



V JORNADAS LATINOAMERICANAS
EN DERECHO PENAL, CRIMINOLOGÍA
Y CIENCIAS AFINES 2023

Homenaje Póstumo al Doctor
Roberto Delgado Salazar



V Jornadas Latinoamericanas en Derecho Penal, Criminología y Ciencias afines
Homenaje póstumo al Doctor Roberto Delgado Salazar
Magaly Vásquez González (coordinador)

Diseño y producción: Multijurídica / abediciones
Diagramación: Isabel Valdivieso
Diseño de portada: Isabel Valdivieso
Corrección: Marialejandra Díaz

© Universidad Católica Andrés Bello / Multijurídica
Primera edición 2023

Hecho el Depósito de Ley
Publicaciones UCAB
Depósito Legal: DC2023000169
ISBN: 978-980-439-098-2

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.



PALABRAS DE LA COORDINADORA

Magaly Vásquez González	4
-------------------------------	---

A MODO DE PRESENTACIÓN

Alberto Arteaga Sánchez	6
-------------------------------	---

PONENCIAS

SISTEMA PENAL DE RESPONSABILIDAD DEL ADOLESCENTE.....	10
---	----

La especialidad en el derecho penal de adolescentes

María G. Morais de Ramírez	11
----------------------------------	----

La fase de investigación en el sistema penal de responsabilidad del adolescente

Nelly del Valle Mata	23
----------------------------	----

Proceso penal de adolescentes: entre la informalidad de la coacción y la condena sumaria

Luis Gerardo Gabaldón	39
-----------------------------	----

DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL.....	54
---	----

Aspectos fundamentales del “Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Contra la Corrupción”

Yván José Figueroa Ortega	55
---------------------------------	----

Inimputabilidad y proceso penal

Magaly Vásquez González.....	71
------------------------------	----

El acto de imputación fiscal y su diferencia con la audiencia de imputación

Renée Moros Troccoli.....	92
---------------------------	----

El hombre detrás de la toga. El rol del juez en la definición y resolución del conflicto en el proceso penal

Roberto José Delgado I.	102
------------------------------	-----

CIENCIAS AFINES.....	121
----------------------	-----

Posverdad. Impacto en la investigación criminal y la administración de justicia

Fermín Mármol García.....	122
---------------------------	-----

Consentimiento informado y mala praxis

Carlos Simón Bello Rengifo.....	131
---------------------------------	-----

La utilidad de la criminalística en el proceso penal. Una causa en la cual resaltó su importancia

Jorge L. Rosell Senhenn	151
-------------------------------	-----

Homicidio/suicidio: un análisis desde la perspectiva de la psicología forense

Víctor Hugo Méndez Tovar	167
--------------------------------	-----

La autopsia médico-legal en los casos de femicidio
 171 |

Antonieta De Dominicis Minervini	171
--	-----

Palabras de la coordinadora



4

MAGALY VÁSQUEZ GONZÁLEZ

Directora Académica de Grupo Multijurídica

Es para mí un gran honor coordinar una obra que recoge la mayor parte de las ponencias presentadas en el marco de las *V Jornadas Latinoamericanas en Derecho Penal, Criminología y Ciencias Afines*, organizadas por el Grupo Multijurídica y en las que se rinde homenaje póstumo al profesor Roberto Delgado Salazar. En esta obra, exalumnos, compañeros docentes y amigos, rinden tributo a un excepcional venezolano.

Al profesor Delgado me unió un especial cariño, tuve la fortuna de ser su alumna en un Seminario que, sobre “Sistemas de beneficios en el proceso penal”, impartió en la Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). A partir de allí iniciamos una cercana relación que dio lugar a que propusiera mi nombre para intervenir en algunos foros relacionados con el diseño del nuevo proceso penal venezolano y en cuyo proyecto el profesor Roberto sabía que participaba; posteriormente, desde su condición de magistrado del Consejo de la Judicatura, tuvo la deferencia de incorporar mi nombre en la lista de suplentes de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas.

Durante mi gestión como Directora de la Escuela de Derecho (Caracas) de la UCAB, se incorporó como profesor de Prácticas de Derecho Penal. En esas responsabilidades, que siempre ejerció con la mayor rectitud y compromiso, se mantuvo durante 20 años hasta su jubilación en 2017, permaneciendo luego como docente en los estudios de postgrado de la misma Universidad, rol en que se destacó por su permanente disposición a colaborar como asesor y evaluador de un altísimo número de trabajos especiales de grado, caracterizándose por ser un estricto cumplidor de los lapsos reglamentarios para la realización de estas tareas.

En el año 2005 me distinguió con el honor de pedirme escribiera el prólogo de su libro “*La prueba penal anticipada*”, una de las obras del área en que dejó un importantísimo legado: el derecho probatorio.

A través de su hijo, Roberto José, quien brillantemente ha seguido los pasos de su padre en la docencia, en la judicatura y como destacado profesional del Derecho, se acentuó mi cercanía al profesor Roberto Delgado, pues he tenido el placer y honor de ser su profesora en sus estudios de especialización y doctorado. Su padre, tuvo y tiene motivos de sobra para estar orgulloso de él.

Fueron muchos los viajes junto al profesor Delgado por todo el país para asistir a jornadas y conversatorios sobre el sistema procesal penal implantado por el Código Orgánico Procesal Penal, de ellos recuerdo que su emoción al desarrollar el tema asignado, generalmente llevaba a los organizadores a pedirle que “no se encadenara”.

En la UCAB fue un permanente colaborador con las Jornadas de Derecho Procesal Penal promovidas desde la Facultad de Derecho y de lo cual dejó testimonio a través de varias publicaciones que recogen los temas tratados. A partir de 2020, se incorporó al grupo de articulistas de la revista digital *Multijurídica al Día*, espacio desde el cual fomentó el debate académico, como puede recordarse del contenido de sus artículos “*La experticia como prueba anticipada*” (6ª edición), “*El traslado o ‘metamorfosis’ de pruebas en el proceso penal venezolano*” (10ª edición) o, su último artículo en esta plataforma, publicado en noviembre 2021, que denominó “*Amparo a la libertad. 3 casos*” (15ª edición) y en el que, a propósito de la entonces nueva Ley Orgánica de Amparo sobre la Libertad y Seguridad Personal, analizó tres casos en lo que expidió mandamientos de hábeas corpus cuando se desempeñaba como Juez en el Estado Bolívar, dos de ellos actuando como Juez de Primera Instancia en lo Penal y uno como Juez Superior en lo Penal.

Años después de haber sido mi profesor, nuevamente fui evaluada por el homenajeado en esta obra, en esa oportunidad (enero 2021) al coordinar el Jurado integrado además por los doctores Alberto Arteaga Sánchez y Jorge Rosell, evaluador de mi trabajo de ascenso intitulado “¿Evolución o involución del Derecho Procesal Penal venezolano? Especial referencia a las reformas al COPP”, respecto del cual tuvo hermosas palabras de elogio y cuya aprobación generosamente difundió entre diversos grupos de colegas abogados.

Lamentablemente el 7 de febrero de 2022 su corazón dejó de latir y la muerte nos arrebató a un maestro y amigo que aún tenía mucho que aportar a la academia y al mundo universitario. Siempre he sostenido que los homenajes se deben rendir mientras el receptor del mismo puede disfrutarlo. Lamentablemente en este caso la partida de mi estimado profesor Roberto Delgado Salazar a la casa del señor hace un año, no permitió que se pudiera lograr ese cometido; sin embargo como solo muere aquél a quien se olvida, su importante legado, sin lugar a dudas, hará que se mantenga entre nosotros, contribuyendo, como lo hizo cuando físicamente nos acompañaba, con la formación y actualización de estudiantes y profesionales del Derecho.

Caracas, marzo 2023.



ALBERTO ARTEAGA SÁNCHEZ

He aceptado con gran satisfacción, con múltiples motivaciones personales y como oportunidad para rendir un homenaje al quehacer penal en Venezuela, a la justicia y a los hombres y mujeres que luchan por la más hermosa de las disciplinas jurídicas, garante de la libertad ciudadana, el encargo de unas palabras de presentación de las V Jornadas Latinoamericanas en Derecho Penal, Criminología y Ciencias Afines, promovido por el Grupo Multijurídica, en homenaje póstumo a Roberto Delgado Salazar, quien no fue simplemente un docente, investigador, juez y penalista, fallecido en plena actividad, el 7 de febrero de 2022, sino un ejemplar venezolano con una obra notable en derecho procesal penal y un testimonio de vida que no solo merece ser recordado en un acto formal, sino presentado con orgullo a las nuevas generaciones que luchan por una sociedad en la que impere la justicia y se encarne en el día a día y no en textos que simplemente pueden resultar doblegados por decisiones “vinculantes” del Tribunal Supremo de Justicia o prácticas deleznable de gestoría que se han consustanciado con el ejercicio de la profesión del abogado.

Roberto Delgado Salazar fue, sencillamente, un hombre justo que sirvió al derecho penal con la sensibilidad de un poeta, con la sencillez de un maestro, abierto siempre al debate y con una obra en la que plasmó sus conocimientos, producto del estudio y de su visión humanista del derecho penal.

Conocí a Roberto, desde su época de estudiante, en los pasillos, en las aulas y en la intensa actividad de la Universidad Central de Venezuela, con pasión por el derecho, pero consciente de su responsabilidad como luchador social, alineado con las causas en las que depositaba confianza, convencido de que no podía permanecer encerrado en un aula o apremiado por los afanes de la vida estudiantil, sino identificado con las aspiraciones e ideales de un cambio profundo de nuestra realidad, para responder a valores trascendentales que constituyeron la base de su formación lasallista y salesiana. De allí su conciencia y llamado a contribuir con la renovación y la corriente de transformación de las estructuras sociales, pero, a la vez, su iniciación en la investigación en el Instituto de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela y luego, su dilatada carrera como Juez Penal en Puerto Ordaz, avizorando nuevos horizontes que no estaban encerrados en el formalismo del texto escrito, en una mera interpretación exegética, sino en caminos de la búsqueda de la verdadera voluntad de nuestra ley, insertada en la vida real que aflora en cada caso penal, para ofrecer soluciones justas, en el marco de la legalidad y los principios garantistas de un derecho penal, con raíces profundas e inmovibles en los valores y en el respeto a la dignidad del ser humano, protagonista del conflicto y la tragedia que palpita y se vive al calor del proceso penal.

Roberto sufrió en carne propia la persecución y la injusticia, pero ello no le hizo perder la fe en el derecho y, con sus virtudes y calidad de ser humano, pudo lograr y dejar constancia en sus decisiones como juez, en sus defensas como abogado y en sus exposiciones como doctrinario, profesor de la Universidad Católica Andrés Bello y de la Universidad Central de Venezuela, la posibilidad de armonizar lo que se predica con lo que se lleva a cabo en el transcurso de la vida, cuyo signo, como dice su querido hijo Roberto Delgado Idrogo, fue el del “hombre detrás de su toga”, siendo esta, símbolo de la justicia, pero indiscutiblemente unida a la rectitud y honradez de quien la vistió, de lo cual damos fe quienes fuimos sus profesores, amigos y alumnos, ejemplo para las nuevas generaciones de abogados, que no olvidarán al maestro que tuvo tiempo para escribir sus memorias y dejar constancia de sus vínculos de amistad desde la época de estudiante, de sus vivencias como juez y de sus criterios bien fundados, originales, creativos, razonados y siempre abiertos a quienes pudieran sostener otras posiciones u otras concepciones del mundo y de la vida.

Tuvimos amigos comunes, como su vecino, después profesor y juez penal, Omar Arenas Cándelo, quien fue mi compañero de promoción y concurso de oposición en la Universidad Central de Venezuela y, en la última etapa de su vida, en plenitud de actividad, producción jurídica y ejercicio profesional signado por la dignidad y la defensa de los derechos humanos, Juan Carlos Gutiérrez, con quien compartía responsabilidades de verdadero abogado penalista.

Por supuesto, el contenido de esta publicación responde al reto del homenaje que ha querido rendirse a un penalista venezolano cuyos trazos he delineado antes.

Los trabajos de Maria Gracia Moráis, Nelly Mata, Luís Gerardo Gabaldón, Magaly Vásquez González, Renée Moros, Roberto Delgado I., Carlos Simón Bello, Jorge Rosell y Víctor Méndez, constituyen valiosos aportes a la divulgación de temas de indiscutible actualidad en materia del derecho penal del adolescente, criminología crítica, derecho procesal penal, bioética, criminalística y psicología forense.

Estos destacados autores, sin duda, son maestros de la ciencia penal venezolana, esperanza de un futuro prometedor que no puede perder de vista los ideales de la justicia penal, hoy marginada y en estado de postración, pero siempre impulsada por el pensamiento creativo y por la incesante actividad de verdaderos propulsores e incansables promotores de la difusión de las ideas penales en Venezuela como lo lleva a cabo, en encomiable labor, el Grupo Multijurídica, bajo la experta y destacada dirección académica de la profesora Magaly Vásquez, con el apoyo de quien es motor de la organización y animador de estas jornadas, Carlos Villarroel, contando también con el empuje y prestigio de su director general, José Luis Vegas. Estos verdaderos penalistas, sin duda, son el vivo ejemplo de la fuerza de una nueva generación de profesionales que han dado vida a una organización que renueva, día a día, los esfuerzos del pasado y del presente de nuestras universidades públicas y privadas, así como de sus Institutos y Centros de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas; y del impulso de Cátedras y Jornadas, como las Domínguez Escovar, en Lara, Cátedra Jorge Rosell, Cátedra libre de Bioética Augusto León y otras iniciativas, como las de los Colegios de Abogados de todos los estados, en pro de mantener viva la preocupación por los problemas que guardan relación con nues-

tras disciplinas, a través de cursos de especialización, diplomados, seminarios o ciclos de conferencias sobre temas de actualidad o para fines de actualización de abogados, jueces, fiscales y estudiantes.

Queda así, en manos del lector, un libro que encierra las reflexiones de la ciencia penal, en homenaje a quien con su trayectoria y obra supo poner la ley a la altura de los sentimientos de un hombre de bien.

Caracas, marzo de 2023





V JORNADAS LATINOAMERICANAS EN DERECHO PENAL,
CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS AFINES 2023
Homenaje Póstumo al Doctor Roberto Delgado Salazar

9

PONENCIAS



V JORNADAS LATINOAMERICANAS EN DERECHO PENAL,
CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS AFINES 2023
Homenaje Póstumo al Doctor Roberto Delgado Salazar

10

SISTEMA PENAL DE RESPONSABILIDAD DEL ADOLESCENTE

María Gracia Morais

Nelly Mata

Luis Gerardo Gabaldón



La especialidad en el derecho penal de adolescentes



11

MARÍA G. MORAIS DE RAMÍREZ¹

I. Antecedentes - Origen

La doctrina, la legislación y jurisprudencia relacionadas con adolescentes en conflicto con la ley penal² ha tenido un visible y contundente desarrollo, lo cual permite hablar de un Derecho Penal de Adolescentes, si no autónomo, visto que es necesario remitirse a los Códigos y Leyes Penales ordinarias para tipificar los delitos por ello cometidos, por lo menos específico.

Todo empezó el 20 de noviembre de 1989, con la aprobación unánime, en la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la Convención Sobre los Derechos del Niño (CDN)³ que dio forma a la denominada Doctrina de la Protección Integral la cual, afortunadamente, sustituye la Doctrina de la Situación Irregular, vigente en las leyes y prácticas desde la aprobación de la Ley Agote en Argentina, en 1919.

Para dicha Doctrina, también conocida como Modelo Tutelar, las niñas, niños y adolescentes (NNA) entonces llamados “menores”⁴ no eran sujetos de derechos, sino objeto de protección y tutela por parte del Estado, representado por el Juez(a) de Menores, figura protagónica del Modelo.

Una de las características de la Doctrina de la Situación Irregular o Modelo Tutelar es la negación explícita y sistemática de los principios básicos del Derecho. La naturaleza tutelar y protectora atribuida a la acción del Estado condujo a considerar innecesario que en los procedimientos judiciales y administrativos, donde se encontraran involucrados los “menores” se observasen las garantías elementales concedidas a todos los sujetos. Es así como, si éstos cometían delitos eran juzgados sin la menor garantía. De esa manera, lo explican los

1 Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas y en Derecho de la Infancia y Adolescencia. Profesora e investigadora titular jubilada de la Universidad Católica Andrés Bello. Consultora nacional e internacional en materia de niñas, niños y adolescentes.

2 Se considera adolescente en conflicto con la ley penal aquella persona que ha realizado una conducta tipificada como delito; ha sido imputada por esa conducta; se ha sometido al debido proceso; se ha declarado responsable y sancionado con una medida socio-educativa, en consecuencia.

3 La Convención sobre Derechos del Niño significó un hito en el tratamiento doctrinario, jurídico y fáctico en todo lo relacionado con la niñez y adolescencia, transformando sus necesidades en derechos exigibles.

4 El Derecho Civil usa el término menor para referirse a los seres humanos cuya edad es inferior a la establecida en las leyes, para realizar actos de vida civil, a los que se accede con la mayoría de edad. Pero ese no era precisamente el sentido que le daba la Doctrina de la Situación Irregular, para la cual el término se asimilaba a incapaz, a pobre y a delincuente. Según el Instituto Latinoamericano del Niño, estaban en situación irregular los menores que no recibían educación y cuidados que correspondían a sus individualidades.

maestros Buiaz (2011), García Méndez (1996) y Simons (2008) quienes señalan las otras características de la mencionada doctrina, que en lo relacionado a los entonces considerados “menores infractores” planteaba que éstos no practicaban delitos sino hechos antisociales, que se intervenían de un modo que oscilaba entre la represión y la compasión, buscando no responsabilizarlos, sino “proteger” y educar (lo que muchas veces conducía a la impunidad). Y no importaba el hecho cometido, sino las condiciones personales y del entorno del “infractor”, lo cual coincide con la idea central de lo que se conoce como Derecho Penal de Autor.

La entonces denominada “Justicia Correccional de Menores” tenía como **presupuesto para la intervención** la “desviación” o el “acto anti-social”, abarcando y cobijando bajo el mismo paraguas los hechos delictivos cometidos por los “menores”, los problemas conductuales no delictivos e incluso situaciones de desprotección de la infancia, es decir el abandono, carencias materiales, etc. (BUAIZ, 2011). A eso se añadía, como presupuesto para la intervención el concepto de “peligrosidad”, derivada de los rasgos biopsicosociales del “menor”, de su personalidad y del medio donde se desenvolvía y no precisamente de la comisión de un delito. Todo lo dicho, agravado por el poder omnímodo y discrecional del todopoderoso Juez(a) de Menores, generaba la violación de los Principios de la Legalidad y del Debido Proceso, ocasionando, asimismo, impunidad e injusticia, pues el menor que cometiese un delito doloso y grave, pero tuviese entorno familiar estructurado y asistiese a la escuela podría quedar impune y ser entregado a la responsabilidad de sus padres, mientras que el menor desprotegido y de clase social desfavorecida por haber cometido delito de bagatela o hecho antisocial podía quedar institucionalizado por años, por ser considerado en situación de peligro (BUAIZ, ibídem).

La **Respuesta Jurídica** concedida por la Justicia Correccional de Menores al “menor infractor” consistía en medidas sancionatorias indeterminadas en el tiempo, individualizadas de acuerdo a sus circunstancias personales y no al acto cometido. Dichas medidas eran preferentemente de internación -privación de libertad- utilizadas como control social de los menores, aunque declarativamente persiguieran superar las causas de la desviación. A todas luces, dicha respuesta jurídica negaba los Principios de Culpabilidad, Proporcionalidad y Excepcionalidad de la privación de libertad.

La Convención Sobre los Derechos del Niño, de la cual se desprende la Doctrina de la Protección Integral⁵ opera un cambio radical en todo lo anteriormente expresado, sustituyendo la Justicia Correccional de Menores por la Justicia Penal de Adolescentes, que funciona obedeciendo el criterio de “severidad con justicia”. Según la Doctrina de la Protección Integral o Paradigma de los Derechos Humanos de Niñas, Niños y Adolescentes:

- La persona adolescente tiene responsabilidad penal (atenuada) y no social;
- Su responsabilidad se desprende de la comisión de un hecho punible definido en la ley penal;
- Es juzgada dentro de un proceso especializado con garantías procesales y de ejecución;

5 Por Doctrina de la Protección Integral se entiende “el conjunto de instrumentos jurídicos internacionales, que modificaron la consideración jurídica de la infancia y adolescencia, convirtiéndola en sujetos plenos de derechos, en superación al tratamiento previo como objeto de protección” (García Méndez, 1996).

- Es sancionada con medidas socio-educativas proporcionales a la gravedad del hecho y culpabilidad del autor;
- La privación de libertad es utilizada como último recurso.

Entiéndase que desaparece el antiguo determinismo según el cual “menor” abandonado, pobre, carente estaba destinado a ser delincuente; ya no se sanciona por actos antisociales, sino por la comisión de delitos; se cambia el Derecho Penal de Autor por el Derecho Penal de Acto; se reconoce a favor del adolescente todas las garantías procesales y de Ejecución; la sanción privativa de libertad deja de ser la regla y pasa a ser la excepción; el Juez(a) trasciende a la condición de protector y asume la condición de Juez(a) técnico, que ya no ejerce funciones asistenciales sino jurisdiccionales, al tiempo que pierde facultades omnímodas, para tener su actuación limitada por las garantías reconocidas a favor del adolescente.

La Justicia Penal Juvenil se sostiene en estándares internacionales (directrices, modelos, guías contenidas en la doctrina de la protección de derechos humanos de NNA) que a su vez se desprende de un conjunto de instrumentos jurídicos, encabezados por la CDN, a saber:

- Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989.
- Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) adoptadas por la Asamblea General en Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Ryad) adoptadas por la Asamblea General en Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana), adoptadas por la Asamblea General en Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.
- Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de Medidas No Privativas de Libertad (Reglas de Tokio) adoptadas por la Asamblea General en Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990.
- Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de Libertad (Reglas de Bangkok) adoptadas por la Asamblea General en Resolución 35/222 del 21 de diciembre de 2010.

Tratándose de la Convención Sobre los Derechos del Niño, sus artículos 37 y 40 constituyen estándares mínimos, en lo sustantivo y procesal, que los Estados deben atender, al construir sus respectivos sistemas de responsabilidad para adolescentes, y que son:



- Especialidad en el tratamiento de quienes se alegue que han infringido las leyes penales; previsión por parte del Estado, de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para ellos (artículo 40.3);
- Establecimiento de una edad mínima antes de la cual los niños no tienen capacidad para infringir leyes penales (artículo 40.3.a);
- Prohibición a sometimiento a torturas y a otros tratos o penas inhumanas o degradantes (artículo 37.a);
- Trato humano y respetuoso de la dignidad inherente a la persona humana (artículo 34.c);
- Sujeción al principio de la legalidad del delito (artículo 40.2.a);
- Garantías de: presunción de inocencia; información sin demora y directa de los cargos; asistencia jurídica; inviolabilidad de la defensa; a no ser obligado a prestar testimonio o declararse culpable; asistencia gratuita de un intérprete, si no habla el idioma utilizado; respeto de la vida privada en todas las fases del procedimiento (artículo 40.b. I al VII);
- Garantía jurisdiccional: la causa será dirimida sin demora por autoridad u órgano judicial competente (artículo 40.a. III);
- Derecho a la impugnación: si se considerare que el adolescente ha infringido las leyes penales, esta decisión y toda medida impuesta en consecuencia serán sometidas a una autoridad u órgano superior competente, independiente e imparcial (artículo 40.b. V). Se impugnará también la legalidad de la privación de libertad (artículo 37.d);
- Adopción de medidas que permitan el tratamiento desjudicializado de los asuntos penales de los adolescentes, es decir la búsqueda de salidas alternativas durante el proceso, en el entendido de que se respetarán las garantías legales y sus derechos humanos (artículo 40.3.b);
- Prohibición de prisiones arbitrarias (artículo 37.b);
- Excepcionalidad de la privación de libertad (artículo 37.b);
- Privación de libertad separada de los adultos (artículo 37.c); y
- Adopción de medidas alternativas a la privación de libertad (artículo 40.4).

La adopción de las disposiciones internacionales permite concebir un Derecho Penal específico para Adolescentes que se rige, antes que nada, por el **Principio de la Especialidad**, visto que los adolescentes que

cometen delitos requieren una respuesta penal propia para ellos, diferente de la que se da a los adultos. La **Especialidad** se desprende del artículo 40.3 de la CDN que expresa;

“Los Estados Partes tomaran todas las medidas apropiadas para el establecimiento de leyes, procedimientos específicos para niños a quienes se alegue que han infringido las leyes penales”.

La existencia de leyes, instituciones penales específicas, procedimientos propios e instituciones especializadas, permite hablar no solo de un Derecho Penal sino de un Derecho Procesal Penal especializado para adolescentes en conflicto con la ley.

Obsérvese que el transcrito artículo 4º expresa que se requiere de “instituciones específicas”, es decir obliga a la especialización de la Justicia Penal para Adolescentes. En efecto, la Justicia Juvenil debe ser especializada, tal como se recomienda en el artículo 52 de las Directrices del Ryad; exige el artículo 40.3 de la CDN y se amplía en los párrafos 116 al 123 de la Observación N° 24 del Comité de los Derechos del Niño, Sobre los Derechos del Niño en la Justicia Juvenil. La especialización debe abarcar a todo el personal que interviene en la administración de justicia: policía, jueces, fiscales, defensores, personal de salud y educativo, equipos técnicos (psicólogos, abogados, trabajadores sociales), que actúan en la ejecución de las sanciones, tanto las privativas como no privativas de libertad, y cualquier otro personal.

La especialización de las instituciones sólo se completa cuando atiende a dos aspectos, por un lado, la especialidad en el ejercicio de la función, es decir la creación y funcionamiento de unidades para la atención exclusiva de adolescentes y de nadie más y, por otro lado, la capacitación de todos los operadores de los Sistemas Penales para Adolescentes. Una formación que debe versar sobre los derechos humanos de los NNA, sobre el contenido y significado de las disposiciones de la CDN en general, con énfasis en las que sean directamente aplicables a adolescentes en conflicto con la ley y sobre todos los temas que sean necesarios para favorecer el adecuado ejercicio de sus funciones. Para ello, los Estados deben invertir en la sensibilización y formación sistemática y sostenida, siempre con el objetivo de mejorar la capacidad de todos los que trabajan, pertenecen o hayan de pertenecer a la Justicia Juvenil (Morais,2021).

La especialidad debe extenderse a los servicios de asesoramiento y supervisión, así como a las instalaciones donde se realiza la intervención de adolescentes sujetos a esa Justicia.

Todos los órganos, instituciones y servicios que integran los Sistemas especializados deben operar de forma articulada y coordinada, conforme se recomienda en las Directrices de Ryad (artículo 60).

II. Justificación

Ahora bien ¿Qué justifica la Especialización? ¿Por qué el adolescente debe ser tratado de forma diferente al adulto?

Explica el maestro Jaime Couso (2012) que la respuesta nos la brinda tanto la Psicología del Desarrollo como la Criminología Empírica.

La Psicología del Desarrollo afirma que las personas pasan por fases evolutivas en sus procesos mentales, de razonamiento, de internacionalización de expectativas sociales y legales, así como de toma de decisiones. Adolescentes mayores de 14 años ya tienen un nivel básico de valores morales, de comprensión de las normas, así como alguna capacidad para orientar su comportamiento, lo cual los habilita para ser responsables penalmente. Pero eso sí, con responsabilidad disminuida en relación al adulto porque tiene, comparado con éste, menos capacidad cognitiva, de juicio y autocontrol debido a sus limitadas experiencias previas, lo cual le produce diferente cálculo del costo-beneficio de sus acciones. También a su perspectiva corto placista sobre el tiempo, es decir limitada ponderación de las consecuencias a largo plazo de sus acciones, por ende una mayor propensión al riesgo. Asimismo, en consecuencia, de su escasa capacidad para resistir a la presión del grupo de pares, siendo crucial en impacto de dichas relaciones en la formación de su identidad.

En contrapartida, la persona adolescente posee mayor sensibilidad a la sanción que el adulto y más vulnerabilidad frente a los efectos nocivos de la privación de libertad. De hecho, adolescentes y adultos tienen diferentes percepciones sobre el paso del tiempo y la duración de las sanciones que les son impuestas. Además, los jóvenes son particularmente vulnerables a las carencias y a la violencia que prevalecen en los centros donde se cumplen las sanciones, con los consecuentes traumas psicológicos e impacto negativo sobre su desarrollo. Todo ello aconseja al Derecho Penal del Adolescente que se le atribuya responsabilidad penal disminuida y que las leyes cuenten con un elenco de sanciones alternativas a la privación de libertad, dejando su aplicación para casos excepcionalmente graves y lesivos, y aun así con la menor duración posible.

Por su lado, la Criminología Empírica pone de relieve (Couso, 2012) la normalidad, el carácter episódico y la remisión espontánea de la mayor parte de las acciones delictivas de adolescentes, así como el riesgo criminógeno de la reacción penal formal frente a sus primeras manifestaciones criminales. También señala el efecto disocializador y criminógeno de las sanciones privativas de libertad y la mayor eficacia preventiva de intervenciones especializadas multidimensionales y breves fuera del ámbito de la justicia.

En cuanto a lo primero, la Criminología Empírica plantea que después de alcanzar cierta edad, la actividad delictiva del adolescente tiende a desaparecer espontáneamente, debido a que, cuando alcanza mayor madurez su rol social se estabiliza y aumentan los efectos de los mecanismos de control social y familiar.



En este sentido, se manifiesta el artículo 5.e. de las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, o Directrices de Ryad:

“Se reconoce el hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores generales de la sociedad son, con frecuencia, parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta”.

Sería, entonces, innecesario (además de perjudicial) el tratamiento penal de adolescentes tan severo como el dispensado a los adultos, si el comportamiento delictivo de aquél desaparece espontáneamente al alcanzar la madurez.

Con respecto a la segunda aseveración de la Criminología Empírica, la reacción penal formal frente a las primeras manifestaciones de la actividad delictiva en un adolescente puede reproducir la conducta inadecuada, debido al efecto estigmatizante que tendría la identificación de un joven con el rol social de delincuente. Así lo expresa también el artículo 5.f. de las Directrices de Ryad;

“...según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de ‘extraviado’, ‘delincuente’ o ‘predelincente’, a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable”.

Con respecto al señalamiento del efecto nocivo de la privación de libertad en los adolescentes, ya no se discute que estas sanciones (más aún si son las largas y mal ejecutadas) tienen efecto criminógeno y disociador, lo cual se debe evitar aplicándolas lo menos posible. Sobre el particular, el artículo 19 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) que se refiere expresamente al carácter excepcional del confinamiento de adolescentes en establecimientos cerrados expresa: “El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el lapso más breve posible”. Vale la pena reproducir, en parte, el comentario Oficial de la Regla 19:

“Los criminólogos más avanzados abogan por el tratamiento fuera de establecimientos penitenciarios... Es evidente que las múltiples influencias que todo el ambiente penitenciario parece ejercer, inevitablemente, sobre el individuo no pueden neutralizarse con un mayor cuidado en el tratamiento. Sucede así, sobre todo en el caso de menores que son especialmente vulnerables a las influencias negativas; es más, debido a la temprana etapa de desarrollo en que estos se encuentran, no cabe duda de que tanto la pérdida de libertad como el estar aislados de su contacto social habitual agudizan los efectos negativos.”

Va en la misma dirección el artículo 3 de las Reglas de la Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana):

“El objeto de las presentes Reglas es establecer normas mínimas adoptadas por las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, **con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar integración social**” (destacado nuestro).

Finalmente, cabe hacer algún comentario con respecto a mayor eficacia preventiva de las intervenciones del adolescente fuera del ámbito de la justicia. Aquí se trata de establecer mecanismos que privilegien la aplicación del Principio de Oportunidad en el proceso penal de adolescentes, con su consentimiento y compromiso. Estos mecanismos se concretan con la Remisión y otras salidas alternativas procesales tales como la conciliación, reparación del daño, etc., acogidas en las legislaciones especializadas de la región latinoamericana, frecuentemente acompañadas de la aplicación de mecanismos de Justicia Restaurativa⁶.

III. Principios y Características

Según la doctrina Couso (ibídem), el Derecho Penal de Adolescentes se rige por tres Principios, que se desprenden de los antes mencionados Instrumentos Internacionales. Dichos principios desembocan en estándares de juzgamiento diferenciados, es decir formas distintas de juzgar el adolescente en conflicto con la ley, lo que caracteriza el Derecho Penal de Adolescentes y que son:

1. Responsabilidad penal especial de la persona adolescente;
2. Especial protección del desarrollo y garantía de sus derechos;
3. Especial orientación hacia la prevención especial positiva.

1. Responsabilidad Penal Especial de la Persona Adolescente

Visto que, según la Psicología del Desarrollo la persona adolescente, por lo menos los mayores de 14 años ya tienen un nivel incipiente de valores, así como alguna capacidad para orientar su comportamiento, se les

⁶ En los últimos años, procedente de Europa llegó a los países de la región un movimiento destinado a insertar a los jóvenes en conflicto con la ley penal en programas que utilizan novedosas estrategias de intervención, cuyo conjunto configura la denominada Justicia Restaurativa (JR).

Justicia Restaurativa, es entendida como el proceso durante el que las partes involucradas en un conflicto originado por la comisión de un delito -ofensor, víctima, comunidad- deciden colectivamente solucionarlo, entendiendo sus implicaciones y superando sus consecuencias.

A través de la utilización de sus propios mecanismos, la JR busca que la persona adolescente asuma la responsabilidad por su acto y formarlo para el ejercicio de sus habilidades sociales y de sus derechos, procurando la reparación del daño. Estas son también las finalidades de las medidas socio-educativas que la Justicia Juvenil impone al adolescente, una vez demostrada su culpabilidad.

Ahora bien, la Justicia Restaurativa no es un fin en sí mismo, sino una metodología, un conjunto de técnicas, que por concretarse en un proceso en el cual participan la víctima, el ofensor y la comunidad afectada por el delito favorece que la Justicia Juvenil alcance sus objetivos (Morais, 2021).

podrá hacer responsable por la comisión de un delito. No obstante, esta responsabilidad penal (no social, porque se deriva de la comisión de un delito) es diferente de la del adulto. Se trata de una responsabilidad especial adecuada a su condición de persona en desarrollo. Esta especialidad parte de la consideración de la edad del adolescente al enjuiciarlo por sus delitos, en consecuencia, de lo cual las leyes preverán para él una culpabilidad disminuida.

En tal sentido, se atribuye al adolescente menor sanción que al adulto por los mismos actos típicos, antijurídicos y culpables. La sanción del adolescente difiere a la del adulto, por las razones ya comentadas en páginas anteriores, en cuanto al tipo, duración y lugar de cumplimiento.

El Derecho Penal de Adolescentes, apegado a los estándares internacionales, repudia totalmente la peligrosidad como fundamento de la respuesta penal; obliga a cumplir estrictamente el Principio de la Legalidad del delito, del procedimiento y de la sanción, así como el derecho al respeto y dignidad.

La responsabilidad de la persona adolescente también se infiere del artículo 40.1 de la CDN, el cual dispone que se debe fortalecer en ella el respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales de terceros, entre los que se encuentran la vida, la integridad personal, la propiedad, etc., que son, derechos conculcados por la persona cuando comete delitos. De allí que el artículo exprese que ésta tomará conciencia de que su participación en la vida social y el ejercicio de su ciudadanía conllevan la obligación de asumir las consecuencias de sus actos atentatorios a los derechos y libertades de los demás.

Según se desprende del mismo artículo 40.1 de la CDN, el medio idóneo para la asunción de responsabilidad por parte de la persona adolescente es el trato que se le dispensa, acorde con el fomento de su sentido de dignidad y valor. Por cierto, el derecho a ser tratado con humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana está igualmente reconocido a quienes estén privados de libertad por el artículo 37. c) de la CDN.

La asunción de responsabilidad por parte de la persona adolescente no será estéril, porque de acuerdo lo dispuesto en el referido artículo, el trato respetuoso y digno conducirá a su reintegración social y conllevará a que él asuma una función constructiva en la sociedad (Morais, 2021).

2. Especial Atención del desarrollo de adolescentes y garantía de sus derechos

La especial atención que amerita el desarrollo personal y la autonomía de adolescentes en conflicto con la ley comienza por la garantía de todos sus derechos: los fundamentales -salud, educación, nivel de vida adecuado, integridad personal, participación, entre otros- reconocidos, sin discriminación alguna, a favor de todas las personas en los tratados internacionales y en la Constitución de los países y que luego se fueron desarrollando en las leyes específicas para NNA, que se aprobaron después de la CDN; los derechos y garantías que, específicamente serán resguardados mientras están sometidas al proceso penal de adolescentes (presunción de

inocencia, debido proceso, impugnación, etc.) y los que corresponden a la fase de ejecución de las medidas, sean ellas privativas, no privativas o restrictivas de libertad.

Los derechos y garantías que son reconocidos en los artículos 37 y 40 de la CDN implican que la persona adolescente debe someterse a un proceso penal especializado, es decir específicamente diseñado para él, adecuado a su condición de persona en desarrollo. Ya se encontraban en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), puesto que al adolescente le asisten las mismas prerrogativas procesales previstas para los adultos, a las cuales se añaden otras que le son propias debido a las particularidades de su condición.

Todas intervenciones de adolescentes tienen carácter garantista y deben guiarse por el principio de la mínima aflicción.

El especial interés por favorecer el desarrollo de adolescentes exige, igualmente, reducir al máximo posible su contacto con el Sistema Penal, para lo cual se requiere, por un lado la desjudicialización y/o la introducción de otras medidas alternativas al proceso (remisión, conciliación, acuerdos reparatorios) y por el otro el cumplimiento del principio de la excepcionalidad de la privación de libertad, bien sea durante el proceso, mediante la aplicación de medidas sustitutivas o al momento de aplicar la sanción. Ello requiere la previsión en las leyes de medidas alternativas (Prestación de Servicios a la Comunidad, Libertad Asistida, Régimen Abierto, etc.) reservándose la privación de libertad para los casos más graves y, aun así, cuando sea inevitable aplicarla, que su duración sea la más breve posible.

3. Especial orientación del Derecho Penal de Adolescentes hacia la prevención especial positiva

Se trata de la función educativa de la sanción aplicada a la persona adolescente hallada culpable de la comisión de un delito. Contrariamente a la finalidad de la pena aplicada al adulto, que es fundamentalmente retributiva, la sanción impuesta al adolescente denominada medida socio-educativa tiene finalidad fundamentalmente educativa. Se prescinde de la idea de castigo, de la mera exclusión e intimidación colectiva. En el caso de adolescentes, la sanción tendrá siempre finalidad de reinserción social, como queda establecido en el artículo 40.1 de la CDN. Alcanzar la meta educativa es el modo de evitar la reincidencia de adolescentes y por ende lograr la prevención especial del delito.

El carácter educativo atribuido a la respuesta sancionatoria implica intervenir a la persona adolescente para, mediante el fortalecimiento de sus potencialidades, la neutralización de los factores que incidieron en su conducta y, principalmente la garantía de todos sus derechos, lograr su desarrollo integral y su adecuada convivencia con la familia y el entorno social.

La educación de adolescentes en conflicto con la ley penal incluye la comprensión de lo reprochable de su proceder y en consecuencia el entendimiento de que, en ejercicio de su ciudadanía, debe respetar los derechos de los demás. Esto es lo que exige expresamente el artículo 40.1 de la CDN.

Ahora bien, si durante la ejecución de las sanciones se alcanza la finalidad educativa se estaría propiciando para el adolescente una vida futura sin delito, lo que es lo mismo que lograr la prevención especial positiva del delito, una de las finalidades atribuidas por la dogmática penal a la sanción impuesta, cuando se demuestre que una persona -adulto o adolescente- cometió un delito. Repítase que la prevención especial positiva implica la intervención de adolescentes sancionados de modo a incidir sobre las dificultades más directamente asociadas a la conducta delictiva, con especial énfasis en la dimensión individual o de relaciones microsociales del joven, sin desatender la existencia de factores macrosociales, relacionados con la garantía de sus derechos. Se trata de dotar a la persona adolescente de herramientas idóneas para afrontar con éxito las exigencias -muchas veces injustas- de la vida social sin reincidir (Morais 2019).

En el ámbito latinoamericano en general, las leyes específicas para NNA, entre ellas la LOPNNA en Venezuela, promulgadas post CDN, con menor o mayor acierto, han buscado acoger a los mandatos contenidos en los artículos 37 y 40 de la Convención, adoptando normas y creando sistemas especializados para adolescentes en conflicto con la ley, con lo cual intencional y/o conscientemente, o no, han contribuido para la especialización del Derecho Penal, aplicable a adolescentes, en el continente.



Bibliografía

- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989. Resolución 44/25.
- (1990): *Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil* (Directrices de Ryad) 14 de diciembre de 1990. Resolución 45/112.
- (1985): *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores*, (Reglas de Beijing), 28 de noviembre de 1985. Resolución 40/33.
- (1990): *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de Libertad* (Reglas de Tokio), 14 de diciembre de 1990, Resolución 45/110.
- (1990): *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad* (Reglas de La Habana), 14 de diciembre de 1990. Resolución 45/113.
- BUAIZ, Yuri (2011): *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Comentada de El Salvador*. Libro Primero. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: *Observación General N° 24, Sobre los Derechos del Niño en la Justicia Juvenil (CRC/C/GC/24)* de 18 de septiembre de 2019.
- COUSO, Jaime (2012): “La Especialidad del Derecho Penal de Adolescentes. Fundamentos Empíricos y Normativos. Consecuencias para la Aplicación Diferenciada del Derecho Penal Sustantivo”. En *Revista de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile. Pp. 267-332.
- GARCÍA MENDEZ, Emilio (1996^a): “Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal. Seguridad Ciudadana y Derechos Fundamentales”. En *Derechos del Niño. Textos Básicos*. Unicef. Venezuela. Caracas Pp. 31-46.
- MORAIS, María G. (2021): “El Código Niña, Niña Y Adolescente, Ley 548 de Bolivia. Principios y Sistemas. Ed. Kipus. Cochabamba Bolivia.
- (2019) *Sanciones no privativas de libertad para adolescentes en Uruguay*. Modelo de Intervención. UNICEF. Montevideo.
- SIMON, Farith (2008). *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*. Editora Jurídica Cevallos. Quito.

La fase de investigación en el sistema penal de responsabilidad del adolescente



23

NELLY DEL VALLE MATA¹

El Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente

Desde la entrada en vigencia de la Ley Orgánica para la Protección de Niños y Adolescentes, como se le denominó al principio o Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, como se le conoce después de las reformas de 2007 y 2015, y con ella la Doctrina de la Protección Integral, las personas que no han alcanzado la mayoría de edad, son sujetos plenos de derecho, quienes de conformidad con el artículo 13 de la señalada Ley, ejercerán sus derechos y responderán por sus obligaciones en la medida de su capacidad evolutiva, lo que determinó la instauración de un Sistema Penal, que según el artículo 528 del mismo texto normativo, se diferencia del aplicable a los adultos, por la especialización de la competencia y por el sistema de sanciones.

El artículo 526 de la citada ley, al definir el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, establece como uno de sus fines, que, “sus integrantes con competencia en la materia, se encargarán del establecimiento de la responsabilidad de los y las adolescentes por los hechos punibles en los que ellos incurran, así como el control de las sanciones que les sean impuestas...”.

Inicialmente aplicado a adolescentes mayores de doce y menores de dieciocho años de edad, a raíz de la última reforma, el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, se aplica, de conformidad con el artículo 531 de la Ley, “a todas las personas con edad comprendida entre catorce y menos de dieciocho años al momento de cometer el hecho punible, aunque en el transcurso del proceso alcancen los dieciocho años o sean mayores de esa edad cuando sean acusados o acusadas”.

A los fines de alcanzar los objetivos del sistema antes referido, el legislador patrio ha previsto un proceso penal oral, breve, reservado en cuanto a la fase de investigación y datos relativos al juicio, de corte acusatorio, garantista, desarrollado en fases perfectamente delimitadas, el cual, a tenor de lo dispuesto en el artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal, aplicable por remisión del artículo 537 de la Ley, tiene como objeto: La verdad por las vías jurídicas y la justicia en aplicación del Derecho, en cuya búsqueda juegan un papel preponderante las diligencias tendientes a recabar elementos de convicción y a la obtención de medios de prueba que

1 Abogada egresada de la ULA. Especialista en Derecho Procesal. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas. Diploma en Derecho de la Familia y el Niño. Magister en Derecho Procesal. Doctora en Derecho. Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Juez Jubilada de la Corte de Apelaciones de la Sección de Adolescentes del Área Metropolitana de Caracas. Docente Universitaria de Pre y Postgrado.

orienten al órgano investigador a los efectos de decidir si acusa u opta por un acto conclusivo diferente frente a los hechos. De allí la importancia de estudiar la Fase de Investigación.

La Fase de Investigación

La fase de investigación, de conformidad con lo estatuido en el artículo 551 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, tiene como finalidad, confirmar o descartar que se haya cometido un hecho punible, y establecer en el primero de los casos, si un adolescente, concurrió en su perpetración, con lo cual queda claramente establecido, que mas que para preparar el debate oral, las diligencias, podrían servir de fundamento, para arribar a una culminación anticipada del proceso.

La fase objeto de análisis, estará bajo la conducción del Ministerio Público especializado, el cual actuará con el auxilio de los órganos de policía de investigaciones, con miras a la realización de las diligencias dirigidas a la búsqueda de elementos de convicción y medios de prueba, de modo que estos, por su legalidad, licitud, utilidad, pertinencia y necesidad, sean conducentes no solo a la formulación de la acusación, sino a la admisión de la misma, para acordar el enjuiciamiento del imputado y acercar el proceso a la verdad, es decir, que sean adecuados para demostrar el hecho y la autoría o participación, eso sí, sin menoscabo de los derechos fundamentales.

El Ministerio Publico deberá notificar al Juez de Control especializado, del inicio de la investigación, tal como se desprende del artículo 552 de la Ley. En este sentido los jueces de control están facultados para autorizar y realizar de oficio o a solicitud de parte, los anticipos de prueba que de conformidad con el artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP) estarían constituidas por actuaciones conformadas por reconocimientos, inspecciones o experticias o por declaraciones, que por algún obstáculo difícil de superar o que por su naturaleza y características deban ser consideradas como actos definitivos o irreproducibles o se presuma que no podrá evacuarse o hacerse durante el juicio.

Del mismo modo, el juez de control, podrá decidir sobre la imposición o no de medidas restrictivas o no de libertad; resolver incidencias; excepciones; nulidades; peticiones o solicitudes; planteamientos y requerimientos hechos por las partes durante la fase de investigación y garantizar mediante la disposición de las medidas necesarias que, en la obtención de los elementos de convicción y los medios de pruebas se observen y respeten los principios que informan el ordenamiento jurídico.

- Inicio de la Investigación y procedimiento.

La Fase de investigación, iniciará de acuerdo a la forma como haya llegado a conocimiento del Ministerio Público, la presunta comisión de un hecho punible. Esas formas de conocer se explican a continuación:

- **Detención en Flagrancia.**

El artículo 557 de la ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, ha previsto que el o la adolescente detenido o detenida en flagrancia será conducido o conducida de inmediato ante él o la fiscal del Ministerio Público, quien dentro de las veinticuatro horas siguientes lo o la presentará al juez o jueza de control y le expondrá como se produjo su aprehensión... (omissis)...

De acuerdo con la norma referida, cuando un adolescente sea sorprendido infraganti, deberá ser conducido o puesto de inmediato a la orden del Ministerio Público, órgano al cual corresponde su presentación ante el tribunal de control dentro de las veinticuatro horas siguientes a su aprehensión.

En la oportunidad de la presentación del adolescente por ante el tribunal de Control, corresponderá al Ministerio Público narrar los hechos de forma circunstanciada, es decir, las condiciones de modo, tiempo y lugar, relacionadas con la aprehensión, a fin de que se establezca si la misma se produjo realmente en flagrancia. El fiscal del Ministerio Público podrá solicitar la aplicación del procedimiento abreviado o el ordinario.

Decretada la flagrancia y acordado el procedimiento abreviado, el Juez de Control remitirá las actuaciones al Juez de Juicio, dentro de las veinticuatro horas siguientes, y corresponderá al Ministerio Público, y, en su caso, al o la querellante, presentar la acusación cinco días antes de la fecha fijada para la celebración del juicio oral, el cual no podrá celebrarse en un lapso no menor de cinco días ni mayor de diez días, y se seguirá, en lo demás, conforme a las reglas del procedimiento ordinario en fase de juicio.

En la audiencia de presentación del o el adolescente detenido o detenida en flagrancia, el juez o la jueza de control podrá acordar las medidas cautelares pertinentes para asegurar las resultas del proceso, pudiendo ser las mismas, privativas o no de libertad. Cuando acordare la privación de libertad, deberá observar las previsiones del artículo 581 y siempre que se trate de una conducta que se corresponda con las previsiones de los literales a) y b) del artículo 628 de la Ley o medidas cautelares sustitutivas contempladas en el artículo 582 del mismo texto legal.

La aplicación de cualquiera de las medidas, sean privativas o no de libertad, deberán ser debidamente fundamentadas, y por lo tanto deberá observarse principios como el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*.

- **Por denuncia.**

Cualquier persona que tenga conocimiento de la comisión de un hecho punible puede denunciarlo ante un o una fiscal del Ministerio Público o un órgano de policía de investigaciones penales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 267 del Código Orgánico Procesal Penal, y la misma podrá ser formulada en forma verbal o escrita. En el primero de los casos, se levantará un acta en presencia del denunciante, quien deberá firmarla junto con el funcionario que la recibe. En caso de que la denuncia sea escrita, deberá ser firmada por

el denunciante o por su apoderado o apoderada. en caso de que el denunciante no pueda firmar, estampara sus huellas dactilares. La denuncia deberá contener la identificación del o la denunciante, la indicación de su domicilio o residencia, la narración circunstanciada del hecho, el señalamiento de quienes lo han cometido y de las personas que lo hayan presenciado o que tengan noticia de él. La denuncia, en definitiva, versara sobre aquello que le constare al o la denunciante.

Al igual que para las actuaciones previstas para el caso de los adultos, rigen para este proceso, las reglas relativas a la obligatoriedad de la denuncia, las excepciones y del derecho a no denunciar que asiste a algunas personas, tal como se desprende de las previsiones de los artículos 269, 270 y 271 del Código Orgánico Procesal Penal.

La denuncia de conformidad con las previsiones del artículo 283 del Código Orgánico Procesal Penal, puede ser objeto de desestimación, de manera que, dentro de los treinta días siguientes a su recepción, el Ministerio Público podrá solicitar al Juez de Control, mediante escrito motivado la desestimación de la misma, cuando el hecho no revista carácter penal, o cuya acción este evidentemente prescrita o exista un obstáculo legal para el desarrollo del proceso.

