas ¿qué querían?; ¿qué aspiraban conseguir?; ¿qué necesitaban en ese momento?; pues querían mascarillas, gel, papel toilette y algunas otras cosas; y es precisamente allí donde entra en juego el tercer elemento: c) el delincuente, el cual encuentra la justificación a su actuar en toda la necesidad que tienen las personas en ese momento; pero además toma en cuenta la ausencia de autoridad, lo que le invita a delinquir.

Así las cosas, tenemos que no solo es el Covid-19 lo que ha diezmado a una cantidad de personas; no solo el Coronavirus tiene a seres humanos en manos de los médicos; no solo la pandemia ha enlutado hogares; de igual manera

y en idéntico sentido, los depredadores sexuales han colocado en situación de víctimas a niñas, niños o adolescentes, les han remitido a manos de los galenos y por supuesto, -muy lastimosamente- por sus perversidades han enviado a niñas, niños o adolescentes al campo santo (mucho más de lo que usted se imagina).

El estado de alarma a nivel mundial no ha cesado, para el momento de la realización de este trabajo no existe una vacuna aun cuando ya existen algunas que se encuentran en periodo de prueba. Por ello, en nuestra opinión, la amenaza no ha llegado a su fin, consideramos que nos queda un poco más de tiempo confinados en nuestros hogares y por supuesto todo lo académico seguirá llevándose de manera virtual. Por ello, la protección a los más vulnerables debe arreciar, la comunicación fluida con las niñas, niños y adolescentes acerca de los peligros que existen detrás de cualquier equipo electrónico debe incrementarse; pues ya hemos visto como la verdadera pandemia detrás del Covid-19 han sido estos ataques indiscriminados que han sufrido nuestras niñas, niños o adolescentes los cuales han perdido su virginidad, su inocencia, su confianza e incluso; han perdido la vida.

# EL APORTE DE LA PERICIA PSICOLÓGICA FORENSE EN EL ÁMBITO JUDICIAL



Eduviges Anabel Aguilar de Gutiérrez*

La pericia psicológica es una evaluación que se realiza en un contexto judicial y pretende explorar diversos aspectos psicológicos en todas aquellas personas que se encuentran involucradas en una situación legal, y consecuentemente están sujetas a un proceso judicial.

Por tanto, la psicología forense está al servicio del poder judicial y es un instrumento técnico de la administración de justicia que aporta a la resolución judicial.

## I. EVALUACIÓN PERICIAL DE LA VÍCTIMA

El fin de la evaluación es la identificación de sintomatología psicológica de las emociones y la afectividad. El interés se centra en valorar a las personas para determinar, primero, si existe algún trastorno psicopatológico y, segundo, si dicho trastorno está relacionado con el delito que se está sometiendo a juicio. El interés de las partes estará en determinar si hay secuelas en tendidas las que perduran en el tiempo, a diferencia de las secuelas físicas que pueden ser fácilmente objetivables, las secuelas a nivel psicológico no lo son tanto.

Al hablar de un suceso traumático se hace referencia a los acontecimientos de carácter marcadamente negativo, que excede a las expectativas normales, que se inicia de forma brusca e inesperada, no resulta posible controlarlos, y que pone en peligro la integridad física o psicológica de las personas que lo sufren de manera directa e indirecta. Los mecanismos de afrontamiento se ven afectados, por lo que las personas

* Graduada de la licenciatura en Psicología en la Universidad de El Salvador; con estudios de capacitación avanzada sobre violencia en la Universidad de Lund Suecia y sobre trata de personas por Interpol de Estados Unidos- Londres.

que lo padecen sufren intensas consecuencias destacando fundamentalmente el terror, la indefensión y los sentimientos de culpa.

La evaluación pericial como ya se ha mencionado se enfoca en la valoración del daño psicológico existente. Por ello, en muchas ocasiones el informe pericial psicológico tiene como objetivo el servir para probar la existencia de un delito en ausencia por ejemplo de indicadores físicos, en este caso el enfoque de la exploración psicológica se centrará en valorar:

1. El nivel de adaptación previa de la víctima en todos los niveles: personal, familiar, laboral y social.
2. El nivel de adaptación existente en la actualidad
3. Cómo se ha readaptado después del suceso: proceso de afrontamiento
4. Pronóstico del futuro.

## II. SECUELAS EN VÍCTIMAS DE DELITOS VIOLENTOS

En función de los recursos personales con los que cuente una persona, esta pondrá en marcha una serie de estrategias para afrontar las situaciones con un alto contenido estresante. Así, en este apartado se describen los trastornos encontrados con mayor frecuencia en agresiones sexuales, actos de terrorismo, secuestros y accidentes.

Se parte de la siguiente base: los acontecimientos traumáticos inciden negativamente sobre la percepción de la seguridad de las personas, que pierden la confianza básica en la creencia en un mundo justo. Se hablará de dolor psicológico y del daño psíquico para poder tipificar posibles indemnizaciones. En general se sintetiza el daño psíquico así:

| | |
|---|---|
| • Ansiedad<br>• Sentimientos de culpa, vergüenza o ira.<br>• Preocupación constante por el trauma psicológico, con tendencia a revivir en suceso.<br>• Disminución de la autoestima.<br>• Alteraciones en el ritmo y el contenido del sueño<br>• Pérdida de interés y de la concentración en actividades anteriormente gratificantes.<br>• Ideación suicida | • Hostilidad, agresividad, abuso de alcohol y/o sustancias psicoactivas.<br>• Cambios en el sistema de valores, especialmente la confianza en los demás y la creencia en un mundo justo.<br>• Modificación de las relaciones: dependencia emocional, aislamiento...)<br>• Cambio drástico en el estilo de vida, con temor a frecuentar lugares de costumbre y necesidad apremiante de trasladarse de domicilio. |

Entre los diagnósticos más frecuentes asociados se encuentran: Psicodiagnóstico de trastorno de estrés postraumático, trastorno por estrés agudo, trastorno adaptativo, depresión en sus diferentes escalas.

Así mismo, se evalúa el ESTADO MENTAL el que describe el funcionamiento de la actividad psicológica en que se encuentra el evaluado. (Funciones cognitivas), iniciándola desde que se hace el estudio y análisis de las actuaciones proporcionadas. Esta continúa en el trascurso de la entrevista psicológica hasta su culminación.

Respecto a la CAPACIDAD DE COMPRENSIÓN. Se entiende como la facultad para entender, conocer y diferenciar si un comportamiento es lícito o ilícito.

## III. LA EVALUACIÓN PERICIAL EN EL ACUSADO

Se debe investigar la historia vital del acusado y las circunstancias de naturaleza ambiental en las que se ha desarrollado su vida para, de esa forma poder determinar posibles causas que llevaron al acusado a delinquir y los mecanismos utilizados para realizar el hecho, como consecuencia de ese conocimiento, se puede llegar a diferenciar una conducta delictiva en una personalidad psíquicamente normal , o con anormalidades psíquicas menores, de las conductas delictivas de los sujetos con profundas alteraciones o perturbaciones de la personalidad.

Al evaluar actos criminales la función pericial se centra en la evaluación de procesos cognitivos y afectivos con el objetivo de valorar la capacidad que el sujeto tiene de reconocer y comprender la significación de las propias acciones (Consciencia), lo que supone la evaluación de todas las alteraciones del procesamiento cognitivo, determinadas por las alteraciones de la percepción, alteraciones de la atención (déficit atencionales), alteraciones de la memoria, del razonamiento , del pensamiento (juicio de la realidad), alteraciones del lenguaje, trastornos psicóticos y de la personalidad.

Durante la evaluación psicológica pericial es posible advertir la existencia de:

### 1. Psicosis

Definiéndose como una enfermedad mental grave que perturba de manera global la personalidad, la justifica con frecuencia un tratamiento intensivo e impone en ocasiones la necesidad de hospitalización psiquiátrica. El psicótico no posee ninguna noción de su enfermedad.

### 2. Simulación de enfermedad mental

La característica de la simulación es la producción intencionada de síntomas físicos o psicológicos desproporcionados o falsos, motivados por escapar de una condena criminal.

Existen varios tipos de simulación, dentro de las cuales se mencionan:

*A) LA SIMULACIÓN*

Es aquella en la que el individuo conscientemente finge y se hace pasar por alguien que sufre una enfermedad mental, síndrome o estado mental determinado, con el objetivo de obtener un beneficio. Eludir una sanación perjudicar a otro.

*B) LA PRE-SIMULACIÓN*

Es la simulación previa al hecho delictivo normalmente incorporada en el discurso de un victimario que trata de atenuar su sanción, buscando un estado mental de alienado que, muy a menudo, se encuentra en los casos que aducen estar drogados en el momento de la comisión del acto delictivo. Esta muchas veces es cierta pero no en las dimensiones que relata el individuo y, mucho menos, como para disculpar su conducta ilícita. En la práctica son muy reducidos los casos reales de sobredosis, por ejemplo, en los que se encuentra una atenuación en la imputabilidad, por condiciones de conciencia.

*C) LA DISIMULACIÓN*

Es lo contrario a la simulación en cuanto que para obtener un beneficio del diagnóstico oculta síntomas de enfermedades mentales o patologías para reducir su vigilancia y continuar, con el fin de no ser identificados como tales o para evitar internamientos en centros de restauración.

## IV. EVALUACIÓN PERICIAL EN NIÑEZ PREESCOLAR

En la entrevista a niños en edad preescolar víctimas de presuntos delitos de abuso sexual y maltrato se debe considerar los factores cognitivos y psicosociales que influyen en su testimonio (memoria, atención, lenguaje y pensamiento) y cómo sus capacidades y sus déficits pueden condicionar su testimonio. Otro aspecto a considerar es la sugestionabilidad, que ejerce igualmente una gran influencia, tanto en el adulto que obtiene el testimonio infantil como en el resultado final, es decir, en la declaración verbal del niño.

## V. FACTORES COGNITIVOS Y PSICOSOCIALES EN EDAD PREESCOLAR

### 1. La memoria:

Seguramente, la capacidad memorística y la capacidad lingüística, junto con la sugestionabilidad, son los aspectos que generan más dudas a la hora de valorar la credibilidad del testimonio de un menor, y mucho más aún la de un niño en edad preescolar.

En cuanto a la memoria, la diferencia entre la de los niños y la de los adultos es más cuantitativa que cualitativa. De hecho, el recuerdo de los niños de 3 años es bastante exacto, aunque menos minucioso que el de los niños de 8 años. Es más, a partir de los 10 años ya no hay diferencias entre el relato de los niños y el de los adultos.

La memoria de los niños en edad preescolar es CONCRETA (se basa en hechos de su experiencia inmediata y sensorial, no es abstracta ni conceptual), SUBJETIVA (Se basa en sus intereses y necesidades recuerda lo que más le ha gustado, sorprendido o asustado) y FRAGMENTARIA (No sigue una estructura concreta ni orden a la hora de recordar y no tiene la noción de tiempo como la del adulto).

### 2. El lenguaje:

Es evidente que los niños en edad preescolar todavía no tienen desarrolladas todas las habilidades cognitivas ni tienen las suficientes experiencias de aprendizaje para poder responder a según qué preguntas que requiere el contexto judicial, como son las de indicar con precisión el lugar y el momento en los cuales pasó el acontecimiento.

El lenguaje se caracteriza por ser comprensible, autorreferencial (hablan de acontecimientos cotidianos y significativos para ellos) y fragmentaria (las

explicaciones son incompletas, van de un punto al otro y se dejan información y hechos importantes para la comprensión del oyente).

### 3. El pensamiento:

Lo más destacable de esta etapa es el crecimiento rápido del pensamiento simbólico, es decir, la capacidad para utilizar palabras, objetos e, incluso, acciones como símbolos para pensar y comunicarse. El desarrollo de la utilización del pensamiento simbólico tiene lugar a medida que el niño es capaz de coordinar mentalmente una cantidad cada vez mayor de esquemas relativos a los objetos y a los acontecimientos de su alrededor.

El pensamiento continúa siendo concreto, es decir, poco abstracto. A los cuatro y cinco años, la capacidad de representar una cosa por medio de otra va en aumento, sobre todo a medida que se desarrolla el lenguaje. Como este proceso es gradual, el pensamiento del niño sigue ligado a sus acciones y para él es mucho más difícil reproducir verbalmente una acción que llevarla a cabo conductualmente.

La característica del pensamiento en edad preescolar se basa en: ya sí (distinguen entre realidad y fantasía) y todavía no del todo (uso del pensamiento abstracto).

## VI. INSTRUMENTOS PARA LA EVALUACIÓN PERICIAL

Las exploraciones de los constructos psicológicos se realizan, principalmente, mediante los instrumentos más conocidos de la evaluación clínica como la entrevista semi- estructurada, observación directa o indirecta y pruebas psicológicas (Bender, MMPI y proyectivos). Estos métodos y pruebas proporcionan un acceso a la información de la persona rápida, fiable y que correlaciona significativamente con otros tipos de medidas que pueden completar la evaluación.

La entrevista es una pieza clave de la evaluación forense, ya que se trata de la técnica que puede proporcionar mayor cantidad de información (respuesta del evaluado, comunicación no verbal y observación) y mayor rendimiento con un consumo escaso de tiempo y recursos.

## VII. PETICIONES DE EVALAUCION PSICOLÓGICA PERICIAL MAS COMUNES

- Estado mental
- Afectación psicológica
- Capacidad de comprensión de hechos
- Capacidad de rendir testimonio
- Coherencia del relato
- Evaluación para tratamiento psicológico.

## VIII. PROCESO ANTE LA EVALUACIÓN PSICOLÓGICA PERICIAL

1. Revisión de actuaciones proporcionadas
2. Evaluación psicológica forense: Explicación sobre evaluación
3. Se aplican las técnicas de entrevista, observación y prueba psicológica
4. Si amerita se refiere a atención integral
5. De considerar necesario se realizan interconsultas con la interdisciplina
6. Elaboración de informe pericial

## IX. FUNCIONES GENERALES DEL PSICÓLOGO FORENSE

1. Realización de evaluaciones psicológicas a víctimas, victimarias u otros.
2. Entrevistas testimoniales en Cámara Gesell.
3. Asistir a las audiencias o vistas públicas.
4. Brindar asesoramiento en materia de psicología forense a jueces, fiscales, defensores y estudiantes.
5. Coordinaciones interinstitucional entre el ámbito judicial u otras.

# ENTRE DEFINICIÓN Y LÓGICA DEL SISTEMA



Fernando Tenorio Tagle*

## I. SOBRE LAS POLÍTICAS EN MATERIA CRIMINAL

La herencia de las políticas en estos temas, sustantivamente consolidada desde el ingreso a la modernidad, se ha circunscrito a la finalidad de prevenir el delito, aún en el ámbito de las funciones manifiestas subsidiarias como es el caso de la ejemplaridad del castigo, tan fuertemente exhibido durante la última etapa de la pre-modernidad o edad de la fe. Pero, a su vez, ese tránsito de las dos etapas sustantivas que narran la línea evolutiva del homo sapiens, representa también el recorrido de aquellos saberes que se involucran en la textura de lo cierto, nuestras actividades discursivas que pretenden la posesión de la verdad, otrora sustantiva y cada vez más relativa, precisamente: la verdad de los dioses y la verdad de "sus criaturas" revolucionariamente emancipadas.

No obstante, este recorrido ha exhibido las innumerables atrocidades que se han culminado en nombre de esas verdades. Se considere, a este respecto, la matanza en cualquier hemisferio de nuestro planeta de aquellos signados como chivos expiatorios o en la matanza de mujeres (y algunos hombres) acusados de brujería. Evidentemente, las funciones manifiestas de ambas ritualidades era cunjurar los males por los que atravesaba la sociedad: el *suplicium,* la súplica a los dioses, quizás más iconográficamente dicho en griego al signar al chivo expiatorio con la palabra *pharmakos,* una ritualidad terapéutica para erradicar la penuria social: la escasez o la enfermedad, por ejemplo, pero no por matar a unas personas los dioses trajeron

* Profesor titular de la UAM-A, coordinador de investigación en el área de Derecho y Control Social. Profesor invitado del Doctorado en Derecho en la Universidad Autónoma de Tlaxcala y en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

abundancia o sanaron a las sociedades. Las brujas nunca han existido pero matamos a cientos de miles de mujeres acusadas de haber concretado un pacto con el diablo.

Al transitar a la modernidad, los fundamentos del orden descienden de sobrenaturales a naturales, la naturaleza de las cosas, y nuevamente se vuelve a ontologizar el origen y las consecuencias del bien y del mal. La desconfianza y quizás el desprecio por los saberes sociales y el gran auge de las ciencias naturales fue subsanado, aunque de manera por demás errónea y de manera decisiva para ontologizar las cuestiones valorativas y la reivindicación de una estratificación social entre superiores e inferiores, con la aparición del positivismo filosófico que vendría a conjeturar que las prácticas sociales se rigen por los mismos principios de las ciencias naturales; he ahí la razón por la cual las interpretaciones desde esta lectura fueron avaladas por la comunidad científica y la criminología de este corte, ulteriormente denominada etiológica, invadió al mundo y continúa siendo el discurso oficial, desde la inicial readaptación a la actual reinserción social. Como es evidente, en ambos casos se parte de la idea de la superioridad de unos frente a los "otros": hombres sin dios, hombres sin alma, subhumanos y cualquier otro apelativo. Este planteamiento que se torna eugenésico ha sido la justificación de la esclavitud, otras formas de servidumbre y también de la matanza en los diversos casos de genocidio como en América con las invasiones renacentistas, en Asia y África con las guerras modernas y en Europa con La Solución Final, entre muchos otros casos, hechos que, junto a los crímenes de lesa humanidad y de guerra, en nuestro tiempo se encuentran criminalizados y para cuyos autores se pretendería, por el mismo discurso oficial, reinsertarlos en sociedad.

Como puede apreciarse, el crimen que cotidianamente se narra en los manuales especializados y sobre los cuales se recomienda diversos estudios para la política oficial que se circunscribe a las que Raúl Zaffaroni denomina ideologías re (2013), palidece frente a los hechos arriba narrados y a los que más adelante habré de referirme una vez más.

Ciertamente las políticas en materia criminal han sido privilegiadamente políticas de prevención del delito y las más de las veces atribuidas al sistema de justicia penal, específicamente a la pena bajo la denominación de teorías, como

son los casos de las prevenciones generales y especiales positivas y negativas: intimidación, prevención – integración, readaptación (hoy reinserción) e incapacitación o neutralización. A este respecto, puede apreciarse que toda prevención general que focaliza a la pena en su nivel de enunciación legislativa ve a la pena como lenguaje de motivos sea en su carácter de intimidación, sea en su carácter de acopiar el consenso de la comunidad. En cualquier caso, si somos escrupulosos se evidenciaría su fracaso. Tómese en cuenta que la impunidad mundialmente, denúnciese o no, y descontando tráfico de armas y personas alcanza un 99.999% (Pavarini Massimo Et. Al. 2006). Por lo que hace a la prevención especial, esta no ha dejado de perfilarse en el ámbito terapéutico de la medicina: diagnóstico, pronóstico y tratamiento que invadió también a las categorías de prevención primaria, secundaria y terciaria. Una cuestión que ve en la persona de los protagonistas, aún bio-psico-socialmente las causas de su desviación. También en este caso a partir de una lectura sospechosa puede acreditarse un fracaso absoluto de manera mundial. Quizás lo más trágico del relato del castigo sea la evidente contradicción entre ambas prevenciones (general y especial) que dio lugar durante las últimas décadas del siglo XX (aunque haciendo eco a la discusión del congreso de Chicago del Siglo XIX), al debate entre pena justa y pena útil: ¿Cuánto merece una persona por lo que hizo? o ¿Cuánto necesita una persona para la finalidad re? (Pavarini Massimo. 2013). Evidentemente la actitud fue exitosa en el territorio de las políticas y representó el más amplio período de represión el que también cuantitativamente alcanzó las cifras más altas de aprisionamiento durante las últimas décadas del siglo XIX y primeras 2 del siglo XX. De este modo la pena exhibía un rostro de benevolencia, de ayuda al desviado, que encubría los intereses reales relativos a las necesidades de mantener el orden que había impuesto el capitalismo que ya había madurado a la industria, más allá de que sus promotores tuviesen o no consciencia de ello.