Más adelante la citada norma prevé el mismo procedimiento, para cuando el órgano investigador observare luego de iniciada la investigación, que los hechos que han dado lugar a la apertura de la misma, solo podrán ser enjuiciados a instancia de parte agraviada.

- Por Querella

La querella en el marco del sistema objeto de análisis, ha dado lugar a confusión, por cuanto el artículo 572 de la Ley, prevé que, en el caso de los delitos de acción pública, la víctima solo podrá adherirse a la acusación fiscal, cuando señala: “En los delitos de acción pública, la víctima podrá adherirse a la acusación fiscal hasta el día anterior al fijado para la audiencia preliminar”, y ello parece corroborarse de la lectura del artículo 662 referido a los derechos de la víctima.

La tesis del legislador del Sistema bajo análisis, se contradice con las corrientes que informan al Estado diseñado en el artículo 2 del texto constitucional, dado que centrado en el respeto a la dignidad humana (artículo 3), a principios como la progresividad de los derechos (artículo 19), a la no discriminación e igualdad (artículo 21) y sobre todo a la incorporación al bloque constitucional de los tratados, acuerdos y convenios internacionales, suscritos y ratificados por la Republica de Venezuela (Artículo 23), hace de la preeminencia de los derechos humanos, valores superiores en los cuales se fundamenta su ordenamiento jurídico y sus ejecutorias.

En correspondencia con lo antes referido la jurisdicción se ha encargado de despejar las dudas, y en ese sentido, las decisiones emanadas de la Sala Constitucional, en principio la relativa al caso Porco Gallina (Sen-

tencia 3.267 del 20 de noviembre del 2003), y posteriormente, la 902 del 14 de diciembre de 2018, han sido orientadoras, para comprender que ciertamente, la víctima ha sido revictimizada, cuando su acción ha estado supeditada a la suerte de la acción fiscal.

Lo que si es cierto, es que ante la duda que generaba el artículo 572 en concordancia con el 662 antes referidos, la jurisdicción se ha encargado de resolverla, y en ese sentido, según sentencia No 0141 del 18 de junio de 2019 del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán, y con fundamento en los artículos 257, 26 y 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se prevé que, la víctima frente a la inacción del Ministerio Público puede u otro sujeto con gran interés sobre un proceso penal, “realice acusación, es decir, solicite un juicio contra quien lo agredió” al sostener que los señalados artículos facultan suficientemente a la víctima para ejercer directamente la acción penal “con el objeto de evitar la impunidad y lograr la justicia sustancial” Se faculta así mismo, a la jurisdicción a aplicar los criterios establecidos en la sentencia 902 del 14 de diciembre de 2018.

- De oficio

Significa que la investigación se iniciará cuando el Ministerio Público o los órganos de policía de investigación, tengan conocimiento por cualquier vía de la presunta comisión de un hecho punible

Se trata de una información obtenida de cualquier modo, de manera que podría ser, por una vía distinta a la detención en flagrancia, la denuncia o la querella, sobre la presunta comisión de un hecho punible, de modo que pudiese la víctima informar, pero carece de datos para señalar a quien o quienes lo han cometido, del mismo modo, cualquier ciudadano puede dar a conocer o informar de un hecho punible del cual tenga conocimiento e incluso, pudiese obtenerse la información, aunque se mencionen posibles autores o partícipes, por medios impresos, redes sociales, medios digitalizados, radio y televisión, lo cual dará pie a que, en conocimiento de los hechos, se dé inicio a la averiguación con miras a recabar los elementos de convicción y la obtención de los medios de pruebas, a los fines de sustentar la acusación fiscal, aunque como bien lo señala el artículo 263 del mismo texto adjetivo penal, podrían servir de fundamento a la defensa del imputado.

En todo caso, la investigación se iniciará de oficio, cuando se trate de delitos de acción pública, cuyo conocimiento lo haya obtenido el órgano investigador, por cualquiera de los modos antes referidos, tal como se desprende del único aparte del artículo 282 del texto adjetivo penal, el cual establece: “Interpuesta la denuncia o recibida la querella, por la comisión de un delito de acción pública, el o la Fiscal del Ministerio Público, ordenará, sin pérdida de tiempo, el inicio de la investigación” ... “Mediante esta orden el Ministerio Público dará comienzo a la investigación de oficio”

En cuanto al procedimiento a seguir en el caso de la investigación iniciada por denuncia, por querella o de oficio, es menester señalar que, el artículo 559 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, plantea lo siguiente:

El o la fiscal del Ministerio Público podrá, excepcionalmente, solicitar la detención preventiva del o la adolescente, sólo en los supuestos a que se refiere el artículo 581 de la presente Ley. En caso de ser acordada la solicitud, el juez o la jueza de control, librará la correspondiente orden de aprehensión. Dentro de las veinticuatro horas siguientes a la aprehensión del o la adolescente, el juez o la jueza de control oír a las partes y resolverá inmediatamente sobre mantener la medida impuesta, o sustituirla por otra menos gravosa.

Como puede observarse, el Ministerio Público puede solicitar, solo excepcionalmente, una orden de aprehensión para proceder a la imputación de la persona de quien se sospecha ha incurrido en la comisión de un hecho punible. La excepcionalidad que justifica la solicitud es considerada por la Sala Penal en sentencia No 714 de fecha 16 de diciembre de 2008, en los siguientes términos:

... Vemos entonces que existen casos, de extrema necesidad y urgencia, donde la detención precede a la imputación, siendo tal omisión permisible, únicamente de manera excepcional, cuando en el caso concreto, el delito cometido o las circunstancias particulares pongan en peligro los fines del proceso...

Sin embargo, esta condición de extrema necesidad y urgencia que legitima, en principio, la aprehensión (flagrancia) o detención (sin imputación previa artículo 250, in fine) de un individuo no implica que éstas no estén sujetas a control judicial, toda vez que corresponde al juzgador, conforme al Estado de Derecho, resolver acerca de la regularidad y legalidad de la aprehensión o detención, ponderando la legalidad, necesidad y racionalidad de la medida y garantizando los derechos del aprehendido o detenido a ser informado de sus derechos así como del hecho atribuido fundamento de la restricción a la libertad, de acuerdo al principio de presunción de inocencia.

En aras de abonar a la excepcionalidad y a la extrema urgencia o necesidad de la solicitud de una orden de aprehensión, la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No 58 del 19 de julio de 2021, plantea:

Los jueces no pueden acordar órdenes de aprehensión a solicitud del Ministerio Público ni decretar medidas cautelares reales, sin tan siquiera evaluar como en Derecho corresponde los requisitos de procedibilidad de tales medidas y la actuación procesal por parte del Despacho Fiscal.

Cuando el Ministerio Público pretenda solicitar una orden de aprehensión, no le debe bastar la simple enumeración de los elementos que, según el criterio del fiscal, resultan de convicción, sin motivar su relación con una posible imputación formal, toda vez que, de hacerse así, se estaría obviando la fundamentación requerida por la norma.

Cuando el Ministerio fundamente la solicitud de una orden de aprehensión, los elementos de convicción deberán estar conformados por las «evidencias obtenidas» y no <por

evidencias por obtener>, que permitan subsumir los hechos en el supuesto de la norma penal sustantiva.

Es de carácter obligatorio que la orden de aprehensión tenga como presupuesto el análisis del cumplimiento de las exigencias legales para decretar la medida de privación judicial preventiva de libertad, dado que ésta es una consecuencia inmediata de la materialización de la orden de aprehensión.

De las decisiones referidas se observa que solo situaciones de extrema necesidad justifican la solicitud de la orden de aprehensión, sin embargo, la excepcionalidad se convirtió en cotidianidad, y más aún cuando la Sala Constitucional en sentencia 537 del 12 de julio de 2017 llegó a considerar que la condición de imputado se adquiriría, una vez que el investigado hubiese sido informado en presencia del Juez de Control, por parte del Ministerio Público.

Las críticas y sobre todo, los informes presentados por la Comisión Internacional Independiente para la República Bolivariana de Venezuela (CIIDH RBV) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en materia de derechos humanos, condujo a la reforma del Código Orgánico Procesal Penal el 17 de septiembre de 2021, contenida en Gaceta Oficial No 4466 que recupera el acto de imputación como un acto del Ministerio Público y así está concebido en el artículo 126-A del texto adjetivo penal en los siguientes términos:

El acto de imputación formal es una facultad exclusiva del Ministerio Público en los delitos de acción pública. Se llevará a cabo ante la fiscal o el fiscal del Ministerio Público, una vez que exista la probabilidad objetiva de responsabilidad en el fundamento de la imputación, con las excepciones previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y este Código.

Para la celebración del acto de imputación el Ministerio Público deberá citar a la imputada o al imputado por escrito, indicando fecha, hora, lugar y condición con la cual deberá comparecer, y el emplazamiento a que acuda ante el Tribunal en funciones de control de la jurisdicción correspondiente a los fines de la designación y juramentación del defensor o defensora, abogado o abogada que lo asistirá en el acto de imputación o en su defecto para que le sea designado un defensor público o defensora pública. Este acto se desarrollará con las formalidades de la declaración del imputado en fase preparatoria.

Supone la norma transcrita que la imputación formal será un acto exclusivo del Ministerio Público, una vez que exista la probabilidad objetiva de responsabilidad en el fundamento de la imputación, y ello comporta que de la investigación realizada, los elementos de convicción ofrezcan serios fundamentos de la existencia de un hecho y de un posible autor o participe en su perpetración, y a tales efectos, este órgano deberá citar al investigado por escrito, con señalamiento de la fecha, hora y lugar, con indicación de la condición con la cual se le cita, y deberá emplazarlo para que concurra por ante el tribunal de control correspondiente, a fin de la designación, nombramiento y juramentación de quien ha de asumir su defensa técnica, pudiendo ser un defensor público o el abogado de confianza del citado.

El contenido del dispositivo transcrito, constituye una reivindicación del legislador, cuando atendiendo al sentido garantista del proceso, reconsidera y atribuye a la imputación su carácter de acto que debe llevarse a cabo en sede fiscal, toda vez que deben prevalecer principios como el de la presunción de inocencia y el estado de libertad, todo lo cual se venía cercenando al atribuírsele competencia al juez de control en este acto, al extremo de calificar jurídicamente el hecho e imponerle medidas cautelares.

Así las cosas y siendo que se está en presencia de un Estado constitucional, conforme al artículo 2 de la máxima norma, el cual ha concebido al Proceso como un instrumento para la realización de la justicia, y le ha provisto de características conducentes a garantizar los derechos de los intervinientes en el proceso, la citada y más reciente norma procesal, mucho más favorable, deberá aplicarse al proceso penal del adolescente, razón por la cual el Fiscal del Ministerio Público, cuando se tratare de delitos de acción pública, de los contemplados en el artículo 628 de la LOPNNA, en concordancia con el artículo 581 de la misma Ley, una vez obtenidos suficientes elementos de convicción, que den lugar a la existencia de la “probabilidad objetiva de responsabilidad”, deberá citar al adolescente procesado a los fines de imputarle formalmente, con indicación del lugar, fecha y hora para la realización del acto de imputación, debiendo emplazarle para que acuda ante el tribunal de control correspondiente, para el nombramiento o designación de su defensor, para proceder luego a la realización del acto.

De lo antes planteado se deduce que, salvo que la detención sea flagrante y cuando no se tratare de los delitos contemplados en el artículo 628 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y que por ende, no se den los extremos del artículo 581 de la ley, el Ministerio Público deberá proceder conforme a lo previsto para el caso de los delitos menos graves, de conformidad con lo establecido al efecto en el artículo 354 del Código Orgánico Procesal Penal, de modo que deberá solicitar del Juez de Control, la emisión de una boleta de citación al adolescente, a los fines de proceder a su presentación, la cual deberá realizarse dentro de las veinticuatro horas siguientes a su citación. En esa oportunidad, una vez imputado el adolescente, solo podrá ser posible aplicar medidas cautelares menos gravosas, de las contempladas en el artículo 582 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Actos Conclusivos de la Fase de Investigación

Establece el artículo 561 de la ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes:

Finalizada la investigación, el o la fiscal del Ministerio Público deberá:

- a. Ejercer la acción penal pública, presentando acusación, si estima que la investigación proporciona fundamento suficiente;
- b. Solicitar la suspensión del proceso a prueba, cuando se haya logrado un preacuerdo conciliatorio entre las partes;
- c. Solicitar la remisión en los casos que proceda;

- d. Solicitar el sobreseimiento definitivo si resulta evidente la falta de una condición necesaria para imponer la sanción;
- e. Solicitar el sobreseimiento provisional cuando resulte insuficiente lo actuado y no exista posibilidad inmediata de incorporar nuevos elementos que permitan el ejercicio de la acción

- La Acusación.

El artículo antes citado, señala como primer acto conclusivo de la investigación: “Ejercer la acción penal pública, presentando acusación, si estima que la investigación proporciona fundamento suficiente”

La acusación debe contener:

- a.) Identificación plena y residencia del o la adolescente acusado o acusada.
- b) Relación de los hechos imputados con indicación, si es posible, del tiempo, modo y lugar de ejecución.
- c) Indicación y aporte de los medios de prueba recogidos en la investigación.
- d) Expresión precisa de la calificación jurídica objeto de la imputación con indicación de las disposiciones legales aplicables.
- e) Solicitud de la medida cautelar para asegurar la comparecencia a juicio del imputado o la imputada.
- f) Ofrecimiento de los medios de prueba que se presentarán en juicio.
- g) Indicación de la sanción que solicita, su idoneidad y proporcionalidad.

Sobre las exigencias anteriores, cabe acotar que el Juez de Control ejerce el control material y formal de la acusación, por lo que debe tenerse en cuenta las decisiones del TSJ sobre el particular. En este caso, se trae a colación la sentencia 1303 del año 2005 de la Sala Constitucional, la cual plantea:

“Es el caso que el mencionado control comprende un aspecto formal y otro material o sustancial, es decir, existe un control formal y un control material de la acusación. En el primero, el Juez verifica que se hayan cumplido los requisitos formales para la admisibilidad de la acusación –los cuales tienden a lograr que la decisión judicial a dictar sea precisa-, a saber, identificación del o de los imputados, así como también que se haya delimitado y calificado el hecho punible imputado.”

Sobre el control material la antes citada sentencia, expresa:

“...implica el examen de los requisitos de fondo en los cuales se fundamenta el Ministerio Público para presentar la acusación, en otras palabras, si dicho pedimento fiscal tiene basamentos serios que permitan vislumbrar un pronóstico de condena respecto del imputado, es decir, una alta probabilidad de que en la fase de juicio se dicte una sentencia

condenatoria; y en el caso de no evidenciarse este pronóstico de condena, el Juez de Control no deberá dictar el auto de apertura a juicio, evitando de este modo lo que en doctrina se denomina la “pena del banquillo”.

En ese mismo orden de ideas, la sentencia 2381 del año 2006 de la Sala Constitucional, señala:

“Respecto de tal afirmación, la Sala debe señalar que, de conformidad con la jurisprudencia supra, el Código Orgánico Procesal Penal no establece una prohibición absoluta, al juez de control, de que falle sobre las cuestiones que son propias del fondo de la controversia. Lo que prohíbe la referida ley es que el juez de las fases preparatoria e intermedia juzgue sobre cuestiones de fondo que son propias y exclusivas del juicio oral. De allí que en materias como la pertinencia, legalidad y necesidad de la prueba, las excepciones relativas a la extinción de la acción penal (prescripción de la acción y cosa juzgada), el sobreseimiento (atipicidad de los hechos que se investigan, concurrencia de una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad, la existencia del hecho objeto del proceso o la no atribuibilidad del mismo al imputado), son indiscutiblemente, materias sustanciales o de fondo sobre las cuales el juez de control tiene plena competencia para la valoración y decisión”

Como puede observarse el escrito acusatorio no es una simple narración de hechos y enumeración de medios probatorios sin fundamentos serios, debe tratarse de una explícita exposición de los hechos, señalamiento de elementos de convicción recabados o derivados de las diligencias de investigación y el ofrecimiento de medios de prueba, caracterizados por su legalidad, licitud, pertinencia, utilidad y necesidad.

- Conciliación.

El proceso desarrollado en el marco del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, obedece a fórmulas que se han establecido con miras a hacer del mismo, un conjunto de actos céleres, desde cuya perspectiva se propicie ponerle fin por razones de economía, sobre todo cuando circunstancias legalmente admitidas, permiten su terminación anticipada.

El artículo 564 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes ha previsto que, en caso de hechos punibles para los cuales la sanción no sea privación de libertad, el órgano investigador o la defensa, debe promover la conciliación, y en ese sentido, celebrará una reunión en la sede de quien la promueva con la presencia del o la adolescente, el padre, la madre, representantes o responsables, la defensa, el o la fiscal del Ministerio Público o la víctima. El Fiscal del Ministerio Público, presentará su eventual acusación, se expondrá y se oirán proposiciones. En dicha reunión se explicará ampliamente a las partes el contenido y el alcance a la conciliación.

Del contenido del artículo 565 se evidencia que recibido el preacuerdo y la acusación eventual, el juez deberá convocar a una audiencia a realizarse dentro de los diez siguientes. En esa oportunidad se oirá a las partes. Una vez logrado el acuerdo se levantará un acta en la cual se establecerán las obligaciones pactadas y el plazo para el cumplimiento de las mismas.

La Conciliación podrá cumplirse de una sola vez o a plazos, en el marco de condiciones que acordará el juez de control, en el acta que levante al efecto. De cumplirse las condiciones y la reparación asumida en el plazo fijado, se decretará el sobreseimiento definitivo.

En caso de incumplimiento, el procedimiento continuará. En el entendido de que se ha presentado una acusación eventual, lo procedente es que el Fiscal ejerza la acusación con base en la misma, ya que no tendría sentido modificarla o que procediera a ejercer cualquier otro acto conclusivo.

• Remisión

La remisión figura equivalente al principio de oportunidad contemplado en el artículo 38 del Código orgánico Procesal Penal, constituye un acto conclusivo de la investigación, según el literal c) del artículo 561, y los supuestos para su procedencia, según el artículo 569 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, son que:

- a. Se trate de un hecho insignificante o de una participación mínima.
- b. El o la adolescente colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar la perpetración o consumación de otros hechos conexos, ayude a su esclarecimiento, o brinde información útil para probar la participación de otras personas.
- c. El o la adolescente haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave.
- d. La sanción que se espera por el hecho, de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la sanción ya impuesta o a la que cabe esperar por los restantes hechos.

De ser declarada con lugar la solicitud del Ministerio Público, tendrá como efecto, la extinción de la acción penal, y como consecuencia, el sobreseimiento de la causa. a tenor de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 49 del Código Orgánico Procesal Penal, en concordancia con el numeral 3 del artículo 300 del mismo texto adjetivo penal.

El Parágrafo Primero del citado artículo 569 prevé que, el o la fiscal del Ministerio Público podrá suspender el ejercicio de la acción penal en los casos en que: "El o la adolescente colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar la perpetración o consumación de otros hechos conexos, ayude a su esclarecimiento, o brinde información útil para probar la participación de otras personas"...

Contempla el citado párrafo una situación similar al supuesto especial del artículo 40 del Código Orgánico Procesal Penal, que tiene un efecto suspensivo del ejercicio de la acción mientras se corrobora la veracidad de lo informado por el imputado, pero en el supuesto del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, el efecto no es el mismo, sino que la acción se extinguirá y se sobreseerá la causa, tal como se desprende del aparte único del artículo 569, según el cual, “Acordada la remisión, termina el procedimiento respecto al hecho o al adolescente a cuyo favor obra”, aunque la redacción del citado párrafo tienda a confundir.

• Sobreseimiento Definitivo

Si bien disimiles posiciones de las Salas Penal y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, han creado confusión acerca de la naturaleza jurídica de esta figura, es menester tener en cuenta, que la resolución que acuerde el sobreseimiento definitivo, tendrá siempre el mismo efecto, cualquiera sea la oportunidad en la cual se le acuerde, por lo que no son estos los criterios que deben prevalecer, sino el asunto que se resuelve con la misma, que no será aquel objeto del debate, es decir, no será la resultante del debate sobre el acervo probatorio, por lo que siendo así, y por cuanto debe ser motivada, lo que se resuelve con la decisión que decreta el sobreseimiento definitivo, es un asunto incidental, lo que le confiere a tenor de lo dispuesto en el artículo 157 del Código Orgánico Procesal Penal, el carácter de auto fundado o sentencia interlocutoria.

El sobreseimiento definitivo, que de acuerdo con el literal d) del artículo 561 de la ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, será solicitado por el Ministerio Público, si resulta evidente la falta de una condición necesaria para imponer la sanción; procede conforme al artículo 300 del Código Orgánico Procesal Penal, cuando:

1. El hecho objeto del proceso no se realizó o no puede atribuírsele al imputado o imputada
2. El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, inculpabilidad o de no punibilidad.
3. La acción penal se ha extinguido o resulta acreditada la cosa juzgada.
4. A pesar de la falta de certeza, no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación, y no haya bases para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado o imputada.
5. Así lo establezca expresamente este Código

Es menester advertir que en tanto órgano investigador y, por lo tanto, encargado de poner fin a la investigación, el Ministerio Público, es el único facultado para solicitar el sobreseimiento en la primera fase del proceso, razón por la cual el imputado solo podrá lograr se le decreta como resultado de la oposición de una excepción que declarada con lugar conduzca al sobreseimiento de la causa. En este orden de ideas, algunos

autores han planteado, que el imputado podría lograr el sobreseimiento, como consecuencia de la oposición de excepciones la acción promovida ilegalmente, extinción de la acción penal o indulto que serán planteadas, mediante escrito debidamente fundamentado, presentado al juez de control.

- Sobreseimiento Provisional

En cuanto al Sobreseimiento Provisional, el mismo procede como acto conclusivo de la investigación, dada la falta de elementos de convicción con los cuales pueda sustentarse la acusación, pero es también procedente, como efecto de la ausencia de acción por parte del Ministerio Público, luego de haberse fijado un lapso prudencial para ejercer el acto conclusivo correspondiente y pasados tres meses, después de la individualización del imputado, sin haber procedido en consecuencia.”

En el primero de los casos, de conformidad con el artículo 562 del mismo texto, si transcurrido un año, después de acordado el sobreseimiento provisional como acto conclusivo, no se reabriera el procedimiento, el Juez deberá decretar el sobreseimiento definitivo. En el segundo de los casos, la inacción del fiscal y la no reapertura del procedimiento, transcurrido un año desde la decisión, debe acarrear sobreseimiento definitivo.

- Finalización de la Investigación.

De conformidad con lo establecido en el artículo 560 de la ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes:

Ordenada judicialmente la detención, conforme al artículo anterior, el o la fiscal del Ministerio Público, deberá concluir la investigación y presentará el acto conclusivo respectivo dentro de los diez días siguientes. Vencido dicho lapso sin que se haya presentado acusación, el juez de control decretará una medida cautelar que no genere privación de libertad.

Como puede observarse, el legislador impone al Fiscal del Ministerio Público, la obligación de concluir la investigación, con cualquier acto conclusivo, dentro de los diez días siguientes, en caso de haberse acordado la privación de libertad como medida cautelar, lo que no obsta, que lo haga también, en caso de haberse acordado medidas cautelares sustitutivas. De no presentar acusación al vencimiento del lapso indicado, el juez deberá decretar una medida que no implique privación de libertad.

En todo caso, deberá atenderse a lo señalado en el primer aparte del artículo 561 de la Ley, en los siguientes términos:



El Ministerio Público procurará dar término a la fase preparatoria con la diligencia que el caso requiera. Pasados tres meses desde la individualización, el imputado o la imputada, su defensor o defensora especializado o la víctima, podrán requerir al juez o jueza de control, la fijación de un plazo prudencial no menor de treinta días para la conclusión de la investigación. Para la fijación de este plazo, dentro de las veinticuatro horas de recibida la solicitud, el juez o jueza de control deberá fijar una audiencia a realizarse dentro de los cinco días siguientes para oír al Ministerio Público, a la víctima, al imputado o imputada o a su defensa. Vencido este término sin que sea presentado el acto conclusivo correspondiente, ni solicitada la prórroga o vencida ésta, sin que se presente el acto conclusivo se decretará el Sobreseimiento Provisional y en consecuencia el cese de todas las medidas de coerción personal, cautelares y de aseguramiento impuestas y la condición de imputado o imputada. La investigación sólo será reabierta cuando surjan nuevos elementos que lo justifiquen, previa autorización del juez o jueza de control. La no comparecencia de alguna de las partes a la audiencia no suspende el acto.

Como puede apreciarse, el legislador pese a denominar la primera de las etapas procesales Fase de Investigación, en la norma objeto de análisis, la denomina también Fase Preparatoria, e indica la obligación del Ministerio Público de dar por terminada la misma, en el menor tiempo posible. En virtud de ello, señala que, pasados tres meses desde la individualización del imputado o la imputada, sin que el Fiscal del Ministerio Público hubiese ejercido el acto conclusivo correspondiente, el imputado o imputada, su defensor o defensora especializada o la víctima, podrán requerir al juez o jueza de control, la fijación de un plazo prudencial no menor de treinta días para la conclusión de la investigación.

Hecha la solicitud, el Juez de Control dentro de las veinticuatro horas siguientes, convocará para una audiencia, la cual se realizará dentro de los cinco días siguientes a la notificación de las partes, a los fines de oír al Ministerio Público, a la víctima, al imputado y su defensor.

Si el plazo fijado concluyese sin que el Ministerio público hubiese ejercido el acto conclusivo, el Juez de Control procederá a decretar el Sobreseimiento Provisional y en consecuencia el cese de todas las medidas de coerción personal, cautelares y de aseguramiento impuestas y la condición de imputado o imputada. La investigación sólo será reabierta cuando surjan nuevos elementos que lo justifiquen, previa autorización del juez o jueza de control. La no comparecencia de alguna de las partes a la audiencia no suspende el acto.

La norma bajo comentario hace referencia a “vencido este término sin que sea presentado el acto conclusivo correspondiente, ni solicitada la prórroga o vencida ésta, sin que se presente el acto conclusivo se decretará el Sobreseimiento Provisional” En este sentido, se entiende que hubo un error, por cuanto antes de la reforma de la ley, la situación contemplada en el único aparte del artículo 561 de la misma, estaba regulada, por remisión del artículo 537 de la especialísima Ley en el artículo 313 del Código Orgánico Procesal Penal, reformado también y sustituido por el artículo 295, que preveía la fijación de una prórroga, la cual fue eliminada. La

norma de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no establece plazo para que pueda extenderse la prórroga, lo que significa que la prórroga no existe y que solo debe acordarse el lapso prudencial fijado en la norma objeto de consideración, es decir: “no menor de treinta días”.

Decretado el Sobreseimiento Provisional por parte del Juez de Control, y transcurrido un año, sin que el Ministerio Público solicitare la reapertura de la investigación en virtud del surgimiento de nuevos elementos de convicción que lo justifiquen, el Juez de Control procederá a decretar el sobreseimiento definitivo, tal como lo prevé el Artículo 562, el cual establece: “Si dentro del año de dictado el sobreseimiento provisional no se solicita la reapertura del procedimiento, el Juez o Jueza de Control pronunciará el sobreseimiento definitivo”

De esa manera se sanciona la inacción del Ministerio Público, órgano que deberá cuidar de terminar la investigación en el menor tiempo posible, claro que atendiendo a la complejidad del caso y por supuesto de las diligencias realizadas con el fin de cumplir con los objetivos de la fase objeto de análisis, por esa razón, al incumplir con sus obligaciones, traerá la consecuencia plasmada en la norma objeto de comentario.



Bibliografía

- Becerra Contreras, Numa Emilio. *El Sobreseimiento en el Proceso Penal Venezolano*. Vadell Hermanos. Caracas. p. 55-97.
- Los incidentes Procesales. Consultar en <http://derechoupolirivas.blogspot.com/2014/04/los-incidentes.html>
- Mata, Nelly (2003) *Ciencias Penales. Temas Actuales*.” El Sobreseimiento en el Proceso aplicable al adolescente en conflicto con la Ley Penal. UCAB. Caracas.
- Mata, Nelly (2003) *Temas Actuales de Derecho Procesal Penal*. Sextas Jornadas de Derecho Procesal Penal” Actos Conclusivos de la Investigación” UCAB. Caracas.
- Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo. *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*. Editorial Vadell Hermanos. Caracas 2008. p.395
- TSJ.<https://www.google.com/search?q=tsj+jurisprudencia&aq=TSJ&aqs=chrome.1.69i57j35i39l2j0i67j0i67i-433j0i67j0i512l3j0i271.6055j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8>
- Vásquez González, Magaly. *Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano*. Las Instituciones Básicas del Código Orgánico Procesal penal. Ucab. Caracas. 1999, p.150-151
- Venezuela. *Código Orgánico Procesal Penal*. Gaceta Oficial No 6.644 del 17 de septiembre de 2021.
- Venezuela. *Código Penal*. Gaceta Oficial No 5.768 del 13 de abril de 2005.
- Venezuela. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial No 36.860. del 30 de diciembre de 1999.
- Venezuela. *Ley Orgánica del Ministerio Público*. Gaceta Oficial Extraordinaria No 38647 del 19 de marzo de 2007.
- Venezuela. *Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes*. Gaceta Oficial No 6.185 del 8 de junio de 2015.
- Venezuela. *Ley Tutelar de Menores*. <https://app.box.com/s/j8fhjyafigii0mp20h7d0js15unue50r>
- Venezuela. *Ley Tutelar de Menores*. Imprenta de la República. Caracas, 1982

Proceso penal de adolescentes: entre la informalidad de la coacción y la condena sumaria¹



LUIS GERARDO GABALDÓN²

1. Proceso penal y justicia procesal

La idea de garantías procesales mínimas es antigua. Un gobernador romano en Palestina ya mencionaba en el siglo I: *yo les contesté que los romanos no acostumbran entregar a un hombre sin que haya tenido la oportunidad de defenderse de los cargos en presencia de sus acusadores* (Lucas, 1995: 349). En el siglo XVIII, Voltaire (1977: 18) menciona cómo la conducta de los jueces resulta determinante para orientar la sentencia de un tribunal colegiado. Beccaria (1994: 93) sostenía para esa época que la formalidad y ceremonia en la administración de justicia favorecían la reducción de la discrecionalidad de los magistrados y proporcionaban la imagen de un juicio estable y regular. Bentham (1825, I: 99-101) justificaba los principios de legalidad y tarifa de la pena por cuanto ello tendría un comprobado efecto disuasivo, y de imparcialidad. El discurso de la llamada Ilustración contribuyó al desarrollo del Estado moderno de derecho, fortalecido mediante el racionalismo de Kant (2003), quien sentó las bases para la imputación de la responsabilidad jurídica en los tiempos modernos, facilitando elaborar la teoría de la pena y del proceso en torno a las ideas de formalidad y garantías procesales. Este modelo ha funcionado como postulado entre juristas y operadores del sistema penal, aunque la investigación sobre su operación muestre que conceptos como justicia y derecho a la defensa no parecen gobernar su desempeño cotidiano. Los códigos procesales y el discurso jurídico mantienen una retórica que parecieran confirmarlos como principios fundamentales. En Venezuela, la reforma procesal de 1998, calcada sobre modelos europeos, fue defendida como una forma de *modernización* de una legislación que seguía una tradición de raigambre medieval, orientada por el principio inquisitorial (Gabaldón, 2002). Incluso la discusión sobre el denominado *acceso a la justicia* se ha dirigido a enfatizar *la intervención de instancias independientes que impidan o remedien cualquier actuación lesiva de derechos*, lo cual implicaría el respeto al principio del contradictorio, manifiesto en *alegatos y control de la actividad probatoria* (Casal, 2005: 21, 23-24). Los manuales de procedimiento penal enfatizan el debido proceso como un principio rector, mientras relegan como *excepción* la admisión de los hechos, bien porque sería algo chocante con la estructura

1 Este artículo fue publicado en versión más extensa en Espacio Abierto, Cuaderno Venezolano de Sociología, 30, 4, octubre-diciembre 2021, pp. 37-57. Es un producto del proyecto Significado y propiedades situacionales de la violencia interpersonal juvenil, adelantado con el apoyo de Open Society Foundations, subvención OR2015-22505. La colaboración de las autoridades del Servicio de Protección Integral de Niños y Adolescentes del Estado Miranda (Sepinami) y de la Dirección de Protección de la Familia del Ministerio Público fue fundamental para adelantar el trabajo de campo.

2 Profesor Titular de Derecho Penal y Criminología de las Universidades de Los Andes, Mérida, y Católica Andrés Bello, Caracas. Sus líneas de investigación incluyen policía, violencia, justicia penal, delincuencia juvenil y fraude electrónico <https://orcid.org/0000-0003-4264-2127>.

ideológica del proceso o porque representaría un *procedimiento secundario o especial* (Fernández, 1999: 45 ss., Vásquez, 1999: 7 ss. y 179 ss.). También se tiende a proclamar que *el proceso penal ahora, y en el fondo, siempre, tiene por finalidad la tutela de los intereses del individuo frente a las exageraciones del poder político* (Pérez Pinzón, 2004: 27); y se denuncia el autoritarismo como obstáculo al desarrollo de una *cultura jurídica basada en la internalización de la ciudadanía*, mientras *la posibilidad de asumir el Derecho para imponer límites al poder se diluye* (Roche y Richter, 2005: 85).

Lo formal guarda relación con el protocolo y las secuencias rígidas y definidas, mientras lo informal se refiere a formas de proceder de guión abierto y secuencias ambiguas o indefinidas (Gabaldón, 1990). Una cosa son las garantías, como principios y postulados, otra lo formal, como lo previsto en la ley, que puede acoger garantías con diversos grados de limitación. Tampoco se debería olvidar que las normas procesales, en cuanto regulan formas de proceder y secuencias son formales y protocolares. Lo informal implica violar el protocolo. Esta distinción es pertinente por cuanto muchas veces se identifica lo formal con un principio superior mientras se descuida lo que atañe a procedimientos que, aunque previstos por la ley y resultan continuamente aplicados, se consideran de carácter excepcional o subordinado. Finalmente, es la práctica judicial la que consolida lo que resulta aplicable, aunque pueda ser considerada por algunos como incongruente con una sistemática de principios rectores de carácter superior e inquebrantable.

El desarrollo de perspectivas vinculadas a la teoría de los sistemas ha puesto en duda que determinados fines orienten la acción de forma inequívoca (Luhmann, 1982: 27), y la investigación institucional en diversos entornos ha permitido cuestionar algunos de los postulados del sistema acusatorio: debido proceso, independencia entre funciones investigativas y judiciales y la inviolabilidad del principio del contradictorio en materia probatoria. Algunos han sostenido que, sobre todo a partir de 1960, frecuentemente se asume que policía, tribunales y prisiones son tres componentes, engranados desde la investigación del delito hasta la condena, *como si se acercasen a una unidad organizacional para producir resultados atribuibles al esfuerzo coordinado de los tres en conjunto* (Dufee, 1990: 95). Según esta perspectiva, lo fundamental sería un sincretismo funcional antes que una independencia garantista, lo cual, sin embargo, no altera el carácter formal de dicho sistema. Se ha sostenido que la tensión entre el modelo del *debido proceso*, centrado en el control judicial de la discrecionalidad policial y en la presunción de inocencia, y el modelo del *control delictivo*, centrado en la represión del delito y en la presunción de culpabilidad, sería permanente y dependería en última instancia de los valores sociales que predominan en un determinado momento (Bottomley, 1973: 221 ss.). También se ha destacado que *la estructura legal y las decisiones, no la retórica legal, gobiernan la práctica legítima de la justicia penal* (McBarnett (1981: 155-156). Después de revisar el desarrollo de causas penales en Birmingham y Londres, Mc Conville y Baldwin (1981: 187, 190) sugirieron que una correspondencia entre las metas formalmente declaradas y el comportamiento efectivo de los agentes del proceso penal resultaba improbable, concluyendo que la característica fundamental de dicho proceso, tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, no sería la adjudicación pública de la responsabilidad sino la proclamación pública de la culpabilidad.

Si acogemos la distinción entre protocolar y no protocolar para distinguir lo formal de lo informal, podríamos considerar como casos representativos de lo último las falsas imputaciones y las torturas, la invasión de funciones atribuidas a los fiscales por parte de los jueces, o la violación de los lapsos procesales, por citar algunos ejemplos. En este trabajo procuro una apreciación consolidada sobre el proceso penal que experimentó un grupo de adolescentes condenados por homicidio en el área centro norte costera de Venezuela, en el eje de lo formal y lo informal, así como en lo atinente a la preservación o al sacrificio de las garantías y el debido proceso previstos en la Constitución y en la ley.

2. Narración de experiencias procesales por homicidas adolescentes

La utilización de narrativas de infractores se viene extendiendo tanto en perspectiva de adultos como de adolescentes. Con respecto a adultos, se ha utilizado recientemente en Venezuela para explorar factores situacionales en los encuentros que condujeron al homicidio (Gabaldón, 2020), justificaciones y excusas frente a la ejecución del hecho (Rodríguez, 2020) y contraste entre actas procesales y percepciones de los justiciables en el procedimiento penal (Monsalve Briceño, 2020). Por lo que se refiere a adolescentes las hemos utilizado para analizar antecedentes y percepciones sobre homicidios entre victimarios jóvenes (Serrano y Gabaldón, 2020), mientras en otros países se ha acudido a ese método para explorar percepciones sobre trato y sanciones en el medio correccional (Fernández, 2019) y percepciones sobre nosología y alcance de tipologías médicas y de salud mental, lo cual permitiría rescatar vivencias y saberes subalternos, que usualmente quedan silenciados, así como determinar emociones y su significación temporal entre la población criminalizada más joven (Carceller-Maicas, 2018: 270-272).

Para este trabajo se realizaron 18 entrevistas entre agosto y septiembre de 2019. Se utilizó un muestreo intencional de adolescentes sancionados por homicidio, cumpliendo medidas de privación de libertad. Se trata de un grupo mayoritariamente conformado por hombres (89%), de los cuales tres se encontraban detenidos en el Retén de la Policía del Estado Vargas, en Caraballeda y 15 de ellos, incluyendo dos mujeres, internos en el Servicio de Protección Integral de Niños y Adolescentes del Estado Miranda (SEPINAMI). Las entrevistas fueron realizadas por el autor de este artículo con la ayuda de una asistente, grabadas y transcritas textualmente y tienen una duración promedio de una hora (Serrano y Gabaldón, 2020: 249-251). Con base en sus relatos se reconstruyen las experiencias de estos adolescentes desde el momento de la detención hasta la ejecución de la sentencia, documentando las cuestiones centrales para tres categorías de análisis que emergieron de la generalidad y consistencia de los relatos, en torno al eje de formalidad/informalidad, vinculado al aseguramiento o arrollamiento de garantías de defensa y debido proceso. Se preserva, conforme al protocolo de consentimiento informado y a la ley, la identidad de los adolescentes entrevistados, quienes son citados mediante seudónimos.

1.1. Intervención de la policía en la fase de investigación

El primer contacto que se tiene dentro del proceso penal es con la policía, como refiere la investigación de forma generalizada. En esta fase, el conflicto entre modelo del debido proceso y modelo de control del delito parece representar una tensión permanente, independientemente del contexto sociocultural dentro del cual se desarrolla el proceso. Aquí es donde también se expresa con mayor visibilidad la polaridad entre lo formal y lo informal, y por ello conviene abordar las percepciones de los adolescentes sobre sus primeros contactos con la policía con ocasión de la investigación y prosecución del procedimiento para determinar su responsabilidad. Una revisión de los relatos de los entrevistados permite afirmar que entre los 18 sujetos, solo las dos adolescentes de género femenino reportaron no haber recibido tratos rudos, crueles o degradantes durante su detención e investigación. Los adolescentes de género masculino refirieron frecuentemente conductas tanto de violencia física como psicológica por parte de funcionarios policiales, en especial, la policía de investigación penal, así como, en algunos casos, de parte de funcionarios militares. Las narraciones sugieren que no se aplican mecanismos institucionales para ejercer contrapesos y, al menos, minimizar estas prácticas. Se trata de patrones recurrentes, aparentemente *normalizados*, especialmente durante las detenciones, durante los interrogatorios, cuando se hacen requisas en los calabozos, y luego de ocurrir trifulcas, motines o fugas. Los maltratos variaron desde eventos singulares hasta regulares y reiterados. *Hijastro*, por ejemplo, refirió haber recibido *solamente una patada por el pecho porque prácticamente no quería decir que fui yo, yo me negué, siempre me negué*, agregando que el trato cambió cuando admitió haber cometido el homicidio. Pero en el otro extremo, *Barbero* refirió que *un primo de la víctima es PTJ y ordenaba atacarlo con frecuencia, con sus compañeros del comando*, llegando a describir una secuencia prolongada y detallada de maltratos aun habiéndose entregado voluntariamente en la delegación policial:

“...ahí me dieron una rumba...con bate por las nalgas, me amarraron las manos así con las esposas y me las doblaron pa’trás, me pusieron una bolsa como seis veces. Me la quitaban y cuando ya veían que ya no tenía aire me despertaban...con una cachetada...y me la volvían a poner (...) en todas las requisas me daban, me llamaban “Barbero párate” y me daban tres o cuatro batazos (...) a veces estaba así dormío y llegaban... un día me sacaron para un cuartico y me lanzaron un gas pimienta, si no fuera sido porque partí un lavamanos, pa’agarrame de una ventana, me asfixiaba...”

Cantante comenta los maltratos sufridos para obtener evidencia incriminatoria, en este caso un arma de fuego:

“*Director venga acá un momento*’ y yo dije ‘yo sí lo maté’, ‘¿y la pistola?’, ahí si me dieron un poco de ¡pam, pum, pam!, palo para que la entregara, y yo ‘no hace falta que me estén pegando, yo la voy a entregar porque yo voy a asumir’, yo ya se lo conté a la juez”.

En algún caso la violencia física se asocia a la psicológica, incluyendo la proyectada hacia familiares o relacionados, *Tatuado* comentó:

“...entonces salió mi tía que estaba embarazada, fue que... y se llegó a la patrulla..., y la policía me dice ‘cállate’ y me dio una cachetada y me metió pa’dentro..., le decía ‘tú lo quieres, tú lo quieres...búscalo en la morgue porque lo que está es muerto’ a mí... era a quien le ponían la pistola en la cabeza (...) el policía se bajó como de aquí, yo estaba aquí y el policía se paró como por allá, se agachó y me apuntó, ‘presenta las manos, las manos’ y yo ponía las manos igualito, ‘presenta las manos chamo, las manos y pá... te voy a dar en la cara, en la cara’, ajá... ‘te voy a matar, te voy a matar’, ‘dime donde está el transporte público’, no sabía de qué me estaban hablando...”

Distintos cuerpos policiales participan en diversas formas de maltrato, aunque parece haber una especialización de la policía de investigaciones, que por cierto es la que termina preparando los documentos que fundamentan judicialmente la acusación del Ministerio Público y de alguna manera determina el resultado final del proceso. Al menos 50% de los adolescentes entrevistados narraron episodios de tortura que incluyeron combinaciones de *batazos*, *agentes irritantes como gas pimienta e insecticida*, *electricidad y asfixia*. Futbolista comentó este uso combinado, alterno y progresivo hasta lograr una autoinculpación y la promesa de mantenerla ante el tribunal cuando se presente la oportunidad de declarar, bajo el supuesto de que es *voluntaria*:

“...la PTJ me fracturó una costilla...ellos decían que no me iban a liberar, que ‘tú eres cizañador, tú le decías al líder que lo matara, habla mamahuevo’ entonces después me dijeron que, me pusieron una venda y broma y me pusieron una bolsa con... como la broma esa con la que se mata las cucarachas... el baygon, ... y esa vaina me estaba quemando y broma, entonces yo decía ‘que no sabía, que no sabía, que no sabía’, después ... con la misma venda me daban vuelta, me daban cachetadas, ... después me daban por aquí, luego por arriba y me decían que qué iba a decir en los tribunales cuando subiera y yo ‘ah, que no sé nada que yo soy inocente...’, ‘no puedes decir eso, tienes que decir que tú fuiste’ y yo ‘¿cómo voy a decir algo que yo fui?, si yo no puedo asumir unos hechos que yo no hice’, ‘pero es que claro que sí, tú tienes que ver con eso’ y yo ‘ah bueno’ y ellos **‘¿qué vas a decir? ¿que los funcionarios te pegaron?’ y yo le iba a decir que sí, pero si iba a decir que sí, me iban a dar más duro, entonces yo ‘no, no, no’** (...) y ahí me sacaron para la silla, me pusieron en la silla esposado y al día siguiente me subieron a los tribunales”.

La insensibilización progresiva queda reflejada en este comentario de *Dateado*: *llega un momento en que no duele nada, de tanto golpe que te han dado...*

Mientras en casos de coparticipación una imputación múltiple sería lo más indicado, parece bastar con afincarse en el candidato más factible para resolver el caso, como ilustra este relato del más joven de los homicidas entrevistados, *Balines*, con solo 14 años de edad al momento de la ejecución del homicidio, donde se observa una suerte de instrumentalidad asociada a la expresividad del castigo:

“...nos agarraron a los cuatro ... nos tenían en la municipal y después nos llevaron para la LOPNNA y de la LOPNNA nos soltaron (...) y nos volvió a agarrar la guardia, pero ahí en ese momento estaba la familia del chamín y nos agarraron... y nos entregó con la PTJ (...) me pegaron corriente, y me pusieron una bolsa aquí para que no respirara (...) para que yo le dijera dónde estaba el niño (...) para ver si nosotros le habíamos hecho algo (...) estuve un mes, casi un mes en la PTJ (...) y no me pegaban todos los días, todos los días no, pero así como me pegaban, me pegaban así como es, no, solo que si pasaban me pegaban una patada, lepe, coñazo, así pero nada más así cuando pasaban”.

2.2. Admisión de los hechos como alternativa al juicio contradictorio

Se observaron 15 casos de admisión de hechos (83%), con algunas calificaciones y especificaciones. Siete reconocieron su autoría o participación en diversos niveles, asumiendo la responsabilidad. *Impulsiva*, manifestó arrepentimiento aunque el homicidio resultó frustrado; *Cantante*, habló de remordimiento de conciencia, de conversaciones con Dios y hasta entregó la pistola, agregando *le quería hacer era daño pero cuando le hice daño no me sentí bien*; *Dateado*, quien presenció cuando la víctima herida era trasladada al hospital, admitió los hechos desde la audiencia de presentación; *Karateca* e *Hijastro* involucrados en el mismo caso, un robo que culminó en homicidio, aceptaron “el error” por las evidencias en contra y, probablemente por autoinculpación durante el interrogatorio policial: *le iban a meter la bolsa y el chamo, te vamos a meter diez años, que tal, y el chamo habló ‘mira tú fuiste, que esto, que no sé qué’...*

Cuatro entrevistados reportaron haberse sentido presionados durante el proceso sin haber recibido asesoría de parte de la Defensa para demostrar su inocencia. Estas admisiones de hechos no suponen asumir responsabilidad, sino más bien un cálculo en función de la dinámica *comprometedora* en que se encuentran envueltos. *Futbolista* negó pertenecer a la banda señalada de participar en los hechos, insistiendo en que llegó a tribunales sin tener idea de lo que había ocurrido; *Mayorista* expresó *asumí por miedo, por temor que me pusieran más tiempo*, y dado que frecuentaba a los autores reales, *cobré yo*; *Hermanastro* manifestó ¿por qué tengo que asumir lo que no hice? agregando no saber que se podía trasladar a la sede del tribunal mediante el tren suburbano y no haber querido perjudicar a su madre; *Tatuado* alegó haber recibido expresiones concordantes de la defensa, el Ministerio Público y el juez en el sentido que todo coincidía para atribuirle la autoría del hecho.

En cuatro casos los imputados eligieron enfrentar en un primer momento el procedimiento contradictorio, pero dado que el proceso se demoraba debido a los diferimientos de las audiencias, los traslados y las causas separadas seguidas a personas adultas coimputadas, decidieron admitir los hechos para concluir cuanto antes. *Barbero* reconoció su autoría en los hechos, aunque sostuvo que su madre no deseaba que asumiera debido a que desconocía que él era el autor; *Basquetbolista* explicó que *como veía que no hacían nada, siempre me diferían y broma y hablé con mi mamá pues, que yo igualito que era inocente pero si me daban una pena baja decidí asumir*; en el caso de *Testigo* el juicio también se extendió durante casi un año y *Conuquero*, quien

admitió pertenecer a la banda que cometió el delito, afirmó que aunque el abogado le recomendó ir a juicio, esperando ser trasladado a tribunales *cuando me subieron...asumí*. Solo en dos casos (11%), se mantuvo la decisión inicial de afrontar el juicio esperando la conclusión del proceso contradictorio. *Frutera* manifestó haber recibido una oferta de ocho años de internamiento, que no aceptó, aunque hubiera aceptado seis, dado que *sentí que no tenía salida...de alguna u otra forma había participado y yo estaba consciente que lisa no me iba a ir*. *Cripy* manifestó haber recibido la opinión de sus padres en el sentido de afrontar el juicio y *porque como no tenía nada que ver, y yo les hice caso...* aunque agregó que *yo quería que sí, al principio, admitir los hechos para salir más rápido de ahí*, pero me fui a juicio y perdí.

Los resultados muestran que, como ya se ha establecido para los casos de adultos reclusos en centros penitenciarios (Consejo Superior Penitenciario, 2011: 63), el procedimiento de admisión de los hechos es lo cotidiano en la administración de la justicia penal y alcanza a las $\frac{3}{4}$ partes de los casos con sentencia condenatoria. En el caso de éstos adolescentes esta proporción se eleva a las $\frac{4}{5}$ partes de las condenas. Pero más allá de la proporción de los casos, emergen de estos relatos elementos para sostener que variados mecanismos informales, como imputaciones por extensión o por asociación, presiones combinadas de agentes independientes dentro del proceso penal y dilaciones indebidas o arbitrariedad en los traslados a los actos del juicio, contribuyen de forma importante a una decisión que antes de significar el reconocimiento legal y moral de la responsabilidad por el delito cometido, supone abreviar o conjurar maltratos, indefensión o prolongación indebidos del procedimiento penal, que hacen aparecer la menor condena recibida como un aliciente, incluso frente a situaciones en que se niega la propia participación en el delito procesado.

2.3. Percepción general sobre el proceso penal

En esta sección se describen comentarios generales sobre el procedimiento penal a que fueron sometidos los entrevistados. Un primer grupo, integrado por 8 adolescentes, considera el proceso como relativamente expedito, enfatizando el traslado desde el centro de detención policial hasta la entidad de atención especializada, como una situación de alivio. El segundo grupo, integrado por 9 adolescentes, destaca vivencias traumáticas incluyendo percepciones de manipulación durante el proceso de aplicación de la sanción, e incluye comentarios sobre diferimiento de las audiencias, reposición de la causa, exigencias de dinero y otras falencias. Cabe destacar que de los 18 sujetos entrevistados, solo 7 (39%) asumieron los hechos como autores/protagonistas del homicidio por el que fueron condenados, mientras que 7 negaron su participación asumiéndose como narradores del evento homicida ejecutado por otros, 2 reconocieron colaboración directa aunque no autoría, y en dos casos, una adolescente fue utilizada como señuelo para un robo, mientras otro adolescente fungió como autor intelectual de un robo que concluyó en homicidio. Ello en parte contribuye a explicar la postura crítica frente al proceso penal y su actividad probatoria, experimentado como injusto, en buena parte debido a cargar con la responsabilidad que debería corresponder a terceras personas.

Entre el grupo de adolescentes cuyas percepciones del proceso resultaron más favorables, cinco de ellos admitieron los hechos por reconocimiento de responsabilidad, mientras uno lo hizo debido al temor a ser sentenciado a 10 años de privación de libertad. *Impulsiva* se refirió a la celeridad de su procesamiento, si bien entre su captura y la fecha en que firmó conformidad con la sentencia, luego de asumir los hechos, transcurrieron cinco meses. *Dateado* indicó que en 5 minutos logró regatear, con ayuda de su abogada y mediante la admisión de hechos, una condena de diez años a seis y ocho meses, de los cuales tres años de privación de libertad. *Emproblemado* manifestó haber estado detenido por tres meses en la policía, hasta que asumió los hechos al ser llevado al tribunal, si bien luego de su sentencia todavía pasó un año en el calabozo policial.

Entre el grupo de percepciones menos favorables, *Cantante* indicó que un juez le había ofrecido cinco años de condena si admitía los hechos, lo cual hizo, pero luego fue condenado a siete años, si bien le han flexibilizado el cumplimiento durante el periodo de ejecución. *Balines* refirió haber pasado un mes en el calabozo policial sometido a maltratos continuos, hasta que la defensora y la fiscal lograron un traslado a un centro especializado, para lo cual intervino activamente su madre. *Cripy* se quejó de reposiciones, retardos e incluso de exigencia de dinero por parte de la juez del caso. *Frutera* indicó haber transcurrido tres meses detenida antes de ser iniciado el juicio, que habiendo durado siete meses, culminó con una condena de diez años, que consideró excesiva si bien reconoció haber participado en el evento del robo, aunque no en el homicidio por el cual fue condenada. *Barbero* reconoció no haber admitido en la audiencia preliminar sino cuando ya había comenzado el juicio, debido a que la oferta inicial de la fiscal no le resultó atractiva, al riesgo de una reposición, y por cuanto ya llevaba diez meses detenido. *Futbolista* afirmó tener siete meses detenido cuando se abrió el juicio que deseaba enfrentar por no haber cometido el hecho, aunque terminó por admitirlo, incluso a instancias de su madre, ante el riesgo de recibir una condena de ocho años de detención sin progresividad. *Basquetbolista* refirió que los testigos de la acusación no se presentaban, aun cuando la propia abuela llevaba las citaciones por no estar disponibles las patrullas policiales y que, siendo inocente de cuanto se le acusaba *no entendía así mucho, pues, porque yo estaba más chamo*. *Testigo* relató haber asumido finalmente los hechos, luego de haber ido a juicio, debido a múltiples diferimientos por ausencia de las partes y por inconvenientes de traslados, agregando que ha escuchado sobre, y sufrido, en la persona de su madre, exigencias de dinero por la libertad por parte de la policía y otros agentes en el proceso. *Tatuado* manifestó que el juicio se prolongaba ya por más de un año, cuando decidió admitir los hechos. *Conuquero* también indicó haber admitido luego de múltiples diferimientos debido a problemas de traslado de un coimputado por falta de vehículos para hacerlo.

La reseña anterior muestra que, en general, la percepción del proceso penal es muy negativa y tiende a ser caracterizado como una secuencia donde predomina la detención en calabozos policiales con frecuente maltrato, duración excesiva por diferimientos y aplazamiento de los actos, así como las presiones para admitir los hechos motivadas, en muchos casos, por la incertidumbre sobre la duración, funcionalidad u oportunidad que brindaría el juicio para garantizar una defensa efectiva.

3. Adjudicación de la responsabilidad entre la coacción formal e informal

Los relatos de los adolescentes entrevistados pueden ser condensados en torno a las siguientes apreciaciones. En cuanto a la participación de la policía en la fase de investigación, una impresión generalizada de maltrato físico y psíquico, incluyendo formas de tortura, que se manifiesta tanto en la instrumentalidad para obtener la autoinculpación, como en la expresividad para manifestar censura y denigración, fomentada probablemente por la percepción de los adolescentes como débiles, desprestigiados o moralmente devaluados. En cuanto a la admisión de los hechos como alternativa al juicio contradictorio, una prevalencia generalizada y condicionada por actos de coacción explícita o implícita, donde diversos agentes quienes, pese a la diferenciación orgánica y funcional, se conjugan en una suerte de sinergia para obtener el resultado final, mientras la libertad de elección del imputado queda severamente comprometida. Por lo que se refiere al proceso penal en general, una percepción de secuencia interminable de actos, en su mayor parte incomprensibles, sin oportunidad de participar ni ser escuchados, y donde agentes orgánica y funcionalmente diferenciados, de nuevo, arbitran o deciden sobre actos, términos o encuentros que terminan produciendo un efecto agónico que procura una salida, en casos desesperada, que incluye reconocer falsas imputaciones.

Lo informal, como ausencia de protocolo, queda claramente evidenciado en estas dimensiones. Si bien la policía tiende a ejercer controles informales sobre los jóvenes en función de la devaluación moral, y ello ha sido específicamente documentado para el caso venezolano (Gabaldón, 2015a), de los relatos en esta investigación se desprende que la *forma usual* de construir el caso penal se basa en la inducción violenta de la autoinculpación, frente a candidatos sospechosos o no, como una forma de obtener un producto, el proceso y la condena, anticipado como deseable y, probablemente, exigido como cuota de productividad (Gabaldón, Monsalve-Briceño y Boada, 2010: 122; Antillano et. Al., 2012: 50-52). Los policías reafirmarían de este modo su interés como agentes de un proceso penal que procura, como un complemento, la aplicación de un castigo formal frente al situacional e inmediato que aplican a un “cliente” (Monsalve-Briceño, 2006: 17-19). De este modo, lo que orientaría la actividad policial no sería tanto la resolución del homicidio mediante la identificación y castigo del culpable, sino el señalamiento de un *culpable* (sea o no el autor del homicidio) que pueda justificar una condena. Se trataría de *confesiones coaccionadas conformes*, cuando se confiesa falsamente para escapar de una consecuencia adversa o evitar una amenaza explícita o implícita (Navamuel Nieto y López Pérez, 2017: 20).

El empleo de la coacción extrema para que se admita dicha culpabilidad, pese a todas las salvaguardas procesales para garantizar la defensa y la discusión de las pruebas, se manifiesta desde el inicio, conduciendo a lo que se ha señalado como *proclamación pública de la culpabilidad* (Mc Conville y Baldwin, 1981: 190). Esta proclamación sigue, pues, a la utilización de medios altamente coactivos, informales e ilegítimos. El conocimiento que, según algunos de estos relatos, se tenía de otros homicidios cometidos con anterioridad, sin que se hubiesen investigado y procesado, muestra no solo la discrecionalidad policial y su arbitraje en el proceso penal, sino la facultad para decidir quién y cuándo debe ser imputado, procesado y condenado por homicidio. La actividad de control que sobre esta decisión inicial debería ejercer el Ministerio Público no se

manifiesta; su intervención se produce en un momento tardío cuando ya el candidato a ser sentenciado ha sido seleccionado y presentado para la convalidación de la decisión policial. Si bien la confesión no es prueba válida y menos en sede policial, la práctica de obtenerla funciona como un paso que facilita corroborar la culpabilidad mediante la admisión de los hechos, en cualquier fase del proceso, dado que, según muestra la experiencia, más peso tienen las confesiones que las declaraciones de testigos presenciales (Navamuel Nieto y López Pérez, 2017: 21).

Este proceso de admisión de los hechos se produce mediante el empleo adicional de mecanismos informales y coactivos en los cuales participan fiscales, jueces y hasta los mismos defensores, algo que también ha sido descrito para el medio anglosajón y para lo cual se ha alegado sobresaturación de casos (Mc Barnett, 1981, cap. 4; Bottomley, 1973: 105-108). A diferencia de lo que sucede en el sistema anglosajón, donde la rebaja de la pena por admisión de culpabilidad (*guilty plea*) no está tarifada por la ley y en todo caso es discrecional, en el sistema venezolano, dada la tarifa de la rebaja y su procedencia en todo caso, se facilita el cálculo de la negociación aunque, como ilustran varios relatos, los jueces conservan discreción para las rebajas de pena y para la combinación de medidas detentivas y no detentivas, como condenas *consecutivas*. Es en esta materia donde se observa la mayor incongruencia entre el texto de la ley y la interpretación de varios expertos y operadores del Sistema Penal de Responsabilidad de Adolescentes, quienes sugieren que el propósito de dicha figura legal es reconocer formalmente un arrepentimiento sincero que produce como premio la rebaja de la pena (Serrano, Perfetti y Martínez, 2006: pp 82-83), mientras nada de eso está expreso en el texto legal. Para la mayoría de los autores en todas partes del mundo, el propósito de la figura es ahorrar tiempo y recursos a un sistema que de otro modo se vería rebasado por la saturación de los casos ingresados. Si bien estas interpretaciones podrían discutirse, ninguna de ellas contraviene el sentido de la ley y cualquiera sea su motivación, la admisión de los hechos debería mantener en cualquier caso su condición protocolar y formal. Lo que resulta no protocolar e informal es el acuerdo explícito entre fiscales, jueces y defensores para proponerla, lo cual ha quedado evidenciado en alguna entrevista, así como el cambio de condiciones ofrecidas una vez aceptada, como se manifiesta en alguna otra. La discusión, por consiguiente, en el contexto de este artículo, no es sobre si dicha figura disminuye las posibilidades de la defensa técnica, lo cual es evidente, sino sobre si los mecanismos empleados para obtenerla violentan las formas y normas procesales explícitas, lo cual pareciera ser el caso. Ello sin contar los alegatos de corrupción para otorgar beneficios procesales e inhibir la continuación del proceso, que son obviamente informales e ilícitos.

En este contexto, no es de extrañar la percepción negativa generalizada que manifiestan los adolescentes sentenciados sobre el procedimiento al cual fueron sometidos. Un informe de UNICEF, basado en una encuesta sobre adolescentes sancionados en diversas regiones en Argentina, permitió determinar que el 71% no conocía el tiempo de detención que deberían cumplir en el centro de internamiento y más del 50% indicó no haber tenido nunca contacto con el juez del caso, mientras se detectaron dificultades en la comunicación del significado de las actuaciones judiciales entre los procesados (UNICEF, 2018: 90-94).

En nuestro caso, incluso quienes no manifestaron queja explícita sobre el retardo, experimentaron dichos retardos en contravención con los lapsos procesales. Y quienes más denunciaron el retardo, manifiesto en diferimiento de audiencias y actos, falta de traslados a la sede del tribunal o viajes frustrados y costosos, incluyendo el extremo de tener que llevar los familiares del victimario, testigos de la fiscalía, boletas y notificaciones para comparecer, muestran cómo ese proceso puede llegar a violentar las exigencias y parámetros de la legalidad, sin que haya modo efectivo de corregirlo, salvo mediante la renuncia a defenderse y admitir la culpabilidad con la esperanza de obtener una condena atenuada. Cuando se trata de sujetos que fueron falsamente imputados, esta decisión no solo responde a una coacción informal extrema, sino que viola tanto los principios de justicia procedimental como los de justicia sustantiva.

4. Conclusiones

En este artículo se abordó la cuestión de las garantías procesales, la formalidad en el proceso de investigación y adjudicación de la responsabilidad penal y la coacción asociada al constreñimiento más allá de lo que implica como tal el mismo proceso penal, a través de relatos de adolescentes condenados por homicidio. Se ha procurado un acercamiento a la contextualización y percepción que manifiestan dichos adolescentes sobre el control formal e informal de la violencia, con ocasión de su castigo como homicidas.

La abundancia de los comentarios realizados, así como la bifurcación de sus apreciaciones en cuanto al proceso penal y en cuanto a la ejecución de las medidas socioeducativas impuestas, han mostrado, por un lado, que la vivencia de la fase ejecutiva de la sentencia, cumplida en un centro especializado para adolescentes, y en pocos casos en una dependencia policial habilitada para ellos, se separa de aquella experimentada durante el enjuiciamiento. Aunque no se ha tratado esa vivencia de la ejecución en este trabajo, el dato de por sí es relevante por una razón: a juzgar por los comentarios de los adolescentes, generalmente favorables sobre esta segunda fase frente a la primera, se trataría de dos secuencias con lógicas y resultados diversos, a diferencia de lo que sucede con la jurisdicción penal de adultos, en la cual la ejecución penal tiende a ser percibida por los penados como la continuación natural del proceso (Monsalve, 2020). Ello pareciera indicar, a reserva de una indagación más detallada, la discontinuidad de estilos y lógicas agenciales entre ambas fases, lo cual podría incidir en una percepción diferenciada sobre la *formalidad*, la *coacción* y las *garantías* entre ambos momentos. La apreciación que hemos obtenido de los comentarios de los adolescentes, en cuanto al proceso penal en sí mismo, apunta a una percepción de elevada coacción, tanto física como psíquica, así como de garantías muy disminuidas, durante el desarrollo del proceso desde la investigación hasta la sentencia. Que tal coacción sea la expresión de una *informalidad* que multiplica y expande la coacción más allá del protocolo legal (Gabaldón, 2015b, 1990), parece evidenciarse en estos relatos, donde la fuerza física y moral se convierte en un recurso fundante para la incriminación legal y desafía las concepciones jurídicas modernas que fundamentan el estado de derecho, en el sentido de requerir una *coacción protocolizada*. De modo que en materia de adolescentes podríamos estar asistiendo a una distinción entre una *coacción informal para procesar y condenar*, manifiesta en el desarrollo del proceso penal, y una *coacción formal para disciplinar y readaptar* dentro del sis-

tema de cumplimiento de medidas. Obviamente esta cuestión requiere mayor investigación y la ampliación de muestras de casos y situaciones para otros delitos, circunscripciones territoriales y poblaciones de adolescentes, variables todas que podrían tener incidencia en la combinación entre coacción formal e informal.

Algunos relatos de adolescentes sentenciados para ejecución de medidas privativas de libertad, en el caso argentino, permiten inferir que allí se perciben maltratos informales de diverso tipo, no siempre asociados al comportamiento de los custodios, como *verdugueo policial*, *necesidad de pelear por comida* y *hostigamiento* (Fernández, 2019: 12-16). Nuestros hallazgos, en todo caso, permiten dudar que el sistema de responsabilidad penal de adolescentes funcione, en la práctica, como un sistema de garantías y de minimización de la coacción como monopolio del estado, tal como se postula en las convenciones internacionales y en la legislación interna. El sistema penal que experimentaron no se caracterizó por motivar sus decisiones con base estricta los hechos evidenciados y el derecho aplicable, ni por deducir la responsabilidad a través de elementos de convicción y medios de prueba sustentados y validados, lo cual se aleja, no solamente de los principios de la Doctrina de la Protección Integral, sino de las garantías constitucionales y legales modernas sobre el debido proceso. De sus comentarios se desprende que la actuación de la policía de investigación está muy lejos de acercarse a los servicios especializados previstos en la LOPNNA (artículos 527 y 651). De sus testimonios se desprende que principios como presunción de inocencia, respeto a la dignidad, concentración, información clara y precisa de los motivos de la investigación, significado de las actuaciones procesales y las decisiones que se produzcan, no fueron preservados. Si bien tendencias contemporáneas recientes insisten en la conveniencia de diversificar las medidas para enfrentar la delincuencia juvenil, el procesamiento penal queda abierto como opción para las infracciones más graves, y la tendencia internacional se ha manifestado en muchos países a través de la persecución penal como adultos de jóvenes antes protegidos por jurisdicciones especializadas y mediante el incremento sustantivo de las penas. Pero no se debería agregar a este tratamiento penal, en sí mismo coactivo, la informalidad de la coacción mediante el relajamiento de los protocolos estatutarios y arrojando de los principios fundamentales que garanticen un juicio justo.

Bibliografía

- Antillano, Andrés, Iván Pojomovsky, Alejandra Bastardo, Ivonne Torres y David Palís (2012) “¿Qué hace el CICPC? Descripción de las actividades rutinarias de investigación de un grupo de detectives”, en *Diagnóstico y propuestas de reforma del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas*. Caracas, Consejo General de Policía, pp. 39-53.
- Beccaria, Cesare (1994). *De los delitos y de las penas*. Edición Latinoamericana a cargo de Nodier Agudelo Betancur. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Bentham, Jeremy (1825) *Teoría de las penas*. Vols. 1 y 2. Paris, Imprenta J. Smith.
- Bottomley, A. Keith (1973) *Decisions in the penal process*. Oxford, Martin Robertson.
- Carceller-Maicas, Natalia (2018) “Mundos vitales de palabras: análisis del sufrimiento adolescente mediante narrativas de malestar”, en *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 16, 1, pp. 269-283.
- Casal, Jesús María (2005) “Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia”, en J.M. Casal, C.L. Roche, J. Richter y A. Chacón Hanson, *Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia*, Caracas, Ildis, pp.11-66.
- Consejo Superior Penitenciario (2011) *Diagnóstico Sociodemográfico de la población penitenciaria en la República Bolivariana de Venezuela, 2010-2011*. Informe Técnico. Caracas, Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia.
- Dufee, David E. (1980) *Explaining Criminal Justice*. Prospect Heights, Waveland Press.
- Fernández, Fernando (1999) *Manual de derecho procesal penal*. Caracas, McGraw-Hill.
- Fernández, María Cecilia (2019) “La mirada de los jóvenes sobre el castigo en la Provincia de Buenos Aires, Argentina, 2015” en *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 17, 2, pp. 1-30.
- Gabaldón, Luis Gerardo (2020) “La situación y su percepción en el homicidio: relatos de homicidas en Venezuela”, en Luis Gerardo Gabaldón (Edición e Introducción) *Homicidio, riesgo, significado y castigo*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, pp. 141-168.
- Gabaldón, Luis Gerardo (2015a) “Empoderamiento juvenil y control policial informal”, *De Prácticas y Discursos*, 4, 4, 2015, pp. 1-19.

- Gabaldón, Luis Gerardo (2015b) “La coacción entre lo público y lo privado”, *Espacio Abierto*, 24, 4, octubre-diciembre, 2015, pp. 5-15.
- Gabaldón, Luis Gerardo (2002) “Discurso legal y discurso social: reflexiones sobre el espacio del control social formal”, *Espacio Abierto*, 11, 4, oct-dic. 2002, pp. 605-617.
- Gabaldón, Luis Gerardo (1990) “Control social informal y prevención del delito”, en Lola Aniyar de Castro (Editora) *Criminología en América Latina*, Roma, Unicri, pp. 91102.
- Gabaldón, Luis Gerardo, Yoana Monsalve-Briceño y Carmelo Boada Tomé (2010) “La construcción policial del caso penal en Venezuela”, en Andrés Antillano (Compilador) *Qué es, cómo se hace y para qué sirve el trabajo policial, tomo III*. Caracas, Consejo General de Policía, pp. 110-124.
- Gabaldón, Luis Gerardo y Carla Suyín Serrano (2001) *Violencia urbana: Perspectivas de jóvenes transgresores y funcionarios policiales en Venezuela*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello.
- Kant, Immanuel (2003) *Crítica de la razón práctica*. Buenos Aires, Losada (web file, Editorial La Página)
- Lucas (1995), *Hechos*, 25, 16, en La Biblia Latinoamérica, Madrid, San Pablo, pp. 291-356.
- Luhmann, Niklas (1982) “Ends, domination and system”, en Niklas Luhmann, *The differentiation of society*, Nueva York, Columbia University Press, pp. 20-46.
- Mc Barnett, Doreen (1981) *Negotiated justice*. Londres. Macmillan Press.
- Mc Conville, Michael y John Baldwin (1981) *Courts, prosecution and conviction*. Oxford. Clarendon Press.
- Monsalve-Briceño, Yoana (2020) “Procesamiento penal y percepción del castigo entre homicidas”, en Luis Gerardo Gabaldón (Edición e Introducción) *Homicidio, riesgo, significado y castigo*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, pp. 313-343.
- Monsalve-Briceño, Yoana (2006) “Repercusiones del sistema de justicia en el castigo policial”, *Capítulo Criminológico*, 34, 1, pp. 5-32.
- Navamuel Nieto, María y Rafael Manuel López Pérez (2017) “Persuasión en el interrogatorio policial: una revisión sistemática”, *Behavior and Law Journal*, 3, 1, pp. 11-25.
- Pérez Pinzón, Alvaro (2004) *Los principios generales del proceso penal*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

- Roche, Carmen Luisa y Jacqueline Richter (2005) “Barreras culturales para el acceso a la justicia en Venezuela”, en J.M. Casal, C.L. Roche, J. Richter y A. Chacón Hanson, *Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia*, Caracas, Ildis, pp.67-112.
- Rodríguez, Juan Antonio (2020) “Conversando con homicidas: ¿solo excusas y justificaciones? en Luis Gerardo Gabaldón (Edición e Introducción) *Homicidio, riesgo, significado y castigo*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, pp. 215-246.
- Save The Children (2018) *Atrapados: el impacto en la infancia de la violencia en el Triángulo Norte de Centroamérica*. Coordinación, Naida Criado. Madrid. Save The Children España.
- Serrano, Carla y Luis Gerardo Gabaldón (2020) “El homicidio a través del relato de victimarios adolescentes”, en Luis Gerardo Gabaldón (Edición e Introducción) *Homicidio, riesgo, significado y castigo*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, pp. 247-279.
- Serrano, Carla, Erna Perfetti y Jhon Martínez (2006) *Reflexiones en torno al Juicio Educativo previsto en la LOPNA: a través de entrevistas hechas en Caracas durante el 2005*. Informe técnico. <http://saber.ucab.edu.ve/handle/123456789/19821> (último acceso: 22 de mayo de 2021)
- UNICEF (2018) *Las voces de las y los adolescentes privados de libertad en Argentina*. (Autoría de Matías Bruno, Mariángeles Misuraca y Hernán Monath). Buenos Aires, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.
- Vásquez, Magaly (1999) *Nuevo derecho procesal penal venezolano*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello.
- Venezuela (2012) Código Orgánico Procesal Penal. Caracas: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.078, 15 de junio de 2012.
- Voltaire (1977) *Tratado de la tolerancia*. Barcelona, Crítica.



DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL

Yván José Figueroa Ortega

Magaly Vásquez González

Renée Moros Troccoli

Roberto José Delgado I.

Aspectos fundamentales del “Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Contra la Corrupción”



55

YVÁN JOSÉ FIGUEROA ORTEGA¹

Pedro, Presidente del Circuito Judicial Penal de Caracas, le cuenta a su vecino Matías, quien se encuentra en este momento desempleado, que acabaron de llegarle un lote de computadoras para repartirlas entre los funcionarios judiciales. Pedro le dice además que sería un buen “negocio” vender esas computadoras y quedarse con el dinero, ya que son de “última generación”, por lo que se podría conseguir un buen precio.

Su vecino acepta a ir entonces a buscar las computadoras el fin de semana a los tribunales. Pedro le dice además que él “cuadrará” todo para que pueda llevárselas sin problema, y que incluso lo ayudarán a transportarlas al camión. Incluso le da la llave del depósito donde estaban las computadoras, para que pudiera entrar con toda naturalidad. Matías fue a buscar las computadoras, y se las llevó para su casa. Poco tiempo después, las vendieron y se repartieron el dinero.

He empezado hablando de este caso porque el hecho descrito está tipificado como delito en el “Decreto con rango, valor y fuerza de Ley contra la Corrupción”, precisamente el tema de que voy a hablar en esta exposición.

Antes de seguir adelante, quisiera expresar mi agradecimiento a los profesores Magaly Vásquez y Jorge Rosell por la generosa invitación a este evento. Igualmente agradezco al personal de Multijurídica la atención y el esmero que han puesto organizando estas importantes jornadas en Homenaje al profesor Roberto Delgado Salazar, insigne Maestro del derecho procesal penal venezolano.

Volviendo al caso, como dije, el hecho que narré constituye un delito previsto en el “Decreto con rango, valor y fuerza de Ley contra la Corrupción”, muy probablemente el delito de peculado, el cual se encuentra previsto en el artículo 54 y que consiste en “apropiarse” o “distraer” bienes del patrimonio público, que se encuentran bajo su administración o custodia. A esta clase de peculado se le denomina “peculado doloso propio”, el cual se diferencia del “peculado doloso impropio”, en que en este el funcionario no tiene bajo su custodia los bienes del patrimonio público de que se apropia o distrae, pero para realizar tales acciones, se aprovecha de las facilidades que le daba la condición de funcionario público.

1 Abogado, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas y Especialista en Derecho Procesal por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Titular de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la UCV. Director del Instituto de Ciencias Penales de la UCV y Jefe de las Cátedras de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la misma universidad.

Este “Decreto con rango, valor y fuerza de Ley contra la Corrupción” es de fecha 13 de noviembre de 2014. Sin embargo, fue reformado en el mes de mayo del año pasado por la Asamblea Nacional de la República.

Por cierto, antes de este Decreto, en el año 2002 la Asamblea Nacional dictó la “Ley contra la Corrupción”, y antes de ella estuvo vigente la “Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público”, la cual en su momento derogó la mayoría de los “Delitos contra la Cosa Pública” que se encontraban tipificados en el Código Penal.

Como preliminar al estudio del caso, el cual me permitirá referirme a aspectos esenciales del mencionado Decreto de Ley contra la Corrupción, me gustaría explicar ciertos lineamientos teóricos que son indispensables para el cabal entendimiento de esta clase de delitos, sobre todo en lo que respecta a la forma en que se distribuye la responsabilidad penal.

Lo primero de que hablaré es lo relativo al bien jurídico tutelado. En relación a esto se ha discutido si lo que se protege son los bienes del Estado, el patrimonio del mismo entendido en sentido meramente material, o si más bien se trata de la tutela de la función pública, de que esté regida por ciertos principios básicos, como el de legalidad, lealtad, etc. De esta discusión ha surgido como tesis dominante, que lo que se protege en estos delitos, no solo lo será el “patrimonio económico” del Estado, sino también su patrimonio moral, de manera que lo tutelado, no serán solo los bienes materiales del Estado, sino sobre todo el correcto o normal desenvolvimiento de la función pública, en las diferentes áreas en que se manifiesta el poder del Estado.

Visto el bien jurídico de esta manera, la doctrina dominante sostiene que el bien jurídico tutelado ha de entenderse como la “Administración Pública”, aludiéndose con ello al normal y correcto desenvolvimiento de las funciones del Estado, por parte de los órganos que lo conforman. Pero estas funciones serán no solo las meramente administrativas, sino también las legislativas y judiciales, es decir, que el bien jurídico abarcará no solo las funciones del gobierno sino también de los legisladores y jueces.

El bien jurídico de la “Administración pública” puede entenderse entonces como el gobierno del Estado conformado por todos los poderes públicos, con las funciones o servicios que les son inherentes a tales poderes.

Lo segundo que quiero destacar, es en cuanto a la clase de delitos que podemos encontrar en este Decreto, específicamente la clasificación que se hace entre “delitos comunes” y “delitos especiales”, los cuales a su vez pueden subdividirse en “delitos especiales propios” y “delitos especiales impropios”.

Los “delitos comunes” son aquellos en los que el tipo no exige o establece condiciones o cualidades para tener la condición de autor, es decir, son delitos que pueden ser cometidos por cualquier persona, la cual no tiene que trasgredir ningún deber especial para poder quebrantar la norma. En cambio, en los delitos especiales, la condición de autor estará limitada a ciertos sujetos, con determinadas características o cualidades especiales, a las cuales atañen deberes especialísimos que no son aplicables a cualquier persona. En el caso del “Decreto con rango, valor y fuerza de Ley contra la Corrupción”, esa condición o cualidad especial será la de funcionario o empleado público, la cual se define en el artículo 3 del Decreto.

Pero como dije, los “delitos especiales” pueden ser “delitos especiales propios” y “delitos especiales impropios”. Los “delitos especiales propios” son aquellos en que la norma solamente podrá ser quebrantada por el sujeto que tenga la característica o cualidad especial, de manera que si la acción la realiza una persona que carece de tal condición o cualidad, el hecho quedará impune, es decir, que será atípico. La conducta no estará prohibida como tal para el que no tenga la condición requerida por el tipo, lo cual no obsta que pueda ser algún otro delito común. Por ejemplo, como ocurre con el mencionado delito de Peculado, que en caso de que ejecutare la acción un particular, cometería delito de hurto o quizás de apropiación indebida.

Es importante destacar que la doctrina para distinguir a los sujetos que tienen las condiciones o cualidades exigidas por el tipo, y que por tanto pueden quebrantar la norma, de aquellos que carecen de tal condición o cualidad, hace la separación del “*intraneus*” del “*extraneus*”. Estos términos se utilizan para identificar si una persona cumple o no con las condiciones exigidas para la tipicidad.

De este modo “*intraneus*” será solo el que puede quebrantar la norma, por poseer la cualidades o condiciones exigidas en la ley. Por ejemplo, en la mayoría de los delitos previstos en el Decreto Ley que estamos comentando, “*intraneus*” será únicamente el que tenga la condición de “funcionario público”, mientras que “*extraneus*” será cualquier particular que no sea funcionario público.

Esta distinción por cierto va a tener bastante importancia para entender en qué consisten los “delitos especiales impropios”, así como su diferencia con los “delitos especiales propios” y con los “delitos comunes”.

En efecto, mientras que en los “delitos especiales propios”, solo el “*intraneus*” puede ser autor del hecho, es decir, que el “*extraneus*” no puede violar la norma, de manera que quedará impune en caso de que realice la acción descrita en el tipo. En cambio, en los “delitos comunes”, el hecho podrá ser cometido sin diferencia alguna, tanto por el “*extraneus*” como por el “*intraneus*”, ya que el tipo no requiere ninguna condición o deber especial para ser autor.

En lo que respecta a los “delitos especiales impropios”, se trata de hechos que podrán ser realizados indistintamente por el “*extraneus*” o por el “*intraneus*”, es decir, que el tipo prevé la posibilidad tanto de que sea autor cualquier persona o que lo sea una con determinadas cualidades o características. La diferencia con los “delitos comunes” solo estará, en que en caso de que la acción la realice el “*intraneus*”, el sujeto con la cualidad o característica especial, este tendrá una responsabilidad agravada, a diferencia del *extraneus* que tendrá la pena aplicable al hecho sin ningún incremento. En definitiva, puede decirse que los “delitos especiales impropios” son delitos especiales en que la tipicidad se abre a cualquier persona, pero que si se tiene determinada condición o cualidad (“*intraneus*”), ello funcionará como agravante de la responsabilidad penal.

Esto es así porque los “delitos especiales”, sean “especiales propios” o “especiales impropios”, siempre han de ser delitos más graves que los “delitos comunes”, ya que al “*intraneus*” ha de exigírsele más que al “*extraneus*”, debido a las condiciones o cualidades especiales que tiene, así como a los deberes y funciones que les son inherentes.

No obstante, esto que digo no es así del todo en el vigente “Decreto con rango, valor y fuerza de Ley contra la Corrupción”, en el cual, los funcionarios públicos y los ciudadanos en general terminan siendo equiparados desde el punto de vista punitivo, es decir, que al “*intraneus*” y al “*extraneus*” termina considerándoseles como equivalentes respecto del castigo.

Esto lo podemos ver claramente en el artículo 4 del Decreto, en el cual, al definirse el concepto de “patrimonio público”, se señala en su aparte final que se considerará como “patrimonio público”, *“los recursos entregados a particulares por los entes del sector público mencionados en el artículo anterior, mediante transferencias, aportes, subsidios, contribuciones o alguna otra modalidad similar para el cumplimiento de las finalidades de interés o utilidad pública, hasta que se demuestre el logro de dichas finalidades. Los particulares que administren tales recursos estarán sometidos a las sanciones y demás acciones y medidas previstas en este Decreto con rango, valor y fuerza de Ley y en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal”*.

Asimismo, se han creado delitos, como el delito de “utilidad ilegal por actos de la administración”, previsto en el artículo 79 del Decreto, en el que se señala: *“Fuera de aquellos casos expresamente tipificados, la funcionaria o funcionario público o cualquier persona que por sí misma o mediante persona interpuesta se procure ilegalmente alguna utilidad en cualquiera de los actos de la administración pública, será penada o penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años y multa de hasta el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad procurada”*.

Aquí es de destacar como el legislador ha equiparado los particulares con los funcionarios públicos, de cara a la aplicación de la ley, por lo que los primeros podrán cometer delitos de funcionarios, sin tener la condición de funcionario, aplicándoseles incluso la misma penalidad, siendo que no tienen iguales deberes ni atribuciones que los funcionarios públicos. En pocas palabras, en los casos que he mencionado, el “*extraneus*” es convertido legalmente en “*intraneus*” sin ninguna justificación, que no sea la de que se le hubiera entregado “recursos” para el cumplimiento de finalidades de utilidad pública, esto en lo que respecta a la regulación del artículo 4 del Decreto.

Pero también encontramos esta irregular equiparación en cuanto a las personas que obtengan alguna utilidad en actos de la Administración Pública, que es precisamente lo que constituye el delito de “utilidad ilegal por actos de la administración”, previsto en el artículo 79 también del Decreto.

Que a los ciudadanos en general se les trate como funcionarios del Estado en determinados delitos, pero sin establecer una pena inferior en el caso de los particulares, además de romper con las directrices básicas de esta materia, de acuerdo con las cuales, a los particulares no se les puede tratar desde el punto de vista punitivo de la misma forma que a los funcionarios públicos, ya que a estos se les ha de exigir más, en virtud de los especiales deberes que les atañen, viola el principio constitucional de igualdad, ya que la misma solo puede ser lograda con el trato desigual de los desiguales.

Es por esto que los “delitos especiales” se han clasificado en propios e impropios, precisamente para hacer las distinciones que tienen que hacerse desde el punto de vista de la pena. Así, como dije, en los “delitos especiales propios”, la conducta solo estará prohibida para el “*intraneus*”, de manera que el “*extraneus*” no cometerá delito alguno si la realiza (a menos que el hecho esté tipificado como “delito común”), mientras que en los “delitos especiales impropios”, por tratarse en puridad de “delitos comunes”, serán punibles tanto el “*intraneus*” como el “*extraneus*”, solo que al primero se le castigará con mayor severidad.

El problema es que con la regulación que tenemos, en determinados casos se confundirá el “*intraneus*” con el “*extraneus*”, incluso se les castigará con la misma pena, a pesar de que pudiera tratarse de “delitos especiales propios”, que solo podrían ser cometidos por un funcionario público, siempre que se trate de particulares, a los que se les entreguen recursos para cumplir finalidades de utilidad pública, siempre que no se hubieran cumplido tales finalidades.

Igualmente, como indiqué, también se crean delitos que ni son “delitos especiales propios” ni “delitos especiales impropios”, como el previsto en el artículo 79 del Decreto, sino que más bien parecen “delitos comunes”, que pueden ser cometidos por cualquiera, solo que los funcionarios públicos son penados con igual sanción que los particulares, siendo de que debería castigárseles más severamente, ya que su conducta es más grave, dado que tienen deberes particulares incrementan la ilicitud.

En síntesis, el problema que he planteado puede resumirse en la idea, de que la ley pareciera convertir a los particulares en funcionarios públicos, independientemente de que no tengan iguales deberes para con el Estado y para con la sociedad. La legitimidad constitucional de este procedimiento es muy cuestionable, sobre todo teniendo en cuenta el principio de igualdad.

Pero es que además con esta clase de equiparaciones, tiende a destruirse la separación entre “delito especial impropio” y “delito común”, estableciéndose la posibilidad de castigar la violación de deberes especiales en personas que no tienen tales deberes especiales. Así, aunque en el caso del delito previsto en el artículo 79 del Decreto, podría decirse que se trata de un “delito común”, siempre quedará la duda de por qué la ley en lugar de solo utilizar expresiones como “cualquiera” o “todo aquél” para referirse al autor del delito, hace más bien la distinción entre los funcionarios públicos y cualquier persona, lo que hace pensar por qué al funcionario no se le castiga con mayor severidad que a los particulares, en virtud de su especial cualidad.

En tercer lugar, siguiendo con los aspectos más importantes de los delitos contemplados en el “Decreto con rango, valor y fuerza de Ley contra la Corrupción”, es importante conocer una doctrina que formuló el autor alemán Claus Roxin, desarrollada también por Günther Jakobs, que es la “teoría de los delitos de infracción de deber”, la cual dice que en determinados hechos punibles, lo importante no será la lesión o peligro para un bien jurídico, sino solo la infracción de un especialísimo deber extrapenal, es decir, que no deriva del propio tipo legal, el cual solo incumbe a ciertos sujetos, es decir, que solo ellos pueden quebrantarlos.

De los “delitos de infracción de deber” se dice también que pueden ser ejecutados tanto por acción como por omisión, es decir, que en ellos se quebrantará un deber en que se unen mandatos y prohibiciones, de manera que podrá infringirse con cualquier modalidad de la conducta humana. Así, por ejemplo, un funcionario público cometerá el delito de peculado, tanto si se apropia o distrae bienes del Estado, como si deja que un tercero se apropie o distraiga tales bienes que se encuentran bajo su custodia, a fin de obtener alguna utilidad o beneficio.

Esta doctrina de los “delitos de infracción de deber” tiene consecuencias muy importantes en lo que respecta a la distinción entre autoría y participación en tales delitos, ya que constituyen una excepción a la regla general de que la autoría se fundamenta en el “dominio del hecho”.

Lo que pasa es que, en la mayoría de los delitos, la condición de autor se considera que se adquiere por tener el “dominio del hecho”, es decir, que el sujeto tuviere el poder de adelantar, retrasar, o impedir la comisión del delito, además del conocimiento de que se tiene ese poder. Por lo tanto, en la mayoría de los delitos, “autor” es quien tuviera el pleno control del suceso, es decir, el sujeto a quien se encuentran subordinados las otras personas que intervienen en la ejecución del hecho, a menos que se trate de un “coautor”, quien a diferencia del “autor individual”, se encontrará en una relación de coordinación con el otro u otros coautores.

En otras palabras, mientras que el “autor individual” se encuentra en una situación de mayor jerarquía respecto de los partícipes, quienes estarán subordinados a él, en el caso de los coautores, estos se encontrarán al mismo nivel, como dije, en una relación de coordinación, es decir, que tendrán el “codominio del hecho”, o lo que es igual, que compartirán el control del suceso.

En definitiva, en la mayoría de los delitos, la diferencia entre el autor y el partícipe estará en que el autor tendrá el “dominio del hecho”, mientras que el partícipe, es decir, el “instigador”, el “cómplice” o el “cooperador inmediato”, no tendrá el “dominio del hecho”, es decir, el control pleno de la ejecución típica. Es por esto que los delitos en su mayoría serán “delitos de dominio del hecho”, esto de acuerdo a la terminología utilizada por Roxin. En cambio, Jakobs llama a estos delitos como “delitos de responsabilidad por organización”, esto por entender, que en ellos a la persona se le hace responsable solo por la forma en que “organiza” su conducta activa u omisiva, no por la infracción de un deber especial, que para Jakobs ha de ser, además, un deber de ayuda o solidaridad.

Entonces, estos “delitos de dominio del hecho” o de “responsabilidad por organización”, se diferenciarán de los “delitos de infracción de deber”, en que, en estos, la diferencia entre autoría y participación no dependerá del “dominio del hecho”, sino que la condición de autor dependerá de que se tenga la condición requerida para poder infringir el deber extrapenal en que se fundamentan tales hechos punibles. En consecuencia, autor será solo quien tuviera el mencionado deber extrapenal, mientras que partícipe será siempre el que no pudiera infringir aquél deber. Por tanto, en estos delitos, puede ser que una persona tuviera el control o dominio del hecho, pero que a pesar de ello no pueda ser autor, por no tener el deber que tiene que ser quebrantado para

que haya tipicidad. Para Roxin, todos los delitos especiales propios son delitos de infracción de deber. Jakobs tiene un concepto más amplio, considerando incluso que los delitos comunes pueden convertirse en delitos de infracción de deber, en caso de que los ejecute un “*intraneus*”.

Así, desde este punto de vista, por ejemplo, en el caso de Pedro, que indiqué al comienzo de mi exposición, independientemente de que su vecino hubiera tenido el “dominio del hecho”, ya que a fin de cuentas fue quien se apoderó de las computadoras, y las trasladó para su casa, en ningún caso podrá ser “autor” del delito de peculado, ya que el deber que subyace al mismo, solo podría ser quebrantado por un funcionario público.

Es que como dije, de acuerdo a la teoría de los delitos de infracción de deber, “autor” de esta clase de delitos, solo lo será quien hubiera quebrantado el deber especial, independientemente de que no tuviera el “dominio del hecho”, y que su aporte hubiera sido insignificante. Por ello es que en el caso planteado, Pedro será siempre el “autor” del delito, aunque solo le hubiera dado a Matías, su vecino, la llave de su oficina para que buscara las computadoras para luego venderlas.

En cambio, independientemente de que hubiera realizado la acción típica, y que tuviere el “dominio del hecho”, Matías solo podrá ser partícipe del delito de infracción de deber, quizás cómplice o cooperador inmediato, pero nunca autor del delito, por no poder quebrantar el deber, al carecer de las condiciones o cualidades requeridas en el tipo.

Quizás alguno pueda pensar que Matías habría cometido más bien el delito de hurto, pero el problema es que su dolo no era el de meramente hurtar, sino que sabiendo que Pedro era funcionario, y de que los bienes pertenecían al Estado, su dolo era el de lesionar a la “Administración Pública”. Por ello es que se le castiga como partícipe en el delito del funcionario, ya que no puede ser autor por no tener la condición requerida en el tipo. Si Matías hubiera actuado solo, sin la intervención de Pedro, en ese caso sí habría cometido delito de hurto.

Otro aspecto muy importante relativo al “Decreto con rango, valor y fuerza de Ley contra la Corrupción”, es que precisamente este es un Decreto Ley del Ejecutivo Nacional, es decir, es solo una ley en sentido material, no una ley en sentido formal.

El problema es que cuando esto ocurre se produce una violación del principio de legalidad, ya que el deber ser es que los delitos y las sanciones penales solo se establezcan en leyes en sentido formal, es decir, leyes creadas por el Parlamento de acuerdo al procedimiento constitucional para la formación de las leyes.

Es que como dijo en su momento Cesar Beccaría, en su obra “*De los delitos y de las penas*”, las leyes penales deben ser pactos de hombres libres, es decir, que no pueden surgir de la voluntad de unos pocos, sino de la generalidad de los ciudadanos, la cual, en un Estado democrático de Derecho, solo puede estar representada por la institución del Parlamento, por la Asamblea Nacional, en el cual participan todos los sectores de la sociedad mediante sus representantes.

Así, las leyes penales solo deben surgir de la voluntad popular, no de las finalidades del grupo o de la persona que se encuentre en el poder. Esto es solo una consecuencia de la separación de poderes, expresado en el respeto del Estado de una “reserva legal”, es decir, de que determinadas materias solo puedan ser decididas por los representantes de la voluntad popular, elegidos en elecciones libres y en condiciones de igualdad.

Contra la tesis de que los Decretos leyes del Presidente de la República son inconstitucionales, por violar el principio de legalidad, es posible que algún leguleyo argumente que la Constitución permite esta clase de decretos en materia penal, en virtud de lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 236 del texto constitucional, dado que ahí no parece que se limite la facultad de dictar Decretos leyes por el Presidente.

Sin embargo, esta clase de argumentos fracasan estrepitosamente cuando partimos de la idea de que antes del derecho positivo, hay unos valores y principios fundamentales, que han de servirle de guía, dirigiendo y dando sentido y significado a su contenido. Son entonces estos valores y principios que se encuentran asociados a las ideas de Democracia y del Estado de Derecho, como, por ejemplo, el principio de legalidad, el principio de culpabilidad, los que prohíben terminantemente esta clase de atropellos, es decir, que el Ejecutivo pueda decidir qué conductas serán constitutivas de delito y qué penas o medidas de seguridad debe imponérseles. Los principios son entonces los que exigen poner las cosas en su lugar.

Ninguna ley o decreto puede pretender legitimidad cuando choca con los fundamentos últimos del sistema, a menos que también se les hubiera viciado o transformado. A los principios se les puede tapar por un momento, pero nunca ocultarlos para siempre, ya que como el Sol, que siempre iluminará el horizonte, el algún momento terminan siempre irradiando su luz sobre el ordenamiento, destruyendo todo aquello que pueda contradecirlos o limitarlos.

Tampoco puede ser un argumento serio que aquello de hacer leyes penales mediante Decretos leyes del Ejecutivo es algo que siempre se ha hecho o que ha sido así, o que tenga que aceptarse porque ya está y la vida del Estado debe seguir. No puede decirse que todo lo que haga el gobierno es legítimo solo porque lo hizo o pudo hacerse porque hubo alguna forma de acuerdo en que lo fuera. Tampoco puede aceptarse que se mantenga el abuso o la arbitrariedad, aunque no se tuviera el poder para erradicarla. Pero como he señalado, existen principios y valores que proclaman la ilegitimidad de acciones como aquellas por parte del Poder Ejecutivo, y eso en algún momento se tendrá que hacer valer.

Entonces, vistas las cosas del modo que he expuesto, el “Decreto con rango, valor y fuerza de Ley contra la Corrupción” es nulo de nulidad absoluta por inconstitucional, esto por quebrantar principios constitucionales asociados al Estado de Derecho, que además tienen rango normativo, al encontrarse expresamente previstos en el texto constitucional. En consecuencia, teniendo en consideración el texto del artículo 25 de la Constitución, que dice que “todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo”, ninguna “Asamblea Nacional” podía legitimar mediante una supuesta “reforma” aquél írrito “Decreto con rango, valor y fuerza de Ley contra la Corrupción”.

Lo que se debió fue proceder a elaborar una nueva “Ley contra la Corrupción”, y no a hacer una pretendida “reforma” algo que solo puede estimársele como nulo, como si con ello se estuviera aceptando que es válido, a pesar de quebrantar los límites que impone el Estado de Derecho en el ejercicio del poder público.

No puede pretenderse “normalizar” lo que es anormal, o “legitimar” lo que es una gravísima violación de normas constitucionales, algo completamente inadmisibles desde la óptica de fundamentos últimos del ordenamiento.

Esto mismo fue lo que pasó con el Código Orgánico Procesal Penal, el cual también se “reformó” en el año 2021 “como si nada”, al parecer “olvidando” que ese Código fue fruto también de un Decreto Ley del Presidente en el año 2012, por lo que no podía ser “reformado” por la Asamblea Nacional, como si fuera legítimo, cuando en realidad no lo era también por ser inconstitucional.

Ya sé que cualquiera podría decirme que si no se aplicaba ese Decreto Ley del Código Orgánico Procesal Penal, se iba a producir un caos, ya que la justicia penal no se puede paralizar. Pero como dije, no puede pretenderse que los ciudadanos seamos sumisos ante el abuso y la arbitrariedad, por lo que, en algún momento, tendrá que discutirse seriamente la inconstitucionalidad de todos los Decretos del Presidente en materia penal, sin importar las consecuencias jurídicas que ello pueda conllevar.

Cuando ocurren estas cosas, solo puedo pensar que si bien ya es grave que tengamos un régimen que abusa de su desmedido poder, más terrible, más grave es que los supuestos representantes de los ciudadanos, quienes están para defender sus derechos, limitando el poder del Estado mediante la ley, se conviertan en vulgares cómplices del atropello y de la injusticia, pretendiendo legitimar aquellos decretos inconstitucionales mediante absurdas “reformas”, que chocan frontalmente con la máxima garantía que fundamenta al derecho penal en nuestro ordenamiento.

Esto hace dudar mucho más sobre la “legitimidad” de aquellos supuestos “representantes del pueblo” que actualmente se encuentran en la Asamblea Nacional, para colmo, como consecuencia de una elección también de dudosa constitucionalidad y legalidad. Es que, respecto de esto, al igual que en cuanto a los Decretos leyes del Ejecutivo, vale decir que una mentira, por más que se le repita miles de veces, nunca se va convertir en una verdad, sino que seguirá siendo una mentira, que solo perdurará mientras que el régimen se mantenga ilegítimamente en el poder y ya no pueda sostenerla por la fuerza. Pero la verdad siempre ha de salir adelante, y para ello hay que decirla, al menos mientras podamos hacerlo.

Por todo lo que he dicho hasta ahora, si esperaban que solo hablara sobre la reforma del “Decreto con rango, valor y fuerza de Ley contra la Corrupción”, de su contenido, innovaciones, etc., pues lamentablemente tendré que defraudarlos, porque no puedo “como si nada” comentar o interpretar un cuerpo normativo inconstitucional, no puedo hacer lo que tanto critico de muchos juristas, no puedo “normalizar”, aquello que es ilegítimo por inconstitucional.

Me es imposible darle alguna legitimidad a lo que no puede existir en nuestro ordenamiento, por ser una de las más graves afrentas que puede hacerse al Estado de Derecho, como lo es el quebrantar flagrantemente el principio de legalidad, principio que por demás tiene rango constitucional.

Si hiciera caso omiso a lo que estoy diciendo, no estaría cumpliendo con el deber que tengo, no solo como abogado, sino como profesor de esta materia. No quisiera nunca que cuando pase este período oscuro de nuestra historia, alguien venga a decir que en algún momento legitimé con mis palabras la arbitrariedad de una “ley penal” creada por una vía inconstitucional, haciéndose así en cierto modo me cómplice de ese desmán en nuestro ordenamiento, dando conferencias o interpretando leyes inconstitucionales fundadas en arbitrarias interpretaciones de la Constitución, a espaldas de los principios y valores básicos de un Estado democrático.

Para mí, más importante entonces que solo comentar los aspectos esenciales de las regulaciones del “Decreto con rango, valor y fuerza de Ley contra la Corrupción”, es criticar que se hagan esta clase de Decretos, enfatizando por qué no pueden crearse leyes penales de esta forma. Así quiero dejar testimonio sobre todo para las generaciones futuras, del rechazo que debe producir esta clase de procedimientos desde el punto de vista constitucional, como dije, trastocando el principio más básico del Estado de Derecho.

Planteado la exposición en este sentido, de lo que hablaré a continuación, es de por qué debe proclamarse y defenderse la ilegitimidad de los decretos leyes del Ejecutivo en materia penal, motivo por el cual he dicho, que “Decreto con rango, valor y fuerza de Ley contra la Corrupción” es inconstitucional, al igual que el vigente “Código Orgánico Procesal Penal”, a pesar de las supuestas reformas que hizo la Asamblea Nacional de tales Decretos.