El éxito de esta criminología etiológica en las políticas puede acreditarse por las finalidades asignadas a la pena en el ámbito de la prevención especial, es decir, que finalidad le asignamos a la pena al momento de aplicársela a una persona en concreto: que esta no vuelva a delinquir y sus medios: el trabajo; la capacitación para el trabajo; la educación y, en la actualidad, añadiendo la salud y el deporte. Es decir, la imagen desprendible de aquellos que han sido

eficientemente etiquetados como delincuentes o eficientemente reprimidos, esto es, precisamente: los representantes de las clases, no casualmente denominadas inferiores de la sociedad. Pero ante la evidencia de que la criminalidad se desarrolla en países centrales con trabajo muy próximo a lo que se entendería como justamente retribuido, con educación altamente calificada, servicios de salud satisfactorios y otras políticas del antiguo *wellfare*, esta criminología etiológica ha llegado a concluir que el crimen es un comportamiento multifactorial, esto es, que en realidad no se conocen sus causas tan anheladamente buscadas. En realidad los saberes y las políticas fundadas en ellos se evidencian como una lectura ingenua, tal y como la rubrica Stanley Cohen (1988).

Ante estas evidencias sucintamente descritas, se asiste desde los años 80 del siglo XX a otro debate caracterizado por una actitud moderna representada por la corriente de opinión del derecho penal mínimo (Ferrajoli Luigi. 1995) y una actitud que puede calificarse como postmoderna denominada abolicionismo penal. En ambos casos la discusión se verifica en el campo de la política (o filosofía jurídica) sobre la base de la pregunta ¿Qué debemos de hacer? O ¿Qué política puede estar suficientemente justificada?

A este respecto, no parece haber duda de que las políticas que acopia de la tradición de Occidente el derecho penal mínimo, se muestran suficientemente justificadas y en la mayoría de los países que desarrollan esta tradición las muestran explícitamente en sus leyes, incluidas las constitucionales. Sin embargo, los estudios de sociología jurídico penal y de otras disciplinas sociales, han también mostrado que ese derecho que irremediablemente lo reflexionamos en el ámbito del deber ser, resulta el ser que no es o que no es todavía, como lo expresa Raúl Zaffaroni (Op. Cit.).

Empero, la actitud abolicionista, ampliamente desarrollada en el Norte europeo (Christie Nils <1984>; Hulsman Louk <1984> y Mathiesen Thomas <1974>), llega a la conclusión de un amplio fracaso de todas las políticas establecidas para el sistema de justicia penal: no hay prevención del delito; dada la impunidad, tampoco hay la persecución ni represión del delincuente y no existen casos de readaptación o reinserción social. De ahí que la única política racional sea abolir al sistema. Ciertamente este tipo de apuestas se evidencian también

en nuestro tiempo ingenuas, sobre todo si consideramos que las instituciones derivadas de las leyes penales, esto es, las que lo invocan, representan la fuerza que sostiene al pacto político real, no así al pacto constitucional que sigue siendo el deber ser que no es o que no es todavía.

Por otra parte, también durante los años 80 del siglo XX, aparece en el seno mismo de los fundadores de la criminología crítica la corriente de opinión denominada nuevo realismo de izquierda (Young Jock y Lea Jhon 1984). Independientemente de las críticas que suscitó, referentes todas ellas a un regreso a la criminología etiológica, sus iniciales indagaciones empíricamente desarrolladas y que hicieron eco a teorías precedentes, llegaron a acreditar que las víctimas privilegiadas del crimen lo son también los pertenecientes a las *lower classes*. Una cuestión que vino a evidenciar que semejantes segmentos sociales se encuentran doblemente victimizados: por una parte, son víctimas del sistema social que los ha conducido a esa condición y, por la otra, ellos resultan víctimas del crimen y/o víctimas del sistema punitivo.

Y aún más, y con ello regreso al subtítulo de este trabajo. Esta corriente de opinión desde su génesis en el año 1984 al publicarse el libro ulteriormente traducido al castellano "Que hacer con la ley y el orden", dedican ampliamente el tema de la evidencia del crimen como una construcción social de la realidad que partió de la fenomenología como corriente filosófica y conjuntamente con otras opciones se inscribió en la cultura criminológica en la teoría del etiquetamiento. Sin embargo, el nuevo realismo de izquierda, aún considerando que ello es así, aprecia que se ha perdido mucho tiempo analizando esta cuestión y no obstante, lo que valoramos negativamente como delito causa daños reales: pérdida de la vida; restricciones de la libertad; reducción o pérdida del patrimonio; en suma una escalada de tremendos daños sociales. Y de ahí que hayan regresado al análisis del crimen que distingue dentro de la cultura criminológica al modelo etiológico.

No obstante, en mi opinión, el tardío avance de la teoría del etiquetamiento ha producido una real apreciación de los hechos con los que se involucra la cultura criminológica, esto es, la cuestión criminal relativa tanto al crimen como a su control. Y señalo que es tardía dado que esta distinción fue planteada desde el siglo XVII por David Hume en la ley que hoy lleva su nombre y que ha sido

ampliamente tratada por los estudiosos del derecho. En este sentido, acreditar que el crimen o cualquier forma de comportamiento calificada como desviación, carece de una entidad ontológica es una cuestión lógica. Tómese en cuenta el relato bíblico del árbol prohibido, el árbol del bien y del mal, que apreciándolo en modo antropológico significaría el pasaje en la línea evolutiva del primate hacia el homo sapiens, el único que construye referentes éticos. A este respecto, es entendible que el inicio de la modernidad significó, como arriba he asentado, no apelar a fundamentos sobrenaturales sino naturales, una vez más, a la naturaleza de las cosas. De ahí también, que del derecho divino se transitó hacia el derecho natural. Empero, con el auge de nuevas apreciaciones y reivindicando la Ley de Hume se vendría a verificar el pasaje de la *mala per se* a la *mala prohibita*. La ley de Hume, cuando se enseña en los centros de estudios superiores en derecho, implica la diferencia entre el ser y el deber ser; cuando se apela a los principios en que ambos mundos se basan, normalmente se indica en su formulación: si es a, debe ser b, aunque no sea (lo cual evidencia que el deber ser es el ser que no es, o que no es todavía); en cambio cuando se apela al principio de causalidad presente en el mundo del ser su formulación indica: si es a, entonces b, presentando ejemplos circunscritos a las ciencias naturales como la ebullición o congelamiento del agua y nuca se apelará a la frase final: si es a, entonces b, aunque no deba ser.

A partir de esta maduración y recuperación de saberes Robert Merton (1980), construye la distinción entre funciones manifiestas y funciones latentes, apreciándose a las primeras como aquellos objetivos que las instancias sociales declaran perseguir y se constituyen por ello en sus justificaciones, entonces, en el campo del deber ser, pero semejantes funciones no se cumplen; en tanto que las segundas se refieren a los objetivos no declarados pero que se van verificando escrupulosamente en la praxis de las instituciones. Ello conduce a apreciar que las funciones manifiestas encubren a las latentes. Considérese a este respecto la interrogante que nos impone Michel Foucault ¿Qué sucedería si el poder fuera enteramente cínico? (2002). Es una cuestión que ya Sigmund Freud había descubierto al concluir que la mayoría de nuestro comportamiento es inconsciente o bien cuando afirma que la mayoría de nuestro lenguaje es el lenguaje no verbal. Y aún con precedencia cuando Zéneca concluye: la mayoría de las personas hacen lo que hacen sin saber por qué (Burkert W. 1987).

Semejante distinción exhibe a las políticas (más allá de las buenas o malas intenciones de sus promotores), como funciones manifiestas que encubren la praxis de las instituciones. De ahí que desde una perspectiva distinta a la utilizada por la criminología etiológica, entonces de saberes alternativos y ampliamente difundidos aunque poco utilizados salvo en la vida académica, centrando la atención en nuestros temas Michel Foucault vendría a escribir "Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión" y Dario Melossi y Massimo Pavarini, "Cárcel y Fábrica. Los orígenes del Sistema Penitenciario", ambos basados en alguna medida en la obra de George Rusche y Otto Kirchheimer "Pena y estructura social". Estos iniciales textos vendrían a develar, a partir de la economía política del castigo, que la cárcel había nacido y se desarrollaba para el gobierno de la pobreza. A este respecto, como narra William Chambliss (Taylor Walton y Young 1977), el dato duro es que los pobres van a la cárcel, pero ese dato puede interpretarse de dos maneras, por una parte se encuentra la lectura que apreciará a los pobres como proclives a delinquir, tal como más recientemente el Instituto Manhatan considera, avalando a las cárceles privadas, que los pobres tienen baja capacidad cognitiva y por ello son pobres (Wacquant L. 1999); pero, por la otra, desde una hipótesis dialéctica, como la rubrica Chambliss, ese dato duro indicaría que los pobres van a la cárcel y los ricos no, porque el poder económico de estos últimos los posibilita para evadir al sistema de justicia penal. Quizás la ley más explícita a este respecto, sea la ley victoriana de principios del Siglo XIX conocida con el nombre de *Less Eligibility*, esto es, el principio que rige en la cárcel mundialmente, la menor elección, esto es, la cárcel es peor que el peor lugar en libertad. Y todo ello para atemorizar a los pobres quienes habitan ese peor lugar en libertad. Muy semejante a la apuesta de Thomas Hobbes desde el Siglo XVII en el Leviatan (1984), y más explícitamente en Elementos de filosofía (De Homine), como lo resalta Roberto Esposito (2003), es decir, asegurar el orden de la civilización a partir del terror. Y no obstante que las leyes declarativamente sean para todos, baste mostrar la aseveración de Anatole France: Se prohíbe a ricos y pobres dormir bajo los puentes de París, para evidenciar que semejante ley que pretende ser general se dirige estrictamente a los pobres.

Pero la actual realidad que hoy estamos encarando, que inevitablemente significará el eterno retorno a lo idéntico, como lo acreditase Federico Nietzche,

no obstante los avances de la ciencia y de la tecnología, o por ellos, es signada como postmodernidad o modernidad avanzada y es debida justamente a esos avances del conocimiento como se describen en las breves historias de la humanidad y del mañana de Yuval Noah Harari: "De Animales a dioses" y "Homo Deus".

Ciertamente durante la Edad Media la disciplina que más se desarrolló fue la Astronomía y esta posibilitó el gran impulso al mercantilismo a partir de rutas marítimas que trajo como consecuencia, en lo que aquí interesa, a diversas penas, especialmente la de galeras. Durante el Renacimiento europeo, la invención de la máquina de vapor no únicamente vino a erradicar a las galeras en razón de que la fuerza motriz de las embarcaciones fue sustituida por la citada máquina, sino que vendría a dar lugar a la cárcel. En nuestro tiempo, las telecomunicaciones y, sobre la base de estas la nanotecnología, la robótica y el chip, se condujo inevitablemente al apoderamiento del mundo signado como globalización, particularmente al término de la Guerra Fría en la que vence el capitalismo avanzado que a la par de exhibir un neoliberalismo y evidentemente un neocolonialismo, conjetura la amenaza o extinción de la clase obrera. En efecto, en esta Era de la Técnica, ya eclipsada la modernidad, se vino a regresar a la informalización o privatización o políticas neoliberales dejando en el privado el comando social; pero, a su vez, dado que cada avance de la ciencia y de la tecnología propicia que las prácticas sociales se hagan exponenciales, también sucede ello en el caso del crimen y su control, y por la misma razón los conflictos tendientes a la guerra se multipliquen en regiones económicamente deprimidas como lo narra Herfried Münkler en: "Viejas y nuevas guerras. Asimetría y privatización de la violencia".

No hay duda de que el crimen aumenta mundialmente pero tórnase este más violento en las regiones deprimidas de la periferia. Los datos estadísticos sobre homicidios dolosos muestran que América (y especialmente Latinoamérica), resulta el continente más violento; en Honduras, a la cabeza de estos datos, se verifican 90 homicidios dolosos por cada 100 mil habitantes, en tanto que en la Unión Europea, 9 países tienen una tasa de menos de 1 homicidio doloso por cada 100 mil habitantes. En este sentido, las mismas políticas que han generado esa tendencia hacia la pauperización, son aquellas políticas de privatización como en el caso del castigo: de la cárcel pública se ha dirigido hacia la cárcel privada la que es definida por Löic Wacquant como cárceles de la miseria. Pero esta

cuestión es todavía más alarmante en la apreciación de Nils Christie cuando nos interroga si esta industria del control del delito ¿no será el caso de la nueva forma del Holocausto? (1993). Entonces, una cárcel que vendrá a mutar como campo de concentración.

Y aún más. La maduración del capitalismo como capitalismo avanzado, que ha construido las políticas neoliberales y su implantación global, ha promovido un orden que, a semejanza del antiguo régimen y aún de manera más remota, desarrolla una traza urbana excluyendo de esta a los segmentos inferiores de la sociedad; en este sentido, los principios liberales a los que se apela posibilitan la circulación libre por el planeta de la mercancía y del capital y no así de la mano de obra que consolidó a los estados nacionales modernos. Así las cosas, la periferia y cada vez en forma más exponencial, se convierte en la receptora de la industria de los países centrales, en nuestro tiempo ya denominados por esa razón países de la post-industria. De este modo, el crimen y su control se agudizan de la misma manera que en los países más deprimidos surgen las guerras y los conflictos tendientes hacia ella. En consecuencia, a la par de la privatización de toda la industria del control del delito, aparecen los campos de refugiados a partir de una economía humanitaria pero de la que se benefician los promotores de los conflictos y de las guerras.

Una fuerte consecuencia de todo ello, es constatar el papel asignado al castigo, como es la cárcel aún vigente, la que nació para el gobierno de la pobreza y en la aldea global la pobreza se encuentra en la periferia. Da muestra de ello las investigaciones estadísticas sobre la población aprisionada en los países centrales. En el caso estadounidense, Jock Young evidencia que la mayoría de los 2.5 millones de presos en el año 2002, eran negros e hispanoamericanos (2003). En el caso de la Unión Europea, el 90 % de la población encarcelada era extracomunitaria y la mayoría africanos y latinoamericanos (Melossi Dario 2000). Y en estos casos no se ha tomado en cuenta a la población migrante no imputada de cometer delito y que se encuentran en centros de detención para ser deportados. Ello evidencia que el castigo en nuestro tiempo más que nunca se decanta étnicamente.

Lo anterior muestra que hay dos temas sobre los que hay que analizar cada vez de manera más escrupulosa: la violencia y la exclusión social, variables que indudablemente se encuentran suficientemente entrelazadas.

## II. SOBRE LA GÉNESIS DEL ESTADO, LA VIOLENCIA Y LA EXCLUSIÓN

Los temas enunciados en este punto han sido ampliamente estudiados por diversas disciplinas entre las que destacan la sociología, el psicoanálisis y la antropología. Se considere a este respecto "El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado" de Federico Engels; "Tótem y Tabú" de Sigmund Freud y "Una antropología de las fuerzas" de José Gil. Es evidente que las agudas dilucidaciones de los autores citados han sido el punto de partida de ulteriores trabajos que han continuado a responder a la pregunta ¿Por qué?, para los efectos de ir más allá de las extraordinarias descripciones y correlaciones de diversas variables que se aprecian en estos estudios y que han, a su vez, rastreado las conclusiones a las que llegaron los filósofos de la tradición de Occidente, como en el caso griego. Considérese como ejemplo, la tarea que nos impone Walter Benjamin tanto en "Para una crítica de la violencia" como en "Destino y Carácter", relativas a indagar el origen de la sacralidad de la vida en razón de que "El juez en cualquier pena debe ciegamente infligir destino…(…..) El hombre no resulta jamás golpeado, sino solo su nuda vida la que participa de la culpa natural y de la desventura en razón de la apariencia". (Cfr. "Destino e carattere" En Angelus Novus 1995). Como se verá más adelante, es Giorgio Agamben a quien se debe haber rastreado ese origen en su "Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida".

En el mismo sentido parece haber un acuerdo intelectual de apreciar a las arcaicas sociedades sin Estado como sociedades igualitarias, económicamente hablando, en tanto que aquellas que transitaron hacia una organización estatal, se evidencian, todas ellas, como desiguales en el mismo ámbito económico. Ha sido por ello imperioso analizar las razones de semejante tránsito o pasaje hacia esa desigualdad, la que arrastra a amplios márgenes de la población mundial a una vida miserable y, como en seguida se verá, a ser receptora privilegiada de la violencia legal como ilegal.

En principio debo explicitar que una sociedad estatalmente organizada la identifico en estos escritos como aquella en la cual los representantes de la comunidad tienen poder sobre éstos, para diferenciarla de aquellas sociedades sin estado, las que también tienen representantes de la comunidad pero ningún poder sobre la misma y en ambos casos puede hablarse de sociedades arcaicas. La maduración de este tipo de sociedades con Estado va verificándose con la aparición de los jueces que tenderán a prevenir, no el delito, sino la venganza.

Inicialmente rigió la denominada por la literatura especializada como ley de la sangre evidenciada esta por la venganza, ciertamente el inicial criterio de lo que ulteriormente vino a denominarse justicia, esto es, el reequilibrio de las relaciones contractuales entre los miembros de la comunidad. No casualmente la organización estatal, por endeble que esta se nos represente, se construirá a partir de la inicial norma jurídica que indica: nadie puede hacerse justicia por propia mano, lo cual es indicativo, como lo relatan los estudios antropológicos y que han analizado todos los hemisferios, que la venganza tenía como nota distintiva ser desproporcionada y de ahí que, cuando nuestros referentes éticos fueron madurando, se propusieron límites formales en el intento de afirmar ese inicial criterio de justicia, como viene narrada por la literatura penológica, como son los casos únicos de la posteriormente llamada Ley del Talión, la composición y la exposición, límites que, al parecer, no tuvieron el éxito esperado y por ello la aparición de ese poder sobre los miembros de la comunidad.

En relación a ello, José Gil, al interrogarse sobre el surgimiento del Estado afirma "Si esa vocación del Estado ha podido nacer, es por que se ha manifestado en el tejido social una carencia fundamental, una carencia de la cual la acción del Estado no hace sino incrementar su amplitud" (Op. Cit. Pág. 32). A este respecto, he demostrado en mis últimos trabajos (Especialmente "Il Delitto e il controllo del delitto nella Post-Modernità" 2015), que esa carencia fundamental no es otra cosa que la nuda vida, a la que Benjamin se refirió, como he asentado arriba y que es explicitada por la tradición latina como una vida sin valor alguno en el relato de la sacralidad de la vida tan exhaustivamente tratado por Giorgio Agamben y que incumbe, en mi opinión, no solo al *Homo Sacer* sino también, y con anticipación, al chivo expiatorio de cualquier tradición cultural.