De lo que voy a hablar entonces, es de por qué es que no pueden realmente dictarse esta clase de Decretos leyes, no solo destacando que las leyes penales en un Estado de derecho únicamente pueden surgir de la voluntad popular expresada en la Asamblea Nacional como ley formal, sino también deshaciendo los débiles argumentos para sostener que el Ejecutivo puede dictar Decretos Leyes en materia penal.

En la doctrina existe acuerdo en rechazar la legitimidad de tales decretos del Ejecutivo en el ámbito penal, por lo menos en lo que respecta a los Estados democráticos de derecho, por considerárseles contrarios al principio de legalidad y por tanto inconstitucionales, dado que la legalidad de los delitos y de las sanciones penales es un derecho del ciudadano, en virtud de lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 49 de la Constitución.

Lo que pasa es que como anticipé, se entiende que en un Estado de Derecho, la materia punitiva solo podría regularse mediante “leyes en sentido formal”, no a través de “leyes en sentido material”, es decir, que solo los representantes del pueblo podrían establecer delitos y penas mediante el procedimiento constitucional señalado para la creación de las leyes, de conformidad con el principio del Estado de derecho y el de la separación de poderes, de manera que dicha competencia única y exclusivamente la tendría el Parlamento o Asamblea Nacional, como ente que representa la voluntad popular.

Por ello es que se habla de una “reserva legal”, como dije, materias que solo pueden ser reguladas mediante leyes en sentido formal, por lo que, como he venido diciendo, por la vía de decretos leyes no se podrían legítimamente dictar leyes penales en un Estado de Derecho, ya que son inconstitucionales. El derecho penal limita los derechos más básicos de los ciudadanos, por lo que solo estos son los que pueden decidir qué conductas pueden ser delito y qué sanciones serán las aplicables.

Con otras palabras, en un Estado democrático, solo los representantes del pueblo, es a quienes corresponderá legítimamente decidir qué comportamientos han de estar prohibidos penalmente y qué penas o medidas de seguridad han de aplicárseles. En efecto, tratándose de regulaciones que restringen o limitan derechos fundamentales de los ciudadanos, en una verdadera democracia, fundada en la idea del Estado de Derecho y de la separación del poder, solo los ciudadanos podrán decidir en qué casos podrá producirse aquella restricción de su libertad, así como la clase o forma de la sanción que podría ser aplicable.

Ahora bien, cuando digo que la creación de leyes penal ha de hacerla “los ciudadanos”, en democracia ello implicará que han de hacerlo TODOS los ciudadanos mediante sus representantes en el Parlamento. La democracia en ningún caso puede ser la “tiranía de la mayoría”, de modo que, si bien en ella ha de imponerse la mayoría en unas elecciones libres, las minorías no solo han de poder seguir teniendo la posibilidad de acceder al poder por vía legítima (convertirse en “mayoría”), sino también han de deber ser escuchadas, especialmente en temas vinculados a la restricción de la libertad individual, dado que esta debe ser protegida a toda costa en el Estado de Derecho.

Este es el principal motivo para defender la tesis de que son ilegítimos los decretos leyes dictados por el Ejecutivo en materia penal, ya que si bien el Presidente de la República representa a una parte importante de los ciudadanos, él nunca representará a todos los ciudadanos, es decir, que independientemente del apoyo popular que tenga, siempre habrá quienes le hagan oposición y no hubieran votado por él, los cuales tienen derechos que deben ser protegidos mediante la ley que es aplicable a todos.

Como señalé, en democracia la voluntad de la mayoría no ha legítimamente de poder imponerse a la de las minorías, sin siquiera otorgarles la posibilidad de ser escuchadas sobre la conveniencia, legalidad o constitucionalidad de la ley que pretende establecerse, o si fuera el caso, del procedimiento que se propone deberá seguirse para el enjuiciamiento de los delitos, o la ejecución de las sanciones. Por esto es que he dicho que la democracia en ningún caso puede ser “tiranía de la mayoría”. Los Decretos leyes del Ejecutivo en el área punitiva es una mancha en nuestro ordenamiento, que en el futuro debe ser borrada.

Es que tales Decretos se dictan sin escuchar a las minorías, sino única y exclusivamente por el Ejecutivo Nacional, que si bien puede que represente a un sector importante de la población, como dije, él no representa a todos los ciudadanos, de manera que siempre habrá disenso político, que deben ser protegidos por la Constitución y la ley, es decir, que en democracia siempre deberán respetarse a las minorías.

En fin, en una verdadera democracia, constituida en un Estado de Derecho, las minorías al menos deberían deber ser consultadas (y oídas) respecto de la creación de disposiciones normativas que afectarán directamente sus derechos más elementales, cosa que no sucederá cuando quien hace la ley es el propio Presidente.

Es que aunque el Presidente tuviera mayoría en la Asamblea Nacional, ello no legitima que él directamente dicté leyes penales, debiendo acudir siempre a la ley formal para crear delitos y penas. Solo durante el procedimiento de creación de dicha ley formal, tendrá que escucharse a todos los sectores de la población, es decir, a los representantes de todas las tendencias políticas, pudiendo eventualmente lograrse que otros partidos o la opinión pública se ponga a favor de las minorías en el Parlamento, caso en el cual, existiría la clara posibilidad de que la ley se reconsiderase, y eventualmente no fuere aprobada en la Asamblea Nacional.

En resumen, al igual que la doctrina mayoritaria, considero que, en virtud del principio de legalidad, las leyes penales única y exclusivamente pueden ser "leyes formales", en ningún caso "leyes en sentido material", esto es, decretos leyes del Ejecutivo Nacional. Por ello es que dije que tenía razón Beccaría al afirmar que las leyes penales deben ser "pactos de hombres libres", esto es, que deben surgir la voluntad de todos, algo que como dije en un Estado de Derecho democrático solo puede lograrse a través del Parlamento.

Es de destacar que esta exigencia del principio de legalidad, tradicionalmente es deducida, no solo de la relación del mismo con la idea de democracia y Estado de derecho, sino también de las prohibiciones que históricamente se asocian a dicho principio, específicamente la prohibición de la costumbre (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), ya que cuando se requiere que la ley sea escrita, se ha dicho que eso, en un Estado democrático de Derecho, ha de entenderse que solo puede ser una ley en sentido formal, es decir, una ley que constituya expresión de la voluntad de los ciudadanos, pero no de algunos, sino de su totalidad, lo cual solo puede conseguirse en la Asamblea Nacional de la República, donde coinciden las mayorías y las minorías.

No obstante lo dicho hasta ahora, es decir, de que no se pueden dictar leyes penales mediante leyes en sentido material, o lo que es igual, a través de decretos leyes del Ejecutivo, opinión que como dije se encuentra en concordancia con la doctrina mayoritaria, como dije antes, existen posibles argumentos para defender la tesis de que sí puede hacerlo, los cuales surgen de la propia ambigüedad de la norma que prevé tales Decretos en la propia Constitución. Es por esto que se han dictado a diestra y siniestra en la legislación venezolana, tanto en el derecho penal sustantivo como en el adjetivo.

El problema está en que el numeral 8 del artículo 236 de la Constitución dice que "*Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: 8. Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley*".

El argumento para favorecer que el Ejecutivo pueda dictar leyes penales mediante Decreto está entonces en que aparentemente la propia Constitución aceptaría dicho procedimiento, esto al no establecer de modo expreso, una reserva legal, es decir, un conjunto de materias que solo podría ser regulada mediante ley formal,

cosa que si se hacía en la Constitución del año 1961, en la cual los decretos leyes estaban limitados a la materia económica o financiera.

En efecto, si examinamos el texto constitucional vigente, hallaremos que, a diferencia de la Constitución anterior, en realidad no se señala expresamente ninguna restricción al Presidente de la República respecto de la materia en que podría dictar Decretos leyes, bastando solo que se le otorgue tal facultad por la Asamblea Nacional, mediante una ley habilitante dictada por las tres quintas partes de los Diputados, ley en la que en todo caso deberán indicarse las áreas que podrán ser objeto de regulación (último aparte artículo 203 CR).

Si nos atenemos simplemente a lo anterior, si interpretamos literalmente las referidas regulaciones constitucionales, específicamente el numeral 8º del artículo 236 CR, en el que dentro de las competencias o atribuciones del Presidente de la República, se incluye la de “dictar Decretos leyes” pareciera realmente que tendríamos que admitir que en nuestro ordenamiento, el Ejecutivo Nacional podría dictar legítimamente decretos leyes en cualquier materia, incluyendo también el área penal, o lo que es lo mismo, que podrían establecerse delitos, penas, procedimientos penales, etc., mediante “leyes en sentido material”, sin que a ello se oponga la Constitución.

Ciertamente, al no existir expresamente ninguna reserva legal, como tampoco establecésele limitaciones al Presidente en la creación de Decretos leyes, todo pareciera indicar que si la Asamblea Nacional le delega la competencia de dictar leyes penales, aquél podría dictarlas sin ningún inconveniente, tal como lo ha venido haciendo hasta ahora.

El problema de este razonamiento está en que, como he dicho, de esta forma se viola el principio de legalidad, a lo que podría añadirse el quebrantamiento de otros principios que se encuentran estrechamente relacionados con el mismo, como lo son el principio del Estado de derecho y el de la separación de poderes, añadiéndose también el principio democrático y el de la pluralidad política.

Siendo de este modo, nos encontraríamos en lo que autores como Robert Alexy denominan “una confrontación entre reglas y principios”, solo que las reglas a que estaríamos haciendo referencia, no serian estrictamente “reglas legales” sino más bien “reglas constitucionales”.

Pero la cuestión se torna más complicada, cuando encontramos que los principios a que he hecho alusión, tienen también rango constitucional, es decir, han sido regulados expresamente en la Constitución de la República, incluso considerándoseles como “valores superiores del ordenamiento jurídico” (artículo 2 CR), esto independientemente de que al principio de legalidad se le regule dentro de las garantías inherentes al debido proceso (numeral 6º artículo 49 CR).

Alguno podría pensar entonces que se trata es de una confrontación entre “reglas” y “principios” constitucionales contrapuestos. Pero la cuestión pudiera ser más bien un conflicto entre reglas constitucionales, las que aparentemente legitiman que el Presidente dicte leyes penales, y las que se oponen a que lo haga.

De esta forma, tanto la tesis que admite los decretos leyes en materia penal como la que los rechaza, paradójicamente tendrían fundamento constitucional, tanto desde el punto de vista de los principios como de las reglas jurídicas que “normativizan” tales principios, ya que los dos puntos de vista responderán a determinados principios que se oponen, ambos aparentemente con fundamento constitucional.

Estaríamos entonces ante una gravísima contradicción en el ámbito constitucional, ya que supuestamente la Constitución permitiría sostener ambas posiciones discordantes. Los artículos 2 y numeral 6° del 49 estarán en contradicción con la norma que aparentemente daría competencia al Presidente de la República para dictar decretos leyes en cualquier materia, incluyendo la penal, es decir, el numeral 8 del artículo 236 de la Constitución.

De ser este el problema realmente, en un Estado de Derecho, la balanza deberá inclinarse hacia los “valores superiores del ordenamiento jurídico” y al principio de legalidad, y no respecto de aquella norma que abusivamente parecieran darle competencia al Presidente para dictar Decretos leyes en cualquier área.

Si se diera preponderancia o mayor valor a las normas que aparentemente le dan competencia al Presidente para legislar en cualquier materia, con ello se violarán los derechos del conjunto de los ciudadanos, ya que como he dicho, el Presidente no representa a toda la población. En democracia todos los ciudadanos deben tener la posibilidad de ser al menos escuchados respecto de la promulgación de leyes que puedan afectar su libertad o cualquiera de sus derechos más básicos.

Sin embargo, no creo que el problema sea realmente, es decir, no creo que el problema sea el de una verdadera confrontación entre reglas y principios de idéntico rango constitucional, sino el de la interpretación que ha de dárseles a las normas que aparentemente le otorgan al Presidente competencia para dictar decretos leyes en materia penal, teniendo en consideración los valores y principios en que se sustenta nuestro ordenamiento jurídico.

En mi opinión, el numeral 8° del artículo 236 de la CR no le otorga al Presidente de la República la competencia de dictar decretos leyes en materia penal. Esa norma tiene que ser interpretada de conformidad con el principio del Estado de derecho, el principio democrático, el principio de legalidad y el de la pluralidad política, entre otros.

Es así que, en un Estado de Derecho, el resultado legítimo de una interpretación como esa, solo será la de tener que aceptar que existe una reserva legal, aunque no se encuentre expresamente prevista en la Constitución, reserva en lo que se encontrarán en primer lugar las normas del derecho penal, tanto sustantivo como procesal, esto por tratarse de las áreas en que pueden afectarse los derechos más básicos de los ciudadanos, al tener las sanciones más severas del ordenamiento jurídico.

Ante el argumento de que sería la Asamblea Nacional la que habilitaría al Presidente con una mayoría importantísima de los Diputados, debo solo decir que el Parlamento no puede “delegar” una materia tan im-

portante, en lo que de seguro se limitarán derechos y garantías fundamentales de TODOS los ciudadanos, de manera que ninguna mayoría podrá de verdad legitimar ese tipo de concesiones. Y es por ello que lo digo una vez más: La democracia en ningún caso puede convertirse en “tiranía de las mayorías”, al menos sin dejar de ser democracia, independientemente de que clase de mayoría se trate. En un Estado de Derecho democrático, citando otra vez a Beccaría, las leyes penales solo pueden ser “pactos de hombres libres”.

La Asamblea Nacional no puede firmarle “cheques en blanco” al Presidente de la República, para que “legisle” en materia penal. Como dije, ninguna mayoría podría legitimar este procedimiento irregular, ni siquiera que lo plantee así la Constitución, ya que, si lo hace, es que algo está fallando en ella.

La interpretación correcta de las referidas normas constitucionales, es la de que el Presidente puede ser habilitado para dictar decretos leyes en cualquier materia, siempre que en la misma no estén en juego derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, tal como ocurre en el área penal, caso en el que por vía interpretativa (interpretación restrictiva) dicha materia obligatoriamente ha de considerarse reservada a la Asamblea Nacional, quien mediante leyes formales ha de regularla. Aunque la Constitución no establezca expresamente una reserva legal, ha de entenderse que existe la misma, a no ser que no estamos realmente ante un Estado de Derecho democrático.

La consecuencia práctica de lo que he dicho, es la de no solo el “Decreto con rango, valor y fuerza de Ley contra la Corrupción”, sino la totalidad de tales Decretos, como el Código Orgánico Procesal Penal de 2012, son como dije nulos de nulidad absoluta en virtud de su inconstitucionalidad manifiesta, al chocar frontalmente con el principio del Estado de derecho, con el principio democrático, con el de la separación de poderes, la pluralidad política y el de legalidad, todos los cuales son valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico.

Un comentario para terminar: Respecto de la cuestión planteada, lo que considero el problema verdaderamente de fondo, es el de que la Constitución de 1999 no es una Constitución del todo democrática, al menos no en cosas como la estudiada. Por ello no dudo que la intención de los constituyentes hubiera sido la de otorgarle al Presidente de la República tantas facultades en materia de decretos leyes, las razones las conocemos todos, aquél tenía una mayoría abrumadora en la Asamblea Nacional Constituyente, la cual incluso fue convocada en contradicción de la Constitución vigente en aquél momento, la de 1961.

Algo que demostraría el talante antidemocrático de la Constitución vigente, es precisamente el que pretendiera darle al Presidente competencias que era impensable que las tuviera de conformidad a la Constitución de 1961, en el cual de modo expreso había una “reserva legal”, por lo que el Presidente únicamente podía dictar decretos leyes en materia económica y financiera.

Es incomprensible que según la propaganda del régimen imperante, la Constitución Bolivariana de 1999 es “la más democrática” que ha tenido nuestro país, siendo que a diferencia de la anterior, que supuestamente era menos democrática, trata de otorgarle mayores poderes al Presidente, en desmedro de los demás poderes,

al punto de que la materia penal se intentó dejársela en sus manos, tal como ha terminado ocurriendo, ya que no hay jueces valientes que puedan ponerle término a esta arbitrariedad. Sin embargo, como he dicho, en algún momento las cosas se pondrán en su lugar, entre otras cosas, declarándose la inconstitucionalidad de los decretos leyes dictados ilegítimamente en materia penal por el Presidente de la República, tanto en el actual período, como en los anteriores.

Nunca debemos olvidar que la libertad, así como la mayoría de los derechos fundamentales, termina perdiéndose cuando no hay valentía para ejercerla.

Bibliografía

- Alexy, Robert. (1994). *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona. Editorial Gedisa.
- Arteaga Sánchez, Alberto. (2012). *Derecho penal venezolano*. 12va edición. Caracas. Editorial Álvaro Nora.
- Bacigalupo, Enrique. (1999). *Derecho penal (Parte general)*. 2da edición. Buenos Aires. Editorial Hammurabi.
- . (1998). *Principios de derecho penal, Parte general*. 5ta edición. Ediciones Akal.
- Bettiol, Giuseppe. (1977). *Instituciones de derecho penal y procesal*. Barcelona. Editorial Bosch. Traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi.
- Beccaria, Cesare (1990). *De los delitos y de las penas*. 2da edición. Bogotá. Editorial Temis. 1990.
- Bustos Ramírez, Juan. (1986). *Manual de derecho penal. Parte especial*. 2da edición. Barcelona. Editorial Ariel.
- Jakobs, Günther. (1997). *Derecho penal –Parte general-. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2da edición. Madrid. Editorial Marcial Pons.
- Muñoz Conde, Francisco. (1996). 11ava edición. *Derecho penal. Parte especial*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- Roxin, Claus. (1997). *Derecho penal - Parte general-. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 2da edición. Madrid. Editorial Civitas. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal.
- . (2014). *Derecho penal –Parte general-, Especiales formas de aparición del delito*. Pamplona. Editorial Thomson- Civitas. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, José Manuel Paredes Castañón y Javier de Vicente Remesal.



MAGALY VÁSQUEZ GONZÁLEZ¹

Exclusión de la culpabilidad por inimputabilidad

La formulación del juicio de culpabilidad supone la concurrencia de tres exigencias: imputabilidad, conocimiento de la prohibición y normalidad del acto volitivo. De estos, la imputabilidad, señala Agudelo², es la capacidad de valorar el comportamiento o el hecho que se realiza y de dirigir la conducta según las exigencias del derecho, por lo que, en sentido contrario, la inimputabilidad se traduce en la incapacidad para valorar la trascendencia del comportamiento o hecho que se realiza y/o la incapacidad de regular la conducta según las exigencias del derecho debido a la inmadurez psicológica o a trastorno mental.

“El límite máximo de lo punible en un Derecho democrático, que intenta responder a las expectativas del hombre normal, esto es, de la colectividad a la que se dirige, es lo exigible a dicho hombre normal. Por eso no se castiga a quienes actúan en una situación en la que el hombre normal hubiera cedido a la motivación delictiva (causas de no exigibilidad) y no se castiga a los inimputables porque extender a ellos la conminación penal en su situación de incapacidad de resistencia normal frente a los impulsos criminales supondría elevar el nivel de lo exigible penalmente cara a los inimputables por encima del que se impone al hombre normal. Admitido el baremo democrático de la capacidad del hombre normal en las causas de inexigibilidad, vulneraría el principio de *igualdad real ante la ley* el tratar a los inimputables desconociendo que carecen de dicha capacidad normal”³. La inimputabilidad y la inexigibilidad deben acoger los casos en que, sin faltar en el sujeto alguna posibilidad de entrar en contacto con la norma y de ser influido por ella, dicha posibilidad no alcanza el *grado de normalidad* necesario para que sea lícito reaccionar con una pena frente a la infracción de la norma⁴.

En la legislación penal venezolana, la exclusión de la responsabilidad penal por inimputabilidad puede obedecer a la edad, vale decir, no haber alcanzado la edad legalmente establecida para la atribución de respon-

- 1 Abogada, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas y Doctora en Derecho por la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Profesora de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en pregrado y postgrado en la misma institución y autora de diversas publicaciones en el área. Corredactora del Código Orgánico Procesal Penal de 1998. Ex Directora de la Escuela de Derecho y ex Directora General de los Estudios de Postgrado en la UCAB y actualmente Secretaria General de la misma Universidad. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- 2 Agudelo, Nódier (1996). El Trastorno Mental Transitorio como causal de Inimputabilidad Penal. I La Fórmula. 2 ed. Linotipia Bolívar & Cia., Santafé de Bogotá, Colombia, p. 17.
- 3 Mir Puig, Santiago (1994). El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático, Editorial Ariel, S. A. Barcelona, 1ª edición, España, p. 86.
- 4 Idem, p. 247.

sabilidad penal o al padecimiento de una enfermedad mental suficiente que priva al sujeto de la conciencia o de la libertad de sus actos⁵.

Como señala Muñoz Conde⁶, la minoría de edad penal, como causa de inimputabilidad, se establece, por razones de seguridad jurídica, de modo que sólo a partir de una determinada edad se puede responder y no antes, aunque en el caso concreto se pudiera demostrar que el menor de esa edad tiene la capacidad de culpabilidad suficiente. Sobre este particular debe anotarse que tanto la original Ley Orgánica para la Protección de Niños y Adolescentes (LOPNA, 2000) como la actual Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA, 2015), han calificado como inimputables a los niños, niñas y adolescentes, así, en la exposición de motivos de la vigente Ley, al hacerse mención a la tipificación del uso de niños, niñas y adolescentes para delinquir y la inclusión de éstos en grupos criminales, como sendos delitos autónomos, se afirma que con tal inclusión se pretende “sancionar severamente a quienes, aprovechando la **inimputabilidad** de los niños, niñas y adolescentes, se sirve de ellos en eventos criminales” (destacado propio).

No obstante lo anterior, consideramos, que, siendo precisamente la LOPNNA el instrumento legal que desarrolla el sistema penal de responsabilidad del adolescente, estableciendo que éste responde por el hecho en la medida de su culpabilidad, de forma diferenciada del adulto y que la diferencia consiste en la jurisdicción especializada y en la sanción que se le impone (art. 528), es claro que le considera imputable, por tanto no lo son los niños (menores de 12 años) y los adolescentes mayores de 12 y menores de 14 años de edad. En todo caso, dado que el adolescente que presuntamente incurre en la comisión de hechos punibles es sometido a un procedimiento especial regulado en la LOPNNA, su situación no será objeto de desarrollo en este trabajo.

Como ya se indicó, según el Código Penal, es inimputable quien incurre en un hecho típicamente antijurídico en estado de enfermedad mental suficiente para privarlo de la conciencia o de la libertad de sus actos, es decir, que carece de capacidad de entender y querer, en cuyo caso procede su reclusión en uno de los hospitales o establecimientos destinados a esta clase de enfermos, del cual no podrá salir sin previa autorización del tribunal, si se tratare de un hecho que pueda ser calificado como delito grave, y, en caso de no ser grave o no ser el establecimiento adecuado, será entregado a su familia, bajo fianza de custodia, a menos que ella no quiera recibirlo.

El término ‘enfermedad mental suficiente’, es incorporado en la legislación penal sustantiva venezolana a partir del Código Penal de 1915, manteniéndose en la regulación vigente. En los códigos de 1873 y 1897 se empleaban las expresiones “demencia o delirio” y en los de 1904 y 1912 se hablaba de privación de la razón. En opinión de Arteaga⁷, la expresión enfermedad mental suficiente refiere la presencia de una enfermedad o trastorno mental cuyos efectos puedan privar al individuo de la conciencia o libertad de sus actos, pues la sola

5 Código Penal, art. 62.

6 Muñoz, Francisco (1999). Teoría General del Delito, reimpresión de la segunda edición, Editorial Temis S. A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, p. 108-109.

7 Arteaga Sánchez, Alberto (1997). Derecho Penal Venezolano, octava edición, Mc Graw Hill, Serie Jurídica, p. 197.

existencia de la enfermedad no es suficiente, sino que además esta debe producir los efectos señalados, es decir, la enfermedad o el trastorno debe ser la causa productora del hecho punible.

Sostiene Chiossone⁸, que la legislación nacional ha definido de modo preciso que el defecto mental que puede eximir de responsabilidad criminal, se reduce al concepto de inconsciencia, por lo que la sustitución de las expresiones “demencia o delirio”, permite comprender en el término, “no sólo las afectaciones orgánicas de la mente, sino las afecciones producidas por factores exógenos, por traumas físicos o psíquicos y por influencia de la emotividad en temperamentos orgánicos proclives a ella”.

En el ámbito procesal, el Código de Enjuiciamiento Criminal (CEC) que rigió en Venezuela hasta junio de 1999, empleaba el término enajenación mental, el cual se caracterizó por su “falta de concisión al comprender éste desde las denominadas psicosis verdaderas hasta las neurosis, pasando por la oligofrenia, demencia y psicopatías, objeto de la psiquiatría forense desde un período prelombrosiano hasta el actual”⁹.

Esa amplitud del concepto enfermedad mental, a que se refiere Chiossone, se concreta en la regulación que sobre el particular contempla la ley Orgánica de Drogas (2010), la cual en su artículo 180, al regular las reglas de responsabilidad penal para el consumidor o consumidora que bajo los efectos de alguna sustancia estupefaciente o psicotrópica cometiere algún hechos punible, dispone:

4. No es punible la persona consumidora cuando su dependencia compulsiva sea tal, que tenga los efectos de una enfermedad mental que le haga perder la capacidad de comprender y de querer.

Sobre este particular ha sostenido la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia¹⁰ que “para que se excluya la imputabilidad, no basta que se constate la existencia de una enfermedad mental, pues, se requiere que aquélla produzca los efectos señalados en el artículo 62 del Código Penal, los cuales consisten en afectar suficientemente la conciencia o libertad de sus actos, vale decir, que afecte gravemente la capacidad de entender o de querer del sujeto”. A tal afirmación estimamos conveniente agregar que, en razón del principio de mínima intervención, la activación del sistema de justicia penal respecto del enfermo mental, solo se justifica en tanto, éste haya incurrido en un hecho sancionado legalmente, de allí que, si por la sola condición de enfermo merece un tratamiento especial, esta exigencia se potencia si se le atribuye la ejecución de un hecho típicamente antijurídico, lo cual es coherente con lo reconocido en la Declaración de Caracas, adoptada por aclamación por la Conferencia Regional para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina, realizada en Caracas, Venezuela, entre el 11 y el 14 de noviembre de 1990, las organizaciones, asociaciones, autoridades de salud, profesionales de salud mental, legisladores y juristas reunidos en la

8 Chiossone, Tulio (1992). Manual de Derecho Penal Venezolano, edición revisada y actualizada, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, p. 113-114.

9 Puppio, Franco (1990), La enajenación mental. causal de sobreseimiento, En: Derecho Procesal Penal, Libro homenaje al Dr. Arminio Borjas (473-497), Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Caracas, p. 477.

10 Sentencia N° 896 del 27/06/2000. Exp. 00-52. Ponencia del magistrado Rafael Pérez Perdomo.

conferencia Regional para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud, declararon:

4. Que las legislaciones de los países deben ajustarse de manera que: a) aseguren el respeto de los derechos humanos y civiles de los enfermos mentales.

En el mismo sentido, los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental Adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991, contemplan:

Principio 1. Libertades fundamentales y derechos básicos

(...)

2. Todas las personas que padezcan una enfermedad mental, o que estén siendo atendidas por esa causa, serán tratadas con humanidad y con respeto a la dignidad inherente de la persona humana. (...)

4. No habrá discriminación por motivo de enfermedad mental. Por «discriminación» se entenderá cualquier distinción, exclusión o preferencia cuyo resultado sea impedir o menoscabar el disfrute de los derechos en pie de igualdad. Las medidas especiales adoptadas con la única finalidad de proteger los derechos de las personas que padezcan una enfermedad mental o de garantizar su mejoría no serán consideradas discriminación...

5. Todas las personas que padezcan una enfermedad mental tendrán derecho a ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos pertinentes, tales como la Declaración de los Derechos de los Impedidos y el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

6. Toda decisión de que, debido a su enfermedad mental, una persona carece de capacidad jurídica y toda decisión de que, a consecuencia de dicha incapacidad, se designe a un representante personal se tomará sólo después de una audiencia equitativa ante un tribunal independiente e imparcial establecido por la legislación nacional. La persona de cuya capacidad se trate tendrá derecho a estar representada por un defensor (...)

El marco internacional antes referido hace evidente que el enfermo mental no puede ser objeto de discriminación y goza de los mismos derechos que una persona sana a quien se atribuye la comisión de un hecho punible, lo cual explica que el Código Orgánico Procesal Penal (COPP) de 1998, siguiendo los lineamientos del Código Orgánico Procesal Modelo para Iberoamérica, hubiere regulado un procedimiento especial para

la imposición de medidas de seguridad a inimputables; sin embargo, no fue esa la única solución procesal contemplada para estas personas en el texto adjetivo, tal como se precisará de seguidas.

El citado código adjetivo utiliza la expresión trastorno mental grave, así en el art. 130 dispone que el mismo provocará la suspensión del proceso seguido al imputado o imputada, hasta que desaparezca esa incapacidad, pero no impedirá la investigación del hecho, ni la continuación del proceso respecto de otros imputados o imputadas, es decir, es claro que se trata de una incapacidad posterior a la perpetración del hecho punible, pues si esta fuere anterior configuraría la inimputabilidad del sujeto del proceso, la cual no es causal de suspensión, sino motivo de sobreseimiento o supuesto de aplicación de un procedimiento especial.

La inimputabilidad como obstáculo al ejercicio de la acción penal

Regula el art. 28 del COPP como una facultad de las partes (aunque por tratarse de la promoción de un obstáculo al ejercicio de la acción penal sólo podría ejercerla el imputado o su defensor), oponerse ante el juez competente, a la persecución penal por considerar que la acción penal fue ilegalmente promovida en razón de la falta de capacidad del imputado o imputada (numeral 4, literal g), defensa que, declarada con lugar, produce como efecto el sobreseimiento de la causa (art. 34.4 *ejusdem*). Esta excepción de previo y especial pronunciamiento, puede ser propuesta desde la fase preparatoria.

Ahora bien, las excepciones, cuestiones de previo pronunciamiento (contempladas estas dos como expresiones sinónimas en el artículo 412 del CEC) defensas, cuestiones previas o artículos de previo pronunciamiento, como se les denomina en el sistema español, constituyen, a decir, de Gómez Colomer¹¹, un tema distinto, separado e independiente del fondo a resolver antes de entrar en él, porque de ser estimado impide dictar sentencia. De forma más amplia, García¹² los define como “aquellas cuestiones de naturaleza procesal y mixta, distintas de las que conforman el objeto principal, pero que, estando intrínsecamente relacionados con él, ya que pueden hacer variar el curso del proceso o, incluso, impedir su continuación, exigen una resolución del órgano jurisdiccional previa y separada de la cuestión de fondo”.

No obstante, es importante precisar que a pesar de que las referidas expresiones suelen emplearse como sinónimas, algunos autores refieren la conveniencia de su distinción. Así, sostiene Díez-Picazo, que en sentido amplio el término excepción puede aplicar tanto a los medios de defensa procesales como a los de fondo pero en sentido estricto las excepciones son solo las materiales o de fondo¹³. Esta diferenciación cobra importancia si comparamos el elenco de excepciones contemplado en el COPP con los artículos de previo pronunciamiento que regula la legislación española, pues entre estos últimos no se incluye la falta de capacidad del imputado o imputada. En efecto, según el art. 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEC) española, serán tan sólo objeto de artículos de previo pronunciamiento las cuestiones o excepciones siguientes:

11 Cit. por. García Torres, María Luisa (2005). Los artículos de previo pronunciamiento en el proceso penal, Editorial Comares, p. 2.
12 Ob. Cit. p. 2.
13 Cit. por. García, p. 7.

- 1ª La de declinatoria de jurisdicción.
- 2ª La de cosa juzgada.
- 3ª La de prescripción del delito.
- 4ª La de amnistía o indulto.
- 5ª La falta de autorización administrativa para procesar en los casos en que sea necesaria, con arreglo a la Constitución y a Leyes especiales.

Es decir, la falta de capacidad no opera como una excepción o artículo de previo pronunciamiento sino como un motivo de sobreseimiento libre (art. 637.6 LEC) cuando la falta de capacidad procesal es consecuencia de una enfermedad mental.

Si bien, la expresión “capacidad” empleada por el código adjetivo venezolano doctrinariamente plantea dos opciones distintas, “la primera dice relación con la aptitud que se requiere para llegar a tener la calidad de imputado o, como también se ha dicho, de poder ser perseguido penalmente; la segunda se refiere a las condiciones que debe reunir quien ostenta tal calidad, para realizar actos válidos en el proceso. Estos aspectos se identifican por algunos con la capacidad para ser parte y la capacidad procesal stricto sensu, tratándose de este interviniente”¹⁴, debe entenderse que el art. 28 del COPP trata la capacidad como referida al estado mental que impide la posibilidad de persecución penal, máxime empleándose, precisamente, como motivo para oponer un obstáculo al ejercicio de la acción penal.

Ahora bien, en nuestro criterio no es la falta de capacidad para el momento de perpetración del hecho sino la incapacidad sobrevenida la que debería operar como excepción, pues la falta de capacidad procesal en tanto presupuesto del proceso impediría su continuación y por tanto no podría entrar a analizarse la posible autoría o participación del sujeto en el hecho atribuido, procediendo la proposición de la excepción a que se refiere el art. 28, numeral 4, literal g del COPP, que tiene como efecto al sobreseimiento, mientras que la falta de capacidad, derivada de la inimputabilidad siempre podría invocarse como motivo de sobreseimiento, por parte de la defensa técnica del imputado incapaz, ya que éste o ésta, precisamente por su condición, no podría ejercer directamente el derecho previsto en el art. 127.11 (solicitar ante el tribunal de la causa el sobreseimiento, conforme a lo establecido en este Código). En este caso, tal como se desarrollará más adelante, no sería posible someter al imputado o imputada carente de capacidad, a medida de seguridad alguna.

Tampoco debería sustentarse la excepción en caso de inimputabilidad, en que el hecho atribuido no reviste carácter penal (art. 28.4 literal c), dado que el hecho típicamente antijurídico que a decir del Código Penal (art. 62) equivale en un acuerdo a un delito grave o no grave, sí reviste carácter penal al punto que posibilita la imposición de una medida de seguridad.

14 Falcone Salas, Diego (2018), La incapacidad procesal del imputado por alteración o insuficiencia de sus facultades mentales, en: Revista de Derecho Universidad San Sebastián 24/2018, www.rduss.com p. 98.

La inimputabilidad como causal de sobreseimiento

Según el art. 300.2 del COPP, el sobreseimiento procede cuando el hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, inculpabilidad o de no punibilidad.

La culpabilidad, como presupuesto de la penalidad, exige un sujeto imputable, por tanto, el inimputable será también inculpable. La inimputabilidad requiere “una falta total de libertad de voluntad o la imposibilidad absoluta de ser motivado por la norma”¹⁵, por ello el inimputable carece de capacidad de culpabilidad y si tal incapacidad resultare acreditada de la investigación adelantada por el Ministerio Público, éste debe ponerle término a la misma a través de la solicitud de sobreseimiento.

Ahora bien, el COPP, a diferencia del CEC, no hace mención expresa a la enfermedad mental como causal de sobreseimiento. En efecto, este último en su art. 312.8 disponía el sobreseimiento en el sumario después de haberse dictado el auto de detención o de sometimiento a juicio, y en cualquier instancia de la causa, en el plenario, por resultar demostrado que en enjuiciado era irresponsable, “por haber ejecutado el hecho en estado de enajenación mental”.

La enajenación mental es la “anormalidad psíquica suficiente para privar de la conciencia al sujeto procesado, todo lo cual ha de producirse al momento de la ejecución del acto tipificado como delito o falta”¹⁶, por tanto, igualmente contemplaba el citado Código (art. 191) que:

Cuando el Tribunal Instructor supiere, de alguna manera, que en el indiciado hay indicios o muestras de enajenación mental, lo someterá sin dilación al examen y observación de peritos; y si del informe de estos y de las declaraciones rendidas por otras personas que puedan deponer con acierto, por las circunstancias y relaciones con el procesado, resultare comprobado que este perpetró el hecho en estado de enajenación mental, declarará que no hay mérito para continuar la averiguación respecto de él y lo pondrá a la disposición de la correspondiente autoridad ejecutiva, para que ésta resuelva lo conveniente acerca de su colocación y tratamiento (...)

También se contemplaba el estado de enajenación mental descrito en el art. 191 como causal de terminación de la averiguación (art. 206), si aquel se determinaba antes de dictarse el auto de detención o el de sometimiento a juicio.

Independientemente de la expresión empleada por el legislador en el CEC, no se contemplaban en este texto normativo, ni la inculpabilidad ni la enajenación mental como excepciones (dilatorias o de inadmisibilidad).

15 Mir Puig, Santiago (1994). El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático, Editorial Ariel, S. A. Barcelona, 1ª edición, España, p. 248.

16 Puppio. Ob. Cit., p. 477.

Ahora bien, el sobreseimiento como acto conclusivo de la investigación adelantada por el Ministerio Público conforme al vigente proceso penal, fundamentado en la inculpabilidad del imputado, no puede dar lugar a la imposición de ninguna medida en su contra, al igual que como acontece con la falta de capacidad del imputado como obstáculo al ejercicio de la acción, por la ausencia de capacidad del imputado como presupuesto procesal. Imponer en cualquiera de ambos casos una medida de seguridad, implicaría una violación del principio de legalidad, tal como se estableció en la sentencia del Tribunal Supremo español 971/2004 de 23 de abril, al disponer que el citado principio *“establece que no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de Sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales”,* por lo que la aplicación de medida de seguridad exige el *“previo pronunciamiento judicial en Sentencia, de la comisión de un hecho previsto legalmente como delito, la acreditación de su autoría por el acusado y concurrencia en éste de una de las circunstancias modificativas que conducen al correspondiente sometimiento a tratamiento, así como la necesidad de la medida desde el punto de vista del pronóstico de peligrosidad del sujeto”*.

La inimputabilidad y el procedimiento especial para imponer medidas de seguridad

Como ya se ha indicado, los inimputables, al carecer de capacidad de culpabilidad y ser ésta presupuesto de la penalidad, no pueden ser sujetos de la imposición de una pena, sin embargo, el Estado no puede permanecer inerte frente a un hecho típicamente antijurídico llevado a cabo por un inimputable, de allí que ha contemplado las medidas de seguridad como respuesta dirigida a proteger al inimputable y a neutralizar el peligro que éste representa para la sociedad.

Como sostiene León¹⁷, las medidas de seguridad son consecuencia de un comportamiento típico y antijurídico, no de un hecho punible, porque los inimputables no realizan conducta punible, por no estar en capacidad de comprensión de la ilicitud de comportamiento y/o autorregular su proceder, por inmadurez psicológica o trastorno mental. Su acción u omisión típica y antijurídica no implica un desobedecimiento a una norma de deber, puesto que si al tiempo de actuar no están en condiciones de arreglar su proceder a la norma jurídica, por inmadurez psicológica o trastorno mental, no es posible hacerles el reproche penal culpabilista, bien sea a título de dolo, culpa o preterintención.

Bajo la vigencia de la anterior legislación procesal penal (CEC) en orden a hacer efectiva la consecuencia prevista en el art. 62 del Código Penal, vale decir, la reclusión del enfermo mental que ha incurrido en un hecho que en un cuerdo equivale a delito grave, en uno de los hospitales o establecimientos destinados a esta clase de enfermos o, la entrega a su familia, bajo fianza de custodia, a menos que ella no quiera recibirlo, si el delito no fuere grave o el establecimiento no es adecuado, se contemplaban las ya referidas figuras de la averiguación terminada y el sobreseimiento, lo cual, sin lugar a dudas, constituía una franca violación del derecho a la defensa y al debido proceso del procesado o procesada enfermo mental a quien se atribuía la presunta

17 Cit. por Vásquez González, Magaly (2016). Procedimientos penales especiales, Colección Letraviva, UCAB ediciones, Caracas, p. 235.

comisión de un hecho típicamente antijurídico, pues sin que se hubiere comprobado su comisión y la efectiva perpetración por parte de aquél, se le podía imponer una medida de seguridad, la cual en tanto comporta efectos similares a la pena, exige la realización de un juicio. Esta situación vino a ser corregida con la regulación en el COPP de un procedimiento especial para la aplicación de medidas de seguridad, contemplado actualmente en el Título VIII del Libro Tercero, específicamente entre los artículos 410 al 412.

Al igual que el COPP, varios códigos latinoamericanos, inspirados en su mayoría en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, optaron por regular un procedimiento especial concebido para los inimputables. Este Código Modelo dispone que cuando el Ministerio Público, después del procedimiento preparatorio, estime que sólo corresponde aplicar una medida de seguridad y corrección, requerirá la apertura del juicio, regulándolo entre los arts. 384 al 387 y señalando en su Exposición de Motivos¹⁸, que es práctica común internar “por tiempo indeterminado a quien se encuentra en la condición prevista por la regla, sin debate y, en la inmensa mayoría de ellos, sin oír al afectado y sin defensa técnica. Tal iniquidad sucede a partir del sobreseimiento por inimputabilidad, unido a la orden de internación en un establecimiento asistencial por tiempo indeterminado. A pesar de que las reglas materiales sobre medidas de seguridad y corrección merecen muchas críticas desde varios puntos de vista, lo mínimo que se puede hacer en esta materia, desde la ley formal, es, precisamente, lo que el Código regula: un juicio contradictorio similar al común y con las mismas garantías, en el cual pueda defenderse el afectado –y cuando él está inhabilitado, su curador-, con la asistencia técnica de un defensor”.

En el mismo sentido, el Código Procesal Penal de Costa Rica¹⁹, en el Libro relativo a los procedimientos especiales, contempla uno para la aplicación de medidas de seguridad (arts. 388 al 390), cuando haya elementos probatorios de los cuales pueda deducirse razonablemente que corresponde aplicar una medida de seguridad, en virtud de la inimputabilidad del acusado; el Código Procesal Penal de El Salvador²⁰, incluyó dentro de los procedimientos especiales, el juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad (Título IV, arts. 397 al 399), cuando el fiscal o el querellante, en razón de la inimputabilidad, estimen que sólo corresponde aplicar una medida de seguridad; el Código Procesal Penal de Paraguay²¹, en el Libro referido a los procedimientos especiales (Título V, arts. 428 al 431), desarrolla el procedimiento para la aplicación de medidas de mejoramiento, cuando el Ministerio Público o el querellante, en razón de particulares circunstancias personales del procesado, estimen que sólo corresponde aplicar una medida; el Código Procesal Penal de Guatemala²², dentro de los procedimientos específicos (Título IV, arts. 484 al 486), regula el juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y corrección, cuando el Ministerio Público, después del procedimiento preparatorio, estime que sólo corresponde aplicar una medida de seguridad y corrección; y el Código Procesal Penal de Chile²³, en su Título VII (arts. 455 al 465) que es el más exhaustivo en desarrollar

18 P. 30.

19 N° 7594 del 10 de abril de 1996, vigente desde 1998.

20 Vigente desde 1998.

21 Ley N° 1286/98 vigente desde 1999.

22 Decreto 51-92 reformado en 1993, 1996, 1997, 2000, 2001, 2002, 288, 2009, 2010, 2011.

23 Ley 19696 de 2000 modificado por Ley 21212 de 2020.

un procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad, las cuales sólo proceden respecto del enajenado mental que hubiere realizado un hecho típico y antijurídico y siempre que existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que atentará contra sí mismo o contra otras personas. En tal sentido, entre las reglas especiales previstas en el art. 463, expresamente se señala (literal c) que “la sentencia absolverá si no se constatare la existencia de un hecho típico y antijurídico o la participación del imputado en él, o, en caso contrario, podrá imponer al inimputable una medida de seguridad”.

En relación con esta última legislación afirma María Inés Horvitz²⁴, que sólo a partir de 2000 se ha diseñado legalmente un procedimiento con todas las garantías del debido proceso para el enajenado mental a quien se atribuye la comisión de un delito y respecto de quien se solicita la aplicación de una medida de seguridad. Tal decisión político-legislativa estuvo directamente vinculada con la impronta garantista del nuevo sistema procesal penal y con los modelos y antecedentes legislativos de derecho comparado tenidos a la vista que imponían una reforma radical en este ámbito, y a tales efectos cita el mensaje del entonces nuevo Código Procesal Penal, al expresar que:

(...) entre las innovaciones que vale la pena resaltar se encuentran la incorporación de garantías básicas en el procedimiento aplicable a los inimputables por enajenación mental. Entre estas garantías se encuentran las de limitar las posibilidades de aplicación de una medida de seguridad a aquellos casos en que se acredite judicialmente la existencia de un hecho típico y antijurídico, el reconocimiento del derecho a defensa del afectado, la limitación de la duración de la medida aplicable al tiempo correspondiente a la pena mínima asignada al delito de que se trate y el establecimiento del control judicial de las medidas de seguridad.

Siendo que las medidas de seguridad de naturaleza jurisdiccional y sancionatoria, tal como sostiene Reyes²⁵, no pueden aplicarse sino como consecuencia de una conducta previamente descrita en un tipo penal, siempre que el agente sea inimputable, y solamente son impuestas por el juez como culminación de un proceso del que se desprende la responsabilidad del sindicado, no obstante que tal decisión no está asentada sobre el supuesto de la culpabilidad sino en la típica antijuridicidad de la conducta realizada por el inimputable. En el mismo sentido sostiene Llobet²⁶, que para la imposición de la medida de seguridad se requiere la demostración de que el imputado realizó una conducta típica y antijurídica, aunque no culpable, por haber actuado bajo un estado de inimputabilidad, por ello en el procedimiento especial no puede obviarse la demostración del hecho atribuido.

24 Horvitz Lennon, María Inés (2008). El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal chileno, en: Revista de Estudios de la Justicia, N° 10, p. 108-109.

25 Reyes Echandía, A. (1990). *Derecho Penal. Parte General* (Segunda reimpresión de la undécima edición). Bogotá, Colombia: Editorial Temis. P. 260.

26 Cit. por Vásquez, Ob. Cit. p. 251.

De la revisión del derecho procesal penal comparado se advierte que los códigos latinoamericanos citados regulan en términos casi idénticos el procedimiento especial dirigido a la aplicación de una medida de seguridad, mejoramiento o corrección, procedente cuando se estime la procedencia de tal medida en razón de la inimputabilidad del imputado, procedimiento que supone la realización de un juicio regido por reglas especiales que entre otras regulaciones prevé la posible ausencia del imputado, la imposibilidad de tramitación conjuntamente con el procedimiento ordinario, la inaplicabilidad de las reglas referidas al procedimiento abreviado, ni las de suspensión condicional del proceso y el dictado, al término del juicio de una sentencia, que debe ser absolutoria ni no se acredita la autoría o participación del inimputable en el hecho atribuido o, en caso contrario, condenatoria a una medida de seguridad²⁷, pues considerando el fin que persigue el procedimiento, “el debate no debe versar en torno a si el acusado es o no inimputable sino en torno a si efectivamente cometió el hecho típico y antijurídico que se le atribuye”²⁸.

Por otra parte, sólo la imposición de una sentencia condenatoria a una medida de seguridad, posibilita la intervención del juez de ejecución (art. 471 del COPP), quien, en caso de tratarse de una medida impuesta por tiempo indeterminado, debe examinarla periódicamente (art. 503 *ejusdem*).

Tratamiento jurisprudencial

a. Sala de Casación Penal

En el fallo N° **393/2000 del 31 de marzo**, la Sala de Casación Penal, al decidir el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado Superior Segundo en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, en la que se estableció que el procesado causó la muerte de otra persona mientras sufría un ataque de epilepsia, con lo que se habría configurado la causa de inimputabilidad prevista en el primer aparte del artículo 62 del Código Penal, pero, a pesar que el acusado cometió un hecho que en una persona sana equivale a un delito grave, como lo es el homicidio, no se ordenó su reclusión en un establecimiento hospitalario para que se le aplicara el tratamiento respectivo. En relación con el citado planteamiento la Sala sostuvo:

Esta Sala, observa que es cierto lo alegado por el recurrente, el sentenciador consideró que Geoffrey Roa Vivas era inimputable porque la epilepsia que sufría lo privó de la libertad de sus actos, circunstancia que a juicio del juzgador de alzada lo hace un individuo que carece de conciencia plena, entonces, ha debido aplicar la medida de internamiento en un hospital psiquiátrico, prevista en el segundo aparte del referido artículo 62 del Código Penal.

27 En este sentido, art. 411.6 del COPP.

28 Vásquez, p. 251.

La aplicación de dicha medida, es en beneficio del acusado y de la sociedad, teniendo por finalidad procurar darle al inimputable por enfermedad mental la protección adecuada. Por tanto, esta Sala de Casación Penal considera que lo procedente y ajustado a Derecho es declarar con lugar la presente denuncia de casación por motivo de fondo y ordenar que el ciudadano Geoffrey Roa Vivas, sea internado en un centro hospitalario o, en caso de no existir el establecimiento adecuado sea entregado entonces a su familia bajo fianza de custodia.

La misma Sala, en sentencia **N° 109/2009 del 24 de marzo de 2009**, resolvió que:

(...) es al sentenciador de juicio a quien le correspondió el análisis de los elementos de prueba (examen médico forense) para determinar si el adolescente infractor es o no inimputable, debiendo concatenarlos entre sí, por lo que, mal podría la Corte Superior como tribunal de alzada incurrir en la falta de aplicación del artículo 62 del Código Penal, ya que la Corte sólo examinó el razonamiento utilizado por el Juzgado de Juicio para determinar la capacidad plena del adolescente y resolver la apelación, con sujeción a los hechos establecidos por el sentenciador de Primera Instancia.

En sentencia **N° 502/2010 del 26 de noviembre** asentó:

(...) la Sala observa, que el tribunal de juicio para condenar a (...), a cumplir la pena seis (6) años, un (1) mes y diez (10) días, por la comisión del delito de Homicidio Calificado en grado de Frustración, no desarrolló un razonamiento lógico; y se apartó infundadamente de los conocimientos científicos, por cuanto expresó que "...la ciudadana (...), en estado de crisis producto de la enfermedad mental de personalidad mixta suministró veneno a sus menores hijos..." y por otra parte señaló que "...quedando acreditado sin lugar a duda la intención dolosa de causarles la muerte por envenenamiento (...)

De lo analizado anteriormente se evidencia que el Tribunal de Instancia, al condenar a la ciudadana (...), incurre en contradicción cuando expresó que la acusada para el momento de los hechos, actuó en crisis producto de la enfermedad mental que padece, para luego fundamentar su condenatoria "en la intención dolosa" de la acusada de causar la muerte por envenenamiento.

(...)

Es por esto que dada la contradicción existente en la estructura racional de la sentencia, no están claras para la Sala, las razones por las cuales el juez de juicio condenó a la acusada de autos, razón por la cual, considera necesario aplicar en el presente caso el principio "in dubio pro reo", por la incertidumbre que se evidencia, si la acusada al momento de ejecutar

el hecho actuó bajo los impulsos producto de la enfermedad mental que sufre, o si su actuar fue en forma consciente.

Por consiguiente, en aplicación al principio “in dubio pro reo”, lo ajustado a Derecho es declarar inimputable a la ciudadana (...) y en consecuencia sobreseer la causa a favor de la acusada.

Adicionalmente, en el dispositivo del fallo la Sala ordena remitir la causa al tribunal de Juicio a los fines de que la ciudadana en cuestión “sea entregada a su familia bajo fianza de custodia, de conformidad con el primer aparte del artículo 62 del Código Penal y se ordena al referido Juzgado que a la brevedad posible remita la presente causa al Presidente del Circuito Judicial Penal del estado Zulia, a los fines de que un tribunal de ejecución dicte las medidas necesarias para que la precitada ciudadana mantenga tratamiento psiquiátrico constante”.

En el voto salvado de la magistrada Úrsula María Mujica Colmenarez, recaído en la sentencia N° 477/2013 del 13 de diciembre de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, aquélla sostuvo que:

(...) la situación de inimputabilidad debe dilucidarse “desde la fase inicial del proceso, puesto que la incapacidad por retardo mental haría acreedor al justiciable de una medida de seguridad, conforme al artículo 62 del Código Penal, que establece la reclusión en hospitales o establecimientos destinados a personas con enfermedad mental, por lo tanto debió realizarse el procedimiento previsto en los artículos 410 y 411 del Código Orgánico Procesal Penal.

En el caso de autos constató quien aquí disiente, que desde el inicio del proceso, el Ministerio Público no consideró el retardo mental del imputado como causa de inimputabilidad, y continuó con el procedimiento ordinario, lo cual fue convalidado tanto por el Juzgado de Control en la audiencia preliminar, como por el Juez de Juicio cuando aplicó la causal de atenuación, desconociéndose así el procedimiento especial que debió seguirse, amén de la ausencia de un examen realizado por un médico psiquiatra forense especializado en la materia, que determinara sin lugar a dudas el tipo de enfermedad mental que padece el imputado.

El Título VIII Del Procedimiento para la Aplicación de Medidas de Seguridad, previsto en el Código Orgánico Procesal Penal establece la incidencia para establecer la inimputabilidad del justiciable, y si en dicho procedimiento se concluye que el justiciable sí es imputable, el Juez ordenará la aplicación del procedimiento ordinario.

(...)

Sobre el particular, en doctrina ha sido desarrollado el procedimiento para la aplicación de las Medidas de Seguridad, afirmándose que:

“El fiscal del Ministerio Público en su acusación, cuando resultare que el autor del delito es una persona inimputable, en nuestro derecho que por sus razones propias no se le puede aplicar sanciones o penas respectivas, hará la salvedad de esta condición y pedirá la aplicabilidad de

una medida de seguridad que será estimada por el juez o jueza competente. Esta incidencia constituye uno de los requisitos de la acusación fiscal en el caso up supra. Las medidas de seguridad son independientes del delito cometido, consistente en un presupuesto de peligro social a causa precisamente de la incapacidad del imputado; estas medidas son las consecuencias jurídicas impuestas por el ordenamiento jurídico, a quien ha cometido un hecho típico pudiendo ser inimputable o encontrándose en situación de inculpabilidad, previstos como medios o procedimientos que utiliza el estado en beneficio de la defensa social.” (Rivera Morales. Código Orgánico Procesal Penal Comentado. 2010. Pág. 466).

En el caso de autos, fue violentado el debido proceso, por error que afectó la estructura del procedimiento y las garantías del justiciable, puesto que no se verificó la incidencia correspondiente para determinar la inimputabilidad del referido ciudadano, violentándose así la garantía constitucional al debido proceso y desconociéndose el contenido del artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal, sobre la finalidad del proceso para establecer la verdad por las vías jurídicas y la justicia en la aplicación del derecho.

Considero que la Sala debió ejercer como lo ha hecho en otras ocasiones, lo que se denomina en doctrina Casación de Oficio, ordenando que el proceso sea llevado nuevamente a la fase de investigación y que el Ministerio Público de inicio al procedimiento especial sobre Medidas de Seguridad, a los fines de garantizar el derecho al debido proceso penal de este ciudadano que padece enfermedad mental.

Es claro que no ha sido uniforme el criterio de la Sala de Casación Penal en torno al tratamiento procesal de la condición de inimputable de la persona a quien se atribuye la presunta comisión de un hecho descrito en la ley como delito. Así, se ha considerado la pertinencia de la absolución y la imposición de una medida de seguridad, con lo que se ha violentado la previsión del artículo 11.6 del COPP, según la cual, la sentencia absolverá **u** ordenará una medida de seguridad, es decir, la medida legalmente no procede si el acusado inimputable es absuelto; pero, en otro caso, decretó la procedencia del sobreseimiento sustentado en la inimputabilidad, habiendo llegado la causa a juicio, ordenando a un tribunal de ejecución dictar las medidas necesarias para que la acusada mantuviera “tratamiento psiquiátrico constante”, es decir, le traslada la competencia al juez de ejecución para imponer una medida que, según el código adjetivo penal, solo debería hacer cumplir. También se ha ratificado la competencia del tribunal de juicio para declarar la inimputabilidad sobre la base de los respectivos dictámenes periciales, por ser esa la etapa procesal en que tiene lugar la incorporación de la prueba.

b. Sala Constitucional

En el voto salvado del magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz asentado en el fallo **N° 1210/2004 del 23 de junio** de la Sala Constitucional, el disidente sostuvo que habiendo quedada evidenciada “la omisión de la apreciación y valoración de los elementos probatorios que sustentaban el alegato de inimputabilidad, lo que constituye ausencia de motivación, y que no sólo debió conducir a la declaración de nulidad del fallo con base

en lo que preceptúa el artículo 173 del Código Orgánico Procesal Penal, sino que, además, devino lesiva a los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa; al derecho a la libertad y seguridad personal, así como al derecho a la salud, por cuanto, de acuerdo con los artículos 75.1, 76 y 77 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, existía una seria probabilidad de que el encausado, dada su acreditada condición de consumidor, previa a la comisión del delito por el cual fue condenado, hubiera sido declarado inimputable, de acuerdo con el contenido del artículo 64.4 *eiusdem*; y, en consecuencia, le hubiera sido acordada alguna de las medidas de seguridad que, para su curación y/o rehabilitación, contiene el referido artículo 76”, concluyó señalando que “independientemente del resultado condenatorio o absolutorio al cual se arribe, tal conclusión debe ser el producto de un proceso en el cual se preserve la efectiva vigencia de los derechos y garantías constitucionales de todas las partes”.

En sentencia **N° 2381/2006 del 15 de diciembre** emanada de la Sala Constitucional, se sostuvo:

La determinación de la culpabilidad también amerita en la generalidad de los casos un debate probatorio, en el sentido de verificar si ha operado o no alguna de las causales de inculpabilidad, como lo son: 1.- La inimputabilidad (minoría de edad, enfermedad mental), 2.- El error de prohibición y 3.- La no exigibilidad de otra conducta (estado de necesidad disculpante). Lo mismo cabe señalar en cuanto a las causales de no punibilidad (excusas absolutorias y condiciones objetivas de punibilidad).

Ahora bien, la oportunidad procesal para tal actividad probatoria sólo se puede materializar en la oportunidad del juicio oral y público, toda vez que es la fase natural del proceso para la recepción y la valoración de la prueba, no siendo ello posible en la fase intermedia.

El anterior criterio fue acogido en el fallo **N° 606/2008 del 17 de noviembre** de la Sala de Casación Penal.

La misma Sala Constitucional, en el fallo **N° 1676/2007 del 3 de agosto**, al pronunciarse en torno a la excepción “de carácter eminentemente material” descrita en la letra c) del numeral 4 del art. 28, relativa a que el hecho no revista carácter penal, ha declarado que la falta de capacidad del imputado o imputada en tanto supuesto de inculpabilidad, debe conducir al sobreseimiento decretado conforme a lo dispuesto en el entonces artículo 318.2 del COPP (actualmente art. 300.2), es decir, que el hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, inculpabilidad o de no punibilidad, al sostener:

Debe afirmarse que esta causal de sobreseimiento contempla a su vez cuatro supuestos sustancialmente diferentes entre sí, los cuales se corresponden con las categorías dogmáticas que componen el edificio conceptual de la teoría general del delito. En tal sentido, el legislador procesal penal ha dispuesto que el sobreseimiento procederá en los siguientes casos: 1.- Atipicidad del hecho; 2.- Ausencia de antijuricidad, lo cual se produce cuando concurre alguna de las causas de justificación previstas en el artículo 65 del Código Penal (legítima defensa, estado de necesidad, etc.); 3.- Inculpabilidad (casos de inimputabilidad,

inexigibilidad de otra conducta, miedo insuperable y error de prohibición invencible); y 4.- Cuando la conducta, a pesar de ser típicamente antijurídica y culpable, no sea punible por razones político-criminales, lo cual sucede en los casos en que concurren excusas absolutorias o condiciones objetivas de punibilidad, como son, por ejemplo, los supuestos contemplados en los artículos 481 y 380 del Código Penal, respectivamente.

c. Tribunales regionales

En sentencia de fecha 21 de julio de 2005²⁹ el Tribunal Penal de **Juicio** del Circuito Judicial Penal del **Estado Barinas**, integrado con escabinos, consideró acreditado que el imputado dio muerte a su esposa, hecho que encuadra en el injusto penal previsto en el ordinal 3° del artículo 408 del Código Penal, que “el autor de la conducta típica y antijurídica para el momento de realizar la misma se encontraba privado de la capacidad de entendimiento y discernimiento”, “que para que al autor de una conducta típica y antijurídica debe reunir ciertas condiciones para que pueda atribuírsele el carácter de culpable, es decir, la culpabilidad es una cualidad que se predica jurídicamente de alguien en relación con el hecho ilícito realizado que es el objeto de la responsabilidad penal”, que “para atribuirle el calificativo de culpable al autor de un hecho antijurídico, el autor de ese hecho, debe estar en condiciones de probar que obró con suficiente motivación por la norma, por lo que habrá que determinar si dicho sujeto poseía, en el momento de cometerlo, la capacidad psíquica suficiente para verse motivado por la norma, si estaba en situación de comprender la ilicitud del hecho y a (sic) quedado demostrada con la declaración de los expertos que el acusado carecía de esa capacidad”, que “el artículo 62 del Código Penal en su único aparte acoge una fórmula que permite declarar la inimputabilidad de una persona previa constatación de que en el momento de cometer el hecho, sufría una anomalía o alteración psíquica suficiente para privarlo de la conciencia y libertad de sus actos”, que el acusado “padece una enfermedad mental severa, continua y progresiva, tipificada como ESQUIZOFRENIA CRONICA en sus modalidades clínicas PARANOIDE CELOTIPICA Y CATATONICA en la modalidad mutista y aquinetica”, que “NO ESTA EN CAPACIDAD MENTAL PARA ASISTIR A INTERROGATORIO DE NINGUNA NATURALEZA, NO ESTA EN CAPACIDAD PARA ASISTIR AL JUICIO PENDIENTE, NO COMPRENDE LA NATURALEZA DEL PROCESO LEGAL EN CURSO”, y que por lo tanto, “en atención a lo establecido en el único aparte del artículo 62 del Código Penal, lo procedente es aplicar una medida de seguridad al acusado, atendiendo a la gravedad del hecho cometido y a la imprevisible de su conducta futura tal como lo manifestó el experto así como su médico tratante al momento de rendir sus declaraciones en la audiencia oral y pública”, que “existiendo por tanto la imposibilidad de aplicar una pena, no obstante ello no supone que el estado no pueda ejercer el control punitivo sobre este tipo de conductas y las personas que la realizan, de conformidad con lo establecido en el artículo 62 del Código Penal el cual prevé para el enajenado mental que hubiese cometido un hecho previsto en la ley como delito, que el tribunal que declare la inimputabilidad

29 Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2005/julio/814-21-EPO1-P-2004-000395-.html#:~:text=El%20art%C3%ADculo%2062%20del%20C%C3%B3digo%20Penal%20en%20su%20C%C3%BAnico%20aparte,y%20libertad%20de%20sus%20actos

(como un imperativo y no a discrecionalidad del juez) DECRETARÁ su internamiento en uno de los establecimientos destinados a esa clase de enfermos, del cual no podrá salir sin previa autorización del tribunal, quedando dicha medida sujeta a revisión por el tribunal de ejecución quien examinará periódicamente la situación del acusado (...) por medio de informes que presentaran los médicos tratantes con una regularidad de seis meses, donde informaran al tribunal el estado y la conveniencia de la reclusión del enfermo mental”.

En sentido distinto, el Tribunal Primero de primera Instancia en lo Penal **en función de Control del Estado Amazonas**, mediante auto de fecha 8 de febrero de 2010³⁰, después de señalar que “junto a las penas retributivas, se prevé otro conjunto de medidas que no tienen que ver con la reprensión (sic) del hecho delictivo cometido ni con la culpabilidad del sujeto, sino que miran, fundamentalmente, a la prevención de nuevos delitos” y que “tales medidas de seguridad pueden en algunos casos sustituir las penas, como en el caso de enfermedad mental en que la pena correspondiente al hecho se sustituye por la medida de seguridad de internamiento”, no admitió la acusación presentada en contra de un ciudadano a quien se le atribuyó la presunta comisión de los delitos de LESIONES LEVES, previsto y sancionado en el artículo 416 del Código Penal y el delito de ACTO CARNAL CON MENOR DE EDAD previsto y sancionado en el artículo 378 ejusdem “en virtud de verificarse una causa que impide la prosecución del proceso como lo es la inimputabilidad del mismo por presentar una enfermedad mental capaz de privarlo de su voluntad y conciencia conforme a lo dispuesto en el artículo 62 del Código Penal” y colocó al imputado bajo custodia de su progenitora. Finalmente dispuso que:

“El lapso de la medida aquí decretada inicialmente es de seis meses contados a partir de la presente fecha, correspondiendo al tribunal de ejecución de sentencias y medidas de seguridad velar por el cumplimiento de la medida aquí decretada y en caso de necesidad extender por el tiempo que considere prudente el lapso inicialmente aquí fijado”.

Como se puede apreciar, frente a dos casos muy similares se optó por soluciones procesales diversas, en el primer caso, desarrollado el juicio conforme a las reglas del procedimiento ordinario, por cuanto el Ministerio Público no solicitó la aplicación del procedimiento especial previsto en el COPP para la aplicación de medidas de seguridad y demostrada en esa etapa la comisión de un hecho típicamente antijurídico por parte del acusado inimputable, se sentenció la imposición de una medida de seguridad disponiéndose la supervisión de la misma por parte de un juez de ejecución, en tanto que el segundo el Tribunal en funciones de control, sin que se hubiere comprobado la perpetración por parte del imputado de los delitos atribuidos en la acusación, la desestima declarando su inimputabilidad sin emitir pronunciamiento alguno en torno al efecto de la desestimación, es decir, si se sobreseía o no la causa y ordenando la ejecución de la medida por parte de un juez de ejecución, a quien, según el COPP (art. 471) corresponde ejecutar las penas o medidas de seguridad impuestas mediante sentencia firme, decisión que no tuvo lugar en este caso, pues la desestimación se concretó en un auto dictado al término de la audiencia preliminar.

30 Disponible en: <https://vlexvenezuela.com/vid/fiscalia-mp-carlos-javier-carrasquel-280357215>

Conclusiones

1. No es la falta de capacidad para el momento de perpetración del hecho sino la incapacidad sobrevinida la que debería operar como excepción, pues la falta de capacidad procesal en tanto presupuesto del proceso impediría su continuación y por tanto no podría entrar a analizarse la posible autoría o participación del sujeto en el hecho atribuido.
2. La falta de capacidad por inimputabilidad como obstáculo al ejercicio de la acción penal (excepción) o como causal de sobreseimiento, considerando las etapas procesales en que puede proponerse, no supone la comprobación de la autoría o participación del enfermo mental en el hecho atribuido, pues en ambos casos de lo que se trata es de la falta de un presupuesto procesal que impide, por tanto, el desarrollo del proceso y, en consecuencia, sería violatorio del derecho a la defensa y al debido proceso imponer al imputado una medida de seguridad, la cual exige tanto la comprobación del hecho como la autoría o participación del acusado.
3. La aplicación de una medida de seguridad a un inimputable a quien se atribuye la perpetración de un hecho típicamente antijurídico, sólo puede ser consecuencia de un juicio desarrollado con el respeto a las garantías establecidas legal y constitucionalmente para toda persona imputada por la presunta comisión de un delito. Si bien este juicio debe realizarse conforme a las reglas especiales establecidas en el artículo 411 del COPP, nada obsta para que en el juicio realizado en el marco del procedimiento ordinario comprobada la perpetración del injusto objeto del debate y la autoría o participación del acusado inimputable, se imponga una medida de seguridad.
4. La jurisprudencia venezolana, ha desarrollado de manera contradictoria la consecuencia que emerge de la inimputabilidad de una persona a quien se atribuye la comisión de un hecho típicamente antijurídico, por lo que se impone una reflexión más profunda en torno a tal institución como medio para salvaguardar la seguridad jurídica y derechos de los inimputables.

Bibliografía

- Agudelo, Nódier** (1993). *El Trastorno Mental Transitorio como Causal de Inimputabilidad Penal*. I La Fórmula. 2 ed. Linotipia Bolívar & Cia., Santafé de Bogotá, Colombia.
- Chiossone, Tulio** (1992). *Manual de Derecho Penal Venezolano*, edición revisada y actualizada, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas.
- Código de Enjuiciamiento Criminal** (1995). Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.028 (Extraordinario), diciembre 22, 1995.
- Código Penal** (2005). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 5.768, (Extraordinario), abril 13, 2005.
- Código Procesal de Chile**. Ley 19696. 12 de octubre de 2000, modificado por Ley 21212 de 2020.
- Código Procesal Penal de Guatemala**. Decreto N° 10-2019.- Reformas al Decreto N° 51-92 del Congreso de la República.
- Código Procesal Penal de Costa Rica**. Ley N° 7594 de 10 de abril de 1996.
- Código Procesal Penal de El Salvador**. Reforma del 16 de enero de 2009.
- Código Procesal Penal de la República de Paraguay**. Ley N° 1286/98 (1999). Concordado con índice alfabético-temático. Colección Derecho Penal. La Asunción, Paraguay: División de Investigación, Legislación y Publicaciones. Centro Internacional de Estudios Judiciales (CIEJ).
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela** (1999). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 (Extraordinario), marzo 24, 2000.
- Falcone Salas, Diego** (2018). *La incapacidad procesal del imputado por alteración o insuficiencia de sus facultades mentales*, en: Revista de Derecho Universidad San Sebastián 24/2018, www.rduss.com

García Torres, María Luisa (2005). *Los artículos de previo pronunciamiento en el proceso penal*, Editorial Comares.

<https://vlexvenezuela.com/vid/fiscalia-mp-carlos-javier-carrasquel-280357215>

Horvitz Lennon, María Inés (2008). *El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal chileno*, en: Revista de Estudios de la Justicia, N° 10.

Ley Orgánica de Drogas (2010). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.510, septiembre 15, 2010.

Ley Orgánica de reforma del Código Orgánico Procesal Penal. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.644 (Extraordinario), septiembre 17, 2021.

Mir Puig, Santiago (1994). *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático*, Editorial Ariel, S. A. Barcelona, 1ª edición, España.

Muñoz Conde, Francisco (1999). *Teoría General del Delito*, reimpresión de la segunda edición, Editorial Temis S. A. Santa Fe de Bogotá, Colombia.

Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental. Resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991. Asamblea General de las Naciones Unidas.

Puppio Pisani, Franco (1990), *La enajenación mental -causal de sobreseimiento-*, En: Derecho Procesal Penal, Libro homenaje al Dr. Arminio Borjas (473-497), Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Caracas.

Reyes Echandía, Alfonso. (1990). *Derecho Penal. Parte General* (Segunda reimpresión de la undécima edición). Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Sentencia N° 896. Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Venezuela. 27 de junio de 2000. Magistrado ponente Rafael Pérez Perdomo. **Expediente. 00-52.**

Sentencia N° 393. Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Venezuela. 31 de marzo de 2000. Magistrado Ponente Rafael Pérez Perdomo. **Expediente 92/864.**

Sentencia N° 1210. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Venezuela. 23 de junio de 2004. Magistrado Ponente José Manuel Delgado Ocando. Voto salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz. **Expediente 03-2062.**

Sentencia N° 2381. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Venezuela. 15 de diciembre de 2006. Magistrada Ponente Carmen Zuleta de Merchán. **Expediente 06-1426.**

Sentencia N° 1676. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Venezuela. 3 de agosto de 2007. Magistrado Ponente Francisco Antonio Carrasquero López. **Expediente 07-0800.**

Sentencia N° 606. Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Venezuela. 17 de noviembre de 2008. Magistrado Ponente Eladio Ramón Aponte Aponte. **Expediente AA30-P-2007-00037.**

Sentencia N° 109. Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Venezuela. 24 de marzo de 2009. Magistrada Ponente Miriam Morandy Mijares. **Expediente 2008-454.**

Sentencia N° 502. Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Venezuela. 26 de noviembre de 2010. Magistrada Ponente Blanca Rosa Mármol de León. **Expediente 10-0115.**

Sentencia N° 477. Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Venezuela. 13 de diciembre de 2013. Magistrado Ponente Paúl José Aponte Rueda. Voto salvado de la Magistrada Úrsula María Mujica Colmenarez. **Expediente 13-0321 (PAR).**

Vásquez González, Magaly (2016). *Procedimientos penales especiales*, Colección Letraviva, UCAB ediciones, Caracas.



El acto de imputación fiscal y su diferencia con la audiencia de imputación



92

RENÉE MOROS TROCCOLI¹

I. Homenaje

En esta oportunidad me toca disertar en un evento que constituye un homenaje al Dr. Roberto Delgado Salazar, un ser especial, más allá de haber sido un maestro del Derecho Penal y Procesal Penal e insigne probacionista, era un ser humano íntegro y un profesional a cabalidad, un amigo incondicional, con quien compartí innumerables momentos de mi vida profesional, un mentor que me llevó a ser jueza, y que creyó en mi con gran respeto y admiración, un coach del derecho penal. Va para él este sentido homenaje a través de este pequeño aporte, cuyo enfoque compartía conmigo.

II. El acto de imputación formal

El numeral 1º del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de forma expresa establece:

“El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. (...)” .

La norma constitucional, en lo que a la notificación respecta, apareja dos obligaciones fundamentales para todo órgano del Estado, en donde se encuentran tanto el Ministerio Público –como autoridad administrativa– como los órganos jurisdiccionales –como autoridad judicial–.

La primera relativa al derecho de toda persona a tener conocimiento de la existencia de un proceso en su contra y esto lo podemos denominar como notificación en sentido amplio que se cumple cuando el órgano

1 Abogada USM, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas UCV y Doctoranda en Ciencias Penales y Criminalísticas UNIMAR. Se desempeñó como Jueza integrante y presidenta de la Corte de Apelaciones de Reenvío en lo Penal con competencia en delitos de Violencia Contra la Mujer del Área Metropolitana de Caracas, como Coordinadora del Circuito Judicial con competencia en delitos de Violencia Contra la Mujer del Área Metropolitana de Caracas, Tercera Conjuez de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia y Jueza de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Control, Juicio y Ejecución de los Circuitos Judiciales (Área Metropolitana de Caracas y Miranda). Es docente en la Maestría de Derecho Procesal Penal de la UNIMAR y de la Escuela Nacional de la Magistratura.

encargado de la investigación para hacer constar la comisión de hechos punibles –Ministerio Público– llama, pone en conocimiento a una persona de la existencia de una investigación en su contra. La segunda, podemos denominarla, notificación en sentido estricto, que consta no sólo de la notificación de la existencia de una investigación penal en contra de una determinada persona, sino que requiere que el órgano persecutor –Ministerio Público– señale a través de un acto de imputación debidamente estructurado los hechos presumiblemente punibles, con la específica y adecuada indicación sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar, así como los cargos –calificación jurídica– que esos hechos configuran y la probabilidad objetiva de responsabilidad en el fundamento de la imputación.

De la norma constitucional no se desprende otra cosa, sino que nuestro legislador no escatimó esfuerzos en asegurar que al imputado le sean respetados sus derechos y garantías del debido proceso y la defensa, conociendo todos los hechos, circunstancias y elementos de convicción cursantes en su contra, y la calificación jurídica que se le ha dado a los hechos investigados.

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, de acuerdo con lo previsto en el artículo 285, numeral 4 constitucional. La imputación formal es entonces un acto propio del Ministerio Público, y constituye una actividad procesal que tiene por finalidad comunicar a la persona investigada que la investigación previamente iniciada, ha arrojado de manera coherente y racional, elementos de convicción en su contra, por ende se realiza luego de una investigación llevada a cabo por el Ministerio Público ante cualquiera de las formas e inicio del proceso penal, es decir, ya no se trata de una simple indicación directa o indirecta emanada de un acto de procedimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal (imputación material) sino es aquella que se produce, una vez que el Fiscal del Ministerio Público llega a una convicción sobre el resultado de los actos de investigación practicados, cuando estos son suficientes para apoyar el juicio de probabilidad objetiva de responsabilidad en la imputación.

Es decir, cuando exista una acción u omisión voluntaria, típica, antijurídica y culpable, acreditada a través del resultado de los actos de investigación, es cuando se produce la probabilidad objetiva de responsabilidad, de manera que es solo en estos casos que procede realizar el acto de imputación formal, toda vez que para los casos en los cuales no hay acción o tipicidad, o en los casos de exclusión de la antijuricidad, la persona no podrá ser imputada porque los hechos no causan responsabilidad, de manera que aquí deberá desestimarse la denuncia o querrela y en el supuesto que ya haya avanzado la investigación, deberá concluirse con un acto de sobreseimiento del proceso.

En cambio, si existe un hecho que está previsto como punible y que se deriva de una conducta voluntaria y en el cual se individualiza a una persona como la presunta autora o responsable, sin que estén presentes causas de exclusión de la antijuricidad y culpabilidad, debe atribuírsele ese hecho a la persona vinculada, a través del acto formal de imputación ante el representante del Ministerio Público, cumpliendo las pautas estable-

cidas para la convocatoria y realización de dicho acto previstas en el nuevo artículo 126- A del reformado Código Orgánico Procesal Penal 2021.

No es solo un mandato de actuación con base constitucional como lo dispone el artículo 49, numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sino es también un mandato legal previsto en el artículo 127 numeral 1º del texto adjetivo penal, que establece como un derecho del imputado, llamado a que le sea garantizado por los representantes del Estado, “1. Que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputan; (...) Esto quiere decir, que el Ministerio Público debe cumplir con indicar la convicción sobre la probabilidad objetiva de responsabilidad en el fundamento de la imputación, a saber, los elementos de convicción de acreditación del hecho punible y la vinculación de la persona investigada como autor o partícipe del mismo.

Tal y como lo dispone el artículo 126-A, así: “El acto de imputación formal es una facultad exclusiva del Ministerio Público en los delitos de acción pública. Se llevará a cabo ante la fiscal o el fiscal del Ministerio Público, una vez que exista la probabilidad objetiva de responsabilidad en el fundamento de la imputación, (...).

En efecto, el acto de imputación formal actualmente está previsto en el Código Orgánico Procesal Penal, es una evidente innovación en la regulación de lo que venía aceptándose jurisprudencialmente como un acto formal de imputación, y es que en dicha norma el legislador recogió las formalidades que deben cumplirse para que la persona investigada conozca la convicción fiscal sobre esa investigación, traducida en una calificación jurídica aplicable a unos hechos que deben estar acreditados a través de los actos de investigación realizados, y la motivación sobre del nexo causal entre esos hechos y la vinculación de la persona investigada con los mismos, como autor o partícipe, que surge de los elementos de convicción.

Es así como, la indicación de los hechos penalmente relevantes, debe estar en perfecta armonía y relación con la calificación jurídica esgrimida por la representación fiscal y es por eso que la indicación de los hechos y sus circunstancias, está referida a cuáles hechos son los típicamente relevantes.

De igual forma dispone la norma que: “para la celebración del acto de imputación el Ministerio Público deberá citar a la imputada o al imputado por escrito, indicando fecha, hora, lugar y condición con la cual deberá comparecer, y el emplazamiento a que acuda ante el Tribunal en funciones de control de la jurisdicción correspondiente a los fines de la designación y juramentación del defensor o defensora, abogado o abogada que lo asistirá en el acto de imputación o en su defecto para que le sea designado un defensor público o defensora pública”, añadiendo que el acto “se desarrollará con las formalidades de la declaración del imputado en fase preparatoria”.

En efecto, para enterarse de la convicción fiscal, el investigado debe conocerla y entenderla del propio convencido, es decir, del representante del Ministerio Público, quien actúa como titular del ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública, ello como derivación del derecho a la defensa, consagrado en el artículo 49 constitucional, que dispone el derecho a conocer los cargos por los cuales se investiga a una persona, con

todas las circunstancias que influyen en su calificación jurídica, se realiza el acto de imputación formal para informar a la persona investigada sobre el hecho que se le atribuye, a partir del cual ejercerá su defensa luego de conocer la convicción del Ministerio Público sobre la probabilidad objetiva de su responsabilidad en el fundamento de la imputación, basada en el resultado de los actos o diligencias de investigación practicadas, con fundamento en los razonamientos explanados por el Fiscal del Ministerio Público.

Ante la significación e importancia de la atribuibilidad del hecho a la persona investigada, la reforma del Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 126-A, trae de manera acertada, la regulación del acto formal de imputación, norma que trae consigo la definición del acto y las formalidades que deben cumplirse para informar sobre la convicción fiscal preparatoria respecto del resultado de los actos o diligencias de investigación practicados, de manera que se conceptualiza esa facultad del Ministerio Público de formalización de la imputación, como un acto, uno de carácter comunicativo e informativo a la persona investigada sobre los elementos de convicción y la hipótesis de los hechos, traducida en una calificación jurídica aplicable a unos hechos que deben estar acreditados a través de los actos de investigación realizados, y el nexo causal entre esos hechos y la vinculación de la persona investigada con los mismos, como autor o partícipe, un acto privativo del Fiscal (ni la víctima ni el juez o jueza pueden practicarlo), por ende, una facultad exclusiva del Ministerio Público.

En efecto, de acuerdo con la definición de imputación como la atribución a una persona de un hecho determinado que constituye delito, en los delitos de acción pública imputa solo el Estado, a través del Ministerio Público, 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 es un acto contradictorio**, no se oyen alegatos ni se toman decisiones, el acto 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 consecuencia, estamos hablando de **un acto**, y no de una audiencia.

Debido al carácter informativo de la imputación en beneficio del investigado, como la obligación de revelar los elementos de convicción y la hipótesis de los hechos, en efecto el acto cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra; en el momento de su realización, **no está sometida al control judicial**, esto supone la imposibilidad que se deriven consecuencias en contra del imputado, como, por ejemplo, la imposición de medidas cautelares; el control judicial se realiza a *posteriori* ante el juez, toda vez que, causa injuria constitucional tanto la omisión del realizarlo como su realización defectuosa, ya que ambas maneras vulneran debido proceso y el derecho a la defensa; por ello la correcta realización del acto de imputación formal debe ser considerado como una formalidad esencial e irrenunciable en el proceso penal venezolano.

De manera que, por fundamento constitucional, y legal, el acto de imputación formal en fase preparatoria es un acto que ha de realizarse ante el 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, 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.

Recordemos que incluso bajo la vigencia de la sentencia 537/17 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que incluyó una modificación en el régimen procesal de la imputación en la etapa preparatoria, el acto de imputación en sede jurisdiccional seguía siendo un acto del Ministerio Público, solo se decidió que se realizaría en sede judicial en aras de que el juez salvaguardara el cumplimiento de la legalidad en el proceso, especialmente en lo referente a los derechos constitucionales del investigado, sin embargo, en la práctica se convirtió en una audiencia, violentándose el debido proceso. Importante es destacar que esta norma procesal creada por la jurisdicción normativa quedó derogada por la reforma del Código Orgánico Procesal Penal, 2021 y la inclusión del artículo 126-A.

Retomando, debemos afirmar que, en el sistema procesal penal venezolano, no existe para el procedimiento penal ordinario la audiencia de formalización de la investigación preparatoria, concebida como la actuación mediante la cual el Fiscal del Ministerio Público informa o comunica al imputado, frente al juez y las partes, el hecho que se le atribuye, su calificación jurídica, su grado de participación y los elementos de convicción que obran en su contra y que surgen de los actos de investigación practicados, por el contrario, en el proceso penal venezolano se concibe el acto de imputación formal como unilateral del representante fiscal, se realiza ante él, y no participa el juez o jueza, ni la víctima o su apoderado judicial, es un acto del Fiscal y en beneficio del imputado, forma parte de ese derecho a la defensa desde el naciente proceso penal, que le permite contradecir los elementos de convicción o datos conviccionales que surgen de los actos de investigación practicados en la fase preparatoria, conocida ya la convicción fiscal sobre la probabilidad objetiva de su responsabilidad en el fundamento de la imputación, y solicitar la práctica de las diligencias de investigación necesarias para apoyar su defensa, y desvirtuar las imputaciones que se le formulen, además de activarse en su favor los derechos y garantías constitucionales y procesales; así lo ha reconocido, tanto la ley como la jurisprudencia conocida como vinculante emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

III. Audiencia de imputación

La audiencia viene de oír, oír para decidir. Según Couture, la audiencia es la acción y efecto de escuchar el juez o tribunal a las partes. En efecto, podemos decir que la audiencia en el proceso penal es una actuación

procesal mediante la cual el juez o jueza escucha a las partes, en la oportunidad y en el modo que indica la Ley; es un escenario en el cual las partes presentan sus alegatos y esperan por el fallo que emite el juez o jueza. Es una actuación contradictoria de las partes, en presencia del juez o jueza que decide bajo el principio de imparcialidad, como garantía del sistema procesal penal acusatorio.

Así, debemos referir que en nuestro proceso penal existe solo una “**audiencia de imputación**” con ese calificativo, efectivamente se trata de la llamada audiencia de formalización de la investigación, mediante la cual el Fiscal del Ministerio Público informa o comunica al imputado, frente al juez y las partes, el hecho que se le atribuye, su calificación jurídica, su grado de participación y los elementos de convicción que obran en su contra y que surgen de los actos de investigación practicados, con el agregado en el sistema acusatorio patrio, que se informa sobre las medidas alternativas a la prosecución del proceso, mismas que pueden aprobarse en ese mismo momento procesal. En efecto, es un acto donde se le atribuyen al juez o jueza facultades decisorias que derivan en consecuencias contra el imputado o imputada, entre ellas, la imposición de medidas cautelares y la aprobación de los actos de composición procesal referidos a acuerdos reparatorios y suspensión condicional del proceso, con exclusión del procedimiento especial de admisión de los hechos.

Está prevista en el artículo 356 del Código Orgánico Procesal Penal dentro de la etapa preparatoria de la investigación penal, en el procedimiento para el juzgamiento de los delitos menos graves, en el cual, una vez culminada una investigación preliminar, en el entendido de que de los actos de investigación se desprenden suficientes elementos de convicción para apoyar el juicio de probabilidad objetiva de responsabilidad de la persona investigada en el fundamento de la imputación, el o la Fiscal del Ministerio Público solicita al Tribunal de Primera Instancia en Funciones de Control Municipal proceda a convocar al imputado o imputada debidamente individualizado o individualizada, a la realización de la **audiencia de imputación**, que deberá realizarse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su citación.

La audiencia de imputación constituye una notificación de cargos en estado de libertad, toda vez que si se trata de los casos de detención, estamos en presencia de la **audiencia de presentación**, debido a que esta terminología hace referencia a la conducción (presentación) del imputado detenido ante el juez o jueza, por ejecución de una orden de aprehensión o por haber cometido un delito flagrante, caso en el cual se realiza el acto de imputación ante el juez o jueza de Primera Instancia en Funciones de Control Estatal o Municipal. (Artículos 236, 373 y 356 del COPP), de manera que la inclusión del término de audiencia de presentación cuando se trate de imputados en libertad es incongruente, siendo la correcta la terminología de “audiencia de imputación”, donde comparece la persona investigada en libertad, previa citación, de manera que nunca se analizará la legitimidad de la aprehensión, que no se ha producido ni existe en la actualidad, en este sentido, entendemos que es una falla de técnica legislativa incluir la expresión audiencia de presentación en el caso de aquella que se realiza previa citación del investigado en estado de libertad.

Debemos tener claro entonces que, en el proceso ordinario no existe audiencia de imputación, sino audiencia de presentación del imputado aprehendido bajo la modalidad de la flagrancia o la ejecución de una orden detención judicial, y que dicha audiencia incluye el acto de imputación del fiscal del Ministerio Público.

Es solo en el procedimiento del juzgamiento de los delitos menos graves, que existe dicha audiencia de imputación y se produce, en los casos en los cuales el imputado se encuentra en libertad. En esta audiencia el juez o jueza de Primera Instancia en Funciones de Control Municipal está en el deber de imponer al imputado del precepto constitucional que le exima declarar en su contra, también le informa sobre las fórmulas alternativas a la prosecución de proceso, a las cuales tiene derecho y que de ser solicitadas pueden acordarse en esa misma oportunidad procesal. Se exceptúa el procedimiento especial por admisión de los hechos.

Es así como, en la **audiencia de imputación**, el Fiscal del Ministerio Público analiza la presencia o ausencia de contumacia del investigado, para solicitar la medida de coerción personal procedente. Por su parte, el juez o jueza deberá garantizar las alegaciones de las partes bajo el principio de contradicción y resolver todos los puntos que se planteen, deberá pronunciarse con relación a las medidas de coerción personal y fórmulas alternativas a la prosecución del proceso que fueran procedentes. La decisión de lo planteado se dictará al término de la audiencia de imputación.

Podemos concluir señalando que, en nuestro Código Orgánico Procesal Penal venezolano, existe una audiencia para formular la imputación que exige la presencia del investigado en libertad, mediante la orden de su comparecencia ante el juez o jueza de Primera Instancia en Funciones de Control Municipal, esto es, en el caso de la investigación por delitos cuya pena en su límite máximo no excede de ocho (8) años de prisión,

IV. Audiencia de Presentación

La audiencia de presentación, es el acto formal que se celebra ante el Juez o Jueza de Primera Instancia en Funciones de Control Estatal o Municipal, en los casos en los cuales una persona ha sido detenida o aprehendida señalada de haber cometido un delito. (Artículos 236, 373 y 356 del Código Orgánico Procesal Penal).

Esta audiencia incluye o trae consigo el acto de imputación, no obstante, su génesis no es el acto de imputación sino la verificación en primer término, de la legitimidad de la detención, y, en segundo término, la decisión sobre el mantenimiento de la privación de libertad o su sustitución por una medida cautelar menos gravosa, en virtud que dicha audiencia tiene lugar como consecuencia de la aprehensión del imputado en las circunstancias de la flagrancia o por la ejecución de una orden de detención judicial. Seguidamente se procederá al acto de imputación por parte del Fiscal del Ministerio Público y a la solicitud de las medidas de coerción penal que sean procedentes, correspondiéndole al juez o jueza la decisión sobre la adecuación de los hechos en el derecho y el mantenimiento de la medida de privación de libertad o su sustitución por una medida cautelar menos gravosa.

En efecto, en el procedimiento ordinario, en la audiencia de presentación, el juez o jueza está facultado para pronunciarse sobre la calificación jurídica, las medidas cautelares y el procedimiento a seguir, como consecuencia de la verificación de los requisitos previstos en el artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal, además de las circunstancias que razonablemente le hagan presumir el peligro de fuga o de obstaculización. Así, si el juez o jueza acuerda mantener la medida de privación judicial preventiva de libertad durante la fase preparatoria, él o la Fiscal deberá presentar la acusación, solicitar el sobreseimiento o, en su caso, archivar las actuaciones, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la decisión judicial. Vencido este lapso sin que el o la Fiscal haya presentado la acusación, el detenido o detenida quedará en libertad, mediante decisión del juez o jueza de Control, quien podrá imponerle una medida cautelar sustitutiva, en lo demás se seguirán las disposiciones del procedimiento ordinario o abreviado, según sea el caso. (Artículos 373 y 236 del COPP).

A diferencia de la audiencia de la presentación del procedimiento ordinario, en el procedimiento del juzgamiento de los delitos menos graves, además de la verificación de los requisitos previstos en el artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal, el juez está en el deber descartar la contumacia o rebeldía del imputado, con el objeto de decidir sobre el mantenimiento de la medida de privación judicial preventiva de libertad o su sustitución por una medida cautelar menos gravosa, e imponerle de las fórmulas alternativas de la prosecución del proceso, las cuales podrán ser aprobadas desde esa misma oportunidad procesal. Si el imputado o imputada no hace uso de las fórmulas alternativas a la prosecución del proceso, el fiscal del Ministerio Público deberá presentar la acusación, solicitar el sobreseimiento o, en su caso, archivar las actuaciones, dentro de los sesenta días siguientes a la decisión judicial, en lo demás se seguirán las disposiciones del procedimiento especial. (Artículo 356 del Código Orgánico Procesal Penal).

De manera que, hablamos de audiencia de presentación en el procedimiento ordinario cuando se ha ejecutado en contra del imputado una orden de aprehensión o se le ha encontrado en la comisión presunta de un hecho punible flagrante, caso en el cual la formulación de la imputación la realiza el Ministerio Público, en presencia del juez o jueza de Primera Instancia en Funciones de Control Estatal, donde le informa sobre los hechos que se le atribuye, la calificación jurídica provisional, la fecha, lugar y modo de su comisión, la forma de intervención o participación que haya tenido en el mismo. Adicionalmente y como facultad del Ministerio Público, se prevé la solicitud de las medidas cautelares de acuerdo con el criterio de proporcionalidad.

Y nos referimos a la audiencia de presentación en el procedimiento de los delitos menos graves, cuando se ha ejecutado en contra del imputado una orden de aprehensión o se le ha encontrado en la comisión presunta de un hecho punible flagrante, caso en el cual la formulación de la imputación igualmente la realiza el Ministerio Público, en presencia del juez o jueza de Primera Instancia en Funciones de Control Municipal, donde le informa sobre los hechos que se le atribuye, la calificación jurídica provisional, la fecha, lugar y modo de su comisión, la forma de intervención o participación que haya tenido en el mismo, el requerimiento fiscal de las medidas cautelares a las cuales haya lugar de acuerdo con el criterio de proporcionalidad y adicionalmente, se le informa sobre las medidas alternativas a la prosecución de proceso a las cuales tendrá acceso desde ese mismo momento procesal de la audiencia.

IV. Conclusiones

El acto de imputación formal es un acto propio del Ministerio Público por el cual se notifica a la persona investigada que la investigación previamente iniciada, ha arrojado de manera coherente y racional, elementos de convicción en su contra, suficientes para apoyar el juicio de probabilidad objetiva de responsabilidad en el fundamento de la imputación, y en este contexto se le comunica cuál es el hecho que se le atribuye con todas las circunstancias que influyen en su calificación jurídica, así como los elementos de convicción que obran en su contra.

El acto formal de imputación cumple una función esencialmente garantista, informar a la persona investigada sobre el hecho que se le atribuye, a partir del cual, la persona investigada ejercerá su defensa luego de conocer la convicción del Ministerio Público sobre la probabilidad objetiva de su responsabilidad en el fundamento de la imputación, basada en el resultado de los actos o diligencias de investigación practicadas y de los razonamientos explanados por el Fiscal del Ministerio Público, por tal motivo el acto formal de imputación se realiza ante el Fiscal del Ministerio Público.

En el acto de imputación no está presente el juez o jueza, ni la víctima o su apoderado judicial, solo el imputado y su defensa.

La audiencia de imputación por el contrario es propia de un procedimiento especial, denominado el procedimiento para el juzgamiento de los delitos menos graves, es una actuación procesal mediante la cual el Fiscal del Ministerio Público informa o comunica al imputado, frente al juez y las partes, el hecho que se le atribuye, su calificación jurídica, su grado de participación y los elementos de convicción que obran en su contra y que surgen de los actos de investigación practicados, audiencia en la cual se impone al imputado de las fórmulas alternativas a la prosecución del proceso, las cuales podrán ser aprobadas en dicho momento procesal.

La audiencia de imputación es un acto donde se le atribuyen al juez o jueza facultades decisorias que derivan en consecuencias contra el imputado o imputada, entre ellas, la imposición de medidas cautelares y la aprobación de los actos de composición procesal referidos a acuerdos reparatorios y suspensión condicional del proceso, con exclusión del procedimiento especial de admisión de los hechos.

La audiencia de imputación está prevista en el artículo 356 del Código Orgánico Procesal Penal dentro del procedimiento referido al juzgamiento de los delitos menos graves, en el cual, el o la Fiscal del Ministerio Público solicita al Tribunal de Primera Instancia en Funciones de Control Municipal proceda a convocar al imputado o imputada debidamente individualizado o individualizada, una vez culminada una investigación preliminar, y cuando surja la probabilidad objetiva de su responsabilidad en el fundamento de la imputación, para la realización de dicha audiencia dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la citación del investigado o investigada.

En el proceso ordinario no existe audiencia de imputación, sino audiencia de presentación del imputado aprehendido bajo la modalidad de la flagrancia o la ejecución de una orden detención judicial, en la cual además de los argumentos para la decisión sobre la legitimidad de la detención, se incluye el acto de imputación del fiscal del Ministerio Público, en presencia del juez o jueza de Primera Instancia en Funciones de Control Estatal y el requerimiento sobre las medidas cautelares a las cuales haya lugar de acuerdo con el criterio de proporcionalidad.

De igual forma está prevista la audiencia de presentación en el procedimiento especial para el juzgamiento de los delitos menos graves cuando se ha ejecutado en contra del imputado una orden de aprehensión o se le ha encontrado en la comisión presunta de un hecho punible flagrante, caso en el cual, además de los argumentos para la decisión sobre la legitimidad de la detención, el Fiscal del Ministerio Público realiza la formulación de la imputación en presencia del juez o jueza de Primera Instancia en Funciones de Control Municipal, donde le informa sobre los hechos que se le atribuye, la calificación jurídica provisional, la fecha, lugar y modo de su comisión, la forma de intervención o participación que haya tenido en el mismo, el requerimiento fiscal de las medidas cautelares a las cuales haya lugar de acuerdo con el criterio de proporcionalidad y adicionalmente, se le informa sobre las medidas alternativas a la prosecución de proceso a las cuales tendrá acceso desde ese mismo momento procesal de la audiencia.



El hombre detrás de la toga. El rol del juez en la definición y resolución del conflicto en el proceso penal



102

ROBERTO JOSÉ DELGADO I¹.

*A mi padre, Roberto Delgado Salazar
In memoriam*

El hombre detrás de la toga emprendió su viaje infinito el 7 de febrero de 2022. Aquel hombre de 80 años, con una energía y salud envidiable, partió en el medio de un sueño ligero en una tarde. El noble corazón de aquel hombre de firme temperamento y rostro de autoridad constante, como la de un juez en una sala de audiencias, se apagaría de repente, silenciosamente, probablemente por las secuelas de ese intruso pandémico que es el Covid. Aquel hombre fue mi maestro de vida, mi profesor, mi padre, un ejemplo de rectitud y honradez, un juez con toga por más de veinte años de servicio profesional y sin toga toda su vida porque llevaba encarnado en su espíritu el gen insoslayable de la justicia.

Aquel hombre detrás de la toga había sido **juez en todas las instancias del sistema de justicia penal en Venezuela**, desde Juez de Instrucción hasta llegar a ser magistrado de la Sala de Casación Penal de la antigua Corte Suprema de Justicia. Inició su carrera judicial en el año 1972 en una remota región del país conocida como Ciudad Guayana, en el Estado Bolívar, tierra de ingestas riquezas materiales, como el oro y el acero, pero sin auténticos tesoros como bibliotecas o universidades para ese momento, a la cual llegó para asumir el cargo como Defensor Público de Presos, pensando que era por poco tiempo y que sería una oportunidad que pronto le permitiría regresar a su querida Caracas, pero el destino quiso que se convirtiera en el lugar donde sembró sus raíces luego de haber ganado el cargo de juez en un concurso de oposición y de haber formado una familia junto a su esposa, mi madre Miriam Idrogo y su único hijo, quien aquí escribe, en aquella lejana galaxia.

Aquel hombre se convirtió en mi superhéroe. De niño veía su toga como la capa negra del famoso paladín de la justicia; su estudio, como una especie de cueva secreta, un pequeño cuarto en nuestra casa que estaba repleto de libros de Derecho y de papeles, de obras de literatura y cuadros con líneas rectas y entrelazadas propias del arte cinético que el mismo pintaba, probablemente un reflejo de su visión recta sobre la vida. En aquel estudio, sin embargo, me llamaba la atención un legajo de papeles que ocupaban gran parte de su escritorio, tenían una portada con números ordenados que se llamaban: **expedientes**. Esas voluminosas hojas eran

1 Roberto José Delgado Idrogo. Abogado, con especialización en Ciencias Penales y Criminológicas en la UCAB. Profesor de Teoría del Delito y Derecho Procesal Penal I en la UCAB Guayana.

como un libro de historias, algunas con fotos que transmitían la crueldad que dejan algunas personas en la vida de los demás, por lo cual veía a mi padre como el héroe que impartía justicia con pluma y papel, redactando sentencias y decisiones como correspondía en el sistema inquisitivo que caracterizaba al sistema procesal penal venezolano, que sin embargo él veía como un modelo que no representaba realmente una verdadera justicia, porque como él decía **“se juzgaba más papeles que a personas”**, por lo que siempre lamentó no haber podido impartir justicia en una sala de audiencias, en un juicio oral y público, puesto que se jubiló justo en el tiempo en que entró en vigencia el Código Orgánico Procesal Penal que implementó el sistema acusatorio.

Sin embargo, al igual que otros visionarios del sistema de justicia penal, entre los cuales, algunos de ellos forman parte de los distinguidos ponentes de estas V Jornadas Latinoamericanas, como mis admirados profesores Jorge Rosell, María Gracia Moraís y Magaly Vásquez, **fue uno de los promotores de la implementación del sistema acusatorio** que se instauró en Venezuela al igual que en la mayoría de países de Latinoamérica, tanto desde su función como Magistrado del Consejo de la Judicatura que ejerció en los años de promulgación y posterior entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal (COPP), como también desde su oficio de **profesor universitario** que ejerció con devoción, pasión y dedicación en la Universidad Católica Andrés Bello, en pre y posgrado, en los cursos de posgrado de la Universidad Central, en la Escuela Nacional de Fiscales y múltiples cursos dictados por todo el país, cuyas enseñanzas, opiniones e ideas, han dejado huellas indelebles en la formación profesional de muchos abogados y profesionales al servicio de la justicia, algunas de ellas plasmadas en sus **obras jurídicas publicadas** tituladas “las Pruebas en el Proceso Penal Venezolano” que alcanzó siete ediciones, “La Prueba Anticipada” y la “Prueba de Indicios y su Apreciación Judicial”.