Es en efecto René Girard (2005), quien focalizando al chivo expiatorio desde su teoría mimética, vendría a demostrar que la violencia desatada en la ritualidad del sacrificio exhibe (sin narrarlo) las funciones manifiestas y latentes de semejante ritualidad. Por lo que hace a las funciones manifiestas, las que normalmente rigen en las prácticas sociales, aunque encubriendo a las funciones latentes, me parece que la iconografía del sujeto enviado al sacrificio en el caso griego las explicita en el nombre con el que se designa al receptor de este tipo de violencia: *Pharmakos*, esto es, una ritualidad terapéutica social para los efectos de acabar con cualquier tipo de penuria social. A este respecto, toda la literatura filosófica ha demostrado que nuestra inicial forma de pensamiento es el pensamiento simbólico (en griego *sym-ballen*), el cual se establece con la unión de la ambivalencia y, en este caso el *Pharmakos* es simultáneamente veneno y panacea, como indudablemente lo es en las restantes culturas, sea la denominación con la que se asigne al sujeto receptor de esta forma de violencia; es veneno al ser construido como el causante de los males de la sociedad y es panacea debido a que, cuando la violencia se desata en su persona para destinarlo a la muerte, muta como panacea. Considérese que de manera explícita, la tradición latina, heredera de la griega, designa a esta ritualidad con los signos *fare sacer*, es decir, hacer sagrado, en efecto, sacrificio: es sagrada la persona al momento de su muerte en esta ritualidad. Ciertamente, como ya enuncié en el punto 1 de estos escritos, todo ello es una fantasía, aunque la misma encubrió las originarias funciones latentes del sacrificio, las cuales, en opinión de Girard se refieren al ocultamiento de la verdad que el sacrificio trajo consigo. Es por ello que la categoría de chivo expiatorio explicita estas funciones las que hasta nuestros días se encuentran encubiertas. Ciertamente el carácter de expiatorio se exhibe en el ámbito del perdón generalizado, esto es, la amnistía entre los individuos, familias y grupos de la comunidad, la cual propiciará, como efectivamente se ha desarrollado, que la violencia guiada por la ley de la sangre disminuya considerablemente, designada por Girard como violencia recíproca. Pero además, el inicio de este tipo de violencia se desata de manera unánime y, dado que imitamos a la naturaleza, el sujeto destinado al sacrificio lo será el más débil de la comunidad, esto es, dirá Girard, aquel que no tenga las posibilidades de la venganza. En efecto, en la Grecia sacrificial, los iniciales sujetos destinados al sacrificio eran los contrahechos por la

naturaleza. En consecuencia, eran aquellos signados en el horizonte de sentido, como los sujetos que se encuentren por debajo de la sociedad. Es evidente que las llamadas guerras floridas por ser una situación estacional, la primavera, en aquellas culturas que las establecieron eran para los efectos de obtener la materia prima del sacrificio, en mi opinión, la nuda vida para reafirmar, no la fundación de una tradición cultural, como considera Girard, sino el establecimiento de un orden a partir de la inicial experiencia de la ley y del Estado, insisto, por endeble que semejante poder y ley se nos represente en la actualidad, en cualquier caso, los receptores de esta violencia serán construidos socialmente como "los otros", esto es, la inicial experiencia de la exclusión.

Y aún mas. Derivado de la misma teoría mimética establecida por Girard, se evidencia que, en la actualidad, el sistema de justicia penal (llamado sistema judicial por Girard), asume la ritualidad del sacrificio y, ciertamente, los conducidos hacia el castigo no son otros sino aquellos que, seleccionados por el propio sistema, forman parte de los segmentos inferiores de la sociedad. A este respecto, toda la literatura antropológica que focaliza nuestros temas constata que toda forma de sacrificio transitará paulatina pero de manera constante, como castigo penal (Entre otros se vea a di Nola <1981>, Guepin J-P <1968> y Vernart Jean-Pierre <1976> ). A este respecto es pertinente la interpretación de Giorgio Agamben (2015), respecto a la categoría de dispositivo construida por Michel Foucault y que se asocia, si así se considera, a la tematización del orden en términos de control social. Para hacer inteligible el dispositivo en esta apreciación de Agamben, discute este inicialmente la dicotomía sacro – profano, íntimamente relacionada con el derecho divino y el derecho humano; esto es, las cosas de los dioses y las cosas o relaciones de los humanos. En este sentido, sacrilegio es la violación a este derecho divino pero Agamben afirma: "Y si consagrar era el término que designaba la salida de las cosas de la esfera del derecho humano, profanar por el contrario significa restituirla al libre uso de los hombres". (Op. Cit. Pág. 28). Así las cosas, tematizando Agamben al sacrificio, especialmente las indagaciones de Hubert y Mauss, afirma que este … "en todos los casos sanciona el pasaje de algo de lo profano a lo sagrado, de la esfera humana a la divina. Pero lo que ha sido separado ritualmente puede ser restituido desde el rito a la esfera profana. La profanación es el contradispositivo, afirma Agamben, que

restituye al uso común lo que el sacrificio había separado y dividido" (Ibidem). Y como Agamben igualmente lo desprende, el hecho de que esta forma de violencia sagrada haya transitado como castigo penal no implica que se haya profanado la esfera religiosa o que haya sido un contradispositivo. Cuestión diferente sería si esta esfera sagrada se exhibiera de uso común del derecho humano, como es el caso de la pretensión abolicionista. En consecuencia, como también concluye Agamben tomando en cuenta a la sociedad disciplinaria descrita por Foucault, la prisión constituye en efecto un dispositivo (y no un contradispositivo), de nuevas y calculadas técnicas de gobierno.

Por su parte, la otra forma de violencia sagrada (en cierta medida profanada), es el ostracismo. El punto de partida para su interpretación puede ser encontrado en Aristóteles quien en sus dilucidaciones sobre el ostracismo y el sacrificio, concluye, tal como señala Jean –Pierre Vernant (Op. Cit.), que mientras el sacrificio se verifica en contra de quienes se encuentran por debajo de la sociedad, el ostracismo se verifica en contra de los que se encuentren por encima de esta. Lo que en un primer momento hace semejantes a los receptores de estas violencias sagradas es precisamente haberlos destinado a una muerte adelantada y no natural.

Herencia del ostracismo en la tradición latina es precisamente la sacralidad de la vida la que es descrita en la Roma de la época como *homo sacer* : santo y maldito a quien cualquiera puede darle muerte sin que haya represalias jurídicas en razón de que este es solo portador de su nuda vida, pero es insacrificable. Y quizás, importante de manera sustantiva, es el caso de que el sujeto consagrado en vida no había violentado ni el derecho divino ni el derecho humano, lo cual exhibe a los receptores de ambas formas de violencia (sacrificio y ostracismo), como víctimas absolutamente inocentes, explícito en el sacrificio al apelar en la literatura especializada al rubro de "víctima propiciatoria". Y, finalmente, la variable que también hace afín a esta violencia con el sacrificio es que la sacralidad de la vida solo es posible decretarla por plebicito, esto es, a partir de la unanimidad de la violencia en los acomodos jurídicos de la *civitas*.

Derivada de la dicotomía cultura-natura, *zoe* significa la vida de la naturaleza (animales, vegetales y también el ser humano) y *bios* solo atribuible al

humano. En razón de ello, declarar como sagrada a una persona (*Homo Sacer*), implica que carece de la calidad de vida del humano y solo posee su nuda vida (*zoe*), esto es, una vida sin valor alguno.

Las importantes dilucidaciones de Agamben, lo vienen conduciendo a hacer eco a la tesis VIII de filosofía de la historia de Walter Benjamin cuyo primer párrafo afirma: "La tradición de los oprimidos demuestra que el Estado de excepción que hoy vivimos es la regla". Y ciertamente ello puede develar que el único deber ser que siempre es, lo es el Estado de excepción. Pero Agamben, yendo más allá, evidencia que semejante estado de excepción representa una zona de indistinción entre exterior e interior, esto es, entre exclusión e inclusión y consecuentemente, los sujetos excluidos son incluidos precisamente para su muerte, por tales motivos, Agamben aprecia al campo de concentración como el actual paradigma biopolítico de Occidente.

Siguiendo estas apreciaciones, puede igualmente mostrarse que la cárcel, como los actuales campos de refugiados, se encuentran en posibilidades de transitar del ghetto al campo de concentración, como sugiere respecto de la cárcel Zaffaroni (en prensa), en cualquier forma se encuentran incluidos en el mismo acto de su exclusión y habría que indagar hasta que punto, los restantes espacios de segregación como los psiquiátricos, todos ellos herederos de la antigua Casa correccional, podrían asumir los peligros para la vida de sus usuarios que los campos de concentración traen consigo. Se piense en las actitudes eugenésicas como sucedió en la Alemania nazi.

Lo que aquí me interesa reiterar es que semejante inclusión que se verifica en el acto de exclusión, esto es, la biopolítica, aparece desde el primer consenso que decidió matar para vivir; esto es el sacrificio que vino a dar lugar a la transición hacia la inicial organización estatal. Una buena confirmación de ello la expresa Marie Delcourt (1994), al demostrar la asociación indudable entre los expuestos para la muerte, los anormales, los contrahechos por la naturaleza y el *Pharmakos* griego. Y por su parte, Louis Gernet (1983), evidencia la proximidad entre el lobo en cualquier cultura europea, votado al bando, como el *friedlos* escandinavo o el *warg* alemán, que se entiende mandar a la muerte, y el *Pharmakos*, como en el caso del mito de Heracles. Es por ello posible considerar que se incluye en el acto

de su exclusión a los sujetos que, en el horizonte de sentido, son solo portadores de su nuda vida.

Como puede apreciarse por los estudios antropológicos que han analizado todos los hemisferios, ambas formas de violencia sagrada mutarán secularmente como castigo penal y serán afines a las condiciones de existencia de cada realidad cultural, y no obstante las finalidades atribuidas al sistema de justicia penal, han asumido las ritualidades de la puesta en escena de aquella violencia originaria. A este respecto, considérese que la palabra rito significa originariamente orden.

Las restantes líneas las voy a dedicar sucintamente al título de este trabajo: Comunidad – Inmunidad.

Las iniciales sociedades sin Estado basaban sus rangos sociales en el mecanismo donación y contra-donación. Es intuible que en los estratos superiores se encontraban los que menos tenían y en ocasiones al término de cada época se procedía a la destrucción de las cosas. Se piense que los representantes de la comunidad tenían como función dar bienes y fuerzas ahí donde estas eran ausentes. De ahí que, como lo describe José Gil, ello representaba una economía del plus valor que evitaba la acumulación entre los miembros de la comunidad. No obstante al transitar hacia la organización estatal, se invirtió la sociedad de rangos abriéndose un nuevo horizonte de sentido que trajo consigo la desigualdad económica.

A este respecto, es Georges Bataille (1976), quien apreciará todo ese proceso de acumulación, al que ve como excedente de la riqueza, como la parte maldita. De manera importante, esta es una apreciación muy próxima a la que se tenía en las sociedades arcaicas respecto del otro límite de la venganza denominado composición, esto es, la compra del derecho de venganza, la cual, como lo narra Edward Westwrmarck (1993), se presenciaba en pocas ocasiones porque representaba el carácter villano de la persona.

No obstante sea la parte maldita o el carácter villano las sociedades estatales se han venido exhibiendo en estratos de riqueza y pobreza y que pueden hacerse inteligible a partir de la dicotomía comunidad – inmunidad que desprende Roberto Esposito en "Communitas. Origen y destino de la comunidad" (2012) y en "Immunitas. Protección y negación de la vida" (2009), cuyo subtítulo presagia

las consecuencias de semejante dicotomía. En efecto, más allá de los relatos médicos o biológicos concernientes a la inmunidad, esta resulta ser el antónimo de comunidad. De este modo, puede argüirse que el promotor del orden de la comunidad mutará como inmune a las consecuencias de semejante orden.

Empero, Dario Melossi (1997), analizando en un extraordinario ensayo el surgimiento y desarrollo de la democracia en la Unión Americana, afirma que en esa tradición: ….. "En el corazón cultural de Estados Unidos –aún hoy, a mi criterio, afirma Melossi, el protestantismo de la Nueva Inglaterra, más allá de lo que nos digan los representantes de las modas actuales del postmodernismo y del multiculturalismo- no había lugar para la indulgencia desorientadora, autoritaria y profundamente conservadora de la tradición católica. Acertado o errado, blanco o negro: quien se encuentra o se percibe que se encuentra del lado equivocado de la ley, será castigado. Y aún quien infringe la ley pero es poderoso (económica, étnica, racial, cultural o políticamente) podrá permitirse un uso pleno de las garantías que un sistema jurídico democrático le confiere –podrá comprarse, por decirlo de alguna manera, todo el stock de garantías disponibles en el mercado". En ello, el mismo Melossi apela a la muy difundida significación de democracia en la tradición estadounidense: gobierno del pueblo, llevado adelante por el pueblo para su propio beneficio ("of, by and for the people") (Op. Cit. Pag. 75).

Sin embargo, una interpretación mas acuciosa de ello puede encontrarse en Giorgio Agamben al evidenciar que el significado político del término pueblo, siempre indica también a los pobres, los desheredados y los excluidos y no solo al cuerpo político (2006 Pág. 224), de este modo afirma: "En la Constitución norteamericana se lee así, sin distinción de condiciones, "We people of the United States…; pero cundo Lincoln, en el discurso de Gettisburgh, invoca un <Government of the people by the people for the people>, la repetición contrapone implícitamente el primer pueblo al otro" (Op. Cit. Pág. 225). Considérese en la aventura humana a la necesidad básica psicosocial aportada por Freud relativa al reconocimiento, que esta, como previamente apuntó Hegel, se refiere a la necesidad del reconocimiento de la superioridad de unos frente a los otros, más la razón de escalar en la estratificación social sigue siendo el miedo a la muerte y, sobre todo, el miedo a ser asesinados; esto es, no ser signados como portadores solo de su nuda vida, es decir, una vida sin valor alguno.

En consecuencia, a la base de la estratificación social entre riqueza y pobreza, clases superiores y clases inferiores, los promotores del orden y los excluidos, se encuentra la posibilidad altísima de los segmentos superiores de ser inmunes, esto es, refractarios a la violencia legal, la violencia punitiva, como a la violencia ilegal, la violencia criminal, buena parte de la cual la desarrollan las burocracias gubernamentales, especialmente la del Sistema de Justicia Penal.

## BIBLIOGRAFÍA

Agamben Giorgio. Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida". Pre-Textos. España, 2006.

_____"¿Qué es un dispositivo?" Anagrama. España, 2015.

Bataille Georges. "La parte maldita". Editorial Las cuarenta. Argentina, 2009.

Benjamin Walter. "Angelus Novus". Einaudi Tascabili. Italia, 1995.

Burkert Walter. "Mito e rituale in Grecia". La Terza. Italia, 1987.

Christie Nils. "Los límites del dolor". FCE. México, 1984.

_____ "La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?". Editores del Puerto. Argentina, 1993.

Cohen Stanley. "Visiones del control social". PPU. España, 1988.

Delcourt Marie. "Edipe ou la légende du conquérant". Faculté de Philosophie et Lettres, Liege-Librairie E. Droz. Francia, 1944.

Di Nola Alfonso. "Voz sacro y profano". Enciclopedia Einaudi. Vol 12 (Páginas 313-366). Einaudi. Italia, 1981.

Esposito Roberto. "Communitas. Origen y destino de la comunidad". Amorrortu. Segunda reimpresión. Argentina, 2012.

_____ "Immunitas. Protección y negación de la vida". Amorrurtu. Primera reimpresión. Argentina, 2009.

Ferrajoli Luigi. "Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal". Trotta. España, 1995.

Freud Sigmund. "Tótem y tabú" Alianza Editorial. Octava reimpresión. México, 1994.

Foucault Michel. " Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión". Siglo XXI. 18ª. Edición. México, 1990.

_____ "Historia de la sexualidad". Vol. 1. "La voluntad de saber". Siglo XXI. México, 2009.

Gernet Louis. "Antropologia della Grecia antica". Arnoldo Mondadori Editore. Italia 1983.

Gil José. "Un?antropologia delle forze: dalle societâ senza stato alle societâ statualli". Einaudi. Italia, 1983.

Guépin J-P. "The tragic Paradox: Mith and ritual in greek tragedy". Adolf M. Hakkert – Publisher. Holland, 1968.

Harari Yuval Noah. "De animales a dioses. Breve historia de la humanidad". Debate. Argentina, 2014.

_____ "Homo Deus. Breve historia del mañana". Debate. Primera reimpresión. México, 2016.

Hobbes Thomas. " Leviatan. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil". FCE. Segunda reimpresión de la segunda edición. México, 1984.

Hulsman Louk. "Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa". Ariel. España 1984.

Mathiesen Thomas. "The Politics of Abolition". Scandinavian University Books. Noruega, 1974.

Melossi Dario. "La radicación ("Radicamento" – "Embeddness") cultural del control social (o de la imposibilidad de la traducción): reflexiones a partir de la comparación de las culturas italiana y norteamericana con respecto al control social". En Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales. Año 6 Número 9/10 (Páginas 66 – 83). Argentina, 1997.

_____ "The other in the new Europe: Migrations, Deviance, Social Control". En Green P. Y Rutherford Andrew (Editores) "Criminal Policy in transition". Hart Publishing. Oxford – Portland, 2000.

Merton Robert K. "Teoría y estructura sociales". FCE. Segunda edición en español. México, 1980.

Münkler Herfried. "Viejas y nuevas guerras. Asimetría y privatización de la violencia". Siglo XXI. España, 2005.

Nietzsche Friedrich. "Así habló Zaratustra". Cátedra. España, 2008.

Pavarini Massimo. " The prison and the Factory. Origins of the Penitentiary System". The Macmillan Press. Inglaterra, 1981.

_____ "Governare la penalità. Struttura sociales, procesi decisionali e discorsi pubblici sulla pena". Bononia University Press. Italia, 2013.

Pavarini Massimo, Pérez Carrillo Agustín y Tenorio Tagle Fernando. "Seguridad Pública: Tres puntos de vista convergentes". Ediciones Coyoacán – FLASUD. México, 2006.

Rusche Georg y Kirchheimer Otto. "Pena y Estructura Social". Temis. Colombia, 1984.

Taylor Ian, Walton Paul y Jock Young. "Criminología Crítica". Siglo XXI. México, 1977.

Tenorio Tagle Fernando. "Il Delitto e il Controllo del Delitto nella Post-Modernità". Bononia University Press. Italia, 2015.

Wacquqnt Löic. "Las cárceles de la miseria". Editores del Puerto. Argentina, 1999.

Westermark Edward. "La vendetta di sangue". Edizioni ETS. Italia, 1993.

Young Jock. Y Lea Jhon. "What is to be done about the law and order". Penguin. Inglaterra, 1984.

Young Jock. "La sociedad excluyente. Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía". Marcial Pons. España, 2003.

Vernant Jean-Pierre y VidalNaquet Pierre. "Mito e tragedia nel'antica Grecia". Einaudi. Italia, 1976.

Zaffaroni Eugenio Raúl. Tenorio Tagle Fernando. Alagia Alejandro y Slokar Alejandro. "Manual de derecho penal mexicano". Porrúa. México, 2013.

# MEDICINA VETERINARIA Y DERECHO: UN CAMINO A RECORRER



Noemi O. Friedrich*



Paola L. Casas**

**Resumen:**

En el presente trabajo desarrollaremos el tema Medicina Veterinaria y Derecho: un camino a recorrer.

## MEDICINA VETERINARIA Y DERECHO

Las Ciencias veterinarias se convierten en forenses cuando se sitúan al servicio de un proceso judicial.

El termino forense (RAE), define al médico solicitado por la justicia a los fines de dictaminar sobre los problemas de medicina legal donde estén involucrados los animales de manera directa o indirecta, o sus productos.

* Médica Veterinaria. Especialista en Medicina de Felinos Domésticos. Profesora de la Universidad Católica de Córdoba. Diplomada en Criminalística y Criminología. Co-Fundadora de la Asociación Iberoamericana de Medicina y Ciencias Veterinarias Forenses (Actual Vice-Presidenta).

** Abogada y Procuradora, egresada de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Diplomada en Derecho Penal. Posgrado en Derecho Empresarial. Maestría en Derecho Procesal. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Medicina y Ciencias Veterinarias Forenses AIMCVF.

Involucra y relaciona a los médicos veterinarios con el foro, con el intercambio de acciones y pareceres con abogados, escribanos, procuradores, administrativos y todo aquello que está al servicio de la abogacía y de la práctica de tribunales.

La medicina animal está siendo vinculada progresivamente a las ciencias forenses y a la criminalística. Se destaca la inclusión de los profesionales dedicados a la salud animal, en instituciones forenses a los fines de aportar sus conocimientos y habilidades.

La veterinaria legal es una ciencia muy antigua, pero en la actualidad va despertando la atención y el reconocimiento dado los recientes avances relacionados al Derecho Animal y a la judicialización de la profesión principalmente en el área de animales de compañía; debe enfrentar los desafíos que impone el desarrollo social, el crecimiento demográfico, los daños al medio ambiente y entre otros temas los relacionados con la violencia.

### Medicina veterinaria forense

La Medicina veterinaria forense asesora sobre asuntos biológicos, físicos, químicos o patológicos al Poder Judicial, entidades administrativas o personas jurídicas que lo requieran.

En nuestro siglo XXI los conceptos de bienestar animal, la necesidad de luchar por la conservación de especies a nivel global, la lucha contra el tráfico de animales silvestres, las enfermedades zoonóticas emergentes y la mayor necesidad de considerar el control higiénico sanitario de los productos alimenticios, permite que el veterinario se involucre en la generación de nuevos proyectos legislativos y a su vez se abran las posibilidades de intervención de la ciencia forense veterinaria de manera sostenida en estos temas.

## LA PERICIA VETERINARIA

El objetivo es evaluar la situación delictiva, donde estén involucrados animales de manera directa o indirecta o donde hayan resultado víctimas.

Intervención en los hechos en los que han participado o estén implicados animales.

En productos y/ o derivados de origen animal que se hallen involucrados en un acto delictual.

En un proceso de investigación se analiza el estado de un animal vivo o muerto, restos biológicos, o productos y/o derivados de origen zoológico; sea en el momento del examen y/o retrospectivamente al momento del hecho; y debe arribarse a determinadas conclusiones.

La realización de una necropsia a un animal por parte de un veterinario implica una gran responsabilidad dado que existe un propietario y normas relacionadas a los derechos del cliente y un código de ética que cumplir.

El estudio de las lesiones constituye una de las ramas del saber médico-legal que demanda conjunción teórico-práctica general y específica; a los fines de determinar orígenes naturales, accidentales o intencionales.

La tanatología al estudiar la muerte y su proceso, aporta invalorable apoyo a las investigaciones criminalísticas en veterinaria. En las necropsias el veterinario tiene acceso e inmediata acción sobre el cadáver animal. Al poseer saberes médicos y adquirir conocimientos criminalísticos sobre el lugar del hecho o escena del crimen es importante incorporar, por comparada, el concepto que este "*constituye las tres cuartas partes de la autopsia*", como lo señala Lacassagne en medicina legal.

Actuación en muerte de animales en litigios comerciales.Casos de cadáveres sin identificar. Identificación anatómica comparada de restos óseos Muerte miscelánea: muertes de animales en cautiverio, en reservas, dependencias oficiales. (Zoológico y otros).

Algunas necropsias forenses pueden ser de restos de animales de procedencia dudosa o desconocida, podrían haber entrado ilegalmente desde otro país y tener la capacidad de introducir enfermedades exóticas.

Siempre deben tomarse todas las precauciones (MAGPyA-SENASA-OIE).

## LOS VETERINARIOS FORENSES

> "…profesionales veterinarios registrados que tienen una particular experiencia y conocimiento de un campo de la ciencia veterinaria, la recuperación de muestras forenses y, cuando sea apropiado, la emisión de opiniones, la preparación de las pruebas para el juicio o el hacer una declaración oral o escrita basada en esa opinión". (Forbes 2004)

**El campo de acción del veterinario como perito,** en varios países, es un área de conocimiento del ejercicio profesional poco conocida y en realidad muy amplia.

> *"Reconocida como una de las atribuciones clásicas de la profesión veterinaria, la participación de veterinarios cualificados tanto como peritos facultativos en los procedimientos judiciales o como peritos privados o administrativos en diversos campos de la actividad pública o privada, ha venido desarrollándose, en los esencial, desde el siglo XIX"*(6).

Considerando el ordenamiento de otros autores y la clasificación del Consejo para el Registro de los Forenses (Council for the Registration of Forensic Practicioner) que enmarca la actuación pericial veterinaria en cuatro secciones: 1) Clínica veterinaria; 2) Bienestar Animal y comportamiento; 3) Higiene de los alimentos y 4) Patología y Toxicología veterinaria), se proponen las siguientes áreas de aplicación:

| | |
|---|---|
| Contratos | Zootecnia |
| Seguros | Identificación animal |
| Clínica médica | Bienestar animal |
| Anatomía comparada<br>Patología veterinaria | Protección<br>animal |
| Toxicología veterinaria | Ambiente |
| Laboratorio forense veterinario | Bioética |
| Salud Pública: Bromatología.<br>Salud laboral | Prevención y Atención en desastres.<br>Trabajo con animales de cooperación (odorologia). |

## Clínica médica

Comprende la actuación médica en casos de muerte dudosa de animales y lesiones presumiblemente intencionales.

Exámenes clínicos de especímenes ante presunción de maltrato y crueldad; en situaciones donde el maltrato animal y violencia contra las personas estén relacionados.

En situaciones de responsabilidad profesional, en demandas relacionadas a la praxis médica. Revisión de documentación médica afectada a reclamos.

## Anatomía comparada y Patología veterinaria

La osteología y odontología comparada son ayudas invalorables en la apreciación de diferentes ejemplares y en la morfometria de los animales.

Es sustancial la actuación del anátomo-patólogo veterinario. En el capítulo correspondiente se profundiza el tema de lesionología macroscópica desde el punto de vista legal, haciendo referencia a la confirmación laboratorial ulterior por estudios histopatológicos y otros.

## Identificación animal

El estudio morfológico de gran diversidad de especies (anatomía comparada) es adecuado para el examen de restos óseos, cadáveres completos o incompletos o pequeños segmentos de animales.

El estudio de los rastros y huellas de animales; los conocimientos de odontología veterinaria y las técnicas de ADN dan un aporte trascendente a la identificación de especímenes en la investigación criminalística forense.

## Adulteración de identificacion

En los animales de producción las normativas vigentes en cuanto a identificación individual y/o colectiva, a los fines de registro de propiedad, hace efectiva la **Ley de Marcas y Señales**[1] en ganado mayor y menor.

1 Ley Nº 22939 de Marcas y Señales de la República Argentina.

La adulteración de marcas y señales en el medio rural es de especial importancia; conforma uno de los ilícitos relevantes, como lo es el abigeato, a la par del robo o hurto de animales.

**Ambiente** La actuación en este tema es reciente en casos de contaminación de ecosistemas; impactos ambientales sobre especies zoológicas en eventos naturales o provocados por el hombre.

Los animales son indicadores de peligro. Las poblaciones animales al presentar enfermedades o muertes, dan señales de alerta del inicio y difusión de enfermedad infecciosa o presencia de sustancias tóxicas en el ambiente. Al localizar estos fenómenos, se pueden implementar medidas epidemiológicas preventivas para proteger a la población humana y animal. La detección de casos de rabia en animales silvestres y de tóxicos ambientales en animales vivos o muertos son algunos ejemplos de ello.

**Trabajo con animales de cooperación** La cooperación de los animales en tareas forenses es significativa, como la utilización de canes de asistencia en servicios de seguridad, a través de sus divisiones de canes, (p.e. policía aeroportuaria). Los animales de rastreo son educados para la búsqueda, rescate de personas, hallazgos de restos óseos, detección de narcóticos y explosivos, entre otras habilidades.

Es importante su aporte a la justicia como suministro de evidencias en casos relacionados con la criminalidad.

## La Investigación en la Escena del Crimen, IEC

El caso sospechoso de criminalidad se pierde o se desvaloriza, en ocasiones, por no atender a los detalles o desconocer la gran importancia del "recinto sagrado", como se lo llama al Lugar del Hecho, Escena del crimen o Lugar del Suceso.

Debemos interpretar el papel del veterinario en la escena del hallazgo.

La valoración del examen de las evidencias recogidas.

La detección y registro de huellas y rastros.

En todo momento debemos entender que **el cuerpo** del animal es una prolongación de la escena del crimen y se considera una prueba; lleva en si toda una historia oculta.

La víctima no habla, pero puede proporcionar valiosos aportes con su ADN y el grueso de evidencias y pruebas.

La tarea del profesional es reunir todos los elementos de información del cuerpo con o sin vida, a fin de reunirlas para armar la probable situación acontecida. Por ello es fundamental el conocimiento de **lesionología veterinaria** y el conocimiento y práctica de exhumación.

### Lesionología veterinaria.

El conocimiento y práctica de exhumación.

La **cadena de custodia** debe ser comprendida desde el inicio del examen del animal vivo o sin vida, con lesiones o no, sospechosas de criminalidad.

Es preciso conocer las consideraciones especiales que se deben tener presentes en los casos de maltrato animal, como es la obtención y la preservación de muestras para **ADN** y las pruebas traza.

En los delitos de maltrato se requiere probar si el animal padeció **dolor y sufrimiento.**

Tener presente los detalles específicos de la recolección de muestras biológicas o no biológicas, su preservación y su envío a laboratorios de diagnóstico.

Para la Asociación Americana de Protección contra la Crueldad a los animales, *The American Society for the Prevention of Cruelty to Animals, ASPCA,* toda la tarea debe registrarse con meticulosidad, contando para ello de planillas, para su uso en este tipo de actuación.

## TOMA DE MUESTRAS

El médico veterinario forense no es un mero recolector de elementos sin sentido. Lleva un orden, una metodología y una sistemática en su tarea.

En el esclarecimiento de hechos delictivos es esencial la recolección de **muestras biológicas** del lugar del hecho, de especímenes vivos o muertos. Las

pruebas materiales auxilian en la información sobre la víctima, el victimario (animal o humano) y el medio del agente comisor. La recolección, preservación y remisión de muestras de manera correcta facilita los análisis de laboratorio evitando su puesta en tela de juicio por parte de los tribunales.

La cadena de custodia garantiza la integridad de un espécimen o evidencia.

## DAÑOS QUE PUEDE CAUSAR EL HOMBRE A LOS ANIMALES

En nuestra tarea debemos tener presente la relación de la violencia ejercida en los animales y otros tipos de violencia que ejerce el ser humano.

Autores como Cooper y Cooper señalan los tipos de perjuicios que puede ocasionar el humano a los animales, dentro del marco de maltrato, proponiendo la siguiente clasificación: daño físico, emocional, sexual y negligencia. Cabe señalar que dos o más de estas categorías pueden coexistir.

La agresión física o maltrato físico: puede generar daños debidos a traumatismos y, entre otros, los provocados por el uso de agentes como lo son el calor, el frio, las radiaciones.

-La agresión, abuso o maltrato sexual o el intento de copulación.

La agresión psicológica o maltrato psicológico, puede ser provocada por la privación de interacción social con otros ejemplares o individuos. Incluye hostigamientos, provocaciones o intimidación verbal o gestual.

La desatención, la negligencia puede darse con la privación de alimento, agua, refugio y otros cuidados.

El exceso y hacinamiento de animales, pueden ser el resultado del acaparamiento o atesoramiento de animales o Síndrome de Noé.

Temas sociales:

Conflictos de custodia de animales en las separaciones o divorcios.

Casos de praxis médica en veterinarios y demandas por daño moral.

Conflictos habitacionales que suponen políticas sobre animales domésticos y leyes de exclusión.

Casos de daño moral que suponen la muerte o herida injusta a un animal de compañía.

El derecho penal incluye la violencia doméstica y leyes que están contra el maltrato y la crueldad animal.

Existen actos de depravación tan graves que la sociedad exige que el sistema legal actúe.

El objetivo final es el logro de la humanización del trato hacia los animales no humanos.

## LA PRUEBA EN LOS DELITOS DE MALTRATO Y CRUELDAD ANIMAL. APORTE FUNDAMENTAL DE LA PERICIA VETERINARIA FORENSE

Los delitos de maltrato y crueldad animal están tipificados en prácticamente todos los países latinoamericanos ya sea por Leyes Especiales o dentro del texto de los respectivos Códigos Penales, en Argentina las leyes de carácter penal son Ley de Fauna Silvestre, Ley 14346 relativa a los actos de Maltrato y Crueldad Animal y la Ley 27.330 que prohíbe las carreras de canes.

ACTIVIDAD PROBATORIA:

Si hay un objetivo fundamental en el proceso penal, es el de reconstruir conceptualmente la verdad histórica con el acabado cumplimiento de las garantías procesales que permitan arribar a un grado de certeza tal, que implique la convicción firme en base a las pruebas aportadas durante la investigación y que, valoradas en el juicio excluya toda duda.

Como operadores auxiliares de la justicia, los abogados litigantes nos encontramos muchas veces durante la actividad probatoria en nuestro monólogo más existencial, sintiéndonos como Hamlet en su célebre "*ser o no ser*" debido a las dificultades probatorias que pueden presentar los diversos casos que llegan a nuestras manos.

El maestro Sentís Melendo, sostenía que los procesos se ganan con la prueba y se pierden en su ausencia. En el proceso penal la producción de la prueba es una especie de método de razonamiento que tiene como fin resolver

con el mayor grado posible de certeza la tesis acusatoria que lo provoca, para lo cual es necesario que el tribunal conozca profundamente los hechos y sus circunstancias.[2]

> Cuál es entonces la mejor estrategia, la mejor decisión procesal para alcanzar ese objetivo y llegar a una reconstrucción de lo sucedido que brinde la firme convicción al juzgador acerca de lo ocurrido.
>
> La prueba, es entonces lo que confirma o desvirtúa una hipótesis, una afirmación o negación. Reconstruir aquélla verdad que configura una conducta criminal, sus autores y las circunstancias objetivas y subjetivas del hecho se realizan un conjunto de actos practicados por las partes, los terceros y el juez.

Fundamental resulta en este ámbito el abordaje multidisciplinar, ya que a los fines del esclarecimiento de estos hechos delictivos debiera contarse con la asistencia de médicos veterinarios forenses, etólogos, biólogos, trabajadores sociales, psicólogos, psiquiatras y abogados con conocimiento en la materia procesal penal y animal predispuestos a coadyuvar y mantener las investigaciones con el mismo ímpetu durante el transcurso del proceso.

El planteo del caso es tan relevante, que a partir de allí se fija el camino por el cual las partes habrán de desarrollar el proceso y en ese camino, es donde la pericia medica veterinaria cobra especial relevancia adicionada al resto de los elementos probatorios arrimados al proceso.

Dado que en los delitos de maltrato y crueldad animal existe cierta complejidad en cuanto a la prueba del mismo, no hay comunicación verbal que permita inferir el grado de intensidad del sufrimiento derivado de dicho acto de maltrato y/o crueldad, o la factibilidad de la pérdida del objeto de prueba, se erige en un elemento clave, el aporte de una oportuna pericia medico veterinaria forense.

La prueba de los hechos constitutivos exigido por el tipo legal tales como lesiones y heridas, pueden constatarse mediante una examinación visual, pero existen resultados tales como el dolor o el sufrimiento que a su vez también deberán ser probados teniendo en cuenta el amplio abanico de posibilidades

2 Jauchen, Eduardo. Tratado de la Prueba Penal en el Sistema Acusatorio Adversarial. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe. 2017. Pág. 19.

de comisión y de comisión por omisión, como ser: la falta de alimentación, el encierro y confinamiento prolongado.

Las leyes suelen enumerar los distintos tipos de conductas susceptibles de causar maltrato o crueldad hacia la diversidad de especies animales. Para acreditarlo entonces, las pruebas científicas provistas por veterinarios, etólogos, biólogos y bioquímicos son las que darán al proceso los elementos probatorios que determinen la configuración típica.

El sufrimiento derivado del maltrato y crueldad pueden ser instantáneos o prolongados durante cierto tiempo, y para probar este resultado se precisan de medios de prueba contundentes y con rigor científico que permitan al juzgador arribar con certeza.

Puede el juzgador en el momento valorativo oportuno echar mano a los indicios como razonamiento lógico que permite en virtud de su capacidad derivativa en conjunto con los demás elementos probatorios arribar a una conclusión, no obstante constituye de gran valor el aporte de una prueba científica con aplicación de buenas prácticas de investigación en la escena del delito.

En algunos países, existen unidades especiales o criterios sistematizados de investigación en este tipo de delitos en que la materia a investigar es por demás específica, no solo en cuanto a la víctima sino en cuanto al sujeto que presuntamente ha cometido o participado en algún tipo delictivo relacionado a los animales.

En algunas provincias de la República Argentina – siguiendo lineamientos internacionales- se han estructurado fueros especializados o mecanismos de actuación en materia de protección ambiental y animal, en la Provincia de Santa Fe se creó mediante Resolución 29/15 del Ministerio Público Fiscal, en la órbita de la Unidad de Salidas Alternativas con un protocolo específico de actuación: la "Oficina de Maltrato Animal" dependiente de la Fiscalía Regional de Rosario con amplia participación coordinada de Organizaciones No Gubernamentales y ciudadanos comprometidos con esta temática, asimismo la Fiscalía Regional Nº 1 del Ministerio Público de la Acusación creó, mediante la resolución 6/2019, un Registro de Guardadores Judiciales de Animales, destinado a que ciudadanos

que residan en el ámbito de la FR1 puedan ofrecerse como voluntarios para el alojamiento de animales que han sido víctimas de maltrato.[3]

También es el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en donde el Ministerio Público Fiscal mediante Resolución 6/16 con fecha 15 de febrero de 2016 creo la Unidad Fiscal[4] con competencia especial única en materia ambiental, en la que – conjuntamente delitos ambientales- en su art. 1º le otorga competencia expresamente para entender en…" los delitos dispuestos en la ley 14.346[5]…".

Asimismo, en la Ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires se estableció un "Equipo de Trabajo en Causas de Maltrato Animal a instancias de la Fiscalía General de Bahía Blanca con la participación de grupos sociales interesados en la temáticas.

En la Ciudad de Neuquén se estableció mediante Resolución Nº 50/18 una "Unidad Fiscal de Delitos Ambientales y Leyes Especiales"[6] a instancias

3 https://mpa.santafe.gov.ar/news/view/la_fiscal_a_regional_1_del_mpa_cre_un_registro_de_guardadores_judiciales_de_animales

4 La UFEMA (Unidad Fiscal en Materia Ambiental" fue creada mediante la Res. F.G. 6/16 y tiene competencia exclusiva en: Ley de Residuos Peligrosos – L 24.051. Ley de Maltrato Animal – L. 14.346. Art. 54 del Código Contravencional ("colocar o arrojar sustancias insalubres o cosas dañinas en lugares públicos"). Art. 74 del Código Contravencional ("violación de clausura") en ocasión de clausuras dictadas por la Dirección General de Control dependiente de la Agencia de Protección Ambiental (APRA). https://mpfciudad.gob.ar/tematicas/2020-03-09-18-42-38-delitos-contra-el-medio-ambiente.

5 Ley 14346: Art. 2. Serán considerados actos de mal trato: 1. No alimentar en cantidad y calidad suficiente a los animales domésticos o cautivos; 2. Azuzarlos para el trabajo mediante instrumentos que, no siendo de simple estímulo, les provoquen innecesarios castigos o sensaciones dolorosas; 3. Hacerlos trabajar en jornadas excesivas sin proporcionarles descanso adecuado, según las estaciones climáticas; 4. Emplearlos en el trabajo cuando no se hallen en estado físico adecuado; 5. Estimularlos con drogas sin perseguir fines terapéuticos; 6. Emplear animales en el tiro de vehículos que excedan notoriamente sus fuerzas. Art. 3 refiere a los actos de crueldad: 1. Practicar la vivisección con fines que no sean científicamente demostrables en lugares o por personas que no estén debidamente autorizados para ello; 2. Mutilar cualquier parte del cuerpo de un animal, salvo que el acto tenga fines de mejoramiento, marcación o higiene de la respectiva especie animal o se realice por motivos de piedad. 3. Intervenir quirúrgicamente animales sin anestesia y sin poseer el título de médico o veterinario, con fines que no sean terapéuticos o de perfeccionamiento técnico operatorio, salvo el caso de urgencia debidamente comprobada; 4. Experimentar con animales de grado superior en la escala zoológica al indispensable según la naturaleza de la experiencia; 5. Abandonar a sus propios medios a los animales utilizados en experimentaciones; 6. Causar la muerte de animales grávidos cuando tal estado es patente en el animal y salvo el caso de las industrias legalmente establecidas que se fundan sobre la explotación del nonato; 7. Lastimar y arrollar animales intencionalmente, causándoles torturas o sufrimientos innecesarios o matarlos por el solo espíritu de perversidad. 8. Realizar actos públicos o privados de riñas de animales, corridas de toros, novilladas y parodias en que se mate, hiera u hostilice a los animales".

6 Investiga los siguientes delitos del Código Penal: Los que se cometan en todo el territorio provincial en infracción al medio ambiente y consecuentemente a este, a la salud pública de las personas y los delitos

de Fiscalía General de esa Provincia, en donde a su vez se instauró una "app" (aplicación móvil), a los fines de recepción de denuncias basadas en maltrato y crueldad animal.