Aquel hombre detrás de la toga, me acompañó como público en mi primer juicio oral como abogado en ejercicio en el cual tuve el honor de haber obtenido una sentencia favorable; me apoyó en mis partidos de fútbol como el más ferviente fanático; me transmitió sus enseñanzas a través de consejos sinceros, a veces aromatizados con una copa de vino, pero especialmente, **me dejó el cariño y amor de padre que llevo por siempre en mi corazón.**

Aquel superhéroe sin capa, es el **motivo de inspiración** de estas líneas que ofrezco como una suerte de disertación sobre la función que cumple hoy en día el juez en el sistema acusatorio, especialmente, centrado en el proceso penal venezolano aunque con algunas comparaciones con otros modelos latinoamericanos, asumiendo y defendiendo **la tesis que el juez es un instrumento vital en la definición y resolución del conflicto que supone el hecho objeto del proceso penal**, bajo la concepción del ideal de juez como arquitecto de la justicia.

Agradezco profundamente al **Grupo Multijurídica**, a su director ejecutivo, Carlos Villarroel y especialmente, a la Dra. Magaly Vásquez por rendirle un homenaje póstumo a mi padre a través de estas **V Jornadas Latinoamérica de Derecho Penal, Criminología y Ciencias Afines**, y por haberme invitado participar en esta espacio académico que estoy seguro será el escenario ideal para el encuentro con apreciados colegas, distinguidos juristas y entusiastas estudiantes del Derecho y otras áreas del conocimiento afines.

El título que encabeza esta ponencia: “**El hombre detrás de la toga**” es una referencia al libro sobre las memorias aún no publicadas que escribió mi maestro y mi padre, **Roberto Delgado Salazar**, que hoy ofrezco en su honor.

1. El nuevo juez. Del paradigma del juez como soldado de la ley a la concepción del juez como arquitecto de la justicia.

“No os dejéis, ante todo, seducir por el mito del legislador. Más bien, pensad en el juez, que es verdaderamente la figura central del derecho. Un ordenamiento jurídico se puede concebir sin leyes, pero no sin jueces... Es bastante más preferible para un pueblo tener malas leyes con buenos jueces, que malos jueces con buenas leyes” (F. Carnelutti).

1.1. El Dilema

El Dilema del juez penal en estos tiempos es que cada día *es menos juez*. La función judicial en el ámbito del sistema penal se erosiona paulatinamente, bien sea por **sumisión político-institucional** en la cual el juez se limita a expresar en sus decisiones los lineamientos y directrices emanados de instancias superiores, lo cual es incompatible con la garantía de autonomía e independencia de los jueces prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) y en tratados internacionales sobre protección de Derechos Humanos; por **omisión** al no oponerse a la voluntad imperante del fiscal del Ministerio Público respecto a sus peticiones; por **conformismo**, al aplicar la ley mecánicamente ceñido a la estricta literalidad de la norma, o por **indiferencia**, al mostrar apatía y desinterés ante el verdadero drama que requiere su absoluta atención que es el conflicto primario sobre el cual versa el asunto sometido a su conocimiento.

Esta es la palpable realidad que nos rodea, al menos, en la Venezuela de las primeras décadas del siglo XXI, que se traduce en la **desnaturalización de la función judicial**, como puede constatarse en la observaciones y conclusiones de la Comisión Internacional de Juristas para América Latina en su informe de 2021 sobre la Independencia y Autonomía del Poder Judicial en Venezuela, titulado “*Jueces en la Cuerda Floja*”², en el cual, entre otras apreciaciones, señala al respecto:

“Las deficiencias en los procesos de designación de jueces titulares, el importante número de jueces provisionales, el uso inadecuado de los mecanismos de control administrativo, la falta de una jurisdicción disciplinaria independiente y la concentración de poder del

2 Informe “Los jueces en la cuerda floja” Informe sobre Independencia y Autonomía del Poder Judicial en Venezuela, del año 2021, de la Comisión Internacional de Juristas. <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2021/06/Venezuela-Judges-on-the-tightrope-Publications-Reports-Thematic-reports-2021-SPA.pdf>

Tribunal Supremo de Justicia en la designación y control de los jueces, generan un contexto de falta de independencia de los tribunales y juzgados en Venezuela” (2021, p.45)

Paradójicamente, esta cruda realidad de la función judicial por estas latitudes contrasta con los **paradigmas universales de la justicia** que rigen en la actualidad e incluso, con los postulados y mandatos expresamente contemplados en el texto constitucional, que conciben al juez como un ser que debe estar dotado de una serie de atributos funcionales (autonomía, independencia y autoridad) y capacidades intelectuales (razonamiento y argumentación jurídica) para aplicar el derecho con el objeto de **resolver el conflicto** o situación jurídica sometido a su conocimiento, quizás, una visión más afín con la esencia primigenia del juez, como aquel hombre que basado en su experiencia y conocimientos buscaba una solución racional y humana al conflicto, más allá de la literalidad de la norma, puesto que como sabemos en muchos casos la norma adolece de oscuridad, ambigüedad o falta de previsión ante una determinada situación fáctica o jurídica que el juez debe, sin embargo, resolver inexorablemente.

Las líneas que prosiguen no tienen por objeto centrarse en formular críticas al juez inmerso en esa evidente realidad que no podemos obviar, sino expresar algunas opiniones, ideas y reflexiones sobre la **concepción actual del juez**, partiendo de las apreciaciones de destacados juristas al respecto, así como también de las tendencias normativas y jurisprudenciales, aunado a posturas personales sobre el tema, con el objeto de ofrecer una visión sobre el rol que *debe* asumir el juez en la función jurisdiccional, concretamente, como **arquitecto de la justicia** atendiendo al relevante papel que tiene en la **definición y resolución del conflicto** sobre el cual versa el proceso penal acusatorio en el contexto de un modelo de Estado Social, democrático, de Derecho y de Justicia como particularmente propugna Venezuela de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 del texto constitucional, lo cual pone en evidencia su vital importancia y trascendencia en el resplandecimiento de la justicia.

A tales efectos, se abordará en primer lugar, los factores que inciden en la configuración moderna del juez como arquitecto de la justicia, para luego identificar los elementos que determinan el rol fundamental del juez en el proceso penal.

1.2 Del formalismo jurídico al funcionalismo normativo

Aceptemos una evidente realidad. **El Derecho ha cambiado**. La concepción del Derecho tradicional basado en el formalismo jurídico y el método exegético que prioriza la sujeción del juez a la estricta voluntad de la ley ha perdido fuerza en los últimos tiempos, en gran medida, porque los valores de igualdad y seguridad jurídica que el Derecho tradicional postula y que nos inculcaron en nuestra formación jurídica, se enfrentan a una cruda realidad: **El Derecho es relativo**. Ninguna situación que reclama la aplicación de una norma es exactamente igual a otra, así como tampoco un hecho es percibido exactamente igual por dos o más personas. La Norma no puede resolver anticipadamente todas las posibles situaciones que pretende regular. Por ejemplo, determinar que el autor de un hecho actuó de forma intencional o con imprudencia, que actuó o no, ampa-

rado en una causa de justificación como la legítima defensa, que las pruebas condenan o absuelven, son en definitivamente, conclusiones a las que debe llegar el juez, porque realmente es él quien está frente el conflicto.

Destacados iusfilosofos y juristas como Dworkin, Hart, Alexy, Ferrajoli, entre otros, han venido expresando una serie de reflexiones y apreciaciones sobre la evolución del Derecho, especialmente respecto al papel que desempeña el juez en su interpretación y aplicación, perfilando una **identidad del juez más como creador de justicia, que como ejecutor de la ley**. Esta noción creadora no debe confundirse con la tesis del juez como creador de derecho que han postulado algunos autores, lo cual ha sido objeto de serias críticas y objeciones, porque ciertamente, el Juez opera con las herramientas que el Derecho le proporciona, sin que ello implique su sustitución. En todo caso, podríamos afirmar que lo que variado es la función que cumplen las normas y la forma como éstas han de ser interpretadas por el juez para resolver las situaciones fácticas y jurídicas sometidas a su conocimiento, entendiendo que las normas no son un conjunto de reglas que instruyen al juez sobre los que debe hacer, porque en muchos casos, los preceptos normativos pecan de ambigüedad, oscuridad o insuficiencia, sino que se conciben como un sistema normativo compuesto por valores, principios y reglas que proporcionan al interprete diversas alternativas.

Bajo estas premisas, podría afirmarse que el Derecho ha dejado de ser un fin en sí mismo, para erigirse como un **medio para un fin socialmente útil**, por tanto, la misión del interprete y operador de justicia no es descifrar el significado unívoco de la ley para garantizar su incolumidad, puesto que probablemente esto sólo es una profecía, sino aplicar el derecho valiéndose de todas las herramientas normativas jurídicamente posibles para resolver el problema, conflicto o situación sometida a su conocimiento, en este sentido, el juez ha dejado de ser esa figura autómatas, inanimada e inorgánica que simplemente se encargaba de fungir como soldado de la ley o como señalaba Montesquieu “la boca que pronuncia la palabra la ley”, en sintonía con los postulados fundamentales de la tradición jurídica latina y el formalismo jurídico sobre los cuales se edificaba la ciencia del Derecho.

Al respecto, sostiene el distinguido jurista y ex magistrado Jorge Rosell³ en su magistral voto salvado de la sentencia N° 1609 de fecha 6 de diciembre de 2000 emitida por la Sala de Casación Penal Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, lo siguiente:

“el positivismo, el formalismo y la univocidad de la ley, no son más que dogmas componentes de irracionales....la legislación no es un objeto de interpretación unívoca, sino que es un

3 El profesor Jorge Rosell Senhenn, hoy también ponente en estas V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Penal, Criminología y Ciencias Afines, perfila el criterio en referencia en un magistral voto salvado de la sentencia citada, en medio de un acalorado debate jurídico sobre los criterios de interpretación en materia de Drogas, apartándose del voto mayoritario de la Sala que se inclinaba por la sanción penal en los casos de posesión de drogas independientemente de su finalidad, desechando la tesis del aprovisionamiento para el consumo, aplicando la Sala una especie de responsabilidad objetiva en estos casos, por lo cual el distinguido profesor Jorge Rosell advierte que la aplicación literal de la norma, abstraída del contexto social y de las circunstancias que rodean al autor del hecho, conduce a una “*perversa ficción, en la cual mediante la cual se declaran a todos iguales, a pesar de las desigualdades reales de la vida social*”. Puede consultarse la citada sentencia en este enlace <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/diciembre/1609-061200-982542.HTM>. El profesor Roberto Delgado Salazar refiriéndose al magistrado Jorge Rosell escribiría en sus memorias no publicadas lo siguiente: “*El destacado Juez y luego Magistrado Jorge Rosell en su Derecho Penal Constitucional nos abrió los ojos para entender que frente al rigorismo legalista hay alternativas de un derecho más justo y humano*”. Podría agregar, a mí también.

objeto anfibológico. Que no se puede reducir a un tecnicismo, llamado subsunción, la función del juez, sino que en ella van a estar presentes elementos axiológicos por medio de los cuales se valorará la ley para su aplicación de una u otra manera”

En efecto, siendo el juez quien tiene la misión de *hacer* justicia no puede éste esperar que la ley le proporcione la fórmula mágica para resolver el conflicto como si fuese una receta para hacer una torta, ni tampoco conformarse con la aplicación literal de una norma si su aplicación representa *per se* un acto de injusticia atendiendo todas las circunstancias que rodean el caso, especialmente, en los casos penales en los cuales concurren una serie de factores que dan identidad particular a un conflicto social que el juez no puede desatender ni mostrar indiferencia; siendo por ello que la mayoría de las leyes actuales presentan una estructura compuesta por valores, principios y reglas, como una especie de amplio catálogo normativo que proporciona al operador de justicia alternativas para la resolución de las situaciones que reclamen su atención.

En este sentido, es una referencia obligada la clasificación de tipos de normas según su función que identifica el *iusfilosofo* Ronald Dworkin⁴, en directrices, principios y reglas, lo cual explica de la siguiente manera:

“Directriz o “directriz política” es el tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuando estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo “principio” a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad... Las reglas operan de la manera todo o nada, es decir, en forma disyuntiva (disyunción no exclusiva): se aplican o no se aplican, se si- guen o no se siguen, y no hay una tercera posibilidad. Las reglas son válidas o no válidas. Si una regla es válida, entonces “la solución que proporciona debe ser aceptada”

Siguiendo esta clasificación podríamos decir que las **directrices** serían las normas de mayor jerarquía y se perfilan como esos *valores o ideales* que el sistema jurídico pretende alcanzar, tales como, la prevalencia de los Derechos Humanos, el respecto a la dignidad humana, la protección de la víctima, la justicia material, etc., los **principios** vendrían a ser las *pautas de orientación o de límite* que guían al operador de justicia en la aplicación del derecho, entre los cuales se encuentran los principios de oralidad, publicidad, defensa e igualdad entre las partes, contradicción, e igualmente, también los **derechos y garantías procesales**, como el derecho a la defensa o la presunción de inocencia, respectivamente; y finalmente, las **reglas** son los preceptos que prescriben una instrucción o regulan la forma como debe actuar el operador de justicia ante una determinada situación.

Para visualizar de una forma tangible esta clasificación normativa y su operatividad, pensemos que, hipotéticamente, la víctima solicita al juez en funciones de control en el proceso penal intervenir y estar asistida

4 Ronald Dworkin. *Los Derecho en serio*. Editorial Ariel. España, 1989.

por un abogado en la audiencia de presentación del imputado, ¿Debe el juez admitir o no esa solicitud?, pensamos que sí aunque no haya una regla que expresamente lo autorice bien pudiera el juez argumentar que de acuerdo con los principio de protección y reparación a la víctima (Art. 23. COPP) y de igualdad entre las partes (Art. 12. COPP), es admisible la intervención de la víctima en esa audiencia asistida de un abogado, puesto que si el imputado puede y debe estar asistido por un abogado defensor en esa audiencia, ¿por qué la víctima no puede estarlo si también es o puede ser considerada también como una parte en el proceso?; de igual manera, pensemos que la defensa en esa misma audiencia, solicita al juez la exhibición de un video de una cámara de seguridad del lugar del hecho para desvirtuar la imputación fiscal, nos preguntamos ¿Debe el juez negar su exhibición bajo el pretexto que no hay una regla específica que así lo permita?, si ello estaría dirigido a garantizar el derecho a la defensa y los principios de contradicción (Art. 18. COPP) y búsqueda de la verdad (Art. 13. COPP); decisiones éstas, compatibles con la directriz normativa prevista en el artículo 257 de la Constitución de la República que establece “no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales”, es decir, con el valor de la justicia material.

En definitiva, teniendo en cuenta que la evolución del Derecho se traduce en la transición del formalismo jurídico hacia el funcionalismo normativo, el juez de estos tiempos no puede limitarse a la literalidad de la norma o a traducir la voluntad expresa de la ley, sino a perfilarse como un **medio para la creación de la justicia material** que debe valerse de las diversas herramientas normativas que se encuentran a su alcance, lo cual en el marco del sistema de justicia penal implica, como se explicará a continuación, la resolución del conflicto social que supone el delito.

1.3. Del delito como infracción de la ley al delito como conflicto social

La noción sobre delito y sus consecuencias también ha sido objeto de una sustancial transformación desde la óptica del sistema de justicia penal, toda vez que ya no se concibe el hecho punible, únicamente como una trasgresión de la norma o como una infracción a la ley que entraña la inevitable imposición de la sanción penal, especialmente, la sanción principal que es la privación de libertad. El **delito**, hoy en día, **se entiende más como un hecho disfuncional que genera un conflicto social**, esencialmente, entre el imputado y la víctima, pero también entre el imputado y la sociedad, que requiere la atención y solución por el sistema de justicia, para lo cual es necesario en primer lugar, definir el conflicto, es decir, determinar los elementos que lo componen (hechos y sus circunstancias, autores y partícipes, calificación jurídica, víctima, daños colaterales, etc.) para luego identificar cual es la solución más acorde al caso, atendiendo a las opciones y alternativas que proporcionar el sistema jurídico, que en muchos casos dada su especial gravedad será la sanción más severa pero en otros de menor gravedad o complejidad, podría implicar alternativa distintas a la sanción o a una sanción atenuada o condicionada.

Sobre esta noción moderna del delito, cabe destacar que el Código Orgánico Procesal Penal (COPP) se apartó de esa anacrónica disposición que contemplaba el extinto Código de Enjuiciamiento Criminal que lo

antecedió, el cual establecía “*de todo delito nace una acción para el castigo del culpable*”; disposición normativa que era afín con esa visión primitiva del delito como un hecho pecaminoso que debe ser castigado; por el contrario el COPP no señala nada al respecto y como bien decía el maestro Roberto Delgado Salazar en cuyo homenaje póstumo se ofrecen estas Jornadas, a veces la ley hay que entenderla más con lo que calla que con lo que dice, es decir, el silencio del COPP en este sentido demuestra el distanciamiento del sistema de justicia penal actual de ese paradigma anacrónico; por el contrario, si tomamos en consideración lo dispuesto en el artículo 13 del COPP sobre la finalidad del proceso, observamos que el propósito del sistema no es el castigo, sino “la búsqueda de la verdad y la aplicación de la justicia por las vías jurídicas”, siendo que esa justicia a la cual se refiere el texto adjetivo penal no es el castigo puesto que la finalidad de la sanción no es la retribución, sino la prevención.

En efecto, al respecto es preciso citar la sentencia⁵ Nro. 915 con carácter vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 20 de mayo de 2005, con ponencia del magistrado Francisco Carrasquero, la cual sostiene lo siguiente:

*“....entendiendo que el sistema político y jurídico venezolano parte de un modelo de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, el Derecho Penal en Venezuela estaría llamado a materializar una misión política de regulación activa de la vida social, que asegure el funcionamiento satisfactorio de ésta, a través de la tutela de los bienes jurídicos de los ciudadanos. Lo anterior acarrea la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos que atenten contra dichos bienes jurídicos, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta -a saber, sin retribución-, el quebrantamiento del orden jurídico. Pero para que el Estado social no degenera en autoritario, sino que se mantenga como democrático y de Derecho, deberá respetar una serie de límites que garanticen que dicha prevención se ejercerá en beneficio y bajo control de todos los ciudadanos....Con base en los anteriores planteamientos, **se puede afirmar que el fin de la pena –y por ende la función del Derecho Penal- en un modelo de Estado como el que está delineado en el artículo 2 constitucional, tendrá que ser la prevención limitada**” (resaltado agregado)*

La prevención limitada como fin de la sanción penal no significa desatender su misión punitiva que es la esencia del Derecho Penal, sino entender que *no* es la única vía, que el sistema penal abarca otros fines, tan necesarios como la retribución e incluso en muchos preferibles, como la **reparación a la víctima o la responsabilidad social**, para lo cual es necesario la desaplicación de los mecanismos rudimentarios de la justicia penal y en su lugar, activar métodos o vías alternas, de impliquen una visión y atención integral del conflicto, como por ejemplo, los mecanismos de resolución anticipada del proceso penal como la admisión de los hechos, los acuerdos reparatorios o la suspensión condicional del proceso, dando cabida a métodos

5 Sentencia 915 TSJ / SC 20/05/2005 Pte. Francisco Carrasquero. Puede consultarse la citada sentencia en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Mayo/915-200505-04-2186.htm>.

modernos poco explorados en el ámbito del sistema penal en comparación con otras áreas del derecho, como la conciliación y la mediación.

En esta dirección, por ejemplo, se puede observar la línea trazada por el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente en Venezuela que se orienta fundamentalmente hacia la denominada prevención especial que se centra en la atención del adolescente responsable, procurando su educación, orientación y resocialización, como puede constatare en el criterio sostenido por el Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia⁶ Nro. 2063 dictada por la Sala Constitucional en fecha 29 de julio de 2005, con ponencia del ex magistrado Jesús Eduardo Cabrera, en la cual sostuvo al respecto:

*“...la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente consagra fórmulas de solución anticipada como mecanismos procesales que ponen fin al proceso de manera anticipada, en razón de lo cual convierten el Derecho Penal en instancia de solución de conflictos sociales. De algún modo, las fórmulas anticipadas han sido establecidas político-criminalmente como medidas sustitutivas del **ius puniendi**, debido a la incapacidad de la pena en la solución satisfactoria de los conflictos sociales y en el mantenimiento del orden social.*

*Dentro de dichas fórmulas de solución anticipada, la señalada ley regula la **conciliación como mecanismo a través del cual se puede lograr un acuerdo entre las partes en conflicto** que comporta determinadas obligaciones para el adolescente y el plazo para su cumplimiento, razón por la cual implica la suspensión del proceso a prueba. Esta fórmula se orienta a evitar que el adolescente que haya sido imputado por la comisión de un hecho punible “para los que no sea procedente la privación de libertad como sanción”, sea acusado y llevado a juicio —artículo 564 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente” (resaltado agregado)*

Esta **justicia penal alternativa**, o bajo una mejor definición, justicia penal de alternativas es más compatible con el modelo de estado moderno instaurado en la mayoría de los países de Latinoamérica, que se erigen bajo la fórmula tridimensional del estado Social, Democrático de Derecho, con el añadido en el caso de Venezuela del cuarto componente agregado en la Constitución del estado de Justicia, en el que concibe al Derecho Penal como un medio de control social formal de los hechos disfuncionales, indispensable para mantener el orden social, pero esencialmente, para remediar los conflictos sociales; por tanto, la justicia penal no debe limitarse en la aplicación de los fundamentos que postula la dogmática penal, sino también a la aplicación de los criterios político-criminales.

Por ejemplo, la justicia penal debe plantearse si es justo sancionar rigurosamente a la madre que por una ligera imprudencia al conducir produjo un hecho de tránsito del cual fallece su hija quien iba sentada como copilota en ese vehículo o en su lugar, abstenerse de ejercer la acción penal aplicando un principio de oportunidad o, preguntarse si es preferible imponer a la persona que cometió un delito en contra del medio ambiente causando un incendio forestal, una pena de prisión o en su lugar, adoptar una medida, como alternativa a la

6 Sentencia Nro. 2063 TSJ / Sala Constitucional. 29 de julio de 2005. Pte. Jesús Eduardo Cabrera. Expediente Nro. 04-2358.

sanción, de plantar con su esfuerzo nuevos árboles para restaurar el bosque, o si es preferible sancionar a un padre que cometió el delito de trato cruel a su hijo al haberlo maltratado con una lesión leve, con una pena de prisión en vez de imponerle como medida alternativa, la obligación de redactar una carta ofreciendo disculpas públicas en una audiencia a su hijo? ¿Qué es más justo?

2. El rol del juez en la definición del conflicto

2.1. El conflicto como objeto del proceso penal acusatorio.

Los sistemas procesales instaurados en los últimos tiempos en Latinoamérica siguen, en gran medida, el diseño procesal de los sistemas acusatorios pero con algunos matices y ponderaciones, por lo que se les denomina **sistemas fundamentalmente acusatorios**⁷. Esencialmente, el principio acusatorio que rige en sistemas acusatorios se sostiene sobre la base de dos pilares fundamentales, el principio *nemo iudex sine actore*, según el cual nadie puede ser enjuiciado si no ha sido previamente acusado por un actor distinto al juez y el principio *iudex ne procedat ex officio*, vale decir, que el juez no puede actuar de oficio sino por iniciativa de las partes, lo cual pudiera hacer pensar erróneamente que el papel del juez en el sistema acusatorio no tiene la misma importancia que tenía en los sistemas inquisitivos, sin embargo, los matices y ponderaciones antes aludidas respecto a los procesos penales acusatorios en Latinoamérica dan una identidad propia a los modelos latinoamericanos que los distinguen del modelo acusatorio anglosajón que es el más representativo o al menos, el más publicitado; precisamente, la diferencia del modelo latinoamericano radica en la concesión de facultades del juez en la dinámica procesal que ameritan su intervención, especialmente, para procurar el justo equilibrio entre las partes.

Decía el famoso líder sudafricano Nelson Mandela⁸ que **no hay nada más difícil que situarse en el medio** y no dejarse seducir por los extremos. En el caso del juez en el sistema acusatorio, podría correr el riesgo que, entendiendo que el peso del desarrollo del proceso depende del fiscal del Ministerio Público como titular de la acción penal en los delitos de acción pública o de la víctima en los delitos de instancia privada, asuma por tanto, una actitud totalmente inerte o pasiva, o por el contrario, desbocado por afán de protagonismo o por los resquicios del sistema inquisitivo aun presentes en el Poder Judicial, asuma una actitud absolutamente arbitraria, incluso subrogándose atribuciones propias de las partes.

Al respecto, señalan Víctor Hugo Gangarossa y Marcela Cabrera⁹:

7 Sobre las características del sistema fundamentalmente acusatorio, consúltese a Magaly Vásquez. *Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano*. Universidad Católica Andrés Bello. 2da edición, Caracas, 2007.

8 Nelson Mandela. *El largo camino hacia la libertad. La autobiografía de Nelson Mandela*. Editorial Santillana, Caracas, 2011.

9 Víctor Hugo Gangarossa y Marcela Cabrera De la Rosa. *Un juez con ojos abiertos. El rol del juez en las audiencias* <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/10/doctrina45855.pdf>

“Encontrar un nuevo perfil de magistrado implica apartarse de la noción pasiva del juez frente al conflicto (juez espectador) y de “juez dictador” (propio de los sistemas inquisitivos) para tender hacia un modelo de “juez director” que desde el respeto a las garantías de las partes resuelva el conflicto desde la búsqueda de la solución más pacífica; como de manera pública y con lenguaje sencillo, dirima la controversia con la información útil incorporada por los litigantes, pero sin desentenderse del control de legalidad de las posiciones presentadas”

Aunque el sistema penal acusatorio sea un proceso de partes en conflicto, por un lado, el Ministerio Público y la Víctima, aunque éstos no necesariamente comparten la misma pretensión y por el otro lado, el imputado y su defensa; la definición del hecho objeto del proceso no depende exclusivamente de las partes, porque que el juez no sólo tiene voz en el conflicto, sino que también es de vital importancia para definir en primer lugar, los términos del conflicto y luego para encontrar una solución, partiendo de la premisa que actualmente el **objetivo central del proceso penal es la búsqueda de la solución más justa del conflicto.**

Una mirada rasante sobre las tendencias legislativas y de la jurisprudencia en Latinoamérica nos permite observar que esa es la dirección hacia la cual se dirigen los sistemas procesales, por ejemplo, el **Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro¹⁰ en Argentina**, sancionado mediante Ley N5020 del 20 de abril de 2022, establece en su artículo 14, bajo el título: Solución del Conflicto. *“Los jueces y fiscales procurarán la solución del conflicto primario surgido a consecuencia del hecho, a fin de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social”*. Por su parte, el **Código de Procedimiento Penal Colombiano** establece los denominados preacuerdos y negociaciones en su artículo 348 “Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; **activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito...**” mientras que el **Código Nacional de Procedimientos Penales de México** establece en su artículo 2 que el proceso penal tiene por objeto “**resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito...**” (resaltado agregado).

En el caso de Venezuela, aunque el Código Orgánico Procesal Penal no hace mención expresa al conflicto como objeto del proceso penal, sin embargo, el diseño del sistema procesal admite la adopción de alternativas procesales cuya aplicación progresivamente han sido promovidas tanto en la jurisprudencia como en la reformas del COPP, al punto que por ejemplo, el procedimiento especial para delitos menos graves agregado en sus últimas reformas (Vid. artículo 354 y siguientes del COPP) admite en la audiencia de presentación que se lleva a cabo luego de la detención en flagrancia del imputado, que se planteen alternativas procesales tales como los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso, sin que sea necesario previamente que se lleve a cabo una investigación para acreditar el hecho objeto del proceso o que el Ministerio Público ejerza la acción penal mediante la interposición de una acusación, lo cual pone en evidencia que el modelo proceso

10 Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro en Argentina. <http://servicios.jurionegro.gov.ar/inicio/comunicacionjudicial/index.php/noticias/item/2721-conflicto-delito-y-solucion-sin-condena-la-conciliacion-y-otros-criterios-de-oportunidad-en-el-codigo-procesal-penal>.

penal venezolano también se inclina por dar preferencia a la solución anticipada del conflicto, por encima del afán de la demostración del hecho y la imposición de la sanción penal.

2.2 La definición del conflicto.

Defendiendo la tesis que el conflicto es, actualmente, el objeto del proceso penal, por tanto, sobre el cual deben volcarse los esfuerzos de las partes y del juez con miras a su resolución, es necesario comprender entonces ¿Qué es el Conflicto y cómo se define?. En este sentido, es preciso señalar que la doctrina distingue dos tipos de conflictos, el **conflicto secundario** que es el que representa desde una perspectiva formal, la tensión entre la conducta presuntamente realizada por el imputado y la norma; mientras que el **conflicto primario** se refiere desde el punto de vista material a las tensiones que genera el delito como un hecho disfuncional entre el imputado y la víctima, sea ésta una persona o grupo de personas o bien sea el Estado o la sociedad, dependiendo de la naturaleza del delito sobre el cual verse el conflicto; en consecuencia, en el conflicto secundario la tarea del juez es controlar la legalidad de las actuaciones de las partes, especialmente, del Ministerio Público, mientras que en el conflicto primario, la misión del juez es atender y resolver las pretensiones de las partes ante el drama *per se* que representa el delito, buscando la solución al conflicto en función de las peticiones y argumentos de las partes.

Ciertamente, la tendencia de las reformas legislativas y de la jurisprudencia, antes advertida, es **priorizar la resolución del conflicto primario**, sin embargo esto no significa que el proceso penal deba desatender el conflicto secundario, sólo que la misión del proceso no debe agotarse con él, sino ir más allá en procura de **una verdadera justicia material**, porque de que sirve resolver con extrema claridad el enigma que supone delito, determinando como ocurrió el hecho, quien lo cometió y cuál es la sanción aplicable, si el juez ha desatendido los reclamos de las partes o inadvertido otras soluciones más justas al caso, como si el juez fuese un autómat, una suerte de algoritmo automático que se encarga de determinar si ha ocurrido el hecho imputado, si está probado y cuál es el *quantum* de la pena, por ejemplo, como el caso planteado *ut supra* en el cual el juez sin escuchar el clamor de la víctima, sanciona con una pena de prisión al padre que ha cometido el delito de trato cruel sobre su hijo, sin darse cuenta que quizás era preferible en vez de la sanción tradicional, imponer una medida en la cual el padre pida públicamente perdón a su hijo por el daño cometido; no sería atrevido decir que en el primer caso se ha aplicado la ley, pero en el segundo caso se habrá hecho justicia.

2.3. La imputación como base de la definición del conflicto.

Para resolver el conflicto es necesario en previamente establecer su definición lo cual implica determinar los elementos fácticos y jurídicos que componen el *thema decidendum* o el hecho objeto del proceso, precisando cuál es el suceso presuntamente acaecido, las circunstancias que lo rodean, su calificación jurídica, las personas presuntamente involucradas en su comisión, los bienes jurídicos o derechos afectados, la dimensión del daño ocasionado a la víctima e incluso los posibles daños colaterales a terceras personas o a sus derechos.

A tales efectos, el acto procesal que se erige como el primer ladrillo en la pared es la **imputación** o información de cargos o hechos que, en el caso de Venezuela, además es una garantía insoslayable contenida en el artículo 49.1 de la Constitución, en el sentido que establece esa norma constitucional que “toda persona tiene derecho a ser informada de los cargos por los cuales se investiga”; la **imputación** es una atribución conferida esencialmente al Ministerio Público en los delitos de acción pública y es de suma trascendencia en el proceso penal toda vez que es además un requisito de procedibilidad para el ejercicio penal puesto que el Ministerio Público primeramente y la víctima, complementariamente o supletoriamente (en el caso que el fiscal del Ministerio Público no ejerza la acción penal), **no** podrán interponer una acusación y consecuentemente, solicitar el enjuiciamiento del imputado si éste no ha sido previamente informado de los cargos mediante ese acto de imputación, el cual puede materializarse en el curso de una investigación o al momento de celebrarse la audiencia de presentación del imputado luego de su detención en situación de flagrancia o como consecuencia de una orden judicial de aprehensión.

El Tribunal Supremo de Justicia en sentencia nro. 358 dictada por la Sala de Casación Penal define la imputación como “atribuir la presunta autoría de un hecho ilícito”¹¹ aclarando al respecto la Sala que la imputación:

“no se corresponde con un ejercicio automático y de inferencia que debe hacer la defensa y el encausado por simples actos citatorios o interpretativos de la intención del representante del Ministerio Público. Por el contrario, es una actividad técnica que exige rigurosidad, meticulosidad y adecuabilidad con la norma constitucional del artículo 49.1 que señala: Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se les investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa, para obtener precisión. Esa precisión que el imputado requiere para conocer a plenitud su situación procesal y preparar su defensa. Por otra parte, el acto de imputación, permite al imputado declarar sobre el hecho expuesto, y solicitar las diligencias necesarias para contradecir lo señalado por el Ministerio Público y sostener su defensa.

Partiendo de este criterio jurisprudencial, reiterando e incluso ampliando en posteriores sentencias, la imputación debe permitirle al imputado conocer la “situación procesal” en la cual se encuentra, lo cual implica no sólo conocer los hechos atribuidos, sino también, la calificación jurídica invocada en relación a esos hechos y los elementos de convicción que la sustentan, en consecuencia, podemos concluir que la imputación debe abarcar las **tres dimensiones** sobre las cuales gravita todo proceso penal que son: **los hechos, las pruebas y el derecho.**

Ahora bien, ¿La imputación por si sola define el conflicto objeto del proceso? Pensamos que no, la imputación es la base de su definición pero no se agota con ella, debido a que en razón del principio de

11 Sentencia Nro. 358 de la Sala de Casación Penal de fecha 12 de agosto de 2011. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scplagosto/358-12811-2011-A10-382.HTML>

contradicción (Artículo 18 del COPP) y del derecho a la defensa (artículo 12 del COPP), el juez debe conocer la posición de la víctima y del imputado al respecto, es decir, los argumentos y pretensiones en relación con el hecho imputado para determinar su alcance; en síntesis, el **conflicto queda establecido en el momento en que se cristaliza la controversia o contienda procesal**, en otras palabras, cuando las pretensiones de las partes se encuentran puestas sobre la mesa, siendo en ese momento en que corresponderá al juez examinar el conflicto sometido a su conocimiento y efectuar el análisis jurídico-procesal sobre las pretensiones de las partes para delimitar el hecho objeto del proceso, e incluso interviniendo en su definición dentro los límites propios de su actuación, por ejemplo modificando los términos de la imputación si esta no se ajusta a los hechos o desechando imputaciones sin fundamento probatorio, lo cual pone de relieve el dilema central que se plantea en esta disertación que es ¿Cuál es el rol del juez en la definición del conflicto? ¿Debe el juez limitarse a verificar la legalidad de los actos y velar por el respeto de las garantías fundamentales?, o ¿Puede acaso el juez hacer algunos aportes en la definición de los hechos, en la obtención de elementos de convicción para acreditar el hecho, la participación del imputado o por el contrario, para desvirtuar la imputación?

Por ejemplo, pensemos en un caso hipotético en el cual en una audiencia de presentación del imputado, el fiscal del Ministerio Público impute la presunta comisión del delito de Homicidio Culposos; por su parte, la víctima indirecta madre del occiso quien se encuentra presente en la sala de audiencias con su abogado, alegue que su hijo fue víctima del delito de Homicidio Intencional y que ella fue testigo del hecho por lo que pida se le reciba una declaración, mientras que el imputado a través de su abogado defensor, alegue haber actuado en legítima defensa e incluso pida en esa audiencia que se exhiba un video de una cámara de seguridad del lugar del hecho que captó el momento en que éste presuntamente ocurrió. Si partimos de la base que sólo corresponde al juez la definición del conflicto secundario (La legalidad de las actuaciones), solo le corresponderá examinar la legitimidad de la detención y la legalidad de la imputación fiscal de acuerdo con lo establecido en las reglas que regulan el trámite de esa audiencia (*vid.* Art. 373 COPP); pero **si partimos de la premisa que la misión del juez es definir (y luego resolver) el conflicto primario**, el juez entonces deberá analizar todas las pretensiones de las partes, verificando si sus afirmaciones se sustentan en un fundamento probatorio (aunque sabemos que técnicamente en esta etapa inicial nos referimos a los elementos de convicción y no a pruebas), lo cual en el caso planteado, podría consistir por un lado, escuchar el testimonio de la víctima indirecta y por el otro, reproducir el video cuya exhibición pide la defensa, puesto que si bien no hay una regla expresa que permita esta peticiones en la audiencia, el juez puede justificar su decisión en aras de la justicia apoyado en principios aplicables en este caso como la búsqueda de la verdad (artículo 13 COPP), contradicción (artículo 18 COPP) y la justicia material (artículos 2 y 257 CRBV).

La intervención del juez en la definición del conflicto, que es admisible en nuestra opinión como en el caso antes planteado, no significa que el juez debe asumir un rol protagónico en el conflicto en sustitución de las partes, ni extralimitarse en sus funciones, ni por el contrario, asumir una posición inerte o inanimada. Por ejemplo, no es admisible que el juez impute de oficio hechos punibles que el fiscal del Ministerio Público no ha querido atribuir al imputado, bien sea por decisión propia o incluso por omisión, por lo que no compartimos la posición de algunos jueces de justificar esa especie de imputación judicial basados en la facultad de

control judicial prevista en el artículo 264 del COPP, según la cual el juez debe velar por el cumplimiento de las garantías procesales.

Aunque algún sector de la doctrina, se inclina por sostener que el juez puede formular imputaciones por omisiones del Ministerio Público puesto que en esos casos el juez se limita a garantizar el cumplimiento del principio de legalidad, es necesario recordar como bien apunta el maestro Claus Roxin¹², que es el Fiscal y no el juez al que le corresponderá eventualmente defender *su* acusación en un posterior juicio, por tanto si él no está convencido sobre la viabilidad de la imputación de un hecho mal podría el juez imponérselo de oficio, porque además sería totalmente antagónico a la esencia del sistema acusatorio, porque como señala el distinguido profesor Giovanni Rionero si bien el Ministerio Público no es “*dueño arbitrario y discrecional del ejercicio de la acción penal...ello no significa que la facultad de control judicial...deba coexistir ajeno o desatendido de las convicciones del Ministerio Público*”¹³.

En todo caso, pensamos que lo que si puede hacer el juez en estos casos, ante evidentes o manifiestas omisiones por parte del Ministerio Público, es exhortar o instar al fiscal correspondiente o incluso al Fiscal Superior de la circunscripción judicial respectiva en su condición de superior jerárquico, a que se pronuncie respecto de aquellos hechos que a los ojos del tribunal si deben ser imputados.

En síntesis, el rol del juez en la definición del conflicto se resume en examinar las pretensiones y argumentos de las partes para fijar los límites y alcances del hecho objeto del proceso, estableciendo una relación dialéctica con las partes y efectuando las ponderaciones que correspondan en su delimitación, con miras a facilitar su posterior solución con la adopción de la decisión o medida que sea más justa.

3. El rol del juez en la resolución del conflicto.

Habiéndose establecido los términos del conflicto objeto del proceso, corresponderá al juez coadyuvar a las partes en la búsqueda de la solución más justa del caso, lo cual pudiera ocurrir de forma anticipada a la culminación del proceso. Si bien el juicio oral y público es la etapa del proceso de mayor esplendor y más representativa del sistema acusatorio, investida de una serie de formalidades y solemnidades que le otorgan una condición especial en la que los profesionales del Derecho deben demostrar sus mayores capacidades y destrezas, sin embargo, el proceso penal de hoy en día está diseñado para procurar la terminación anticipada del proceso.

Paradójicamente, la fase inicial del procedimiento ordinario del proceso penal venezolano, se denomina “fase preparatoria”, aludiendo a la preparación del juicio oral, lo cual permite inferir que la *ratio escendi* de esta etapa inicial es precisamente conducir el proceso hacia la posterior fase de juicio; No obstante, la inclusión de

12 Claus Roxin. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina. 2000

13 Giovanni Rionero. El Principio de legalidad procesal. El poder del juez en la definición del acto conclusivo fiscal. XI Jornadas de Derecho Procesal Penal. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2008.

figuras alternativas como el procedimiento especial por admisión de los hechos (art 375 COPP), lo acuerdos reparatorios (art. 41 COPP), la suspensión condicional del proceso (art. 43 COPP), aunado a las decisiones que pudieran provocar la terminación anticipada del proceso como el sobreseimiento de la causa (art. 300 COPP), la desestimación de la denuncia o la querrela (art. 283 COPP) o incluso, las decisiones relativas a las nulidades (art 174 COPP) o la declaratoria con lugar de las excepciones (art 28 COPP); sumado a la facultad del juez de cambiar la calificación jurídica de los hechos acusados en la audiencia preliminar en la fase intermedia del proceso Penal (art. 313 COPP), ponen en evidencia que el modelo procesal venezolano, en sintonía con la tendencia con los modelos acusatorios en la Latinoamérica, está orientado más hacia la culminación anticipada del proceso que a su conclusión a través de la sentencia emitida en el juicio oral y público.

En la *praxis* forense se agudiza esta percepción, puesto que los operadores de justicia (esencialmente, jueces, fiscales, defensores) imprimen sus esfuerzos en procurar que el proceso culmine de forma anticipada, en mayor medida, a través de la imposición de la sentencia por admisión de los hechos, incluso valiéndose de mecanismos como la **negociación procesal** que en el caso de Venezuela, a diferencia del sistema penal Colombiano, no está expresamente prevista, pero que encuentra un reducido espacio para operar especialmente teniendo en cuenta que el Juez en funciones de Control al cual le corresponde conocer de las fases iniciales del proceso (fase preparatoria y fase intermedia), tiene la facultad de cambiar la calificación jurídica a los hechos imputados en la acusación, por lo cual se produce una suerte de negociación de facto en la cual las partes persiguen que a través de un cambio en la calificación jurídica, la posición más favorable para el imputado, por ejemplo, modificado la imputación por Robo Agravado por Robo Genérico, para que éste pueda optar por el procedimiento especial por admisión de hechos puesto que la eventual sanción a imponer pudiera permitirle obtener una medida cautelar que implique su libertad aunque ésta sea restringida o sometida a condiciones.

Lamentablemente, la **resolución anticipada del proceso** en la *praxis* forense pareciera potenciarse más por razones de descongestionamiento administrativo ante la innegable ingesta de casos que rebasan la capacidad de respuesta efectiva de la Administración de Justicia, que por razones utilitarias para la real resolución del conflicto entre las partes siguiendo criterios político criminales.

Al respecto, señala Fernández Silva¹⁴ que el sistema penal se concentra más en sancionar por razones estadísticas que por un verdadero afán de justicia, lo cual trae consigo que “*no se indaga sobre la situación en que se encuentran los protagonistas del suceso, pasando desapercibido el conflicto detonante de la conducta, o consecuencia del propio acto*”, es decir, que resuelven números de Causas, más que el conflicto entre personas, sin percatarse las nocivas consecuencias a nivel social que se genera por la aparente indolencia del sistema.

En este contexto en el que el proceso penal esta aparentemente confeccionado para procurar su culminación anticipada al juicio, mediante una resolución judicial que resuelva el caso, es preciso preguntarse atendiendo al punto neurálgico de esta disertación, sobre cuál es el **rol del juez en la resolución anticipada del**

14 Fernández Silva, Yulisan. *El dilema de la mediación penal ¿solución de conflictos o delitos?1 The dilemma of criminal mediation: Conflicts or crimes Solution?* <https://portalderevistas.upoli.edu.ni/index.php/5-revcienciasjuridicasypoliticas/article/view/357>

proceso y concretamente, del conflicto social sobre el cual versa. ¿Es acaso el juez penal un mediador entre las partes?, ¿Puede el juez desplegar iniciativas resolutorias de oficio? ¿Cuáles son los límites de su actuación?

Como se ha afirmado anteriormente, en el sistema acusatorio la esencia del juez es dirimir el conflicto entre las partes procurando hacer justicia partiendo de lo propuesto por las partes, por tanto, en principio su actuación se circunscribe a lo establecido por ellas en sus respectivas alegaciones y peticiones; no obstante, en el caso del sistema procesal penal venezolano se admiten algunas facultades del juez, sumado al principio de la búsqueda de la verdad como norte del proceso, que hace viable cierto margen de actuación oficiosa del juez sin que esto pueda suponer una subrogación en las funciones propias de las partes.

Como se explicó anteriormente, el juez podrá advertir y corregir defectos de subsunción del fiscal en su imputación, al haber calificado como homicidio intencional una conducta que de acuerdo con los elementos de convicción aportados, es a todas luces, un probable homicidio culposos; pero no podrá por ejemplo, imputar judicialmente el delito de porte ilícito de arma de fuego aunque sea evidente su posible comisión, si el fiscal ha limitado su imputación al delito de homicidio; pudiendo en todo caso instar al fiscal a que se pronuncie al respecto, más no abrogarse esa facultad que es exclusiva del fiscal del Ministerio Público, toda vez que como bien lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, concretamente en sentencia¹⁵ 500 de la Sala de Casación Penal del 9 de diciembre de 2004, *“El Ministerio Público es autónomo... solamente cuando se violen principios reguladores del ius puniendi del estado es cuando va a intervenir el órgano jurisdiccional, controlar la legalidad”*

En este contexto, el juez se perfila como un **contralor** de las actuaciones de las partes, apuntando precisamente a que así se denomina su función, más que como un director del proceso, lo cual es más compatible con esa **función de mediación** propia de otros sistemas como los procesos laborales o de protección de niños, niñas y adolescentes, por tanto, aunque no esté expresamente prevista la potestad mediadora del juez en el sistema procesal penal venezolano, se hace potable por las mismas exigencias del sistema al contemplarse figuras alternativas de resolución anticipada del conflicto, como por ejemplo, los acuerdos reparatorios entre el imputado y víctima requiere de la aprobación u homologación del juez, de igual manera la suspensión condición del proceso que está supeditaba a la previa opinión del fiscal y la víctima, pudiendo el juez aprobar o negar su aplicación o incluso modificar los términos de las condiciones, todo lo cual implica tácitamente una **relación dialéctica procesal** del juez con las partes, es decir, una suerte de mediación que se potencia con la oralidad que rige como principio en el proceso.

De igual manera, podría afirmarse que el juez también cumple una **función mediadora cuando cambia la calificación jurídica** de los hechos imputados en la acusación para luego admitirla y en consecuencia, proceder a informar al imputado sobre la posibilidad de admitir los hechos objeto del proceso bajo la nueva calificación, porque está allanando el camino hacia la negociación procesal porque bien pudieran las partes, especialmente, el imputado solicitarle al juez que modifique la calificación con ese objetivo puesto que ade-

15 Sentencia 500 de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia del 9 de diciembre de 2004. www.tsj.gob.ve.

más, la ley no establece un lindero a esa facultad, es decir, no la somete a límites o a condiciones más allá del sentido común jurídico, es decir, a los límites propios del Derecho.

En el caso del **sistema penal Colombiano**, los denominados **preacuerdos y negociaciones** son instituciones procesales claramente previstas en el Código de Procedimiento Penal Colombiano (CPPC), con un respaldo institucional y un convencimiento entre los operadores del sistema que se trata de una estrategia político criminal efectiva para procurar una resolución anticipada del conflicto mediante una aceptación de los cargos, (el símil de la admisión de los hechos), al punto que esta negociación procesal entre las partes es vinculante para el juez, tal y como lo contempla el artículo 351, 3er aparte del CPPC el cual establece “*Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales*”.

El propósito de los preacuerdos y negociaciones en el caso del sistema penal Colombiano no sólo está dirigido a descongestionar el sistema, usualmente colapsados en Latinoamérica debido a los altos índices de criminalidad, sino que también como señala Gómez Velásquez “*procuran imprimirle rapidez al trámite de juzgamiento, sobre la base de un consenso justo, pudiéndose decir que si bien el procesado es el creador del conflicto también debe intervenir como parte decisiva de la solución. los preacuerdos y negociaciones representan varias perspectivas y anhelos... así la inmediata satisfacción a la sociedad... o una oportuna reparación a la víctima*”¹⁶

En síntesis, el **rol del juez en la resolución del conflicto es coadyuvar a las partes en la búsqueda de una solución anticipada**, lo cual pudiera concretarse con una mediación entre las partes cuando éstas proponen la aplicación de la admisión de los hechos o cuando éstas solicitan la aplicación de algunas de las alternativas procesales como los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso, puesto que el juez en el modelo acusatorio latinoamericano no es un simple espectador de la contienda procesal como en el sistema acusatorio norteamericano o anglosajón, sino que tiene un rol proactivo, lo cual no implica ni puede suponer un subrogarse en las funciones o facultades de las partes, ni suplir omisiones y debilidades en su actuación, el juez debe en todo caso, velar porque las partes puedan desplegar el ejercicio de sus derechos plenamente, sirviendo más como un facilitador que como un director del proceso, porque su esencia en un sistema acusatorio es precisamente encontrar el equilibrio entre las partes, con el propósito de resolver el conflicto sometido a su conocimiento son la solución más justa posible.

16 Gustavo Gómez Velásquez. Sistema Penal Acusatorio. Aproximación al Tema de los Preacuerdos y Negociaciones en el Código de Procedimiento Penal. Publicado por la Fiscalía General de la Nación. 2005, p. 70.

4. Conclusiones

Partiendo de las reflexiones, ideas y opiniones antes expuestas, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- El **Derecho ha cambiado**, evolucionado desde su concepción tradicional anclada en el formalismo jurídico y el método exegético hacia el funcionalismo normativo según el cual el Derecho no es un fin en sí mismo, sino un medio para fines socialmente útiles, de tal manera que el intérprete y el operador de justicia deben han dejado de ser soldados de la ley para erigirse en arquitectos de la justicia.
- Esta nueva concepción del Derecho o *Neojuris* es afianza en la base de la aplicación de las normas atendiendo a la función y finalidad que estas persiguen, para lo cual éstas se estructuran **en directrices o valores, principios y reglas**, siendo las directrices o valores las aspiraciones o ideales que pretende alcanzar un sistema jurídico en una determinada sociedad; los principios, las pautas de orientación o límite que guían su marco de actuación y las reglas, los preceptos que emiten instrucciones concretas al destinatario de la norma.
- En el ámbito del **Derecho Penal**, los nuevos paradigmas proclaman un nuevo concepto del delito en que ya no se concibe como una simple infracción a la ley, sino como **un hecho disfuncional que representa un conflicto social**, por lo cual las normas en toda su dimensión (Valores, principios y reglas) deben estar orientadas a la **resolución del conflicto social** que representa el delito.
- Bajo esta premisa, **el proceso penal debe estar orientado hacia la definición y resolución del conflicto** sobre el cual versa el proceso, por tanto, el juez cumple un rol trascendental porque su misión es coadyuvar a las partes en la búsqueda de la solución más justa posible, atendiendo a las diversas alternativas que la ley contempla.
- Pare ello es necesario contar con **jueces dotados de una serie de atributos funcionales** que les permitan actuar con autonomía, independencia y autoridad, pero también con **especiales capacidades** acordes con estos nuevos tiempos, tales como capacidad de argumentación, razonamiento y sensibilidad hacia la justicia material por encima de las formas.
- Nuestra misión, en consecuencia, es predicar que los jueces **no sean soldados de la ley, sino arquitectos de la justicia**.