Existen igualmente numerosos proyectos de especialización que receptan la cuestión ambiental integrando en su seno la cuestión animal cuyo objetivo es la adecuada investigación de este tipo de hechos delictivos. Algunos de esos proyectos son el de Misiones (Pyto. de ley del año 2006), Córdoba (Pyto. de ley del 2013 y del 2016), Jujuy (Pyto. de ley del 2015), Neuquén (Pyto. del año 2016).

## 1. MEDIO DE PRUEBA

Los medios de prueba penal son los procedimientos fijados por la ley procesal destinados a ingresar al proceso los elementos probatorios que serán valorados por el juzgador oportunamente, por ello tanto proposición, recepción y valoración configuran los momentos de la actividad probatoria que definirá la suerte de la acusación formulada en la investigación penal preparatoria.

En el caso de los delitos de maltrato y crueldad animal suelen ser utilizados los medios probatorios: registro domiciliario y lugares que la investigación arroje como relevantes (allanamiento); testimonial; informativa; documental y pericial entre otros.

El principio que impera en el proceso penal es la oficiosidad por lo cual para que el fiscal investigador emita la directiva que ordena practicar la pericia medico veterinaria forense debe contar con especialistas idóneos en esta ciencia, pues lo pretendido mediante la misma es la obtención de un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, necesarios o útiles para el descubrimiento o valoración de un elemento de prueba de tal relevancia.

Muñoz Conde ha sostenido "En el moderno proceso penal resalta el papel cada vez más relevante de los peritos en la realización de pruebas cuya práctica exige determinados conocimientos científicos que solo están al alcance es especialistas o profesionales versados en ellos. Esta es una consecuencia inmediata

que se cometan en el ámbito de la I Circunscripción Judicial, que configuren maltrato y actos de crueldad hacia los animales. https://www.mpfneuquen.gob.ar/mpf/index.php/es/fiscalias-especializadas

de la racionalidad del derecho de prueba que liga la práctica y valoración de la prueba pericial a una metodología científica empírica característica de la cultura de nuestro tiempo."[7]

## 2. MOMENTO PROCESAL OPORTUNO

El momento procesal oportuno a los fines de la determinación científica de maltrato o crueldad animal tiene lugar durante la Investigación Penal Preparatoria, es la ocasión en la que se establecerán si existen elementos probatorios suficientes para fundar una acusación contra la o las personas investigadas, en cuyo caso contrario corresponderá clausurar el procedimiento.

Teniendo en cuenta la particularidad de este tipo de delitos en donde el objeto de prueba es el animal o los animales que a su vez se constituyen como la propia víctima, implica por parte del órgano jurisdiccional oficiosamente o en su caso, el rápido pedido de la parte –el querellante particular – acerca de la la disposición de una pericia medico veterinaria forense oportuna, llevada a cabo por profesionales especialistas que acudan apenas producido el hecho delictivo atento a la factibilidad de la pérdida del elemento probatorio y de la prolongación del estado de maltrato o crueldad que pudieren estar aconteciendo.

## 3. CONCLUSIÓN

Entre las diversas perspectivas filosóficas surgidas en relación al comportamiento de los seres humanos respecto de los animales no humanos se pueden identificar desde posturas extremas hasta otras menos radicales que plantean el debate moral del ser humano y el trato dado a los animales.

Es notorio el cambio de paradigma en el que nos encontramos, la transición que estamos viviendo nos demuestra que la consideración ético moral de los animales ha cambiado en los últimos años, la concepción antropocéntrica ha ido cediendo frente a nuevas formas de pensamiento en relación con el vínculo del ser humano con los animales.

7 Muñoz Conde, Francisco. "Búsqueda de la verdad en el proceso penal", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2000 pág. 72 y 73.

La sociedad con mayor frecuencia dirige los reclamos hacia la protección de los más vulnerables. La academia, ha elaborado doctrinas que atribuyen distintas acepciones, atributos y consecuencias a la consideración de la "cuestión animal".

Si bien en los procesos que actualmente se investigan estos hechos delictivos se procede a constataciones por parte de médicos veterinarios en los estamentos estatales no suelen encontrarse especialistas forenses, por ello fiscalías y policías judiciales suelen convocar la participación de Universidades y otras agencias gubernamentales para obtener dictámenes específicos.

La legislación a nivel mundial[8] paulatinamente ha incorporado las nociones de "seres sintientes", "animales" no humanos" y la evidencia científica corrobora la viabilidad de ese reclamo. Las Declaraciones de Cambridge sobre la conciencia animal, la Declaración de Toulon en Francia así lo demuestran.[9]

8 "De alguna manera lo ha anticipado, con su proverbial lucidez, Aída Kemelmajer de Carlucci, y en derecho comparado lo ha hecho entre otros la catalana Anna Mulá Arribas, profesora del Master en Derecho Animal de la Universidad Autónoma de Barcelona, quien declara que "...luego es necesario un cambio del estatuto jurídico de los animales de cosas a seres sintientes o seres bajo la protección especial de las leyes, mediante la modificación del Código Civil, como ha sucedido en Austria, Suiza, Alemania, Cataluña y la República Checa, siendo hoy en día un debate en alza en muchos países como Argentina, Perú, Portugal, Francia y Colombia...". Saux, Edgardo I., Personificación de los animales. Debate necesario sobre el alcance de categorías jurídicas AR/DOC/704/2016

9 The Cambridge Declarationon Consciousness: públicamente proclamada en Cambridge, Reino Unido, el 7 de julio de 2012, en la Francis Crick Memorial Conference on Consciousness in Human and non-Human Animals. Escrito por Philip Low y editado por JaakPanksepp, Diana Reiss, David Edelman, Bruno Van Swinderen, Philip Low y Christof Koch. Universityof Cambridge. Extraído de: http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf De la ausencia de neocórtex no parece concluirse que un organismo no experimente estados afectivos. Las evidencias convergentes indican que los animales no humanos tienen los sustratos neuroanatómicos, neuroquímicos, y neurofisiológicos de los estados de la conciencia junto con la capacidad de exhibir conductas intencionales. Consecuentemente, el grueso de la evidencia indica que los humanos no somos los únicos en poseer la base neurológica que da lugar a la conciencia. Los animales no humanos, incluyendo a todos los mamíferos y pájaros, y otras muchas criaturas, incluyendo a los pulpos, también poseen estos sustratos neurológicos; Universite de Toulon.(2019) UFR. Faculté de droit. Extraído de: http://www.univ-tln.fr/IMG/pdf/declaracio_n_de_toulon_esp_.pdf: PREAMBULO: Nosotros, juristas académicos, participamos en la trilogía de simposios organizados en la Universidad de Toulon sobre el tema de la personalidad jurídica del animal. Teniendo en cuenta el trabajo realizado en otros campos disciplinarios, en particular por los investigadores de neurociencia. Habiendo tomado nota de la Declaración de Cambridge del 7 de julio de 2012, en la que estos investigadores llegaron a la conclusión de que "los humanos no son los únicos que poseen los sustratos neurológicos de la conciencia", que se comparten con los "animales no humanos". Lamentando que la ley no haya aprovechado estos avances para evolucionar a fondo todo el cuerpo de leyes relacionado con los animales. Teniendo en cuenta que en la mayoría de los sistemas legales, los anima-les aún se consideran cosas y carecen de personalidad jurídica, el único capaz de darles los derechos que merecen como seres vivos. Creyendo que hoy en día la ley ya no puede ignorar el progreso de la ciencia que puede mejorar la consideración de los animales, el conocimiento hasta ahora está en gran parte subutilizado. Considerando finalmente que la actual incoherencia de los sistemas le-gales nacionales e

La jurisprudencia paulatinamente está abriendo la puerta hacia el debate profundo sobre la consolidación de los derechos de los animales, en Argentina el fallo de la orangutana Sandra y el chimpancé Cecilia.[10]

En la doctrina procesal cordobesa se habla de un "principio de desgajamiento del proceso penal"[11]. Esto significa que un proceso uniforme frente a la complejidad sobreviniente de los distintos delitos investigados, (cuello blanco, azul, económicos, informáticos, sexuales, etc.), implica la apertura de nuevos fueros que precisan un protocolo de actuación propio en cada especialidad y las normas procesales deben acompañar esos cambios.

Por todo lo expuesto, es que consideramos que la especialidad en medicina veterinaria forense debe ser accesible y oportuna para todos los sujetos procesales a los fines de dilucidar y constatar la existencia de maltrato o crueldad animal en el momento y lugar oportunos, con todos los resguardos que corresponden. Ya sea el abogado litigante acusador, defensor, o el funcionario investigador judicial actuante, deben conocer acerca de esta importancia, pues ello nos acerca a la idea de justicia: supremo valor al que aspiramos.

Los servidores y las servidoras de la salud animal y los señores y señoras del derecho podemos cambiar el futuro de los animales, esto significa un gran desafío.

## REFERENCIAS

Sanz Egaña, C. Historia de la Veterinaria Española. Madrid, Espasa-Calpe, 1941.

Correa Alarcón, F y Cobo Abreu, A. veterinaria legal. 2001. Santiago de Cuba. En: www.produccion-animal.com.ar

internacionales no puede resistir la inacción y que es importante iniciar cambios para tener en cuenta la sensibilidad y la inteligencia de los animales no humanos.

10 "Que, a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocerle al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente. Dres. Ledesma, David, Slokar. (Zaffaroni, E. Raúl y et. AI Derecho Penal, Parte General" Ediar, Buenos Aires 2002, p. 493; también Zaffaroni, E. Raúl, La Pachamama y el humano, Ed. Colihue, Bs. As. 2011, p. 54 y ss) Habeas Corpus SALA II, Cámara Federal de Casación Penal, Causa nº CCC68831/2014/CFC1 Orangutana Sandra s/ recurso de casación s/ Habeas Corpus; "Cecilia" (3º Juzgado de Garantías de Mendoza, año 2016 s/ habeas corpus).

11 "Derecho Penal Tardomoderno" El sistema integral del Derecho penal en la Actualidad. Gustavo A. Arocena, Fabián I. Balcarce; José D. Cesano. Editorial Hammurabi. 1º Ed. Buenos Aires. 2016 Pág. 309.

Friedrich, NO. Medicina Veterinaria. Aspectos legales y forenses. 2ª ed. Editorial Jurídica Lerner. Córdoba, Argentina. 2017.

Díaz Peralta, P y Anadón Navarro, A. Peritaciones veterinarias. La cuestión de la Veterinaria Forense. Información veterinaria. Revista de la organización colegial española. 2008.

De la Cruz Moreno, CO; Lomelí Payan, H et al. Actuación pericial en medicina veterinaria: Aspectos generales. REDVET Rev. Electron.vet. Vol. 10, Nº 3, Marzo/2009. En http:// www.veterinaria.org/revistas/Redvet/n030309.html

Vázquez Fanego, HO. Investigación médico legal de la muerte. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2003.

Ossorio, M. diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. 1ª Edición Electrónica, 2010.

Muñoz Conde, Francisco. "Búsqueda de la verdad en el proceso penal", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2000

Saux, Edgardo I., Personificación de los animales. Debate necesario sobre el alcance de categorías jurídicas AR/DOC/704/2016

Zaffaroni, E. Raúl, La Pachamama y el humano, Ed. Colihue, Bs. As. 2011

Gustavo A. Arocena, Fabián I. Balcarce; José D. Cesano. "Derecho Penal Tardomoderno" 2016 Editorial Hammurabi

Diccionario de la Real Academia Española.

Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Argentina. Art. 275.

Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Argentina.

# TÉCNICAS DE IDENTIFICACIÓN HUMANA CON CANES EN FEMINICIDIOS



Julia Lisman*



Marcos Darío Herrero**

## INTRODUCCIÓN

A diario en los medios de comunicación y redes sociales se encuentran incontables noticias sobre familias desesperadas por la desaparición de una mujer, a algunas se las encuentra asesinadas por sus parejas. El femicidio existe, es común, muchas mujeres (más que las que las estadísticas sean capaces de registrar) son víctimas y va en aumento.

Pero ¿qué pasa con las mujeres que continúan desaparecidas? Las estadísticas y el contexto de sus desapariciones indican que seguramente hayan sido víctimas de un femicidio pero no se pueden encontrar pruebas de ello.

* Abogada, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Integrante del "Equipo de Rastro Criminal". Maestrando en Derecho Penal, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Diplomatura en Investigación Criminal de la Universidad de Belgrano (2020).

** Master trainer canino. Integrante del "Equipo de Rastro Criminal". Especialista en métodos de identificación humana con canes mediante aplicación de técnica propia. Instructor de equipos de canes en fuerzas de seguridad y bomberos.

Las desapariciones deben pensarse no solamente desde el hecho en sí sino también entender su contexto: incertidumbre, miedo, angustia, dolor, etc. de alguien que busca a una persona querida.

Sabemos que existen muchos femicidios, sabemos que la mayoría de ellos comienzan de la misma forma (con la desaparición de una mujer), sabemos que el estado de desaparición de un ser querido es un pesar enorme para una persona y sabemos también que la justicia lleva a cabo búsquedas lentas, ineficientes e inadecuadas para el dolor que atraviesan quienes son vulnerados por la desaparición.

Las técnicas de identificación humana con canes aplicadas a investigaciones criminales son una herramienta para hallar los cuerpos o restos de mujeres pudiendo dar respuestas a quienes las buscan como también aportar información al proceso judicial.

## I. MÉTODOS DE IDENTIFICACIÓN HUMANA CON CANES. MÉTODO DE TRABAJO Y TÉCNICA.

Dentro de la investigación criminal se encuentra la ciencia multidisciplinaria denominada criminalística, esta tiene un papel importante en los procesos penales. Es "la profesión y disciplina científica dirigida al reconocimiento, individualización y evaluación de la evidencia física, mediante la aplicación de las ciencias naturales, en cuestiones legales".[1] Se conforma por un conjunto de ciencias auxiliares que se denominan ciencias forenses.

Dentro de estas disciplinas se encuentran distintos métodos de identificación humana. Actualmente en los procesos judiciales es común recurrir a la identificación humana a través de pruebas de ADN, papiloscopía forense, odontología forense, etc. Estas pruebas son muy efectivas pero no siempre resultan adecuadas para buscar a una persona. Entonces ¿qué sucede cuando se está ante la denuncia de una mujer desaparecida? ¿qué herramientas ofrecen la criminalística y las ciencias forenses para resolver desapariciones?

1 Guzmán, Carlos, "Criminalística – Manual", , Segunda Edición ampliada y actualizada 2018. Editorial B de F, página 3.

El sistema odorológico de identificación humana brinda soluciones a estos cuestionamientos. Se basa en la premisa que afirma que *cada ser humano tiene un olor único e irrepetible*. Ese olor en criminalística lleva el nombre de "huella olorosa".

## Huella olorosa

Es el olor de una persona, se compone por el olor interno y el olor externo.

En la formación del olor humano interno intervienen sustancias del metabolismo del individuo que proceden de la síntesis o degradación de diversos productos que el sujeto consume, ya sea alimentos, bebidas, medicamentos, drogas, etc. Todas las sustancias finales del metabolismo poseen olores diferentes que se combinan entre sí para formarlo.

El olor humano externo se compone por los olores provenientes del medio ambiente donde cada persona habita, trabaja u otros lugares que transita diariamente. Juegan un rol especial los olores de jabones, perfumes, cosméticos, entre otros que las personas utilizan en sus cuerpos y son absorbidos por la piel.

Cuando los olores internos y externos de una persona se combinan se forma un complejo olor, único, que la identifica, sin probabilidades de repetirse en otra persona, incluso aunque sean gemelos univitelinos, quienes comparten el ADN.

Este olor único, llamado "huella olorosa", se manifiesta a través de secreciones sudoríparas y sebáceas (sudor y sebo) que son emanadas por el ser humano a través de diferentes glándulas y de la descamación epitelial (como compuestos orgánicos volátiles) que se impregna en cualquier superficie o elemento que la persona transite o utilice.

Es por ello que las técnicas que abordaremos tienen su sustento en lo que Edmond Locard, precursor en la criminalística, llamó *principio de intercambio* resumido en que cada contacto deja su rastro. Nadie puede ingresar a un ambiente/ entorno determinado sin dejar algún rastro de su presencia y sin llevarse un rastro de ese ambiente/ entorno. Ello sucede con la huella olorosa.[2]

2 Guzman, Carlos A. "El examen en el escenario del crimen, método para la reconstrucción del pasado", Reimpresión 2019. Editorial B de F, página 29.

El olor también se encuentra en distintos restos biológicos de las personas (sangre, saliva, pelo, orina, materia fecal, semen, restos óseos, etc.).

## El uso de canes y su capacidad olfatoria

Los canes al igual que los humanos tienen la habilidad de detectar olores. Los métodos de identificación humana con canes tienen sustento en la neurofisiología olfatoria canina.

Los perros poseen alrededor de 225.000.000 de células olfatorias, como referencia, el humano posee entre 15.000.000 y 20.000.000. Esto le permite al perro tener una capacidad única de identificar, discriminar y descartar miles de olores para detectar uno en particular ubicando así un umbral único de olor. Puede diferenciar la esencia humana de la de otros seres vivos (animales) y también la de distintos humanos (una persona o tipo de esencia en particular).

Durante un proceso de búsqueda el perro fusiona la información olfativa y la almacena en su memoria neuronal permitiendo una calidad técnica de precisión.

A modo de ejemplo, si una persona es capaz de discriminar y diferenciar el olor del chocolate y el olor del pescado con solo 20.000.000 de células olfatorias, el perro, con 225.000.000, puede discriminar aún con mucha mayor precisión.

## Binomio

Para realizar búsquedas se trabaja con un binomio. Este se conforma por un guía (humano) y un can. Entre ellos se forma una relación que permite que se comuniquen entre ellos y actúen en conjunto, como si se tratara de un *único receptor biológico*. El guía tiene la capacidad y el entrenamiento para saber interpretar correctamente las marcaciones que efectúa su perro y, a la vez, éste entender las indicaciones de su guía.

Es importante mantener siempre un mismo binomio (mismo guía con mismo can) ya que cada perro, al igual que cada persona, trabaja de forma distinta. Cada can tiene una forma particular de realizar las marcaciones al encontrar resultados positivos, estas pueden ser activas (ladrar, rascar, etc.) o pasivas (sentarse, echarse, etc.) y con distintos grados de intensidad.

El guía, conociendo al perro, podrá interpretar correctamente todas las señales que este le dé durante su trabajo. Asimismo, el can le dará importancia al vínculo que haya construido con el guía para poder comunicarse correctamente con él, poder entender cuál es el trabajo que debe realizar y tener la voluntad de proseguir cuando se le presenten conflictos que deba resolver.

## Técnicas

Por su capacidad olfatoria los perros pueden ser utilizados para detectar explosivos, drogas, billetes, fauna silvestre, etc. En cuanto a la identificación humana, de acuerdo a los conocimientos y premisas científicas expuestas, se han desarrollado diversas técnicas que pueden ser utilizadas incluso en casos de catástrofes, desastres naturales o derrumbes. En particular, con relación al femicidio resultan relevantes tres técnicas de identificación humana con canes: odorología forense, rastro específico y rastro criminal o biológico.

Si bien no existe una clasificación de estas técnicas, proponemos agruparlas de acuerdo a la utilización de un olor de referencia y de un gabinete o laboratorio.

El olor de referencia es la esencia de olor a buscar o identificar. Se le presenta al perro antes de comenzar el trabajo para que lo memorice y efectúe su trabajo. El olor de referencia puede extraerse de un elemento personal de una persona o de un lugar en el que haya estado.

| | Olor de referencia | Gabinete o laboratorio |
|---|---|---|
| Odorología forense | Sí. | Sí. |
| Rastro específico | Sí. | No. |
| Rastro criminal o biológico | No. | No. |

## Odorología forense

Consiste en el levantamiento de olores en la escena de un crimen[3] (olor de referencia) para identificar posteriormente a personas involucradas. La

3 Al igual que las huellas dactilares, es posible levantar una huella olorosa de una escena de un crimen o lugar del hecho. Esto se realiza ubicando gasas estériles sobre el lugar o elemento y por encima un papel de aluminio, se los deja reposar por unas horas manteniendo estable la temperatura ambiente y posteriormente se retiran las gasas y se las coloca en un frasco limpio preferenemente de vidrio. En ese recipiente con su contenido se podrá preservar la huella olorosa levantada.

identificación puede suceder mucho tiempo después la adecuada conservación de muestras de olor.

La técnica se aplica presentándole al perro el olor de referencia para que lo huela y memorice. El perro se ubica frente a frascos previamente dispuestos (la cantidad de frascos depende del protocolo aplicado, comunmente se disponen cuatro); uno contiene el olor de una persona sospechosa y los restantes el de otras elegidas al azar.

Una vez que el perro tomó correctamente el olor de la muestra obtenida en la escena del crimen, huele los frascos que se encuentran frente suyo y realiza una marcación frente a aquel que identifica con el olor de referencia. De esta forma es posible establecer si una persona estuvo o no en la escena del crimen o lugar del hecho ya que el perro asocia su olor con el levantado.

### Rastro específico

Es la búsqueda de una persona específica a través de la toma de un olor de referencia. Es aplicable a la búsqueda de personas desaparecidas (en cuyo caso la toma de olor se realiza a partir de elementos personales pertenecientes a la persona) o a autores de un delito (caso en el que la toma de olor se realiza en la escena del crimen).

Es posible encontrar personas específicas (o sus restos) pero también pueden hallarse elementos que la persona haya usado o tocado y que sirven como evidencia.

Aplicando esta técnica es posible conocer los lugares en los que estuvo una persona, encontrar ropa, elementos que haya usado el autor del delito para cometer el crimen, etc.

### Rastro criminal o biológico

Es la búsqueda de material biológico humano (hueso, pelo, piel, sangre, semen, etc.) cualquiera sea su estadío en un perímetro de trabajo. Son identificables tanto las sustancias en sí como también lugares en los que hubo exposición a ellas independientemente de que se encuentren aún allí o no.

Es decir, saber en qué lugar hubo presencia de algún material biológico humano aunque ya no se encuentre en el lugar y el ojo humano no pueda distinguirlo.

Es importante para esta técnica que la preparación de los canes se realice de forma tal que sea imposible que confundan restos humanos con los de otros animales para que su trabajo sea preciso.

## III. APLICACIÓN DE LOS MÉTODOS DE IDENTIFICACIÓN HUMANA CON CANES A FEMICIDIOS.

El femicidio es la muerte de una mujer en un contexto de violencia de género, por su pertenencia al género femenino[4]. Algunas legislaciones lo denominan feminicidio agregando al concepto de dicho término la responsabilidad estatal[5].

Existen legislaciones con modelos restrictivos de tipificación del femicidio/feminicidios[6] y modelos amplios de tipificación del femicidio/feminicidio a través de figuras agravadas[7] o como tipo penal amplio[8].

Independientemente de su tipificación, son delitos sumamente violentos en los que se ejerce violencia extrema sobre mujeres escapando a cuestiones de clase, condición social, etc. "En todas las sociedades, hombres y mujeres son afectados de manera diferencial por la criminalidad (…) las mujeres son las principales afectadas por ciertos tipos de criminalidad (sexual y familiar, en particular). (…) se aprecian importantes diferencias en cuanto a la forma de victimización que afecta a las mujeres. Esto se relaciona tanto con el contexto familiar o de relaciones íntimas en que se producen gran parte de estas muertes como con la frecuente presencia de violencia sexual, pero (…) también con formas extremas de violencia que se ejercen sobre los cuerpos de las mujeres".[9]

4 Buompadre, Jorge Eduardo. Violencia de Género, femicidio y derecho penal: los nuevos delitos de género, 1º edición, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2013. Página 128.
5 Toledo Vásquez, Patislí. Femicidio, feminicidio. 1a edición 1ª reimpresión, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Didot, 2014, página 113.
6 Chile, Perú
7 Colombia, Argentina.
8 Guatemala, Nicaragua, México.
9 Toledo Vásquez, Patislí. Femicidio, feminicidio. 1a edición 1ª reimpresión, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Didot, 2014, página 96.

Parte de esta violencia extrema ejercida sobre los cuerpos de las mujeres se refleja en que los cuerpos, para ser desaparecidos, son mutilados, calcinados o tratados con químicos como cal o ácido y luego arrojados como basura en lugares inhóspitos o enterrados.

En razón de ello es que gran parte de los femicidios llegan a las distintas instituciones estatales (poder judicial, policía, etc.) como una denuncia de desaparición de una mujer. Al no ser abordadas con perspectiva de género, se pierden evidencias, no se trabaja con una teoría del caso concreta y la respuesta se dilata en el tiempo. Esto lleva a que muchas causas estén durante meses, incluso años, caratuladas como "averiguación de delito" o "averiguación de paradero" generando un cúmulo de papeles infructuosos que conforman el expediente judicial[10].

La desesperación no puede ser dejada de lado pues quienes buscan a una persona viven constantemente con la angustia de no saber si la persona está viva -y en qué condiciones- o muerta. Asimismo "cualquier persona con un ser amado ausente de su hogar o de su vida – cualquiera que viva en la duda, temiendo lo peor- está, en mi opinión, de duelo. El duelo no requiere certeza sobre si las personas desaparecidas están vivas o muertas. La triste verdad es que las opciones para aquellos que carecen de información sólida -como imaginar el regreso del ser amado mientras se teme que pueda ser torturado o pueda morir de hambre, o llorarlo como muerto- son igualmente terribles; y ambas son formas de duelo"[11]. Sin embargo el duelo que atraviesan quienes buscan a un ser querido tiene una particularidad: transitar constantemente distintos sentimientos y estados emocionales, por momentos tener la esperanza de que la persona que buscan está viva, preguntarse dónde está, sentir que ella está bien preguntándose por qué se alejó, para luego pensar que debe estar sufriendo o concluir que efectivamente está muerta. Toda esta invasión de sentimientos y sensaciones vuelve a repetirse una y otra vez y solo cesa con la aparición de la persona.

10 Basta con ver la falta de perspectiva de género en la "Guía Práctica Para búsqueda de Personas" del Ministerio Público Fiscal, Procuración General de La Nación, República Argentina. Consulta en https://www.mpf.gob.ar/protex/files/2014/09/B%C3%BAsqueda_de_Personas.pdf (26/04/2020).

11 Rosenblatt, Adam. "En busca de los desaparecidos – ciencia forense después de atrocidades" 1º edición, Miño y Ávila Editores, 2019. Páginas 85 y 86.

Aquí es donde entra en juego la importancia de las técnicas de identificación humana con canes, en particular las técnicas de "rastro específico" y "rastro criminal o biológico".

Allí donde otras técnicas parecieran no dar respuesta, los canes con su agudo sentido del olfato proporcionan una solución encontrando evidencias, marcando los lugares donde han transitado estas mujeres desaparecidas y pudiendo dar con sus cuerpos o restos.

Deteniéndonos en esto último, es importante realizar un abordaje victimológico. Es decir ubicar el foco en la víctima y sus seres queridos en lugar de en el perpetrador.

A la hora de aplicar estas técnicas, por respeto a los sentimientos de las personas vulneradas por la desaparición, contextualizamos el caso que nos llega para abordarlo adecuadamente. Es útil saber: cuándo desapareció, quién denunció, dónde fue vista por última vez, si tenemos acceso a su hogar, si contamos con elementos personales de la desaparecida, etc. Con estos datos podemos saber qué método de identificación humana aplicar para realizar un trabajo eficaz.

Ese análisis debe hacerse interdisciplinariamente: con un enfoque jurídico (leer críticamente el expediente), hablar con los seres queridos, abogados y quienes llevan adelante la investigación judicial del caso. Haciendo este trabajo podemos saber si el rastrillaje debe ser hecho con perros de rastro específico, de rastro criminal o ambos.

Por ejemplo: en casos en los que no se cuenta con objetos personales de la desaparecida y pasó mucho tiempo desde su desaparición el rastrillaje se realiza principalmente con un perro de rastro criminal en lugares específicos que son el posible lugar del hecho. Si se tiene acceso a prendas, cabellos u otros elementos biológicos de la desaparecida se inicia el rastrillaje con un perro de rastro específico que nos conduce al lugar del hecho, una vez ahí se continúa el rastrillaje con el perro de rastro criminal.

Como las técnicas pueden ser aplicadas a lugares del hecho abiertos, cerrados o mixtos nos permiten poder desarrollar el trabajo en cualquiera de los contextos que el caso requiera.

El tiempo transcurrido desde la desaparición es un factor que influye. Cuanto más tiempo pasó más se dificulta el trabajo, de todas formas no lo hace imposible, la aplicación de estas técnicas ha dado buenos resultados después de mucho tiempo[12].

Es claro que los escenarios son múltiples y variados y que es importante realizar un trabajo interdisciplinario para poder trabajar eficazmente y hallar a la mujer o sus restos (cabello, manchas hemáticas, restos óseos, etc.).

Por lo tanto, con la aplicación de estas técnicas no solo es posible dar una respuesta al expediente judicial, que definitiva es un cúmulo de papeles y esperanza para los seres queridos. El hallazgo del cuerpo implica para las familias el cese de esa condición dicotómica en que se encuentra la mujer víctima de femicidio: la condición de desaparecida.

## IV. APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS EN CASOS REALES DE FEMICIDIOS[13]

### A.F. (2017) – 21 días desde la desaparición

Siendo solicitado por el juzgado interviniente el trabajo con canes, luego del análisis del caso, se decidió iniciar el trabajo con Duke, perro de rastro específico, porque existía un elemento personal de la desaparecida a partir del que se podía realizar una toma de olor. Se llevó a Duke a la casa de la desaparecida y desde allí condujo el rastrillaje hacia un kiosko ubicado a 3 cuadras donde fueron encontrados aros que la madre de A.F. identificó. Se realizó una nueva toma de olor sobre esos pendientes y Duke marcó un desagüe en el que se encontró ropa que pertenecía a la desaparecida.

12 A modo de ejemplo: "L., J. homicidio calificado por haber sido cometido con alevosía, para procurarse la impunidad y habiendo mediado violencia de género; comunicación electrónica con persona menor de edad con el fin de cometer delito contra su integridad sexual (grooming) y robo", sentencia del 19/10/2017, Tribunal Oral Nº2 de Bahía Blanca. En el caso se halló a una niña 45 días después de su desaparición con la utilización de la técnica de "rastro específico". Asimismo se hallaron evidencias 11 meses después por aplicación de esta técnica.

13 Los casos mencionados fueron trabajados por Marcos Herrero, desempeñándose de manera independiente o en nombre de la Policía de la Provincia de Río Negro o como auxiliar de los Bomberos Voluntarios de Punta Alta, dependiendo el caso. No se citan los nombres de las mujeres por respeto a su privacidad y la de sus personas cercanas.

Posteriormente, como existían sospechas de que el novio de A.F. estuviera implicado en su desaparición se realizó con Alcón, perro de rastro criminal, un rastrillaje en el barrio en el que residía. El perro trabajó en el barrio e identificó la casa de la madre del sospechoso. Luego de ingresar Alcón realizó una marcación activa en la parte trasera sobre una plataforma de cemento ubicada en el patio. Se requirió la asistencia de personal de bomberos que rompieron la base y debajo de ella se encontró el cuerpo de A.F.

Luego de esto se solicitó un nuevo rastrillaje en el corralón en el que la pareja de la víctima trabajaba. Allí se encontraron preservativos con fluidos que posteriormente probaron ser de 3 personas distintas que participaron del delito. También el can marcó una camioneta que tenía signos de haber sido limpiada con químicos industriales, a pesar de ello se encontraron en el baúl restos de sangre.

Con todo este trabajo se pudo probar que a A.F. la estrangularon con un cable de acero, la desvistieron, envolvieron en una sábana, le tiraron aceite y enterraron en un pozo que posteriormente fue cementado y que en este proceso participaron 3 personas que pudieron ser identificadas.

### S.V.C. (2018) – 6 meses desde la desaparición

Por las características del caso el rastrillaje se inició con Alcón, perro de rastro criminal. En el domicilio en el que vivía la desaparecida marcó en el fondo una torre de ladrillos que se desarmó y debajo de ella se encontró una bombacha con restos hemáticos. En ese momento la fiscal consulta al guía qué significaba el hallazgo de acuerdo a su experiencia, él indica que es raro que se encuentre escondida en el contexto de la desaparición de una persona. A raíz de esto se tomó la prenda como evidencia.

Tiempo después se requirió un nuevo rastrillaje. En este Alcón identificó olor en un basurero al que se ingresó, minutos después encontró una cartera perteneciente a la desaparecida. En su interior se encontraron las llaves de su pareja y manchas de sangre.

Posteriormente se realizó un nuevo rastrillaje en una chacra perteneciente a la pareja de S.V.C. Allí Alcón marcó un auto en estado de abandono que había

sido incendiado, ingresó a él y mordió los asientos permitiendo encontrar pelo quemado y localizar manchas de sangre con olor a putrefacción en el baúl. En ese momento se confirmó que esos restos pertenecían a S.V.C. porque Duke, perro de rastro específico, marcó el auto dando vueltas a su alrededor. Asimismo dentro de la casa ubicada en la chacra Alcón encontró cabellos ocultos en placas de cemento.

Con todos estos elementos y teniendo en cuenta la existencia de denuncias previas por violencia de género, fue posible contar con los elementos de prueba suficientes para condenar al marido de S.V.C. por su femicidio a pesar de la inexistencia de un cuerpo.

### M.I.B. (2016) – 2 años desde la desaparición

M.I.B. se encontraba desaparecida, su pareja había confesado haberla matado pero no quería indicar dónde se había deshecho del cuerpo. Como existían elementos personales para hacer una toma de olor se trabajó con Duke, perro de rastro específico. Él guió desde la casa de M.I.B. hasta la del sospechoso y marcó su auto. Por esa razón se resguardó el vehículo y se lo selló por 24hs para que se preservaran los olores en su interior.

Al día siguiente se trabajó con Alcón, perro de rastro criminal. Él entró al auto y marcó el baúl, una vez abierto mordió la lona y debajo de ella se encontró la rueda de auxilio y al darla vuelta se encontraron manchas hemáticas.

Posteriormente se realizó un nuevo rastrillaje frente a sospechas de que la desaparecida estuvo en un campo perteneciente a su pareja. Para probar esto y sin dar lugar a dudas respecto a manipulación de resultados se llevó Duke a otro campo alejado y el perro recorrió kilómetros hasta llegar al campo en cuestión y marcó la casa principal. Allí trabajamos con Alcón en un galpón en el que marcó una guadaña que se encontraba en un altillo.

Se le presentó la guadaña a Duke y nos condujo a un aljibe ubicado en el campo. De este se extrajo toda el agua de su interior y escombro que se encontraba en el fondo. El escombro se dispersó en el piso y Alcón lo marcó por lo que se tomó la decisión de continuar removiendo, llegando a hallar un cráneo que se encontraba muy deteriorado por el paso del tiempo y la erosión del

agua. Posteriormente se pudo determinar por medio de análisis de laboratorio que aquel cráneo pertenecía a M.I.B.

### D.N.L.S. (2019) – 21 meses desde la desaparición

D.N.L.S vivía con su pareja y dos hijos pero la denuncia fue efectuada por su hermana menor ante la inacción de sus familiares. Después de casi dos años de cúmulos de papel en un expediente caratulado como "averiguación", se dispuso el allanamiento a la que fuera su vivienda.

Por no tener diálogo previo con los convivientes de D.N.L.S. el allanamiento se realizó con Duke, perro de rastro específico, y Alcón, perro de rastro criminal. Al llegar al domicilio de la mujer desaparecida su pareja alegó no tener prendas de su mujer, por lo que se decidió trabajar únicamente con Alcón.

Luego de hacer un recorrido por la totalidad del inmueble, el can demostró interés en un patio interno del departamento. Al ingresar a él, Alcón comenzó a ladrar y rascar desesperado un mueble que se encontraba allí. Por la marcación activa del can se movió el mueble y se desprendió de la parte inferior un mechón de cabello de aproximadamente 25 cm.

Luego, se trabajó en el sótano del edificio, un área de uso común de los vecinos, donde el can demostró particular interés sobre una caldera que se encontraba en desuso desde el año 1989 según informaron. De allí se extrajeron 53 fragmentos de restos óseos calcinados.

## V. CONCLUSIONES.

De todo lo desarrollado se desprende que la utilización de los distintos métodos de identificación humana con canes son técnicas cuya aplicación resulta muy útil en casos de femicidios, que comienzan en su mayoría con una denuncia por desaparición.

Estas técnicas nos permiten no solo generar evidencias y prueba como elementos de convicción para resolver los distintos procesos penales, sino que permiten poner un fin al dolor y angustia que genera en los seres queridos que buscan desesperadamente a la mujer que ha desaparecido de su círculo cercano.

Debemos hacer un abordaje transdiciplinario de estos casos tanto desde la ciencia jurídico penal como desde las ciencias forenses para poder dar una respuesta a las familias no solo en el marco de los procesos penales sino para dar una respuesta también al dolor que genera la incertidumbre.

## BIBLIOGRAFÍA

Adam Rosenblatt, En busca de los desaparecidos – ciencia forense después de atrocidades. Editorial Miño y Ávila Editores, 2019. Buenos Aires, Argentina.

Carlos A. Guzmán, La investigación criminal: El examen en el escenario del crimen - Método para la reconstrucción del pasado. Editorial B de F, Reimpresión 2019. Buenos Aires, Argentina.

Carlos A. Guzmán, Criminalística – Manual, Editorial B de F, Segunda Edición ampliada y actualizada 2018. Buenos Aires, Argentina.

Dager Aguilar Avilés, Temas de odorología forense para juristas y estudiantes de derecho. Disponible en https://es.scribd.com/document/174972541/02-Temas-de-Odorologia-Forense-Para-Juristas-yEstudiantes-de-Derecho-Dager-Aguilar-Aviles. Último acceso: 15/08/2020.

Juan Hidalgo Martinez y otros, Educación canina y formación específica del guía y del perro para búsqueda de personas desaparecidas. Ediciones Diaz de Santos, 2017. España.

Jorge Eduardo Buompadre, Violencia de Género, femicidio y derecho penal: los nuevos delitos de género. Editorial Alveroni Ediciones, 2013. Córdona, Argentina.

# EL COVID-19 COMO DISPOSITIVO INQUIETUDES SECURITARIAS EN TIEMPOS DE PANDEMIA*



KEYMER ÁVILA**

> "A la peste responde el orden; tiene por función desenredar todas las confusiones: la de la enfermedad que se transmite cuando los cuerpos se mezclan; la del mal que se multiplica cuando el miedo y la muerte borran los interdictos (…) para ver funcionar las disciplinas perfectas, los gobernantes soñaban con el estado de la peste" Foucault (1975)

## I. INQUIETUDES SECURITARIAS EN TIEMPOS DE PANDEMIA: EL CORONAVIRUS COMO DISPOSITIVO

La pandemia es real en términos biológicos y sanitarios, tiene además una dimensión ideológica y mediática. A estas alturas no se discuten sus dimensiones: al momento de escribir estas líneas el COVID-19[1] supera el millón de muertes[2] y

---

* Este trabajo es la actualización -para la última semana del mes de octubre- y síntesis de dos textos anteriores: 1) "El Coronavirus como dispositivo: de centros y periferias, de la biopolítica a la necropolítica", que forma parte del libro colectivo *PANDEMIA. Derechos Humanos, Sistema Penal y Control Social (en tiempos de coronavirus)*, pp. 371-389, publicado en mayo de 2020, en España por Tirant lo Blanch; 2*) ¿Qué es más mortal en Venezuela: sus fuerzas de seguridad o el COVID-19? Inquietudes securitarias en tiempos de pandemia*, publicado tres meses después por la Friedrich Ebert Stiftung (FES). El primero intenta concentrarse más en aspectos teóricos y conceptuales, el segundo hace un mayor énfasis y desarrollo de hechos y casos concretos, además de detallar y profundizar la información del complejo y dinámico contexto venezolano durante los cinco primeros meses de su cuarentena. Para la elaboración de esta línea de trabajo, aún en desarrollo, se contó con el respaldo del Instituto de Educación Internacional (IIE) y la Red de Activismo e Investigación por la Convivencia (REACIN).

** Investigador del Instituto de Ciencias Penales y Profesor de Criminología de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Miembro de REACIN y ALPEC. Colaborador del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universitat de Barcelona.