V JORNADAS LATINOAMERICANAS EN DERECHO PENAL, CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS AFINES 2023

Homenaje Póstumo al Doctor Roberto Delgado Salazar

121

CIENCIAS AFINES

Fermín Mármol García

Carlos Simón Bello

Jorge L. Rosell Senhenn

Víctor Hugo Méndez Tovar

Antonieta De Dominicis Minervini



Posverdad Impacto en la investigación criminal y la administración de justicia



122

FERMÍN MÁRMOL GARCÍA¹

Abordar un tema inédito, desde lo académico, específicamente en lo concerniente al ámbito jurídico penal y ciencias afines, debe partir como es lógico de la observación del problema y la presentación de un abanico de hipótesis apriorísticas emanadas de una incipiente investigación que hemos emprendido, al alimón, los colegas David Terán Guerra, Carlos Villarroel y mi persona, referido a los efectos o impactos de la posverdad en el mundo de hoy, en lo que respecta a la investigación criminal y la justicia.

Antes de considerar lo introductorio con el útil glosario de términos, debo expresar que efectué un informal ejercicio sobre la comprensión de la definición de la posverdad, con personas que me son cercanas. La mayoría no supo su real significado y apelaron a lo etimológico, concluyendo que se trataba de un asunto posterior a una verdad presente... y que tal vez con los descubrimientos o adelantos técnicos y científicos se llegaba a otra conclusión de mayor certeza en lo atinente a lo que realmente había ocurrido con un hecho investigado ya con conclusión judicial. Interesantes respuestas las que obtuve, sin embargo, de eso no se trata la figura que hemos escogido para iniciar este viaje investigativo.

Es recomendable presentar el glosario, por ello lo hacemos de la siguiente manera:

Pos. Forma simplificada del prefijo de origen latino *post*, que significa después de.

Verdad. La verdad Proviene del latín *veritas*, *veritatis*, que a su vez deriva de *verus*, verdadero. La verdad es la coincidencia entre una afirmación y los hechos. La fidelidad a una idea. Un juicio que no se puede negar racionalmente.

Investigación Criminal. La investigación criminal debe comprenderse como un conjunto de saberes interdisciplinarios, con desarrollo de acciones sistemáticas integradas, para procurar llegar al conocimiento de una verdad derivada del fenómeno delictivo.

¹ Abogado Universidad Santa María (USM), con estudios de Especialización y Maestría en Criminalística (Instituto Universitario de Policía Científica), estudios de Especialización en Docencia Universitaria (USM) y con Diplomados en el Colorado Bureau Investigation (CBI) referido a Investigaciones Especiales y en la Universidad de Salamanca, en Ciencias Políticas. Docente de la Cátedra de Criminalística (universidades Santa María y Central de Venezuela). Director del Instituto de Ciencias Penales, Criminología y Criminalística (USM). Corredor de la Ley que Regula el uso de la Telefonía Celular y la Internet en el Interior de los Establecimientos Penitenciarios (2016). Coautor del libro “Revolución de la Muerte” (2020) y del libro “Lo que no se aprende en los pupitres” (2020).

La investigación criminal tiene como principal objetivo dar rostro a cada lado del tetraedro de la criminalística, a través de la posible ejecución profesional del trípode de funciones (Pesquisa, Criminalística y Medicina Legal y otras Ciencias Forenses), en un perfecto acoplamiento.

A su vez, la investigación criminal, debe dar respuesta evolutiva a los siete principios que se desprenden de la acción delictiva, iniciando por el principio de uso y culminando por el de certeza y así determinar de acuerdo a cada caso, qué sucedió, en qué momento, en qué lugar y quiénes están relacionados en la actividad delictiva.

Moderna. Que pertenece al presente, al tiempo actual. Vocablo latino *modernus*, que significa de hace poco, o reciente, y define el adjetivo moderno como perteneciente o relativo al tiempo de quien habla o a una época reciente.

Teniendo en cuenta lo anterior, vamos a introducirnos en el muy complejo mundo que representa la Posverdad. La palabra fue utilizada por primera vez en el año 1992. Fue **Steve Tesich**, cuando escribió un artículo para la revista *The Nation*, el que empleó esa palabra compuesta. **Tesich**, al narrar escrituralmente los escándalos de Watergate y la guerra de Irak, indicó que ya en ese momento habíamos, de algún modo, aceptado vivir en una era de la posverdad, en la que se falsea sin discriminación y se ocultan los hechos.

Ahora bien, fue en el libro **The Post-Truth Era** publicado en el año 2004, cuyo escritor fue **Ralph Keyes**, cuando el término se desarrolla en su definición, afirmando que vivimos en la época de la posverdad porque su credo se ha asentado entre nosotros.

Entonces, podemos presentar en estas iniciales línea, que la posverdad se refiere a la distorsión deliberada de una realidad, manipulando creencias y emociones con el objetivo de influir en la opinión pública y en las actitudes sociales, tal y como lo define la Real Academia Española de la Lengua (RAE).

Es la representación de la manipulación creativa para intentar llevarnos más allá del reino de la mera exactitud, hacia un reino de la narrativa desconocida donde la información maquillada o distorsionada se presenta como verdadera en su espíritu y más verdad que la misma verdad.

Conocida también la posverdad como la como mentira emotiva, implicando que los hechos objetivos tienen menos impacto que los argumentos emocionales y las creencias personales de la persona. Todos podemos subsumirlo en el ejemplo de las campañas políticas partidistas, donde se construye un discurso con la finalidad de crear y modelar la opinión de las personas que le escuchan e influir en su conducta; en la mayoría de los casos, muy alejados de la autopista de la verdad.

Me resultó importante conocer cómo llegó hasta nosotros esta era de la posverdad. Para ello fue necesario comprender que nos encontramos en un momento donde hay inequívocos factores determinantes que hacen de los medios de comunicación una gran zona de fragmentación. Para empezar la era de la posverdad debe-

mos hacer referencia a la proliferación de noticias, específicamente las falsas, utilizando como vía privilegiada el internet, como, por ejemplo, las redes sociales. En esa mezcla está lo incierto, con comentarios insultantes que rozan con la difamación, presentes día a día en muchísimas plataformas de comunicación digital, vilipendiando las instituciones privadas y públicas, a sus representantes, a sus logros y opiniones, por cierto, muchas veces con el empleo de lo anónimo.

Sobre lo en comento, invitaría a recordar lo fácil que es atacar a la persona y no la idea, es decir, la falacia *Ad Hominem*, donde se persigue o procura desviar la atención y desmontar la verdad argumentativa; técnica milenaria, que aún está vigente e inclusive se estudia para concretarla.

Es necesario admitir que el internet, redes sociales, plataformas digitales, han horizontalizado la información, para bien, pero también para lo oscuro y perverso, donde lo anónimo de los comentarios e inclusive de los manejadores de la cuenta es una realidad. No hay transparencia en muchos casos sobre el origen de la información y de quién la transmite una y otra vez sin parar por un importante espacio de tiempo.

En esta fase preliminar de exploración académica, orientar el objetivo del empleo de la posverdad, es muy útil, allí encontramos que es un epicentro la tergiversación de los hechos por algunos medios formales o informales de la comunicación que persiguen imponer una determinada postura social, política o económica, pudiendo ser local, nacional o inclusive involucrar la orbe o buena parte de esta o sencillamente estar diseñada para desacreditar alguna persona natural o jurídica y mucho más banal resulta, el de perseguir sencillamente más y más seguidores, lo cual es algo muy superficial el atraer más visitantes, más seguidores en las plataformas, amasando importante influencia con la simple intención de mantener un negocio que vende lo que el público desea encontrar, a costa de la verdad lo que a todas luces es muy despreciable.

Los avances de la tecnología hacen posible muchas cosas, sueños y pesadillas. En ese presente, están los algoritmos los cuales alimentan las fuentes de noticias de buscadores como Facebook o Google, Instagram, Tik Tok, entre otros, ofreciendo al público, lo que este quiere, de acuerdo a sus antecedentes de búsqueda y así saltando a su vista, sin buscarlo, lo que corresponde a sus gustos, curiosidades o intereses, generando una visión de túnel que en caso de ser constante es poco conveniente para la persona, el cual puede asumir que ese es el mundo y esa es la verdad.

Los estudiosos sostienen que la versión del mundo que encontramos cada día al entrar a través de nuestros perfiles personales, o en las búsquedas que hacemos, ha sido invisiblemente filtrada para reforzar nuestras propias creencias; solo vemos y escuchamos, lo que la inteligencia artificial ha podido asumir que nos interesa y gusta vistas nuestras exploraciones previas que registraron los algoritmos.

Al ser lo anterior algo fácil de comprobar, debemos apriorísticamente admitir que la posverdad está en su mejor momento, con las mejores condiciones para crecer, pudiendo en consecuencia colar y generar historias invertidas o al menos distorsionadas que por intereses se persiga, ya que el motivo para aceptarlo es que hay un consumo de información al alza, sin embargo, hay un gran cuestionamiento y es que la confianza en las prin-

cipales instituciones, incluidas las estructuras gubernamentales y de los principales medios de comunicación, ha alcanzado mínimos históricos en países de todo el mundo. Se infiere que, bajo las condiciones actuales, los medios de noticias formales luchan para transformarse, ser más flexibles y rápidos, buscando ganar querencia ante un público más amplio, al cual no parece desear virar prontamente. Por ello, la televisión de señal abierta, los periódicos impresos y digitales pierden terreno, al igual que las voces de personas que son referencia por estar muy calificadas en sus profesiones, artes y oficios.

Resulta ilustrativo observar los estudios que ya se han realizado en años recientes, por ejemplo, me permito hacer un extracto del informe del **Pew Research Center**, el cual reveló que la mitad de los norteamericanos, es decir, el 50%, en edades comprendidas entre los 18 y 30 años, accede a noticias a través de las plataformas de internet, siendo esa tendencia creciente.

El mismo, **Pew Research Center** confirmó vistos sus hallazgos que el 62% de las personas adultas emplean las redes sociales para informarse. Como si fuera poco, resultó más alarmante que el 23% de las personas admitió haber compartido noticias que luego resultaron falsas y el 14% lo hizo a sabiendas de que lo eran y aún así no les importó las consecuencias.

Por tanto, el mercado de consumo de información sigue la estrategia de darle al cliente lo que desea, es un modo de proveerlos de su fidelidad y es ahí donde se ofrece la máxima posibilidad de influir en el futuro público consumidor.

Infirmos con algún grado de probabilidad que con una parte de las plataformas electrónicas existentes será cada vez menos probable el obtener información que permita afirmar o contradecir con fidelidad otros datos que hemos obtenido previamente o posteriormente, limitando así la amplitud de nuestra visión local, nacional o universal y más aún, el poder decretar rápidamente que algo es falso.

Es oportuno expresar que debemos estar muy conscientes que la culpa, la responsabilidad debe atribuirse a las personas naturales y jurídicas que mienten, a los que conjunta o separadamente tergiversan la verdad de los hechos, sea cual fuere la intención. A su vez es importante examinar, la actitud de los usuarios o consumidores, o llamémosle mejor, ciudadanos, ya que lo que demos como cierto y/o difundamos les compete directamente.

Sostenemos preliminarmente los Dres. Terán Guerra, Carlos Villarroel y este colaborador, que el escenario, el caldo de cultivo social, la modificación antropológica social de la última generación, está allí, alimentada por diversos ingredientes como lo son la inmediatez, necesidad de apelar a herramientas disruptivas y en especial por la desatada desconfianza frente a los discursos públicos y canales tradicionales, mayormente formales, que hoy lucen desgastados y respondiendo a intereses de las elites o sometidos al poder de los Estados, lo que se traduce en un gran cráter que hacer perder la necesidad de interrelación entre las partes.

La posverdad, insisto en ello, se fortalece en momentos como el que vivimos actualmente, ya que existe una actitud de descrédito hacia lo formal, lo institucional, porque se supone que tal información no transmite toda la verdad, que hay algo oculto, algo engañoso o falaz, por cuanto sus intereses están reñidos con los de la inmensa mayoría. Pondría como hipótesis apriorística decir que, si bien es cierto que seguimos consumiendo noticias, esto es a través de medios distintos a los tradicionales, ya que grandes sectores de las sociedades de hoy creen que la verdad se transmite por aquel canal que más se parezca a ellos y a veces, sin percatarse, lo que está abrazando sencillamente es lo anónimo, o charlatanes de moda.

Sobre el anterior tema, el Santo Padre, el Papa Francisco lo aborda y ha sostenido que la desinformación es un mal terrible y el gran público tiende al consumo indiscriminado de la desinformación. Explicó, que ello puede hacer mucho daño, y asimiló esta tendencia de consumir falsedades y medias verdades, a la coprofia... por cierto, palabras muy duras del Papa, pero ciertas a mi criterio.

El gran problema con la posverdad, es que sorprende cuando nos precipitamos que todos lo hemos hecho alguna vez, en mayor o menor medida, en haber participado activamente en su dinámica, sin darnos cuenta, creyendo lo leído sin ahondar y al mismo tiempo, retransmitiendo. Esto puede ocurrir cuando no reflexionamos sobre las fuentes de las noticias que consumimos o dando una visión más amplia de las circunstancias, apartando la mirada de los puntos de vista que nos son afines. Contar con la capacidad crítica, sana malicia, sentido común y la necesaria pausa para reflexionar y enseñar a nuestro entorno a ello, será de gran ayuda en un mundo lleno de curvas y bajadas.

Efectivamente la posverdad llegó y se quedará con cierta fuerza y podemos vaticinar que será por un largo tiempo, no obstante, a que la última palabra la tenemos cada uno de nosotros, como usuarios o consumidores, como personas libres, como ciudadanos que podemos y debemos decidir el restablecer el valor de la verdad, de lo ético, de lo moral.

El charlatán, el timador, individual o colectivo, local o transnacional que por cualquier medio digital transmite noticias o información falsa, sobre hechos y/o personas, requiere un motor propagador y es esa persona que consume y posteriormente redistribuye, la que se convierte en el máximo contribuyente a la posverdad, potenciando la desconfianza y tensión en la sociedad.

No todo nos puede dar igual o restarle importancia o minimizar el impacto de lo falso. Reflexionar sobre si respetamos la verdad, evitando que nos manipulen, permitirá que empecemos a devolverle su valor real.

Profundizando sobre algunos elementos de la posverdad, presentamos algunos ejemplos de episodios de la historia reciente, que ilustran de algún modo el tamaño del problema, siendo un rasgo definitorio del tema el que los accionantes son repetitivos en la difusión de sus puntos de discusión, incluso si los medios de comunicación robustos o los expertos independientes transitan por otro sendero ante la misma historia.



Recuerdo una señora que fue vecina en mi infancia y adolescencia con la cual tengo contacto intermitente que me llamo hace pocos años para conocer mi opinión sobre lo que estaba sucediendo con los niños en situación irregular en algunas ciudades de los Estados Unidos donde los secuestraban y los trasladaban debajo de las alcantarillas o acueductos de algunas ciudades en USA para estar a disposición de los poderosos y estos bebieran su sangre y se hicieran de sus órganos con la más alta impunidad de las elites. Le contesté con el debido respeto que corresponde sobre lo ilógico de tal tesis, con la debida motivación. Sé que mi respuesta no le agradó en nada y perdí contacto con ella.

En este transitar documental he podido percatarme que la posverdad hace uso de banderas estrambóticas, como resulta con el **conspiracionismo mundial**. Considero que la conexión con la inmediatez, abrazando la grandes herramientas del internet, redes sociales, aplicaciones, en un mundo cada día más lo digital, fomentan el espacio predilecto para el engaño y la tergiversación donde siempre al final de la historia hay un poderoso enemigo como el **establishment**, el **nuevo orden mundial**, los **sionistas**, los **medios de comunicación dominantes** por ser muchas veces cadenas o la propia **Iglesia Católica**, que tratan de mentir, ocultar, desacreditar la información, de ayer, hoy y siempre.

Rememorar las afirmaciones de Norm Chomsky es necesario y cito: “La gente ya no cree en los hechos, se trata de emociones”, es visualizar un gran punto de discusión, ya que las personas, el público en general se convierten en cámaras de eco, permitiendo la existencia de un ecosistema mediático paralelo que terminan repitiendo afirmaciones fosfáticas sin refutación, donde se ignoran los controles de veracidad, sin ninguna obligación por el cumplimiento de las normas y la preservación de lo reputacional, lo que deriva en un producto de baja calidad y credibilidad.

Me permito llevar a su memoria eventos que sirven de ilustración, por ejemplo el gran despliegue mediático informal del presunto certificado de nacimiento según el cual el presidente Obama no habría nacido en Hawái sino en Kenia, o la supuesta religión musulmana del presidente estadounidense referido.

Otro asunto de grandes dimensiones fue la campaña a favor de la salida del Reino Unido de la Unión Europea en el referéndum del año 2016, llamado Brexit. Uno de los argumentos centrales de los abanderados por la salida, brexiteros, fue que Reino Unido inyectaba 350 millones de libras semanales por pertenecer a la Unión Europea, cantidad esta que con la salida del bloque podría destinarse al Sistema Nacional de Salud. Esa cifra, no era real. Varias instituciones británicas calificaron la información como engañosa y ofrecieron el dato real, pero el argumento logró que los partidarios del Brexit confiaran ciegamente en ella. Para finalizar el punto, el dinero señalado era la aportación británica a la UE sin descontar el dinero que recibía de Bruselas a través de otro tipo de transferencias.

En Latinoamérica también tenemos aportes en la presente materia, específicamente en el triunfo del No en el Plebiscito por la paz en Colombia, en la administración del presidente Santos. Se afirmó a la ciudadanía que de ganar el Sí, cada colombiano tendría que adoptar un secuestrado, que Timochenko sería candidato

presidencial y que los votos del No serían cambiados gracias a los lapiceros borrables que se instalarían en las mesas de votación. Sin dudas que tales asuntos influyeron.

Desde una óptica internacional de gran dimensión encontramos la campaña contra las vacunas en medio de la pandemia por el covid-19. En la mayoría de los países muchas personas se negaron y niegan a vacunarse haciendo alusión a que la vacuna no hace nada contra dicha enfermedad o que genera efectos secundarios graves en el individuo, a su vez que puede generar cambios genéticos y la infertilidad, ello sin descartar la muerte. Muchos grupos antivacunas hicieron y aún hacen campañas haciendo alusión a estudios pseudocientíficos falsos o entrevistas a personas que están a punto de morir o con familiares de fallecidos, para crear el bulo de que la vacuna no salva vidas, al contrario. El peso del científico Anthony Fauci, que se mantuvo con seis presidentes de los Estados Unidos como Director del Instituto Nacional de Alergia y Enfermedades Infecciosas (NIAID) o las afirmaciones de los representantes de los laboratorios federales del G20, no tuvieron éxito en convencerles, más les valió un youtuber o portales de origen desconocido.

En lo bélico un buen ejemplo de posverdad es la Guerra en Irak por la presunta construcción de armas de destrucción masiva. Todo ello como consecuencia directa de los eventos del 11 de septiembre. La realidad fue que dichas armas nunca fueron halladas, sencillamente no existían, convirtiendo en muy válido el argumento referido a los intereses sobre el petróleo de Irak.

La posverdad donde los hechos objetivos influyen menos en la formación de la opinión pública que los llamamientos a la emoción y a la creencia personal; nueva realidad no espontánea, no casual, al contrario, cuenta con una génesis, unos antecedentes que responden al diseño, objetivos y estrategia bien definida, empleando inteligencia artificial, afectando cualquier ámbito inclusive lo atinente a los casos criminales mayoritariamente los connotados, ejerciendo en la esfera jurídico penal, presiones insospechadas.

Como antecedentes locales, es decir, en Venezuela recuerdo la pugna entre las firmas comerciales Colgate y Crest, o la pugna entre el Bloque De Armas y la Cadena Capriles, o la acontecida entre las plantas televisivas Venevisión y RCTV, donde en algunos momentos la verdad desaparecía ante la avalancha de fake news o sencillamente campañas de engaño, claro, ajenas a la era digital.

Circunstancias similares acontecieron con casos o investigaciones derivadas de hechos criminales que tuvieron impacto ante la opinión pública, donde se desplegaron estrategias bien diseñadas e interesadas en descalificar a la víctima, revictimizándola a través de la descalificación constante hasta buscar procurar deshumanizarla. Recordemos patrones palpables como lo fue en el caso de Linda Loaiza, en el año 2001, donde se introduce la idea de que era una prostituta, consumidora de drogas y mentirosa. Sumemos también el suceso del homicidio de Roxana Vargas en el año 2008, donde la versión que se introdujo fue la de retratarla como una enferma mental llena de complejos que se enamoró de su médico y construyó un mundo de fantasías. El mismo modo de proceder interesado, torciendo la verdad se evidenció en el caso del lamentable suicidio de

Lorena Márquez de Capriles, asunto tratado de manera magistral por el Prof. Jorge Rosell en distintos simposios, así como también, como juez superior que le correspondió dictar sentencia en dicho expediente penal.

Todos esos eventos o sucesos, mercantiles y penales patrios que me he permitido mencionar, son precedentes, que pertenecen a un estadio previo a la posverdad, ya que son de un momento histórico donde hay ausencia de horizontalidad en la generación de información, así como la imposibilidad de redistribuir a voluntad lo noticioso en cualquier momento y lugar; toda vez que el internet, las redes sociales, aplicaciones, youtuber, entre otros, no existían en los 70, 80 o 90 del siglo XX, todo se concentraba en los medios formales de la información, desde los más pequeños, hasta las grandes cadenas con inmenso poder, con un arcoíris que va desde los moderados y conservadores, hasta los liberales.

En otras latitudes tenemos el caso de O.J. Simpson, circa el año 1994, donde el argumento del racismo en contra del departamento de policía fue fundamental para su defensa o el de Michael Jackson en el año 2005, argumentando y colando la falacia de estar siendo extorsionado por altas sumas de dinero y al no acceder se produjo el accionar judicial.

Todos esos casos generan intereses, bulos, información interesada y estrategia de las partes, incidiendo en menor o mayor medida en los distintos profesionales que conducen las investigaciones, como también, en los que les corresponde administrar justicia, ya sea que se trate de jurados o jueces profesionales unipersonales o colegiados. Todos pueden sentir el peso de la opinión pública que día a día se construye, se manifiesta y se propaga.

El equilibrio no es sencillo, la opinión pública gestándose y decidiendo que es verdad, quien es el responsable y la víctima; inclusive todo ello previo al proceso, sin el acceso a fuentes formales, constituyéndose en un gran reto para no torcer la verdad ya que la tragedia se presenta cuando las instituciones y la opinión pública fallan en aceras distintas, no están de acuerdo, ello debilita el sistema, erosiona la credibilidad y el primitivismo crece.

Debemos preguntarnos si eso es prevenible o evitable cuando se está en presencia de casos viralizados o de gar impacto comunicacional. Es un tema que hemos decidido abordar, investigar en campo y documentalmente, referirse y determinar los riesgos presentes y futuros, los riesgos líquidos y mutantes derivados de la posverdad es una auténtica necesidad.

Poder orientar al menos en como generar credibilidad y confianza en las grandes mayorías, desde la institucionalidad formal y voces calificadas presupone un equipo multidisciplinario.

Para finalizar, debo expresar entre otras cosas, que la democracia sigue siendo el mejor sistema de la humanidad y debemos cuidarlo. La libertad está entre los legados de la naturaleza y la providencia más preciados. La democracia y la libertad se basan, entre otros elementos, en la evidencia, en la verdad, en la certidumbre.

La ciencia y la Justicia, que emanan de fundaciones como lo son la educación y la cultura, construyen defensas sólidas y formidables contra los peligros que conlleva la posverdad, representante genuina de la manipulación, alienación, aniquilación del pensamiento crítico y las derivas autoritarias.

Todos debemos asumir nuestra responsabilidad individual de ser guardianes, agentes de la verdad; es un deber ciudadano, un deber humano, por cuanto si la verdad deja de importar a muchos, el poder para resolver los problemas de una sociedad desaparece y sin la capacidad de resolver conflictos, me pregunto, ¿en qué se convertiría mañana nuestra especie?

Bien vale la pena asumir nuestra cuota de compromiso.





CARLOS SIMÓN BELLO RENGIFO¹

Introducción

Roberto Delgado Salazar ocupa un lugar estelar en la obra jurídica procesal penal venezolana contemporánea. A su condición de docente y juez, sumó adicionar la de doctrinario, conjunción poco común, y en todas ellas destacó con especial brillo. Es para quien suscribe motivo de honra poder participar en este homenaje a su memoria.

¿Qué relevancia tiene el concepto de mala praxis en materia de consentimiento informado? De ser así, ¿cuáles son sus supuestos y cuáles sus consecuencias? Es esta la pregunta que intentamos responder, y para ello seguiremos los siguientes pasos:

Definir los conceptos básicos: acto médico, consentimiento informado, praxis médica, responsabilidad.

Definir en qué consiste la mala praxis médica, cuando se trata del consentimiento informado.

Explorar las consecuencias jurídicas de la mala praxis cuando se trata del consentimiento informado.

Definiciones Previas

Acto médico

Si bien la expresión induce a la idea de unicidad, lo cierto es que no se corresponde con su contenido, pues en este concurren varios elementos y momentos, mas, su uso está aceptado y apunta hacia el resultado, no al proceso que le precede y que, en definitiva, determina su composición y complejidad.

En palabras de Fernando Guzmán Mora, las cuatro características de la especial relación entre médico y paciente, son: a) profesionalidad: solo el médico puede realizarlo; b) ejecutividad especial: según la *lex artis*; finalidad: curación o rehabilitación; d) licitud: concordancia con la Ley.²

1 Abogado *Magna Cum Laude* Universidad Central de Venezuela (UCV). Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas y Doctor en Derecho por la misma Universidad. Coordinador del Comité Académico del Doctorado en Ciencias, mención Derecho (UCV). Profesor de pregrado y postgrado en las asignaturas Derecho Penal, Derecho Procesal penal y Bioética Jurídica.

2 Guzmán Mora, Fernando. *El acto médico: consideraciones básicas*. Revista Medicina. Vol 23. N° 1 (55). Abril 2001. [revistamedicina.net](https://www.revistamedicina.net). Disponible 3 3 2023. P. 8.

Entre sus especies, tenemos los directos, que son los que procuran la curación o alivio del paciente, y que pueden ser preventivos, de diagnóstico, terapéuticos o de rehabilitación.³

Desde esta perspectiva, el acto médico se concreta en una especial relación que la diferencia de otro tipo de relaciones, pues cada una de las partes reviste una condición especialísima que determina su sentido y contenido. En este mismo orden de ideas, se trata también de un acto jurídico, pues concurren derechos y deberes de las partes.

Según el autor que venimos siguiendo, le toca al profesional de la salud preservar y defender los derechos del paciente, en particular la vida, la salud, las buenas condiciones físicas o mentales y la integridad corporal, derechos que tienen dos momentos. El abstracto e impersonal u objetivo, reconocido por las normas jurídicas; y, el subjetivo, que es la prerrogativa que goza la persona en determinadas circunstancias.⁴

En pocas palabras, el acto médico constituye un acto jurídico que enlaza los derechos, objetivos y subjetivos, y deberes de las partes concurrentes, y da lugar a consecuencias jurídicamente relevantes; pero, a su vez, el acto médico-jurídico puede emerger de una concurrencia de voluntades o relación contractual, o provenir de un hecho jurídico, esto es, cualquier suceso natural o humano en el cual no interviene la voluntad del paciente, pero con la consecuencial intervención médica para la restauración de la salud o mejoramiento de las condiciones del paciente, en especial el alivio del dolor.

Esta clasificación también es invocada por el autor citado, no solo en el predicho sentido, sino en este otro. Del acto médico, aclara, se pueden desprender dos consecuencias: las que resultan del acto, es decir, la responsabilidad; y los perjuicios, que se desprenden del hecho, que son los perjuicios.⁵

En mi opinión esta última distinción no es afortunada. Es cierto que no cabe hablar de acuerdo cuando se trata de las consecuencias dañosas del acto médico-jurídico, por lo que valdría calificarlas como “hecho”, pero esta calificación supone descartar la concurrencia de voluntad, y no siempre es así, pues si las consecuencias perjudiciales para la vida, calidad de vida o salud del paciente, fueron el resultado de un comportamiento culposo de médico, hay una intervención psíquica de este último, y no sería simplemente un “hecho”. Si el resultado perjudicial no ocurrió por el comportamiento culposo del profesional de la salud, entonces sí se trata de un “hecho” que, como tal, no genera responsabilidad penal y sí civil en determinados supuestos.

Según Carlos Balzán Zender, por acto médico se entiende «el conjunto de acciones que recibe el paciente en los servicios de salud realizados por un profesional de la salud con el objeto de recuperar la salud».⁶

3 Id.

4 Ib. P. 9. En la página siguiente, el autor que además de las normas jurídicas concurrentes al acto médico, también intervienen las morales y las buenas costumbres. La especialidad relacional del acto médico-jurídico brinda validez y pertinencia a la observación del autor en cuanto la incursión de reglas metajurídicas en la conformación del acto.

5 Ib.P.10.

6 Balzán Zender, *El Acto Médico*. <https://www.revistamedicina.net> ». Colegio Médico del Perú. P. 16.

Esta definición, aunque incompleta con relación a la finalidad del acto, sin embargo, revela notas definitorias del concepto. En primer lugar, que resulta de un proceso finalístico que trasciende de modo dinámico su ejecución.

El fin de la medicina sella la teleología del acto como tal, pues como el mismo autor agrega, líneas más abajo, los objetivos de la medicina son «conservar y enriquecer la salud y la vida y curar o aliviar las enfermedades».⁷

En segundo lugar, queda en evidencia que se constituye alrededor de por lo menos dos personas⁸, médico y paciente, relación básica de la actividad médica, y que puede ser analizada desde distintos puntos de enfoque: ético, científico, técnico, social y jurídico, para mencionar los que consideramos más decisivos para su caracterización.

A esta relación básica se agrega, como tercera nota, su marco o contexto, determinado por la organización de la práctica médica y el conjunto social.⁹ En efecto, entendemos que la organización de la práctica médica implica tanto las condiciones institucionales en que se desarrolla la actividad, sean corporativas o no; así como la disposición de los medios, ocasión y alcance que condicionan la interacción. Por otra parte, el conjunto social, tanto macro como micro¹⁰, incide en el desarrollo de la actividad, pues influye en las decisiones que se adoptan, en razón de que se trata de una relación de partes básicamente horizontal e individualizada, pero indisociable de un ambiente que se refleja con determinado matiz en la percepción de la realidad.

El acto médico que contrae nuestra atención es el del consentimiento informado.

Consentimiento informado

María Patricia Castaño de Restrepo aporta una amplia definición a la que posteriormente nos referiremos con mayor detalle: «La exteriorización de la *decisión* autónoma del paciente y en su defecto, de sus representantes, cuando ello es jurídicamente viable, con miras a celebrar un contrato de prestación de servicios de la salud (integrante del consentimiento); o para autorizar o no la prestación de uno o varios servicios de salud en cualquiera de sus modalidades y todo lo que tenga que ver con los mismos, siempre que se trate de aspectos sobre los cuales el usuario del servicio tenga la potestad de decidir (asentimiento o disentimiento) habiendo sido previa, oportuna, veraz, simple, aproximada, inteligible y moderadamente ilustrado sobre todo los

- 7 Id. La medicina no solo responde a conservar la vida y la salud, sino también a aliviar cuando la curación no fuere posible, y en este alivio se introduce la calidad de vida.
- 8 Hoy en día, en razón del desarrollo científico y tecnológico en materia de las ciencias de la salud, la relación médico-paciente es, muchas veces, multilateral, sobre todo en situaciones complejas.
- 9 Ib.P. 18.
- 10 Macro en el sentido de la sociedad en general, en cuyo seno se realiza la actividad; micro, el ambiente concreto de la relación, donde se ubican tanto el médico y el paciente como individuos diferenciados, pero en el que pueden ingresar familiares de este último, o los colegas o personal auxiliar o cooperativo con el primero.

elementos necesarios para que pueda tomar una determinación acorde con sus mejores intereses y relevante jurídicamente.»¹¹

De lo anterior importa destacar estos elementos:

Su fundamentación.

Su exteriorización.

Su contenido y naturaleza.

Su finalidad.

Su dinámica.

La doctrina también ha resaltado las diversas formas del consentimiento informado, entre las cuales encontramos las siguientes:

- a. Consentimiento liso y llano: autorización de la técnica recomendable y autorizada para el caso de que se trata.
- b. Consentimiento para técnicas especiales que han tenido éxito, en caso de situación de riesgo.
- c. Consentimiento en situaciones límite: se trata de la aplicación de técnicas avanzadas de dudosa eficacia, haya o no el respaldo de organismos médicos.
- d. Consentimiento tácito que deja en libertad al médico para aplicar la técnica o intervención que considere más adecuada.
- e. Consentimiento alternativo. Autoriza a aplicar un determinado procedimiento, pero a la vez también otro en caso de que el primero presente un cierto riesgo.¹²

Praxis médica

Es uno de los conceptos más empleados en el mundo forense, especialmente en su formulación negativa, por lo que es necesario traer algunas consideraciones al respecto.

En primer término, hay que anotar que es un proceso que lo constituyen distintas fases, fines y principios.

11 Castaño de Restrepo, María Patricia. *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*. 1997. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá. P. 234 y 235. Destacado en el original.

12 Sproviero, Juan H, 1994. *Mala Praxis. Protección jurídica del médico*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 58. El mismo autor admite que estos supuestos no agotan todas las posibilidades, pero como el consentimiento es expresión de voluntad, considera que la lista en cuestión es lo suficientemente amplia para comprender todos los casos posibles. P. 59.

Según Roberto Amaya Prado, junto a otros autores, «consiste en anunciar, prescribir, indicar o aplicar cualquier procedimiento directo o indirecto de uso en el diagnóstico, pronóstico y/o tratamiento de las enfermedades de las personas o la recuperación, conservación, y preservación de la salud de las mismas; el asesoramiento público o privado, así como las pericias que practican los médicos.»¹³

Según jurisprudencia española citada por Romeo Casabona, es lo mismo que técnica correcta, buena técnica, o «aquellos principios esenciales que tiendan a su normal desenvolvimiento.»¹⁴

Práctica, esto es, ejecución, proviene de *praxis*, en razón de la cual la teoría se traslada a la acción en el mundo real, y que en el campo de la medicina transita por las distintas fases de las decisiones constitutivas del acto médico (diagnóstico, pronóstico, tratamiento, evaluación), según la finalidad de cada una de ellas (diagnosticar, pronosticar, tratar y evaluar), bajo el estandarte de los valores y principios éticos de la medicina, hoy en día trascendidos por los de naturaleza bioética — autonomía de la voluntad, beneficencia, no maleficencia, justicia —, con lo cual constituye un orden complejo de actos, valores, principios y fines.

La diversificación del sistema de salud, público o privado, así como las actividades que son periféricas a la ejecución del acto médico, como puede ser, por ejemplo, el asesoramiento o la investigación en el campo de la biología regenerativa y la aplicada, en general, apareja variantes contextuales y de tipo epistemológico y metodológico que es importante tenerlas presentes cada vez que se trate de la calificación y categorización de la praxis.

En el caso de la presente colaboración, nos limitamos a la praxis médica propiamente dicha, es decir, aquella que tiene por fin conservar la vida o la salud de las personas mediante actos médicos conducentes a la aplicación de un procedimiento directo o indirecto en preservación de la vida y la salud de las personas.

La praxis médica se desprende de la némesis de experiencias previas y coetáneas, generales, con resultados validados por el método científico que dan lugar a pautas de la conducta profesional del médico, en tanto guarden pertinencia con el caso concreto y las expectativas razonables de su aplicación. Desde el punto de vista epistemológico, obedece al reconocimiento de la comunidad científica y del sistema jurídico de la aceptabilidad de los resultados beneficiosos de su aplicación.

Mala Praxis Médica

Cuando se trate de mala praxis médica, no es suficiente con etiquetarla como la contraria a la “buena” praxis, por al menos dos razones.

- 13 Amaya Prado, Roberto; Aguilascho Gaxiola, Camerina; Schadeegg Peña, Daniel; Arreola Valles, Ameli; Pérez Ávila, Carlos E.; Medina Portillo, Juan B. *Praxis Médica*, S165. Disponible en <http://www.mediagraphic.com/cirujanogeneral>. 3-3-2023.
- 14 Romero Casabona, Carlos María, *El médico y el derecho penal. I. La actividad curativa. (Licitud y responsabilidad penal)*. 1981. Bosch Casa Editorial, Barcelona. P. 69.

La primera es que la adjetivación de la praxis opera más significativamente en el reverso negativo, pues la praxis, por la finalidad y razón de ser de la medicina, es, *per definitionem*, “buena”. No así, la “mala”.

No se trata solamente de un apartamiento de las reglas constitutivas de la praxis adecuada al caso concreto, sino que es menester que, por vía de consecuencia, ocurra un daño a la vida o salud de las personas, cuyo nexo causal obedece a imprudencia, negligencia, impericia, inobservancia de las normas jurídicas aplicables o de los deberes médicos.¹⁵

En pocas palabras, ocurre cada vez que el profesional de la salud actúa con impericia, negligencia, impericia o inobservancia de normas o reglas aplicables, y causa un daño a la vida o salud de la persona. Lo dicho significa que, desde el punto de vista jurídico, es necesario que se distinga la naturaleza del factor causal, pues mala praxis no es sinónimo específico de ninguna de las causas, sino que en cada caso hay determinar en cual supuesto de obrar culposo se ubica el acto médico.

Es importante también tener presente que el comportamiento doloso, es decir, aquel que se atribuye por un actuar ex profeso para causar el daño, o que como tal se valore¹⁶, dará lugar a un “delito común” de lesiones u homicidio, según sea el caso, pero no entra en el radio de la mala praxis como marco de la responsabilidad profesional médica, pues el actuar violatorio de deberes fundamentales de convivencia, tales como el no lesionar o no matar (*neminem non laedere*) atenta contra las bases mismas de la organización social más allá del incumplimiento de los deberes profesionales, que no se excluyen pero sí sobrepasados. Es por tal razón, que el capítulo de los delitos culposos abarca la mala praxis.

En la esfera de la responsabilidad civil, donde no rige el rigorismo del principio de legalidad penal, la diferencia entre dolo y culpa no ostenta la misma importancia, pues ambas generan el título de responsabilidad, siempre y cuando, haya ocurrido el daño, sea material o moral.

Como se observa, la fundamentación de la mala praxis opera en dos dimensiones: a) el apartamiento de las normas legales o prácticas aplicables al caso concreto; b) la producción de un daño a la salud o vida del paciente.

Responsabilidad

En principio, responsabilidad es una cualidad de la persona natural o jurídica sobre la cual pesa el deber de responder de los actos que ha cumplido en la esfera de su competencia jurídicamente reconocida.¹⁷

15 Romero Pérez, Jorge Enrique, *Apuntes sobre la mala praxis médica*. Revista de Ciencias Jurídicas No. 135. Setiembre-diciembre 2014 (107-122). P. 110. corteidh.or.cr. <https://www.corteidh.or.cr/tablas>. Disponible 3-3-2023.

16 Las distintas concepciones sobre el dolo en la doctrina contemporánea obligan a una determinación teórica lo más amplia posible, sobre todo cuando se trate de textos, como el presente, cuyo objeto no es el dolo.

17 «Responsabilidad significa responder, dar respuesta al llamado de otro. Está íntimamente ligada a la vocación, palabra proveniente del latín *vocatio* o acción de llamar.» De Febres, Ramona. *Un valor para valorarme*. <https://dialnet.unirioja.es>

El título de responsabilidad se asocia al rol que el sujeto desempeña y a su ámbito normativo. Por ello, se puede distinguir el título de responsabilidad que corresponda a los distintos miembros del sector, profesionales de la salud, en nuestro caso; y, además, según sea el ámbito normativo, inseparable del rol, la misma será de índole civil, penal, administrativa, disciplinaria, profesional, para indicar las más relevantes.

La responsabilidad es una cualidad que tiene dos faces: a) el cumplimiento; b) la asunción de las consecuencias del incumplimiento. Un sujeto que ha sido irresponsable en el sentido del incumplimiento de sus deberes, no por ello es irresponsable de sus consecuencias

La cualidad de responder del agente responsable involucra la asunción de las consecuencias éticas, sociales, políticas, profesionales o legales que se derivan de la decisión y de la acción desplegada. En palabras de Ramona de Febres: «Una persona responsable es aquella que respondiendo al llamado de su conciencia, de Dios o de sus semejantes, cumple integralmente las obligaciones que se derivan de sus propios talentos y capacidades y del puesto que ocupa en el espacio social en que se desarrolla.»¹⁸

Especies de responsabilidad

Supra hemos delineado la responsabilidad en función del deber, pero este puede ser de diverso contenido y alcance. Así como hay deberes ante la sociedad y con quienes convivimos en el presente o que potencialmente convivirán en un mundo prediseñado por las acciones u omisiones de las generaciones presentes, hay también un nivel trascendente de deberes, *rectius* obligaciones, ante el orden metafísico de Dios, para los creyentes, o con otro significado, para los no creyentes, y por supuesto, también de cada individuo ante sí mismo.

Para el Derecho, lo relevante son los deberes que impone el sistema jurídico, por considerar que son necesarios para la convivencia ordenada de la vida en sociedad, por lo cual no forman parte de su contenido ni los metafísicos, ni los de índole estrictamente interna que no trascienden al tráfico social.

Dentro del orden jurídico, como ya adelantamos, hay distintas especies en atención al rol y orden normativo aplicable. En razón del rol, los sujetos interactúan, y en razón del orden normativo, el vínculo se modula según ciertos deberes y derechos correlativos, aun cuando no siempre son correlativos. Hay deberes sin derechos correlativos, al igual que derechos sin deberes correlativos.

De los deberes jurídicos, interesan en particular, con ocasión de la materia que tratamos, los de índole civil, penal y administrativa.

¹⁸ › *descarga* › artículo. *Revista de Educación en Valores*. Año 2007 / Vol. 1 / N° 7. Valencia, Enero - Junio 2007. Disponible 4-3-2023.

Id.

La responsabilidad civil puede ser contractual o extracontractual, subjetiva u objetiva, según exista o no un nexo contractual, o bien se determine en razón de la comprobación del dolo o mala fe, o en función de sus efectos.¹⁹

Desde el punto de vista civil, las fuentes de responsabilidad están asentadas en el Código Civil, especialmente en sus artículos 1 185 y siguientes.

En el ámbito penal, la responsabilidad se etiqueta, por lo general, como culpabilidad, por cuanto se asienta en la idea de que quien comete delito tiene un grado de responsabilidad más grave, según el componente psíquico del actor, las consecuencias del acto, y por la jerarquía de los valores agraviados, aun cuando el elemento psíquico, dolo o culpa, puede estar presente tanto en la responsabilidad civil como en la penal.²⁰

A lo anterior se agrega que la “responsabilidad penal”, por razón de su mayor gravedad, también tiene otros componentes, entre ellos, y de modo esencial, el de la tipicidad, cuya idea e ideal es que las conductas penalmente sancionables deben estar claramente definidas por la ley formal.

Entre la responsabilidad penal y la administrativa, a la cual me referiré a continuación, se encuentra la disciplinaria que, en el caso que nos ocupa, está prevista en la Ley de Ejercicio de la Medicina, artículos 105 y siguientes, cuyo elenco está compuesto por amonestación (ora y privada; escrita y privada; escrita y pública) y exclusión o privación de honores, derechos y privilegios de carácter gremial o profesional.²¹

La responsabilidad por mala praxis médica puede también arrastrar la del Estado, y por supuesto, la del mismo médico-funcionario, puesto que no son excluyentes entre sí. Entonces estamos ante el escenario de la responsabilidad administrativa.

Marco jurídico constitucional y responsabilidad administrativa

Según el artículo 19 de la Carta Magna de 1999, el Estado venezolano le garantiza «a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos.»

Por su parte, el artículo 83 reconoce el derecho a la salud como derecho social fundamental, y, en consecuencia, el Estado asume una serie de cargas en cuanto le corresponde promover y desarrollar «políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios.» Por lo cual, «Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud», derecho que es correlativo al deber estatal de crear, ejercer

19 Romero Pérez, Jorge Enrique. Op. Cit. P. 110 y 111.

20 En el Derecho Penal moderno no se admite la responsabilidad objetiva por los solos efectos del acto, a diferencia del ámbito civil.

21 Gaceta Oficial No. 39 823, del 19-12-2011, reformada por Decreto Constituyente publicado en la Gaceta Oficial No. 41 984, del 13-10-2020.

la rectoría y gestionar un sistema público nacional de salud regido por los principios de «gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad», por lo cual el sistema público nacional de salud «dará prioridad a la promoción de la salud y a la prevención de enfermedades, garantizando tratamiento oportuno y rehabilitación de calidad.», ex artículo 84 *eiusdem*.

El incumplimiento de estas obligaciones públicas es fuente de responsabilidad pecuniaria del Estado, a la luz del artículo 140 constitucional: «El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.»

Como expresó Rafael Badell en su discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales: «La responsabilidad por falta o funcionamiento anormal del servicio encuentra justificación en el derecho que tienen todos los particulares a obtener un funcionamiento normal y adecuado de los servicios públicos. De manera que cuando la Administración no cumple con esta obligación, causa un daño y actúa ilícitamente, deberá indemnizar al particular. En efecto, los administrados tienen derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo caso de fuerza mayor, culpa de la víctima o la intervención de un tercero, siempre que la lesión sea la consecuencia del funcionamiento defectuoso o anormal del servicio público.»²²

Este tipo de responsabilidad tiene como base que los servicios públicos, entre ellos el de salud, tienen como finalidad el interés general, lo que, por una parte, genera la obligación tributaria de los ciudadanos, y que en materia del sistema público nacional de salud está recogido por el artículo 85 constitucional. También puede ser considerada, como ya se vio, por el incumplimiento estatal que puede ser a causa de culpa, pero también por riesgo, llamada también responsabilidad sin culpa.²³

Este última concepción de responsabilidad administrativa ha venido ganando terreno dentro de la doctrina ius administrativista, separada ya de los criterios civilistas de responsabilidad contractual y extracontractual, lo que se explica con la evolución hacia el Estado social y su progresiva intervención en el ejercicio y goce de los derechos individuales con ocasión de los derechos prestacionales; por cual, por su condición objetiva, deriva la controversia sobre la extensión de los daños que deba cubrir, — incluso los justificados, como la expropiación, por ejemplo —, puesto que «incide la evolución del Estado y de su relación con la sociedad, el progreso tecnológico, el incremento del riesgo y la sensibilidad social, la política legislativa y la dogmática jurídica.»²⁴

- 22 Rafael Badell Madrid, *Responsabilidad del Estado en Venezuela*. Discurso de incorporación y trabajo a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. acienpol.org. ve. <https://www.acienpol.org.ve/uploads/2019/09/>. Disponible 4-3-2023. P. 25.
- 23 Avellaneda, Eloísa y Pinto, D' Ascoli, Alexis, *La responsabilidad de los funcionarios públicos con particular referencia a la responsabilidad administrativa y disciplinaria*. ucab.edu.ve <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/texto/AAR7430>. Disponible 3-3-2023. P. 383.
- 24 Meilán Gil, José Luis. *El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la administración pública: una revisión doctrinal*. Revista de Derecho Público de Venezuela. No. 138, abril 2014. P. 31.

En síntesis, y según las palabras de Meilán Gil, con apoyo en la Constitución española de 1978, análoga, en esta materia, a la venezolana vigente, es que el mal funcionamiento de los servicios públicos causante del daño debe obedecer a culpa o negligencia en la prestación del servicio: «Sólo en ese caso estaría justificada la indemnización del daño causado. La actuación del sujeto causante del daño es relevante para la existencia de responsabilidad. No hay por qué trasladar la base de la responsabilidad desde la actuación al daño. La ilegitimidad de la actuación se manifiesta de distinto modo en el particular y en la Administración, como sucede también en los contratos, sin que se altere lo esencial del “supraconcepto”». ²⁵

Consentimiento informado y mala praxis médica

Marco normativo. Análisis

La Constitución de 1999 reconoce en su artículo 46, numeral 3, el derecho de toda persona de no someterse a experimentos científicos, exámenes médicos o de laboratorio, «sin su libre consentimiento», a menos que estuviere en peligro su vida o concurrieren otras circunstancias previstas por la Ley.

Según la Ley de Ejercicio de la Medicina, artículo 24, numeral 2, el médico está obligado a «Respetar la voluntad del paciente o de sus representantes manifestada por escrito, cuando éste o ésta decida no someterse al tratamiento y hospitalización que se le hubiere indicado. Esta circunstancia deja a salvo la responsabilidad del médico o médica. Sin embargo, la voluntad del paciente no podrá prevalecer en casos en que estén interesados la salud o el orden público conforme a la ley.»

En su elenco de faltas administrativas, se encuentra la contenida en el artículo 119, que sanciona con la suspensión del ejercicio profesional por un lapso entre tres y seis meses, a quien viole lo dispuesto en el artículo 99, que es el que regula la investigación clínica con fines científicos en personas sanas, supuesto en el cual figura como “deber primordial” del médico «Explicar al sujeto bajo experimentación, la naturaleza, propósito y riesgo del experimento y obtener de éste, por escrito, el libre consentimiento.»

A su vez, los artículos 101 y 102 también se refieren al consentimiento informado.

El primero establece que «Es ilícita cualquier intervención mutilante que se practique con fines experimentales, aún (sic) cuando se haya obtenido el consentimiento de la persona afectada.»

El siguiente, 102, en su numeral 3º, pauta que infringen esta ley «Los médicos o médicas que ejecuten o colaboren en experimentación o investigación no autorizadas en seres humanos, o realicen intervenciones mutilantes con fines experimentales, aún (sic) cuando se obtenido el consentimiento de la persona afectada.»

25 Id. P. 36.

El régimen sancionatorio de estas infracciones no está diáfananamente regulado en esta ley.