1 Si bien el COVID-19 (Coronavirus Disease 2019) es la enfermedad causada por el virus SARS-CoV-2 (Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2) (OMS, 2020), en este texto que se enmarca en una dimensión política y securitaria, no médica ni epidemiológica, con la intención de simplificar las ideas y los argumentos, utilizaremos indistintamente el término COVID-19 ya sea como enfermedad o como el virus que la causa.

2 Hasta octubre se estima que en el mundo hay entre 6.050 y 7.500 muertes diarias por COVID-19 (JHU, 2020; IHME, 2020; WEF, 2020). Para tener una idea aproximada de las magnitudes, diariamente mueren 48.742 personas por enfermedades cardiovasculares, 26.300 de cáncer, 22.191 por tabaquismo, 13.700 por

los casi 43 millones de casos confirmados (JHU, 2020). Situación que coloca sobre el tapete la importancia y la necesidad del sistema de salud pública a nivel global. Tampoco abordaré el debate sobre sus orígenes, ni las tensiones que han mostrado algunos gobiernos que se preocupan más por la buena marcha de la economía que por la salud y la vida de sus conciudadanos (deciden quiénes pueden vivir y a quiénes dejan morir). En estas líneas quiero compartir unas primeras inquietudes sobre las lógicas securitarias que parten de los intentos de contención del COVID-19, pero que a su vez los trascienden. Me refiero a las formas en cómo se puede instrumentalizar políticamente la pandemia, sirviendo ésta como dispositivo securitario que reduce los derechos de la ciudadanía, que se extiende e institucionaliza. Se trata de un ejercicio de poder sin límites. Tomaremos como ejemplo el caso venezolano.

## La peste tiene como correlato médico y político a la disciplina

Foucault en *Vigilar y castigar* (1975) cuando explica el fenómeno del *panoptismo* describe claramente lo que se hacía a finales del siglo XVIII cuando se declaraba la peste en la ciudad, tales prácticas permanecen intactas hasta nuestros días: divisiones espaciales, prohibición de salir de casa durante la cuarentena, turnos para salir en caso de extrema necesidad, evitar encuentros con otras personas. Se intensifica la vigilancia y se lleva registro de todo, estrictos controles militares y policiales aseguran el confinamiento: "si se mueve, le va en ello la vida, contagio o castigo" "lo que se mueve lleva a la muerte, y se mata lo que se mueve" (ibíd.:199,208). Frases vigentes en contextos donde los cuerpos de seguridad más letales son los que velan por el cuidado de tu salud[3]. Es la más clara expresión del lado mortífero de la biopolítica: se puede hasta matar "legítimamente" a quienes representen un peligro biológico.

El miedo hace funcionar de manera espléndida los dispositivos disciplinarios. El miedo a la peste, al contagio, hace que las personas desesperadas en procura de su propia supervivencia se entreguen sin resistencia alguna a los

aire contaminado, 7.671 por alcoholismo, 6.500 por enfermedades digestivas, 4.383 por diarrea, 3.243 por tuberculosis, 2.739 por VIH y 1.780 por gripe común (ALAMES, 2020; IHME, 2020; WEF, 2020).

3 En Venezuela es paradójico ver imágenes en las que los cuerpos de seguridad más letales son la vanguardia estatal para hacer frente al coronavirus: https://twitter.com/Keymer_Avila/status/1239759595083620352

controles y a la vigilancia. La docilidad aumenta en la medida que las evidencias médicas y científicas ratifican el peligro.

Ya no se trata de una ciudad ni de un país, es el mundo entero en el que se ha declarado la peste. Éste se transforma entonces -como nunca antes- en el "laboratorio de poder" perfecto para poner en práctica todos los dispositivos disciplinarios y de control, con tecnologías de punta ampliamente diseminadas, y que se hacen adictivas, los teléfonos celulares son solo un ejemplo. Donde no se goce suficientemente de estos recursos, las delaciones vecinales o comunitarias administradas por el gobierno de turno, o el simple uso de la fuerza, no faltarán. Es la más perfecta cristalización de la sociedad disciplinaria global, que se intensifica y extiende con la velocidad que le permiten las comunicaciones de nuestro mundo actual.

Así entonces, a pesar de convencernos que hemos avanzado mucho en conocimientos y como sociedad, terminamos todos reducidos a la pura vida biológica (*nuda vida*). El peligro de contagio exige la obediencia rápida del pueblo y otorga la autoridad máxima a los gobiernos. Se reducen de esta manera las posibilidades de organización desde abajo, así como revueltas o resistencias callejeras. La única solución es el confinamiento o "distancia social".

## El COVID-19 como dispositivo

El término dispositivo es decisivo en la obra de Foucault (Agamben, 2014), pudiera entenderse por éste "un conjunto absolutamente heterogéneo que implica discursos, instituciones, estructuras arquitectónicas, decisiones regulativas, leyes, medidas administrativas, enunciados científicos, proposiciones filosóficas, morales y filantrópicas, en resumen: los elementos del dispositivo pertenecen tanto a lo dicho como a lo no-dicho. El dispositivo es la red que se establece entre estos elementos". Es una especie "de formación que en un determinado momento histórico tuvo como función esencial responder a una urgencia", tiene "una función esencialmente estratégica". Es en síntesis: "un conjunto de estrategias, de relaciones de fuerza que condicionan ciertos tipos de saber y son condicionadas por ellas" (Foucault, 1977:128-130).

En este sentido, el COVID-19 viene a ser el dispositivo securitario y de control de estos tiempos. Resulta mucho más potente, eficiente, democrático, expansivo y global, que la lucha contra el terrorismo de comienzos de este siglo (post 11-S), y que la guerra contra el narcotráfico o la insurgencia del siglo pasado.

Ahora se trata de la salubridad y de la vida misma, este mal no tiene rostro, ideología, asentamientos, focos, ni conoce fronteras, y tiene el poder de convertir a cualquiera de nosotros en un sujeto peligroso del cual todos deben cuidarse. Este enemigo invisible no está afuera, está dentro de nosotros. Cuenta además con evidencias, y con todo un saber médico-científico que lo respalda y legitima, de esta manera el miedo queda justificado. El pánico es una base sólida para ceder todos nuestros derechos al viejo y desgastado Leviatán, para que nos proteja de este nuevo mal absoluto. En este marco, nuevamente –pero ahora a otra escala-, necesitará de poderes plenos para poder hacerle frente a esta amenaza. Tiempos excepcionales ameritan medidas excepcionales en todas las áreas, especialmente en lo normativo, lo tecnológico y lo securitario. Sin embargo, no perdamos de vista que: a menor capacidad sanitaria y científica, mayores serán las medidas policiales, militares y propagandísticas. No obstante, siempre se harán esfuerzos para que la primera se confunda con las segundas. Cuando la salud se convierte en un tema de seguridad nacional, se impregna todo de la lógica punitiva, militar y bélica.

Y así el estado de excepción (Agamben, 2005), donde los derechos quedan suspendidos, el toque de queda se impone y se hace legítimo, pública y evidentemente, a nivel global. No se oculta, se exhibe como sinónimo de buen gobierno, para transmitir que "se está haciendo algo". Con la excepcionalidad como regla se implementan otros modelos, nuevos mecanismos de poder se intensifican sobre la vida cotidiana de las personas. En nombre de la vida se refuerzan y se expanden todos los controles y poderes excepcionales, con la anuencia y plena colaboración de la ciudadanía.

Se ha logrado la unidad contra un enemigo común, omnipresente e invisible que nos amenaza a todos. El coronavirus se ha convertido en el máximo dispositivo biopolítico global. Una vez superada la pandemia en términos sanitarios, los mecanismos de control desplegados serán difíciles de revertir. Es

posible que permanezcan entre nosotros mucho más que el propio virus que le sirve de pretexto.

## II. DE CENTROS Y PERIFERIAS: DE LA BIOPOLÍTICA A LA NECROPOLÍTICA

El despliegue del coronavirus como dispositivo no se manifiesta igual en todo el mundo[4], los controles tecnológicos de China, EEUU o Europa contrastan con las respuestas estatales de países periféricos de África o Latinoamérica. En este sentido el "paradigma de la dependencia" de Prebisch (1981) mantiene su vigencia. Mientras que en los centros el confinamiento masivo va de la mano con los avances en la implementación de tecnologías para el control de la vida cotidiana[5], que serían complementados con los clásicos controles policiales y penales, en Latinoamérica los segundos son los que se extienden y cobran más fuerza.

### La "sopa" de violencia institucional latinoamericana que se adereza con COVID-19

Ya desde las últimas décadas del siglo pasado la criminología crítica latinoamericana denunciaba sus sistemas penales por su disparidad respecto a los discursos jurídico-penales y su realidad operativa; el descontrol del sistema, las patéticas condiciones de la vida carcelaria, la prisión preventiva como casi único castigo, la violencia policial normalizada, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, el terrorismo de Estado, y un largo etcétera, que denotan el predominio de un "sistema penal subterráneo" (Aniyar, 1987; Zaffaroni, 1998). Situación que la oleada de gobiernos "postneoliberales" en este nuevo siglo no lograron superar (Sozzo, 2016), por el contrario, han instrumentalizado esta situación en su propio beneficio.

Un indicador importante del estado actual de los sistemas penales latinoamericanos es el uso de la fuerza letal por parte de agentes estatales. **Aún**

4 Inicialmente la propagación y letalidad del COVID-19 tuvo como foco inicial China y luego al Norte global, lo que terminó definiendo la agenda mundial, la reacción es distinta cuando los brotes epidémicos impactan principalmente al Sur global (Basile, 2020).

5 En esta línea ver los debates que plantean Han (2020) y Harari (2020).

**están frescas las heridas por el asesinato de la activista** Marielle Franco en Brasil, en marzo de 2018, quien denunciaba la muerte de los jóvenes pobres a manos de las policías en su país. En estudios recientes los casos de Venezuela, El Salvador, México y Colombia también han encendido las alarmas (Silva *et al*., 2019)[6].

Esta violencia institucional sirve como instrumento para sostener la violencia estructural, que mantiene a muchos países de la región en condiciones de dependencia económica, política y cultural (Del Olmo, 1979; Baratta, 2004; Galtung, 1998). Administrada en ocasiones por gobernantes que ejercen el poder discrecional y arbitrariamente. Es precisamente en las periferias donde la biopolítica presenta su lado más mortífero.

## Biopolítica, necropolítica y estado de excepción[7]

Foucault cuando desarrolla su idea de *biopoder* como "tecnología de poder que tiene como objeto y objetivo la vida" (2001:230), es decir, un dominio político sobre la vida biológica de la población, no lo concibe como un ejercicio excluyente del poder de disciplina, ni del poder soberano de *hacer morir o dejar vivir*. Si bien éstos pueden separarse y contrastarse analíticamente, en la realidad convergen, se encubren, apoyan, articulan y complementan entre sí. La *biopolítica* no solo se trata de administrar la vida, también administra la muerte, no deja de lado este ejercicio de soberanía. Este *hacer morir* del biopoder no es excepcional, forma parte de la cotidianidad de nuestras sociedades.

Se trata entonces de un *hacer morir* al otro (la mala raza, el inferior, el degenerado, el anormal, el delincuente) para "hacer que la vida en general sea más sana y más pura". El objetivo es la supresión de enemigos, que se constituyen en "peligros, externos o internos, con respecto a la población y para la población. En otras palabras, la muerte, el imperativo de muerte, solo es admisible en el sistema de biopoder" (ibídem: 231).

6 La razón entre civiles y agentes públicos muertos alcanza valores alarmantes en El Salvador, donde mueren más de 100 civiles por cada agente fallecido. En Brasil, el valor es inferior, pero aún muy alto: 58 civiles por cada agente (ibíd.).

7 Para esta sección se hizo un uso libre de lo desarrollado anteriormente en: Ávila, 2018.

Foucault explica cómo a partir del siglo XIX el discurso biológico y evolucionista se hará uno con el discurso del poder e impregnará las relaciones de la colonización, las guerras, las "desviaciones" (delito, locura, enfermedad mental). En este marco el racismo como dispositivo tiene entre sus funciones jerarquizar, segregar, fragmentar grupos humanos, facilitará el ejercicio de matar a unos para procurar la vida de otros. Este racismo se desarrolla, "en primer lugar, con la colonización, es decir, con el genocidio colonizador" (ibíd.:232). Es esta dimensión mortífera de la biopolítica que desarrollará Mbembe (2011).

Finalmente, Foucault en su obra presenta varias paradojas, ya se ha hecho referencia a una de ellas, un biopoder que puede acabar con la vida misma. Señala, además, cómo el Estado de Derecho lleva inserto dentro de sí al Estado de Policía, que las democracias mantienen parentescos genéticos con los regímenes totalitarios, y en esta misma línea también contempla las contradicciones entre el discurso jurídico y las practicas reales que de él emanan.

Sobre esta última Agamben (2005) profundizará en sus reflexiones sobre el *estado de excepción* como dispositivo biopolítico de primer orden, que crea las condiciones jurídicas para que el poder disponga de los ciudadanos en tanto *nuda vida*. Cuando el estado de excepción "se convierte en la regla, entonces el sistema jurídico-político se transforma en una máquina letal" (Ibíd.:155). Es esta su tesis: el estado de excepción, como estructura política fundamental, ocupa cada vez más el primer plano de nuestro tiempo y tiende a convertirse en la regla, hasta presentarse como "el paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea" (Ibíd.:25) [8].

Mbembe siguiendo las ideas de Foucault y Agamben hace un análisis postcolonial, desde la periferia africana, donde las expresiones de poder soberano son menos encubiertas y limitadas, esta explicación puede ser aplicable también al resto de las periferias que fueron colonias, entre ellas la latinoamericana.

Para el filósofo camerunés "la expresión última de la soberanía reside ampliamente en el poder y la capacidad de decidir quién puede vivir y quién debe morir" (2011:19). La soberanía la define entonces como el derecho de matar.

8 El filósofo italiano en una serie de artículos breves -que iniciaron el 26 de febrero y continúan hasta la actualidad- ha corroborado nuevamente su tesis con las instrumentalizaciones estatales de la actual pandemia. Los ha publicado en su columna *Una voce*, de la página https://www.quodlibet.it/.

Esta expresión mortífera se hace común en sistemas que solo funcionan en estado de emergencia, urgencia, relación de enemistad, es decir: en *estado de excepción*. Es este el marco en el que desarrolla su idea de *necropolítica*, que no es más que la "sumisión de la vida al poder de la muerte (política de la muerte)" (Ibíd.:74).

Al igual que en los planteamientos foucaultianos, esta necropolítica no excluye lo disciplinario ni lo biopolítico, pueden combinarse y coincidir. El contexto contemporáneo de este análisis es de "gran desabastecimiento, desintitucionalización, violencia generalizada y desterritorialización" de la cual surgen formas de *gobierno privado indirecto* (Mbembe, 2011:79). Estos marcos de referencia son también aplicables para algunos Estados latinoamericanos.

Las ideas de Foucault, Agamben y Mbembe ofrecen un terreno teórico fértil para comprender las implicaciones securitarias de la pandemia en Latinoamérica, donde algunos de sus países viven en permanente estado de excepción, en estos casos el COVID-19 solo serviría de excusa para extender, profundizar y normalizar la excepcionalidad que le antecede. Sirva el caso venezolano como ejemplo.

## III. EL CASO VENEZOLANO: LA EXCEPCIONALIDAD PERMANENTE

Se puede afirmar que Venezuela es un país "excepcional", lleva años viviendo en estado de excepción. En su caso la "cuarentena" preexiste al COVID-19, la pandemia opera entonces como extensión y justificación de una gubernamentalidad que lleva tiempo en práctica.

### La excepción político-institucional[9]

Venezuela está inmersa en una crisis progresiva de diversas índoles: económica, política, social e institucional, que son anteriores a las sanciones del gobierno de los Estados Unidos (Lander, 2018), que solo han contribuido a su agudización. Poca claridad y cohesión en los liderazgos políticos, en especial a partir de la muerte del Presidente Chávez en el año 2013, que trajo como consecuencia una disminución de la hegemonía del partido de gobierno, cuya

9 Para las referencias detalladas de cada uno de los hechos que se mencionan en esta sección y en "La excepcionalidad de la vida cotidiana" ver: Ávila, 2019a.

expresión más evidente está en su derrota electoral en diciembre de 2015, en la que, después de 18 años, la oposición retomó el dominio del Poder Legislativo. Antes del triunfo electoral de la oposición, la Asamblea Nacional (AN) saliente -controlada por el Ejecutivo-, designó a nuevos Magistrados en el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) a través de un procedimiento que ha sido cuestionado tanto en su forma como en su fondo. Estos últimos dos eventos ocasionaron una serie de desconocimientos recíprocos entre el Ejecutivo y el Legislativo que han profundizado la crisis política e institucional del país.

Después de diversos conflictos intrapoderes, en marzo de 2017, el TSJ dicta las Sentencias 155 y 156, en las que se desconoce a la AN y le otorgan al Ejecutivo parte de sus competencias, decisiones que fueron repudiadas por diversos sectores del país. Toda esta situación generó una serie de protestas y manifestaciones entre abril y julio de 2017, en las que murieron unas 124 personas, en al menos el 21% de estos casos hay responsabilidad de las fuerzas de seguridad del Estado (Ávila y Gan, 2018). Posteriormente se impone una ilegítima e inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente (ANC), que no ha sido reconocida por grandes sectores, tanto nacionales como internacionales. Con la ANC se dio una especie de autogolpe con el que el gobierno se apropia sin límites de todas las instituciones del Estado, excepto de la AN. Posteriormente, la ANC es la que convoca y organiza –fuera de lapso- las cuestionadas elecciones presidenciales del 20 de mayo de 2018, en las que no hubo participación real de la oposición por carecer de garantías institucionales para ello (ilegalización de partidos políticos, opositores inhabilitados o presos, detenciones arbitrarias, entre otras)[10]. De esta manera la excepcionalidad de la ANC se extiende hasta nuestros días.

Del otro lado se encuentra una oposición elitista, clasista, conservadora, dependiente de los EEUU, que durante las últimas décadas ha sido funcional al gobierno, y ha contribuido torpemente a su empoderamiento progresivo. En 2002 promovió el golpe de Estado contra Chávez, al año siguiente lo hizo con el paro petrolero, y en 2005 no participó en las elecciones legislativas. Entre 1998 y 2005 podría hablarse de un gobierno asediado, que adoptó una lógica

10 Para ver de manera más detallada la respuesta de la oposición más visible durante 2019 y el primer semestre de 2020, que han sido funcionales para oxigenar al desacreditado gobierno venezolano, agudizando la crisis institucional y la excepcionalidad, consultar: Ávila, 2020b: 7-8.

de estado de excepción, prolongada incrementalmente hasta la actualidad. Así entonces, desde esa fecha, el gobierno ha tenido plenos poderes, mientras que la oposición ha sido prácticamente desmantelada, perseguida y mermada hasta su casi inexistencia.

## La excepcionalidad normativa

Tal como lo explica Agamben la norma tiene inserta dentro de sí su propia excepción, la segunda se fundamenta en la primera. Supuestamente se suspende el derecho para su protección. Y así pudiera interpretarse que está consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000), los estados de excepción se encuentran dentro del título "De la protección de esta Constitución".

Desde 2015 hasta la actualidad, se han dictado al menos 10 declaratorias de estado de excepción a nivel nacional, que principalmente han girado en torno al discurso de la "guerra económica"[11].

Así se llega al 13 de marzo de 2020 cuando se decretó el Estado de Alarma para atender la emergencia sanitaria del COVID-19, que no es más que la continuidad del estado de excepción existente de manera ininterrumpida en el país desde hace cuatro años[12]. Más allá de su inconstitucionalidad y de la evasión de los necesarios controles (político de la AN y judicial del TSJ), este es un acto de facto en el que el propio Presidente se da una autorización a sí mismo para tomar discrecionalmente cualquier medida que estime, entre ellas, la posibilidad de delegar este poder en funcionarios subalternos. Es de resaltar que las fuerzas de seguridad pueden "tomar todas las previsiones necesarias" para hacer cumplir este decreto (artículos 10, 26, 28, 29 y disposición final tercera), es decir, ejercer el poder de manera abierta, discrecional y arbitraria. La redacción de los artículos se ha mantenido intacta en las tres declaratorias posteriores, así como en sus respectivas prórrogas.

11 En palabras de Agamben: "la emergencia militar cede el puesto a la guerra económica, con una implícita asimilación entre guerra y economía" (2005:41). En Venezuela la excepcionalidad se incrementa con la anulación progresiva de las facultades del Poder Legislativo desde el año 2016 y la posterior imposición de la ANC desde agosto de 2017.

12 Para más detalles sobre la inconstitucionalidad de este último decreto y de los más recientes estados de excepción en Venezuela ver: Brewer (2020) y Sira (2020).

De esta manera, se crean las condiciones jurídico-formales que hacen de la excepción la regla en Venezuela. Si esto es así desde lo normativo, el plano de la realidad, de las relaciones que se generan a partir de esos mandatos, es de un descontrol institucional de la actividad del Poder Ejecutivo. Este descontrol cae en cascada sobre el aparato militar y policial que se constituyen, a su vez, en herramientas fundamentales de su sostenimiento. Ningún otro poder controla al Ejecutivo y éste no controla al aparato militar ni policial. Entre ellos solo existen relaciones de reciproca utilidad que gira en torno a intereses privados.

## La excepcionalidad de la vida cotidiana

En Venezuela durante los últimos años los derechos sociales también han retrocedido, con una escasez general de alimentos y medicinas, que tienen como correlato la aparición de enfermedades que se consideraban erradicadas tales como: malaria, difteria, sarampión, dengue, mal de Chagas, meningitis, tétanos y tuberculosis. Una inflación estimada en más de 1.000.000%, semejante a la Alemania de 1923 o al Zimbabue de la década del 2000 (Werner, 2018); durante los últimos 13 años la moneda ha perdido más de 100.000.000 de veces su valor. Entre 2014 y 2017 se pasó de un porcentaje de pobreza por ingreso de 48% a 87%, la pobreza extrema creció de 23,6% a 61% y los no pobres pasaron de 51,6% a 13% (España y Ponce, 2018). En el último informe anual del PNUD (2019) sobre el Índice de Desarrollo Humano (IDH), solo Siria y Libia, dos países con prolongadas guerras, han perdido más puestos en el IDH que Venezuela (ha retrocedido 25 puestos en este ranking mundial durante el período 2012-2018). El deterioro de los servicios públicos básicos como agua, electricidad, salud, transporte, gasolina e internet, es cada vez más grande. Aproximadamente el 13% de la población ha decidido emigrar, se estimaba que a finales de este año este porcentaje llegaría a un 20% (6,5 millones de personas) (ACNUR, 2019).

Así entonces, la infraestructura de servicios necesaria para satisfacer efectivamente los derechos sociales, especialmente el sistema de salud, ya se encuentra colapsada desde antes de la llegada del COVID-19. Entonces cabe preguntarse, ante la precariedad socioeconómica descrita ¿Cómo exigirle a una población que no vive de su salario, que tiene que ganarse el pan diariamente en la calle, que se quede en su casa por semanas o meses? Durante los dos primeros

meses de cuarentena ya se contaban más de 1.700 protestas exigiendo derechos sociales en todo el país. También se reportaron 44 saqueos en nueve estados (OVCS, 2020; OCHA, 2020).

## IV. EN VENEZUELA LOS CUERPOS DE SEGURIDAD MATAN MÁS QUE EL COVID-19

Entre los años 2010 y 2018 han fallecido a manos de las fuerzas de seguridad del Estado unas 23.688 personas. El 69% de estos casos ocurrió durante los últimos tres años. Llegando a una tasa que oscila entre las 16 y 19 pccmh fallecidas por estas causas, un registro superior a la tasa de homicidios de la mayoría de los países del mundo. En 2010 la tasa era de 2,3 y en 2018 llegó a 16,6, esto representa un incremento de un 622% (Ávila, 2019b).

El porcentaje que ocupan las muertes en manos de las fuerzas de seguridad dentro de los homicidios en Venezuela también es cada vez mayor: en 2010 era apenas de un 4%, ocho años después llega a 33%. **Es decir, actualmente uno de cada tres homicidios que ocurre en el país es consecuencia de la intervención de las fuerzas de seguridad del Estado[13].** Esto en un país cuya tasa de homicidios es ronda los 50 pccmh puede considerarse como una masacre: durante 2018 murieron diariamente 15 jóvenes venezolanos por estas causas (Ibíd.).

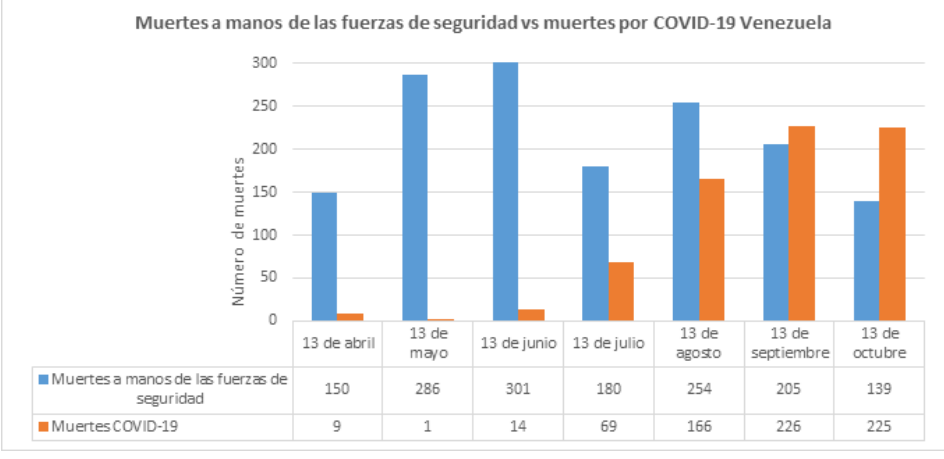
Para tener una idea de las dimensiones: en Brasil estos casos apenas ocupan el 7% de sus homicidios. Durante 2017, Venezuela tuvo más muertes por intervención de la fuerza pública que este país vecino, que tiene siete veces su población (Silva *et al.*, 2019).

Estos son algunos de los saldos que caracterizan al actual gobierno, que lejos de debilitarlo le fortalecen, porque opera con una lógica *necropolítica*: en la medida que se deterioran las condiciones materiales de vida, la vida misma parece también perder su valor. En ese proceso se ejercen mayores y más efectivos

13 Las estimaciones que el OVV hace para 2019 son superiores. En un análisis detallado de las cifras presentadas en el primer informe sobre Venezuela de la Alta Comisionada para los de Derechos Humanos de la ONU del año 2020, se puede concluir que el porcentaje que estas muertes representan dentro de los homicidios, entre enero y mayo del presente año, es de un 49%. Continuando la tendencia al aumento que este tipo de muertes ocupa dentro de los homicidios en el país.

controles sobre la población. Mientras más se le acusa de autoritario y dictatorial, como generador de terror, más se envilece, ese es su principal capital político. Su legitimidad no se encuentra en los votos ni en la voluntad popular, se encuentra en el ejercicio ilimitado del poder y de la fuerza, el miedo es una de sus principales herramientas. Con la pandemia esta excepcionalidad solo se extiende otorgándole más poder a quiénes ya controlan todo el aparato del Estado.

Durante los primeros siete meses de cuarentena -período en el que se espera que al reducirse la movilidad social se reduzca también la violencia callejera- murieron a manos de las fuerzas de seguridad del Estado más de 1.515 personas[14], 132 eran privados de libertad que huían de calabozos policiales que se encuentran en situaciones precarias. Son siete muertes diarias, que no escandalizan a nadie. En ese mismo lapso el COVID-19, según cifras oficiales, había acabado con la vida de 710 personas (Patria, 2020), es decir, tres personas cada día. Para los venezolanos las fuerzas de seguridad del Estado son dos veces más letales que la pandemia que azota al mundo[15].




| | 13 de abril | 13 de mayo | 13 de junio | 13 de julio | 13 de agosto | 13 de septiembre | 13 de octubre |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Muertes a manos de las fuerzas de seguridad | 150 | 286 | 301 | 180 | 254 | 205 | 139 |
| Muertes COVID-19 | 9 | 1 | 14 | 69 | 166 | 226 | 225 |

Elaboración propia[16]

16 La disminución que se observa de las muertes institucionales de septiembre y octubre pudieran ser los primeros efectos positivos del Informe de la Misión Internacional Independiente de determinación de hechos de la ONU sobre Venezuela, publicado el 15 de septiembre.

## COMENTARIOS FINALES

El COVID-19 funciona también como dispositivo para generar un *shock* en la sociedad (Klein, 2017; Basile, 2020). La pandemia genera múltiples funcionalidades para cualquier estado autoritario, es la excusa perfecta para el estado de excepción que se extiende a nivel global. El gobierno venezolano no escapa de esa lógica, por el contrario, la aprovecha de la mejor manera que puede. Este tipo de situaciones lejos de afectar a los regímenes autoritarios los fortalece, son un instrumento formidable para ampliar su poder y mermar los derechos de la ciudadanía. Así, por ejemplo, se acaba con reuniones, concentraciones, manifestaciones y cualquier forma de resistencia callejera. Toda la ciudadanía de manera voluntaria se confina en sus hogares, bajo pena de prisión o muerte.

Sobre el caso venezolano algunos sectores elogian las cifras oficiales sobre el control de la pandemia, pero no las contextualizan. No tienen en cuenta que el país lleva años aislado y que no es receptor de viajeros, sino expulsor de sus ciudadanos. Que la economía, la vida social y la movilidad interna también son mínimas. Finalmente, las cifras y el discurso oficial no son confiables, el subregistro de esta información en Venezuela se estima que oscila entre el 63% y el 95% (ACFMN, 2020: 16-17).

Habría que ir al corazón de esos estados autoritarios, conocer lo que piensan y padecen sus ciudadanos, más allá de consumir la propaganda oficial que le arrojan al mundo y que se consume acríticamente. Cuidado y la propaganda oficial de estos estados no termina siendo promovida también por los gobiernos democráticos para legitimar sus propias medidas autoritarias, y así instaurar sus estados de excepción como formas de gubernamentalidad permanente.

En términos globales, aparecen nuevos dispositivos, y mientras que los adultos mayores -considerados como no productivos por el capitalismo- son ofrecidos en sacrificio, los chivos expiatorios siguen siendo los tradicionales: migrantes (que en el caso venezolano serían los retornados), extranjeros, trabajadores informales y sectores precarizados que viven al día, que no pueden mantener la cuarentena. En los años ochenta cuando el VIH se posicionó en la agenda mundial también se le vinculó con determinados sectores que terminaron

siendo criminalizados (las cuatro "H": homosexuales, hemofílicos, heroinómanos y migrantes haitianos). Esto lejos de disminuir la enfermedad, contribuyó a su expansión. Entre otras razones, porque fueron excluidos de diversas formas, incluso de atención sanitaria y tratamiento. Por otra parte, los que no pertenecían a esos sectores consideraban que no entraban en riesgo y no se cuidaban. Del activismo con perspectiva de derechos humanos que giró en torno al VIH se pueden tomar importantes aprendizajes (ACSOL, 2010).

En fin, nuevos discursos legitimadores con viejos propósitos de orden y control, afloran las delicadas tensiones políticas entre libertad y seguridad, lo individual y lo colectivo, la propia supervivencia y la solidaridad, nacionalismo e internacionalismo. No se debe naturalizar lo que sucede ni entregarse dócilmente a esta nueva fase de expansión autoritaria y de reducción de derechos. Ante nuevas formas de dominación habrá también nuevas formas de resistencia. La libertad, igualdad, no discriminación, junto a la lucha por la redistribución de los recursos, la salud pública y nuestra relación con el ambiente son nuevamente los objetos de disputa. Estos parecen ser los retos ante esta pandemia totalitaria global, en la que ya no se distinguen claramente las diferencias ideológicas ni partidistas de los gobernantes de turno, porque finalmente coinciden en sus objetivos pragmáticos. Solo que algunos lo disimulan mejor que otros.

## REFERENCIAS

Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales (ACFMN) (2020) *Estado actual de la epidemia de la COVID-19 en Venezuela y sus posibles trayectorias bajo varios escenarios.* Documento de la Academia. Disponible en: https://bit.ly/3fxUNKQ

Acción Solidaria (ACSOL) (2010) *Informe sobre el Derecho a la No Discriminación por VIH en Venezuela.* Observatorio de Derechos Humanos en VIH y Sida.

ACNUR (2019) *La UE, OIM y ACNUR expresan su solidaridad con los refugiados y migrantes venezolanos.* Disponible en: https://bit.ly/3aHSSR4

Agamben, G. (2014) *Qué es un dispositivo. Seguido de El amigo y La Iglesia y el Reino*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora.

Agamben, G. (2005) *Estado de excepción. Homo sacer, II, I*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora.

Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2020) *Resultados de la investigación de las denuncias de posibles violaciones de los derechos humanos a la vida, la libertad y la integridad física y moral en la República Bolivariana de Venezuela*. Informe. Ginebra: Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos 44° periodo de sesiones, 15 de junio a 3 de julio de 2020.

Aniyar, L. (1987) *Criminología de la Liberación*. Maracaibo: Universidad del Zulia.

Asociación Latinoamericana de Medicina Social y Salud Colectiva (ALAMES) (2020) *ALAMES frente a la pandemia COVID-19.* Disponible en: https://bit.ly/3cTItU1

Ávila, K. (2020a) "El Coronavirus como dispositivo: de centros y periferias, de la biopolítica a la necropolítica" En: Rivera, I. (Coord.) *PANDEMIA. Derechos Humanos, Sistema Penal y Control Social (en tiempos de coronavirus).* Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 371-389.

Ávila, K. (2020b) ¿Qué es más mortal en Venezuela: sus fuerzas de seguridad o el COVID-19? Inquietudes *securitarias en tiempos de pandemia*. Caracas: Friedrich Ebert Stiftung. Disponible en: https://bit.ly/3miyD2P

Ávila, K. (2020c) "Dan más balas de las que reciben: Uso de la fuerza letal en la Venezuela post-Chávez". *Crítica Penal y Poder*, N°20, España: Universitat de Barcelona.

Ávila, K. (2019a) *Venezuela: la guerra no solo es de minitecas.* Nueva Sociedad. Disponible en: https://nuso.org/articulo/Venezuela-Maduro-Guaido/

Ávila, K. (2019b) *Una masacre por goteo: Venezuela y la violencia institucional.* Nueva Sociedad. Disponible en: https://bit.ly/2S9zKFq

Ávila, K. (2019c) *Uso de la fuerza y derecho a la vida en Venezuela*. Caracas: PROVEA. Disponible en: https://bit.ly/37AmGiM

Ávila, K. (2018) "Estado de excepción y necropolítica como marco de los operativos policiales en Venezuela". En *Revista Crítica Penal y Poder*,

N°15, 2018, pp. 180-214. España: Universitat de Barcelona. Disponible en: https://bit.ly/2yQTNBK

Ávila, K. y Gan, N. (2018) "Balance de muertes violentas ocurridas en el contexto de la conflictividad política en Venezuela durante abril-julio de 2017". *Anuari del Conflicte Social* 2017, N° 7, mayo de 2018.

Baratta, A. (2004) «Derechos humanos: entre la violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos», en: *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, p. 299-333.

Basile, G. (2020) *Coronavirus en América Latina y Caribe: entre la terapia del shock de la enfermelogía* pública y la respuesta de la salud colectiva/salud internacional Sur *Sur.* En IV Dossier de Salud Internacional Sur Sur. Ediciones GT Salud Internacional CLACSO.

Brewer, A. (2020) *El decreto del estado de alarma con ocasión de la pandemia del coronavirus: inconstitucional, mal concebido, mal redactado y bien inefectivo*. Disponible en: https://bit.ly/2xeGomw

Del Olmo, R. (1979) "Limitaciones para la prevención de la violencia: la realidad latinoamericana y la teoría criminológica". En *Ruptura Criminológica.* Caracas: UCV; Ediciones de la Biblioteca.

España, P. y Ponce, M. (2018) *Encuesta sobre Condiciones de Vida en Venezuela*. IIES/UCAB.

Foucault, M. (2001) *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*. Argentina: Fondo de Cultura Económica.

Foucault, M. (1977) "El juego de Michel Foucault", en *Saber y verdad.* Madrid: Ediciones La piqueta, 1991.

Foucault, M. (1975) *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión.* México: Siglo XXI, 2005.

Galtung, J. (1998) *Tras la violencia, 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución Afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia*. Bilbao: Gernika Gogoratuz.

Han, B. (2020) *La emergencia viral y el mundo de mañana*. El País. Disponible en: https://bit.ly/3azDwyc

Harari, N. (2020) *El mundo después del coronavirus.* La Vanguardia. Disponible en: https://bit.ly/2zzmnb5

Institute for Health Metrics and Evaluation (IHME) (2020) *COVID-19 Projections.* Disponible en: https://covid19.healthdata.org/global?view=total-deaths&tab=trend

Johns Hopkins University (JHU) & Medicine Coronavirus Resource Center (2020) *COVID-19 Dashboard*. Disponible en: https://coronavirus.jhu.edu/map.html

Klein, N. (2017) *La Doctrina del Shock: el auge del capitalismo del desastre.* Buenos Aires: Paidós Editorial.

Lander, E. (2018) "Venezuela: el fracaso del proceso bolivariano". En: Correa, J., Uemura, J. y Siqueira, F. (editores) *El eclipse del progresismo. La izquierda latinoamericana e debate*. Sao Paulo: Colectivo 660 y Editora Elefante.

Mbembe, A. (2011) *Necropolítica seguido de Sobre el gobierno privado indirecto.* España: Editorial Melusina.

Oficina de las Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA) (2020) *Venezuela: COVID-19. Flash Update N° 3. 23 de abril de 2020.*

Observatorio Venezolano de Violencia (OVV) (2019) *Informe Anual de Violencia 2019.* Disponible en: https://bit.ly/358LeOx

Observatorio Venezolano de Conflictividad Social (OVCS) (2020) *Informes de conflictividad social en Venezuela, Abril y Mayo 2020*. Disponibles en: http://www.observatoriodeconflictos.org.ve/

OMS (2020) *Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19)*. Disponible en: https://bit.ly/320V7hH

Patria Blog (2020) *COVID-19 Estadísticas Venezuela.* Disponible en: https://covid19.patria.org.ve/estadisticas-venezuela/

Prebisch, R. (1981) *Capitalismo Periférico. Crisis y transformación.* México: Fondo de Cultura Económica.

Programa Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) (2019) *Informe sobre Desarrollo Humano 2019.* Disponible en: https://bit.ly/2yM3RMl

República Bolivariana de Venezuela (2020) *Decreto mediante el cual se declara el estado de alarma para atender la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19)*. G.O.E. Nº 6.519 del 13 de marzo de 2020.

República Bolivariana de Venezuela (2000) *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. G.O.E. Nº 5.453 del 24 de marzo de 2000.

Silva, C., Pérez, C., Cano, I. y Ávila, K. (2019) "Análisis comparativo regional. Monitor Uso de la Fuerza Letal en América Latina" En: *Monitor del uso de la Fuerza Letal en América Latina: un estudio comparativo de Brasil, Colombia, El Salvador, México y Venezuela*. México: CIDE. Disponible en: https://bit.ly/2xauU3i

Sira, G. (2020) *Venezuela y el estado de alarma por el COVID-19.* Disponible en: https://cidep.com.ve/files/reportes/reportecidep-covid.pdf

Sozzo, M. (2016) "Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur. A modo de introducción". En: *Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur.* Buenos Aires: CLACSO.

Werner, A. (2018) *Perspectivas para las Américas: Una recuperación más difícil*. Diálogo a Fondo. El blog del FMI sobre temas económicos de América Latina. Disponible en: https://blog-dialogoafondo.imf.org/?p=9669

World Economic Forum (WEF) (2020*) Muertes globales: Así es como COVID-19 se compara con otras enfermedades*. Disponible en: https://bit.ly/2HzJkz5

Zaffaroni, E. (1998) *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática Jurídico-Penal*. Argentina: EDIAR.