Por su parte, el artículo 48 del Código de Deontología Médica del año 2003²⁶, también alude al consentimiento informado, al establecer que bajo las condiciones del artículo 47²⁷, el médico puede declinar su actuación «Si el enfermo *debidamente informado* se negare a un examen o tratamiento.» (Hemos destacado).

De esta última disposición, es de destacarse lo siguiente:

- Se fundamenta en la autonomía de voluntad del paciente, y, en su defecto, en la de sus representantes; sin embargo, ella decae ante la prevalencia del interés de la salud o del orden público.
- Debe constar por escrito.
- Salva la responsabilidad del médico.

El respeto por la autonomía de la voluntad del paciente o de sus representantes, cuando aquel no la pudiere expresar, se adecua al fundamento del consentimiento informado; sin embargo, su obturación por las dos causas previstas en la ley, ameritan el siguiente comentario, no sin antes referirme a la locución verbal *dejar a salvo*.

Respecto a las causas de decaimiento del efecto del consentimiento, es preciso puntualizar lo que sigue.

El concepto “orden público” puede ser entendido básicamente de dos maneras, uno general y otro específico.

En el sentido general, corresponde a la situación social de tranquilidad a causa del respeto por la legalidad, por lo cual no debe confundirse con su efecto, que es la paz social, como correctamente lo señala Rafael de Pina, como tampoco como cualidad de determinadas leyes, pues ellas persiguen su acatamiento en aras de una convivencia pacífica y regulada en la sociedad.²⁸

En un sentido especial, tenemos que, por ejemplo, en el ámbito jurídico-penal, el Código Penal venezolano, se prevén distintas figuras bajo dicha etiqueta, en su Título V, algunas de las cuales, en un código más moderno, como el colombiano, se sustituye por la categoría de delitos contra la seguridad pública.

26 http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/32938/5ta_sesion_codigoetica.pdf;jsessionid=A2D421F4EED85F-06D428167A6B18A5BA?sequence=8. Disponible 5-3-2023.

27 «El médico puede negarse a prestar asistencia cuando se halla convencido de que no existen las relaciones de confianza indispensables entre él y el paciente a condición de advertir de ello al enfermo a sus familiares o allegados y asegurar la continuidad de los cuidados y proporcionar todos los datos útiles al médico que lo sustituya.» (Id.). Se observa la falta de comas en el texto.

28 De Pina, Rafael *Diccionario de Derecho*. 1973. Editorial Porrúa S.A., México. P. 216.

En consecuencia, puede sostenerse que priva la idea de perturbación de la tranquilidad social por acciones básicamente de peligro, bien por la organización de grupos delictivos, por llamamiento a desobedecer la ley, o por instigar a la guerra.

En el ámbito constitucional, se emplea se emplea la expresión *orden público constitucional*, para referirse a «los derechos fundamentales y las libertades garantizados en la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente.»²⁹

La interpretación y aplicación del significado genérico de la voz es susceptible de intromisiones abusivas del poder en la restricción de derechos, pues, al fin y al cabo, la sola violación de una norma jurídica, aun con prescindencia de su rango, puede ser considerada violatoria del “orden público”. Ahora, en cuanto, el significado restringido, si bien resulta redundante, si se trata de la comisión de delitos, pue la emergencia del injusto susceptible de pena implica *per se* alterar el orden público, pues significa rebeldía ante el mandato normativo.

Ahora, si el “desobediente” alegare a su favor razones de predominio de sus derechos constitucionales, como sería el caso de rebeldía ante medidas restrictivas impuestas por el Estado en situaciones de epidemias o de graves trastornos sanitarios, o su peligro, o por catástrofes naturales, entonces prevalecería la salud pública, por tratarse de situaciones de excepción o de emergencia, que se pueden justificar con una etiqueta diferente y menos equívoca que la de “orden público”.

La palabra “salud” aislada de cualquier adjetivación no es menos equívoca. Si el consentimiento informado obedece a problemas de salud, no se comprende cómo puede ser la “salud” un criterio para su inaplicación.

Es posible que se haya querido hacer referencia a la “salud pública”; pero, al no emplearse el adjetivo plural del género masculino (*la salud o el orden públicos*), como corresponde en correcta sintaxis, se propicia un vacío significativo, que, en mi opinión, podría salvarse bajo el entendido de un error en la redacción del dispositivo legal, que se corrige con la advertencia de que se trata de “salud pública”, a fin de darle un sentido razonable a dicha disposición. De esta manera, se corregiría el texto en atención a razones sistemáticas y de tipo intencional, es decir, atender a la “voluntad del legislador” y al principio de la razonabilidad legislativa, no separable de los principios propios del Estado de Derecho.

En cuanto el efecto liberador de responsabilidad del consentimiento informado, Rafael Aguiar Guevara afirma que jamás libera de responsabilidad al médico: «Vemos con preocupación cómo en instituciones públicas y privadas en nuestro país se le hace firmar un consentimiento al paciente donde se dice: yo, fulano de tal, por tanto, consiento el acto médico y exonero de toda responsabilidad a todos los médicos de la institución

29 Hinojosa Segovia, Rafael, *El Tribunal Constitucional delimita el concepto de “orden público” en la anulación de fallos arbitrales.* STC 46/2020. 15 de junio. En: EL NOTARIO DEL SIGLO XXI - ENERO - FEBRERO / N° 107. Año 2023. <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10165-el-tribunal-constitucional-delimita-el-concepto-de-orden-publico-en-la-anulacion-de-los-laudos-arbitrales>. Disponible 6 3 2023.

bien sea civil o penal.» Y finaliza: «Es irrenunciable el derecho del paciente a tener esa responsabilidad que por vía del consentimiento quisiera exonerarse.»³⁰

En efecto, el consentimiento informado no libera de responsabilidad al médico cuando este no cumplió con todos sus requisitos formales y de fondo, como tampoco, en caso de que el documento satisfaga todos sus requisitos de validez, si el médico se separó del mismo en cualquiera de las fases que componen la actividad médica. Es en estos términos cómo se debe interpretar la disposición la locución verbal *dejar a salvo*.

Delineado lo anterior, pasemos a revisar los elementos que constituyen el consentimiento informado.

Elementos constitutivos del consentimiento informado

Anteriormente, señalamos que de la definición de María Patricia Castaño de Restrepo se pueden destacar estos elementos: fundamentación, exteriorización, contenido y naturaleza, finalidad y dinámica.

Estos elementos pueden refundirse en los siguientes aspectos. De forma: exteriorización escrita de naturaleza contractual dinámica. De contenido: características de la información.

También puede ser visto desde distintas perspectivas compatibles entre sí: filosófica-antropológica, el ser humano como sujeto dotado de libertad; epistemológica: como medio de conocimiento; ética: expresión y consecuencia del reconocimiento del principio bioético de la autonomía de la voluntad, estrechamente vinculado con la visión filosófica-antropológica; jurídica, su naturaleza contractual y expresión de voluntad.

Para hacer hincapié en algunas de las características más relevantes que debe reunir el proceso y acto del consentimiento informado, son pertinentes las palabras de María Patricia Castaño de Restrepo en su obra antes citada³¹.

Información suficiente: el médico debe ilustrar al paciente acerca del diagnóstico, tratamiento, riesgos, alternativas, todo en un lenguaje comprensivo para el paciente. Como expresa la autora en cuestión, la información no debe ser demasiado simple o breve, pero tampoco “sobrecargada” al punto que le cause alarma al paciente y más bien sea perjudicial para el paciente. Por otra parte, toda intervención o tratamiento tiene riesgos propios y hay también riesgos extraordinarios o imprevisibles, y en un examen *ex post* podría llevar a la conclusión de que hay responsabilidad del médico por su inadvertencia, pues de haberlo sabido el paciente, no hubiera consentido.³² En mi opinión, será el caso concreto y la prudencia judicial junto a la del médico, sobre lo cual no hay reglas absolutas y previas, lo que puede orientar hacia una mejor decisión judicial.

30 Aguiar Guevara, Rafael, *Consentimiento médico*. En: *Derecho Médico. I Simposio Iberoamericano. IV Jornadas Uruguayas de Responsabilidad Médica. I Taller de Responsabilidad en Enfermería*. 2001. Coordinador Hugo Rodríguez Almada. Editorial BdeF. Montevideo-Buenos Aires. P. 48.

31 Castaño de Restrepo, María Patricia. Op. Cit. Pp. 250 y ss.

32 Id. P. 227.

Informal: no existe un “modelo” para todos los casos.

Expresión seria de voluntad: manifestación no dubitativa de aquiescencia por parte del paciente.

Sobre este requisito, agrega la autora citada: «... debe ser otorgado en un *momento adecuado*, de tal forma que haya podido hacer un buen uso de las facultades cognitivas y volitivas, y de las condiciones que permitan inferir que se trata de una decisión con la vocación o virtualidad productora de efectos jurídicos y con el convencimiento o seguridad necesaria para saber lo que se desea.»³³

El requisito de expresión seria debería descartar los problemas que atrae la posibilidad de un consentimiento tácito, si bien no prohibido, debe sí ser inequívoco, sobre todo cuando se trata de intervenciones o tratamientos que no se pueden considerar “ordinarios”, tal como lo ha aceptado la Corte Constitucional de Colombia.³⁴

Otro asunto digno de ser considerado es la condición dinámica del consentimiento informado. Es decir, no debe ser considerado suficiente, por razón de su seriedad, un consentimiento generalizado que alcance cambios de tratamiento o de intervención que sean necesarios en virtud de la evolución de la enfermedad, o de la reacción del paciente ante el tratamiento inicialmente consentido.

Según Oscar Vera Carrasco, los elementos constitutivos del consentimiento informado son los siguientes:

1. Disponer de información suficiente.
2. Comprender la información adecuadamente.
3. Encontrarse libre para decidir de acuerdo con sus propios valores.
4. Ser capaz de tomar la respectiva decisión.³⁵

Esta caracterización, menos enjundiosa que la de Castaño de Restrepo, coincide en lo esencial con esta y otras similares, pues apunta hacia los elementos subjetivos del paciente (autonomía de voluntad, capacidad y comprensión) y el contenido (información suficiente), sin incluir la documentación y dinámica del consentimiento, en cuanto proceso, y no en cuanto acto, perspectiva esta última que se privilegia muchas veces en su análisis, en detrimento de la etapa que le precede.

33 Id. P. 255.

34 Ib. P.259.

35 Vera Carrasco, Oscar. *El consentimiento informado del paciente en la actividad asistencial médica*. Revista Médica La Paz. Vol. 22. No. 1. La Paz. 2016. P. 3. <http://www.scielo.org.bo/scielo>. Disponible 3-3-2023.

Mala praxis, consentimiento informado y responsabilidad

Visto todo lo anterior, pareciera que la conclusión es prácticamente obvia: basta que el médico inobserve algunas de las características y condiciones del consentimiento informado, para que incurra en mala praxis, habida cuenta que es un acto médico sujeto a determinados requisitos que si bien no están claramente desarrollados, al menos en la legislación venezolana, sí son sobradamente conocidos por la doctrina bioética de la que debe estar al tanto el profesional de la salud, tal y como se puede extraer de los artículos 1º y 2º del Código de Deontología Médica.

Por otra parte, es de tenerse presente que el acto médico-jurídico del consentimiento informado puede darse en cualquiera de las etapas, diagnóstico, pronóstico, tratamiento y evaluación, aun cuando, por lo general opera en la fase previa al tratamiento o intervención; pero, como antes hemos dicho, si de la evaluación resultare la necesidad de un cambio que no se considere incluido en la fase previa, entonces se requiere un nuevo consentimiento informado.

Los actos generadores de responsabilidad pueden ocurrir en el acto coincidente con la obtención del consentimiento, caso en el cual, la violación de sus requisitos o condiciones puede dar lugar a responsabilidad; pero, también puede mala praxis respecto a lo consentido válidamente por el paciente en el acto de manifestación de voluntad inicial. En este supuesto, la contrastación entre lo consentido y lo realizado refuerza la mala práctica médica.

De lo anterior, aún no sustrae algunas de las inquietudes que se pueden suscitar en la relación mala praxis y consentimiento informado. Me referiré sumariamente a alguna de ellas.

La responsabilidad penal por mala praxis en materia de consentimiento informado solo existe en la medida en que el médico por un nexo de culpa cause un daño a la salud o la muerte del paciente. Estos efectos no son coetáneos al acto mismo de la prestación del consentimiento, sino que ocurrirían con posterioridad o con su ausencia.

En pocas palabras, la no obtención del consentimiento o su indebida obtención no son en sí mismas delictivas, pues de suyo no acarrear un daño penalmente injusto.

Lo anterior no desdice de que pueda haber responsabilidad disciplinaria por inobservancia del deber profesional, aun cuando no haya existido un resultado punible.

Desde el punto de vista de las faltas, solo hay sanción en los supuestos previstos en la Ley de Ejercicio de la Medicina que se contraen, como hemos visto, a los casos de investigación clínica.



En cuanto la responsabilidad de la Administración Pública por mala praxis médica, tal como hemos visto, la misma solo surge si hubo culpa médica, al menos según doctrina contemporánea. Sin embargo, es un asunto aún sujeto a discusión.

La responsabilidad civil con ocasión del consentimiento informado es quizás de las más complejas.

En primer término, asunto que no corresponde abordar en este contexto, es la diferencia del alcance de la responsabilidad, que plantea la legislación y la doctrina venezolanas, cuando se trate de una relación contractual o extracontractual. Hay casos en los cuales no es exigible la prestación del consentimiento informado previo, o bien no es posible obtenerlo y, por tanto, no genera en sí mismo responsabilidad.

En segundo lugar, hay que considerar el alcance y límites del concepto de daño en la perspectiva civil, diferente a la que existe en la penal, donde priva con mayor rigor el principio de legalidad y estricta tipicidad.

El daño causado puede ser considerado desde al menos dos enfoques en materia de consentimiento informado.

En el acto de la obtención del consentimiento o en el proceso que le antecede. La violación de los principios constitutivos o requisitos del consentimiento pueden ser considerados un agravio a la dignidad del paciente y, en consecuencia, un daño, aunque no sea un daño corporal.

Esta misma hipótesis da pie a considerar posibles resultados. Primero, que, pese a no haber contado con el consentimiento del paciente, el tratamiento o intervención médica alivió la condición del paciente, o le restituyó la salud.

Esta posible situación podría dar lugar, sin embargo, a una reclamación por daño moral por afectación a la dignidad y autonomía de la voluntad, al haber procedido el médico, con independencia del resultado exitoso del tratamiento o intervención.

El daño moral es uno de los capítulos más complejos dentro de la doctrina civil, y no solo por sus dificultades probatorias, sino también porque ser invocado con fines de enriquecimiento injusto por parte del demandante, amén de la facultad estimativa del juez para que el reclamo y su consecuencia se conduzcan por canales de razonabilidad.

El Tribunal Supremo de Justicia, aun cuando no abundan los casos en los cuales haya dictado doctrina al respecto, en una de sus decisiones aporta algunos criterios esclarecedores:

“El fallo debe expresar cuáles son las razones de hecho en que se fundamenta para dejar establecido el daño y el alcance de la responsabilidad del dañante; debe dejar establecido con precisión los hechos en que se funda, para poner en evidencia los extremos fundamentales de la

condenación. La sentencia que no contenga estos extremos, será nula por falta de motivación” (Planiol y Ripert, Tomo XIII, p. 281).

“...como consecuencia de lo anterior y a los fines de controlar la legalidad de la fijación hecha por el Juez, éste debe exponer las razones que justifican su estimación.

(...) Ahora bien, ha sido reiterada la jurisprudencia que ha indicado que aunque el Juez no tiene que dar la razón de cada razón expuesta en el fallo, sí tiene que indicar cuáles son los motivos en que basa su decisión, pues la sentencia debe contener en sí misma la prueba de su legalidad, por lo que al no contener la decisión impugnada motivo alguno que justifique porque condena a la demandada al pago de sesenta millones de bolívares (Bs. 60.000.000,00) por concepto de daño moral, debe ser declarada con lugar la presente denuncia” (Sentencia No. 4 de la Sala de Casación Social de fecha 16 de enero de 2002) (Subrayados de la Sala).

“La condena a reparar un daño de tal magnitud obligaba a exponer una relación sustanciada de los hechos para justificarla, como de los alcances y de los pormenores y circunstancias que determinaron en el ánimo del Juez para establecer el montante de la indemnización” (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 12-2-74, Gaceta Forense No. 83, p. 321).

Por otro lado, la jurisprudencia de este Alto Tribunal, con relación a los hechos objetivos que el Juez debe analizar en cada caso concreto, para determinar la procedencia del pago de la indemnización del daño moral, así como de su cuantificación, ha señalado, lo siguiente:

“Al decidirse una reclamación por concepto de daños morales, el sentenciador, necesariamente, ha de sujetarse al proceso lógico de establecer los hechos, de calificarlos y de llegar a través de este examen a la aplicación de la Ley y la equidad, analizando la importancia del daño, el grado de culpabilidad del autor, la conducta de la víctima y la llamada escala de los sufrimientos morales, valorándolos, pues no todos tienen la misma intensidad, por las distintas razones que puedan influir en ellos, para llegar a una indemnización razonable...” (Sentencia No. 116 de la Sala de Casación Social de fecha 17 de mayo de 2000).

“En general, la doctrina y jurisprudencia patria han señalado que se debe dejar al Juez amplias facultades para la apreciación y estimación del daño moral. Pertenece a la discreción y prudencia del Juez la calificación, extensión y cuantía de los daños morales.

Igualmente se ha asentado que el Juez para fijar la cuantía de los daños morales debe tomar en cuenta el grado de educación y cultura del reclamante, su posición social y económica, así como la participación de la víctima en el accidente o acto ilícito que causó el daño.” (Sentencia la Sala de Casación Social del 16-02-02) (Subrayados de la Sala).

Es decir, el fallo que declare con lugar una pretensión por daño moral, debe motivar expresamente, so pena de incurrir en la infracción del ordinal 4º del artículo 243 del vigente Código de Procedimiento Civil, el proceso lógico que lo llevó a declarar procedente dicho pedimento y en base a qué hechos objetivos cuantificó dicho daño moral.

En otras palabras, si bien ha sido criterio pacífico y reiterado que la estimación del daño moral lo debe realizar el juez sentenciador a su libre arbitrio, y por tanto, está autorizado para “obrar discrecionalmente de modo equitativo y racional procurando impartir la más recta

justicia” (TSJ, SCC, 10-08-2000), éste -el respectivo juzgador- debe exponer en su decisión -motivar- el análisis de los hechos concretos que le permiten declarar la procedencia del daño moral, y los parámetros que utilizó para cuantificar dicho daño moral, el cual es objetivamente incuantificable, porque el pretium doloris no es periciable, ni valuable en dinero, el perjuicio moral no es de naturaleza pecuniaria, sin embargo, “no es imposible; porque no se trata de calcular la suma necesaria para borrar lo que es imborrable, sino para procurar algunas satisfacciones equivalentes al valor moral destruido”. (CSJ, SCC, 24-04-1998)³⁶

La segunda hipótesis es que se produjere un daño o agravamiento de la salud del paciente, o su muerte, sumados a la no obtención u obtención indebida del consentimiento. En estos casos, en mi opinión, hay pluralidad de daños que dan lugar a una sumatoria en el título de responsabilidad.

Al daño material a la salud corporal, se sumaría el daño moral, al cual antes hemos hecho referencia, pero también puede dejar subsistir el daño psicológico, distinto al moral, y el cual consiste en el sufrimiento por la enfermedad o su agravación.

Me permito una extensa cita de jurisprudencia costarricense que ilustra sobre la diferencia del daño psicológico con el moral:

En relación con esta tipología de daño, en votos pronunciados durante el 2012, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia aclaró que este extremo indemnizatorio denominado ‘daño psicológico’ no se encontraba subsumido en el daño moral subjetivo de persona física. Se transcribe textualmente la parte considerativa del voto que resulta de interés para la presente investigación: VI. [...] También, ha dicho esta Sala:

“[...] La determinación y cuantificación del daño moral subjetivo entonces, queda a la equitativa y prudente valoración del Juzgador, quien acude para ello a presunciones del ser humano inferidas de los hechos comprobados. La presunción humana es un juicio lógico del juez, en virtud del cual se considera probable un hecho, con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que indican cuál es el modo normal como suceden las cosas y los hechos. [...]” (resolución no. 878-F-2007 de las 8 horas 15 minutos del 14 de diciembre de 2007. En el mismo sentido, la no. 001-F-S1-2009 de las 9 horas 5 minutos del 6 de enero de 2009).

Acudiendo a este argumento lógico, el juzgador en el hecho probado quinto, tuvo por acreditado que producto de la situación vivida, la amparada presentó problemas gástricos, así como de nerviosismo, tristeza, estrés, ansiedad, depresión y llanto. En sus consideraciones, se apoyó, en la prueba testimonial y el certificado médico aportado, y pese a que la ejecutante alega una indebida valoración de esa prueba, la cual, dicho sea de paso, no precisa, se desprende

36 <http://historico.tsj.gob.cr/decisiones/scs/marzo/RC144-070302-01654.HTM>. Sala de Casación Social. 7-3-2000. R. C. No AA60-S-2001-000654. Ponente: Omar Mora Díaz.

que la suma fijada por el juez fue establecida dentro de los presupuestos y parámetros de proporcionalidad y razonabilidad indicados, en tanto su determinación se encuentra justificada y acorde con lo ocurrido. Es claro que la lesión sufrida provocó a la actora perturbaciones en sus condiciones anímicas, que en los aspectos indicados en las consideraciones del fallo, justifican la condena por el daño moral subjetivo causado en ese monto. Ahora bien, aún y cuando, debe fijarse un monto por daño moral subjetivo y otro por daño psicológico, Carranza, El daño moral y el daño psicológico diferencias entre ambos extremos indemnizatorios lo cierto es que para la determinación de este último, se precisa prueba en concreto que lo demuestre, así por ejemplo un dictamen de un psicólogo, pues solo él puede diagnosticar lesiones psicológicas. Una vez comprobados científicamente esos traumas en la psique de la persona afectada, se podría valorar una indemnización diferente a la concedida por el daño moral subjetivo. En el caso en concreto la prueba que se estima mal valorada, concierne a la deposición de testigos que en criterio de la ejecutante, presenciaron su estrés, sufrimiento y angustia, padecimientos que se enmarcan dentro de la lesión moral subjetiva no así la psicológica y un dictamen médico, que solo puede referirse a las dolencias físicas, en criterio de esta Sala fue correctamente apreciada por el juzgador, para la determinación del daño moral subjetivo. Bajo esta misma línea jurisprudencial, la Sala Primera ahonda una vez más en esta distinción, indicando lo siguiente: VIII. [...] Distinto, sucede con el daño psicológico, según se aprecia en la sentencia recurrida, los juzgadores conceden una suma por concepto de “daño moral psicológico”, pese a que son distintos, ya que como se expresó, esta Sala los ha diferenciado, en tanto este último resulta constatable de modo científico, en razón de los padecimientos que se reflejan en distintas maneras y que patentizan un trauma psicológico; sea, han de acreditarse mediante dictámenes de un profesional, o al menos con algún otro tipo de probanzas que hagan indudable el padecimiento de índole psicológico, pero el subexamine es ayuno al respecto. Tal como lo aduce el recurrente, 18 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 196-F-S1-2012 de las 09:20 horas del 16 de febrero de 2012. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 820-F-S1-2012 de las 08:55 horas del 18 de julio de 2012. en este caso resulta vulnerado el canon 317 del CPC ya que la carga de la prueba le compete a la parte actora.³⁷

Conclusiones

1. El consentimiento informado puede ser visto como proceso y como acto, que es el resultado de ese proceso.
2. El consentimiento informado como proceso y como acto es de naturaleza jurídica.

³⁷ Carranza Zúñiga, Rodrigo José. *El daño moral y el daño psicológico. Diferencias entre ambos extremos indemnizatorios*. Revista Judicial. Poder Judicial de Costa Rica No 130.Pp. 108,109.

3. Por su naturaleza jurídica, el consentimiento informado se regula por las condiciones de validez jurídica en general.
4. El consentimiento informado también debe reunir condiciones de validez que son propias de su naturaleza.
5. La praxis médica y la reflexión bioética ha desarrollado cuáles son los requisitos propios del consentimiento informado.
6. La separación de esos requisitos implica mala praxis médica.
7. La mala praxis médica con ocasión del consentimiento informado puede ocurrir antes de la elaboración documental, durante la suscripción del documento o con posterioridad.
8. La mala praxis médica con ocasión del consentimiento informado puede generar responsabilidad penal, disciplinaria, administrativa y civil
9. La responsabilidad médica por mala praxis con ocasión del consentimiento informado requiere la causación por culpa de un resultado dañoso.
10. El resultado dañoso es más específico en el área penal que en las otras áreas, y puede ser causa de daño moral y psíquico.

La siguiente cita de Amado Nervo resume el espíritu de la obligación fundamental de una de las profesiones más dignas del ser humano, la de médico:

*Que cada acción es tu respuesta, que cada palabra y cada gesto que sale de ti puede mejorar o empeorar el mundo que te rodea. Que cada respuesta expresa tu personalidad, tu carácter, tu inteligencia y tus emociones. Que parte de nuestra responsabilidad personal es mejorar cada día en todos los aspectos de la vida, salir de los propios obstáculos y limitaciones para crecer sin límites sabiendo que el mundo es mejor por la respuesta que has sabido dar. Que cada acción tuya es una siembra de bien que cosechará la humanidad.*³⁸

38 De Febres, Ramona. Op. Cit. P. 121.

La utilidad de la criminalística en el proceso penal. Una causa en la cual resaltó su importancia



151

JORGE L. ROSELL SENHENN¹

Introducción

El mundo de la justicia se basa en las pruebas que se puedan presentar ante el juez y que las mismas cumplan con las exigencias legales previamente fijadas con el fin de que las decisiones sean pertinentes con relación al asunto a decidir. La ley precisa como deben producirse las pruebas y cuáles son las adecuadas para demostrar una u otra circunstancia que interese para ser resuelta la cuestión de la cual se trate. El juez en primer lugar debe tener claro qué sucedió, pues el juicio es eso, la reproducción de sucesos del pasado, para luego ajustar su decisión a la norma que pueda concordarse con el hecho o situación objeto del juicio.

En materia penal, conforme al Código Orgánico Procesal Penal (COPP), se debe probar conforme a las formas legalmente fijadas. Inspirado en que el juicio penal no es más que la reproducción de hechos sucedidos sin olvidar la legalidad de cómo se debe probar, el artículo 13 del COPP establece que el proceso “debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del Derecho, y a esta finalidad debe atenerse el juez al adoptar su decisión”.

Además de dejar meridianamente claro que la ilegalidad en la producción de una prueba (el fruto del árbol envenenado) la hace nula, inexistente dentro de aquellas que ha de examinar el juez, este artículo 13 nos trae una hermosa propuesta para cuando debamos aplicar el Derecho, en el sentido de que no solo es el simple empleo del contenido de sus normas legales, sino que al realizar tal tarea se debe hacer en búsqueda de la Justicia. Es un sutil rechazo a la tesis positivista que observa a la función judicial únicamente como aplicadora de la normativa legal, para elevar tal función a la búsqueda de valores, entre ellos a la Justicia. Es olvidar lo escrito por Kelsen en su Teoría Pura del Derecho, que en la edición que yo manejo del año 81, de la Editorial Universitaria de Buenos Aires, en su página 63 se lee que la teoría pura “se preocupa de saber lo que es (el Derecho) y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo” ¿Cómo es eso de que al Derecho y por tanto al juez no debe interesarle en sus funciones la Justicia? ¿Es que el juez es un simple mecánico aplicador de un sistema sin entendimiento y voluntad para reconocer lo que no es justo así forme parte del sistema legal? La

1 Juez Penal por más de treinta años. Ex Magistrado Presidente de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Profesor Titular de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador (UPEL). Ha sido profesor de postgrado de las Universidades de Carabobo, del Zulia, Central de Venezuela, Católica Andrés Bello, Católica del Táchira y Arturo Michelena.

gran lección que nos da esta disposición 13 del COPP es que una cosa es el Derecho como normativa legal y otra la Justicia como valor, y esta última ha de ser la meta del juez.

Prácticamente los juicios penales tienen dos grandes fuentes de pruebas: las testimoniales conformadas por las declaraciones de testigos y las experticias o peritajes que son las valoraciones que realizan los expertos en ciencias criminalísticas acerca de circunstancias relacionadas con el hecho perpetrado.

En este trabajo me limitaré a examinar esa fuente de pruebas propias de la Criminalística y lo haré tomando en consideración un asunto resuelto a principio de los años noventa en el cual privó la aplicación de esta ciencia, debido a que el suicidio es un acto desesperado y solitario que se realiza casi siempre sin la presencia de testigos. En vista de ello no me quedó otra alternativa como juez, sino confiar en los expertos de probada idoneidad, pues el proceso se vio mediatizado por intenciones que trataron de desviarlo de la verdad, mediante “expertos” que no me queda ninguna duda en llamarlos impostores.

La Criminalística

Es conveniente iniciar esta presentación definiendo lo que es la Criminalística y diferenciarla de la Criminología, que en ciertos casos se confunden. Sencillamente la Criminalística estudia las huellas o pruebas que ha dejado la comisión de un delito, mientras el objeto de la Criminología es el estudio de las causas que genera el delito, su génesis, origen o fundamento.

La Criminalística entonces, es una ciencia empírica que se encarga de investigar la escena en donde se produjo el delito, así como a las personas involucradas y los objetos relacionados con el hecho. La demostración de cómo, quien, cuándo y por qué se cometió un delito es su meta con el fin de colaborar en la resolución del caso que se investiga. Es amplio el número de las disciplinas que apoyan a esta ciencia como por ejemplo la Química, la Física, la Medicina Legal, la Psiquiatría y la Psicología, la Grafotécnica, las ciencias contables. Como se ve es un extenso conjunto de ciencias de las cuales se vale para lograr sus fines, por lo que se requiere la especialización en las disciplinas por parte de los expertos en cada uno de sus campos, pues por ejemplo nada tendría que ver la Física con la Psiquiatría de eventuales especialistas a no ser los propósitos de colaborar con el esclarecimiento del hecho que se investiga.

Cuando estaba vigente el Código de Enjuiciamiento Criminal (CEC) la Criminalística era una ciencia extraña a los operadores de justicia, a no ser aquellos pertenecientes a los órganos auxiliares de justicia como el Cuerpo Técnico de Policía Judicial (PTJ) que era el que suplía todo aquello que tuviera que ver con recaudos provenientes de pericias criminalísticas. Debe recordarse que la primera fase del proceso penal previsto en el CEC, o sumario, era prácticamente de la exclusiva competencia de la PTJ, todo resguardado por el “secreto sumarial” que impedía inclusive que el indiciado (ahora imputado) y su defensa pudieran tener acceso a las actas. El Ministerio Público (MP) era un invitado de piedra en esta fase del juicio, lo cual se debía más a la indolencia de los fiscales que a las limitaciones de la ley.

Fuera del campo criminalístico la PTJ también realizaba aquellas diligencias dirigidas a probar todas las circunstancias que rodeaban al hecho que se investigaba y en este sentido tomaba declaración a los testigos, realizaba reconocimientos en rueda de personas, practicaba inspecciones oculares y en fin completaba, con las pruebas criminalísticas, todo lo que se debía investigar. Debe agregarse que la totalidad de estos recaudos de la PTJ tenían validez judicial, a menos de que en el plenario, la segunda etapa del proceso, se demostrara su falsedad, lo cual era casi imposible pues es difícil imaginar al testigo decir en su declaración en el plenario: “Lo que dije en el sumario es falso, ahora sí voy a decir la verdad”; o al perito: “Disculpen, pero me equivoqué al realizar la experticia”. El primero sería juzgado por falso testimonio y el segundo destituido o por lo menos amonestado por sus superiores.

No exagero al afirmar, como lo he hecho en múltiples ocasiones, que la del CEC era una justicia policial. Con lo que realizaba la PTJ decidían desde los jueces de primera instancia hasta los magistrados la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Lo anterior se repetía constantemente fuera de algún aislado recaudo probatorio insustancial que promoviera la defensa, pues el MP siempre dio muestra de desidia en el desarrollo de su misión, a excepción de la actitud valiosa, audaz y enérgica de uno que otro fiscal que antepusieron su autoridad y su competencia ante los jefes policiales. Fueron pocos y conocí algunos con los cuales trabajé en mi función de juez.

A pesar de todos estos inconvenientes se debe resaltar que la PTJ era un órgano especializado en su labor investigativa y sus funcionarios unos versados expertos que contaban con los adelantos técnicos de última generación para cumplir su objetivo principal de probar la perpetración de un delito, así como precisar las pruebas que señalaran al autor del mismo. El asunto que tomé para ilustrar ciertos contenidos de esta ponencia se procesó a través del CEC y en dicha investigación resaltan las excelentes cualidades de la PTJ en comparación con otros órganos de investigación cuya incompetencia se verá cabalmente demostrada a través del desarrollo del trabajo.

Con el COPP la situación que planteaba el CEC referida a la preeminencia del órgano policial en el proceso penal se quiso modificar. Esta aseveración dubitativa tiene por motivo el hecho de que una cosa se quiso hacer con la letra del nuevo código procesal y otra es la que sucede en la práctica. Efectivamente se quiso pasar de una justicia policial a una justicia judicial, en el sentido de que el órgano de policía judicial sólo debía preparar las pruebas conjuntamente con los fiscales del MP y la defensa en la fase preparatoria del proceso, para realizar las mismas durante el juicio que es la audiencia oral y pública. En esa misma audiencia oral y pública debería tomarse las declaraciones a los testigos que podrían valorarse como pruebas y se presentarían los recaudos probatorios provenientes de la Criminalística con las actas y protocolos respectivos y con la presencia de los expertos para las debidas preguntas y repreguntas que realizarían las partes y el juez, si era necesario.

“Una cosa dice la ley y es otra la que se hace”, dicho que en el tema que nos ocupa tiene perfecta aplicación. En primer lugar, la participación del imputado y su defensa se frustra al imponerse el criterio de que tienen prohibido acceder a las actas hasta tanto el MP lo impute formalmente, lo cual viola el artículo 126 del COPP

que considera a la persona como imputada desde el primer acto de investigación que se realice para probar su participación en el hecho, por lo cual el MP imputará al investigado luego de precisar todas las pruebas a las espaldas de éste y de su defensa, versión del secreto sumarial en el proceso acusatorio; los testigos no aparecen en la audiencia oral y se toman sus dichos policiales como prueba; los expertos no acuden a la audiencia oral y pública y se incorporan al proceso los contenidos de las actas de experticias por su lectura, violando expresas normas del COPP. La última práctica dirigida a la “celeridad procesal” es prescindir de la audiencia oral y pública que en realidad es el juicio penal (es en ella en la cual el juez recaba el resultado del cúmulo probatorio para decidir) y sustituirla por el acuerdo entre las partes (fiscal y defensor) a fin de redactar un acta en la cual se ponen de acuerdo acerca de lo que dijo el eventual testigo y lo referido al contenido de las experticias presentadas. Es una burla descarada al proceso y a la justicia penal aceptada por el juez de juicio, quien le da su aprobación estampando su firma en esta pantomima.

La causa en la cual resaltó la importancia de la Criminalística

En la noche del 18 de junio de 1991, en un apartamento del Edificio TEO, situado en la Urbanización Calicanto de Maracay, según acta de inspección ocular de la PTJ, se localizó el cuerpo de una persona sin signos vitales. En el Protocolo de Autopsia quedó identificada la persona fallecida como Lorena Márquez de Capriles, de 23 años de edad.

Este hecho generó un revuelo inusitado en la región, por lo que la causa fue sacada del Estado Aragua y radicada en el Estado Lara. La conmoción mediática fue provocada debido a que el esposo de la persona fallecida pertenecía a una familia de gran relevancia social, política y económica, a lo cual se sumó declaraciones contradictorias de dos jerarcas policiales y la utilización desmesurada de los medios de comunicación por parte del padrastro de quien resultó muerta y por parte de un diputado, político que tenía motivaciones personales en el asunto. Sobre estas personas y sus influencias para configurar una matriz de opinión que no se correspondía con lo que sucedió, volveremos más adelante.

No puedo pasar por alto las “habilidades” del abogado que fungió como acusador en el asunto, pues siendo conocido como defensor de juicios en donde estuvieran involucrados altos oficiales militares y que era consultor de componentes de las Fuerzas Armadas del país, logró que unas “contraexperticias” fueran a parar a los Laboratorios Científicos de las Fuerzas Armadas de Cooperación, cuyas resultas fueron peritajes altamente cuestionados como se explicará más adelante.

La causa de la muerte

Realizada una inspección ocular sobre el cuerpo de la persona fallecida “se apreció un pequeño orificio en el hemitórax izquierdo a nivel de la región coronaria y orificio en la región infraescapular izquierda”, que, según el Protocolo de Autopsia realizada posteriormente, se precisó que fueron los orificios de entrada y de

salida de un proyectil balístico. La muerte de la persona se debió “a herida por arma de fuego al tórax que perforó el ventrículo izquierdo del corazón, pulmón izquierdo y fractura de la octava costilla izquierda”.

El arma utilizada, el proyectil y la trayectoria balística

Según acta de la PTJ realizada en el sitio en donde apareció el cuerpo de Lorena Márquez de Capriles, a sus pies, se consiguió un revólver marca Smith Wesson, calibre 38, el cual fue reconocido por Marco Delpino, tío político de la fallecida, como suyo y que según otros testimonios se lo había regalado a quien resultó muerta para su protección personal.

También se colectó un proyectil “con adherencias de un material blanquecino en su parte inferior”, comprobándose, según experticia posterior que fue disparado por el revólver antes descrito. En la inspección ocular de la PTJ igualmente se deja constancia que en la pared de la habitación en donde se consiguió el cuerpo, se observó “un pequeño desprendimiento del material constituyente de la pared”. Esto es muy importante para poder determinar la trayectoria balística. Se realizó experticia sobre la franela que vestía la fallecida a la hora de su muerte que presentó “rastros que indican un disparo a una distancia próximo contacto, consiguiéndose en la franela sangre tipo “O” del mismo grupo sanguíneo de Lorena Márquez”.

Por otra parte, tanto el sobrecama como la funda de la almohada “en la cama próxima al lugar en donde fue hallado el cadáver presentaban presencia de iones de nitrato”, es decir rastros de pólvora deflagrada. Así mismo el arma sólo presentaba rastros digitales de Lorena Márquez y su mano derecha “al ser sometida a análisis de trazas de disparo, resultó positiva”. Se concluye que la trayectoria del proyectil, después de lesionar al corazón y al pulmón izquierdo y fracturar la octava costilla intercostal se desvió y al salir del cuerpo chocó con su base hacia arriba, invertida, en la pared de la habitación, dejando impresión indiscutiblemente propia del proyectil y presentando a su vez adherencias de la pared y restos de sangre. Es por la desviación del proyectil al chocar con la octava costilla, que el orificio de entrada tiene forma redondeada y el de salida es alargado pues el proyectil al desviarse no salió de punta sino de lado, a lo largo. Además de que la desviación del proyectil por el impacto en la octava costilla hizo que su salida se realizara más abajo en relación al orificio de entrada, lo cual explica que no dejara rastros de su salida en la franela que vestía quien murió.

De las evidencias aludidas se reconstruye la escena momentos antes de la producción del disparo: Lorena Márquez de Capriles estaba en posición sedante, sentada e inclinada hacia adelante, apoyada en sus codos y sosteniendo el arma con la mano derecha que presentó trazas de disparo y con el dedo índice de la mano izquierda accionó el gatillo, apareciendo parcialmente su huella dactilar en dicho gatillo.

Se lee en la sentencia:

“Lorena Márquez de Capriles murió a consecuencia de un disparo hecho en la misma habitación en la cual apareció el cuerpo, realizado a próximo contacto, con un revólver que

estaba ya en su posesión, arma encontrada al lado de su cadáver y en la cual aparecieron huellas dactilares suyas, presentando el proyectil conseguido en la habitación y causante de las lesiones mortales, adherencias que coinciden con las características del material de la pared del apartamento y con las características morfológicas de la huella que se consiguió en la pared aludida”.

Que sucedió en el apartamento el día del deceso

Según declaraciones de los dos choferes del matrimonio Capriles-Márquez, del esposo de la fallecida y de la conserje del Edificio TEO, en la edificación no salió ni entró nadie durante el día, lo cual no fue extraño, pues el Edificio, propiedad de la familia Capriles, estaba desocupado y el único apartamento habitado era por el matrimonio aludido. A media mañana la conserje escuchó un fuerte sonido que confundió con sonidos de una construcción cercana, pero que se supone que fue el sonido del disparo, que según la data de la muerte fue a eso de las 10 AM.

El esposo de la fallecida, Manasés Capriles salió a primeras horas de la mañana del apartamento en cuestión con su chofer y no volvió sino luego de las 6 de la tarde cuando lo llamó la conserje preocupada porque Lorena Márquez no había salido en todo el día y luego de tocar a la puerta de su apartamento no contestó, observando que las llaves del apartamento estaban en el piso entre la reja de protección y la puerta del apartamento. De este dato se puede sacar conclusiones diferentes: ¿Quería que la socorrieran o facilitaba el acceso al inmueble una vez fallecida? Sin embargo, es una acción que demuestra sus propósitos ulteriores.

Capriles por su parte narró todo lo realizado durante el día y veintiún testigos confirman la ruta de las labores de esa jornada. Es conveniente aclarar que Capriles no presentó estos testigos, sino que la PTJ, con base en la narración de lo que realizó ese día, localiza los testigos en los sitios que Capriles visitó.

Lo anterior hace concluir que el día de los hechos ninguna persona entró en el Edificio Teo fuera del matrimonio, los dos choferes y la conserje y que Capriles, junto a su chofer, estaba en sus labores habituales, lo cual conjuntamente con las evidencias que arrojaron las inspecciones y experticias de la PTJ sobre el arma utilizada, el proyectil colectado y la trayectoria de **éste** intra y extra corporal, debe concluirse que el disparo mortal fue efectuado por Lorena Márquez de Capriles, lo cual se evidenciará sin ninguna duda, a través de otras pruebas que se precisarán más adelante.

El ensayo de luminol

En actas me encontré con una prueba que, falseada, introducía en el expediente elementos contradictorios al ser manipulada de manera ostentosa. Se trata de la experticia llamada Ensayo de Luminol practicada por los Laboratorios Científicos de las Fuerzas Armadas de Cooperación.

El Ensayo de Luminol es una experticia de aproximación que tiene como propósito precisar la presunción de la presencia de sangre en el sitio examinado. La prueba de certeza de que efectivamente lo localizado es sangre es objeto de la experticia de certeza que es la química, la cual también podrá ser utilizada para precisar si se trataba de sangre humana y el tipo de sangre al cual pertenece.

Precisamente por ello se le llama “Ensayo” pues no es una prueba que en definitiva permita determinar con certeza si lo hallado es sangre. La reacción que produce la luminiscencia característica es debido a la hemoglobina presente en la sangre que contiene hierro y es esta sustancia la que provoca la quimioluminiscencia al ponerse en contacto con el luminol. El hierro es el agente oxidante que lo activa, sin embargo, la reacción lumínica puede generarse al contacto de sustancias que no sea sangre con tal de que contenga hierro, como se probó con una experticia ordenada por la Juez de la Causa y practicada en su presencia: aplicado el luminol se produjo la luminiscencia característica al contacto con frutas, hortalizas, verduras maduras, así como en cereales y detergentes.

Ahora nos podríamos preguntar ¿Si es una prueba solo de aproximación que no da certeza de lo que se busca, para que se practica? La respuesta es muy sencilla: el Ensayo de Luminol se efectúa en aquellas superficies que no se pueden llevar al laboratorio para practicar la prueba química. Por eso se practica dicho Ensayo en apartamentos, casas, calles o terrenos, luego se toma muestra, mediante un raspado, de aquella sustancia que generó la luminiscencia y se lleva al laboratorio con el fin de practicar la experticia química de certeza. El Ensayo de Luminol es contraindicado en objetos, pues sobre ellos al poder ser llevados al laboratorio se puede realizar la experticia química.

Debido a que la parte acusadora le solicitó a la juez de primera instancia otra opinión de aquella emitida por la PTJ, decidió enviarla a los Laboratorios Científicos de las Fuerzas Armadas de Cooperación. Anteriormente este Ensayo se había practicado por expertos de la PTJ quienes concluyeron que no se originó la correspondencia luminiscencia al nebulizar las áreas del apartamento en cuestión. Sin embargo, los Laboratorios mencionados concluyeron que la respuesta de luminiscencia fue positiva en el lavadero, habitación de servicio, sala de baño, pasillo, “hall” de entrada del apartamento, pasillo colindante con el ascensor en la planta baja, ascensor y estacionamiento de la planta baja. Según esta experticia gran parte del edificio en donde se consiguió el cuerpo sin vida de Lorena Márquez de Capriles estaba “bañado en sangre”. Sin embargo, esto quedó absolutamente desechado por las siguientes circunstancias.

En primer lugar en vez de tomar fotografías de los lugares en donde se supone que había aparecido la luminiscencia, que es como se evidencia tal detalle, los Laboratorios mencionados presentaron y anexaron al expediente unos planos con rombos y cuadrados que se supone dibujados por los expertos, señalándose que en esos sitios del Edificio “...las respuestas de luminiscencia indican una reacción positiva”, no tomando la fotografía que indica el protocolo para esos casos, teniéndose que contentar los jueces que debían decidir el asunto, con la simple palabra de los peritos y sus dibujos sin ningún elemento de convicción que los respaldara.

En segundo lugar, los tres peritos de las Fuerzas Armadas de Cooperación al ser repreguntados a los folios 3.552 al 3.660, lo cual da una idea de lo voluminoso del expediente, asevera cada uno en sus declaraciones que el Ensayo de Luminol “es una prueba de certeza”, que es “para determinar hemoglobina en la sangre” y que si no hay sangre “no ocurre la luminiscencia”. Todo lo cual luce como prueba de la incompetencia de dichos peritos según lo indica las explicaciones que dan verdaderos expertos en el área y que antes se precisaron: el Ensayo de Luminol, como “Ensayo”, es una prueba de aproximación y no reacciona únicamente con sangre, sino en contacto con cualquier agente oxidante.

En tercer lugar, hay una evidencia en las actas que hace desechar todas estas pruebas de los Laboratorios Científicos de las Fuerzas Armadas de Cooperación y es la autopsia practicada y la declaración de los médicos forenses sobre lo conseguido en el cadáver. El médico forense Hely Durán que practicó la autopsia declaró que “Por la cantidad de sangre encontrada en la cavidad pleural izquierda y cavidad pericárdica no puedo afirmar que hubo hemorragia externa masiva”. También el experimentado y recordado médico forense Luis Òscar Giménez declaró con base en el protocolo de autopsia que la sangre no drenó del cadáver “por haberse obstruido el trayecto entre la piel y la cavidad pleural debido a múltiples factores”. Entre esos factores estuvo el hecho de que la señora Márquez de Capriles se hizo un implante de prótesis mamarias, como lo declaró el médico especialista en cirugía plástica Eduardo Krulig al folio 3.746, lo cual conjuntamente con la posición en la cual se consiguió el cuerpo, decúbito ventral, con las manos y brazos entre su pecho y el piso, coadyuvaron a que no se produjera hemorragia externa masiva, sino una pequeña en el mismo sitio en donde cayó el cuerpo. La hemorragia fue básicamente interna, lo cual quedó incontrovertiblemente probado por la cantidad de sangre conseguida en el cadáver: aproximadamente tres litros y medio en la cavidad torácica, y como es obvio el resto de la sangre quedó en las otras partes del cuerpo. Por lo conseguido en el tórax, según el protocolo de autopsia, casi toda la sangre quedó en el cadáver.

La pretendida hipótesis que trataba de probar la acusación, en el sentido de que sobre Lorena Márquez de Capriles se perpetró un homicidio y para ello fue perseguida en el estacionamiento, pues tenía la planta de los pies sucias y luego se llevó el cuerpo hasta el apartamento, por lo que había sangre de la víctima en todo el recorrido, fue totalmente desechada con las pruebas antes aludidas.

En relación a las plantas de los pies, se realizó una experticia por el insospechable Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas (IVIC) que llegó a la conclusión de que la sustancia colectada de las plantas de los pies es “a base de hidrocarburos con negro humo (carbón) disperso con pigmentos”. Esto coincidió con las muestras conseguidas en el suelo del apartamento en donde vivía el matrimonio Capriles-Márquez, el cual estaba sucio por haber despedido a la doméstica Maruja Negrete y quien declaró que en vida “Lorena utilizaba eso como sahumero”, refiriéndose a un pote de aceite para automotor vacío en donde ponía Carbón Vegetal Las Tres Capitales, agregando la doméstica que la señora Márquez “Agarraba la lata y le echaba dentro carbón, lo prendía y le metía hojas que era para la buena suerte, ella siempre prendía velas y velones cuando hacía eso”. Por lo tanto, se concluyó que los residuos que aparecieron en las plantas de los pies del cadáver fueron adheridos de los mismos residuos conseguidos en el piso del apartamento.

En los Laboratorios Científicos antes aludidos, también se realizó un Ensayo de Luminol sobre los zapatos que calzaban Manases Capriles y los dos choferes de la familia. Según el resultado de esta prueba fue positiva la luminiscencia características del reactivo. Además de que contra dicho resultado existen pruebas de que del cuerpo no se produjo hemorragia masiva, sino que fue una pequeña que quedo debajo del mismo, se observa una singular circunstancia: la luminiscencia, según las fotografías tomadas durante la experticia, aparecen en las partes de los zapatos que no hacen contacto con el suelo, en la base del tacón, mientras que en el propio tacón y en la parte delantera de la suela la luminiscencia no aparece, cuando el resultado ha debido ser todo lo contrario si en verdad con dichos zapatos se hubiera pisado sangre. Si fue sangre lo que pisaron, han debido pisar un profundo charco de esta sustancia para que esa parte del zapato se hubiera contaminado, cosa imposible por la escasa hemorragia externa a lo que nos referimos antes.

Por otra parte, se cometió otro error técnico con estas pruebas: como ya se explicó el Ensayo de Luminol se practica cuando deba realizarse en aquellas superficies que no se pueden llevar al laboratorio para efectuarse la experticia química que es la de certeza, como un apartamento o un terreno. Cuando se trata de objetos, como los zapatos en cuestión, lo pertinente como lo indican los expertos, no es la práctica del Ensayo cuestionado, sino la realización de la prueba de certeza, la química.

Por las razones antes detalladas se desecharon todas estas experticias practicadas por los Laboratorios Científicos de las Fuerzas Armadas de Cooperación, que por otra parte sustituyeron a las que ordenó la Juez de la Causa, que fue una experticia de certeza o química, alegando que no tenían los reactivos necesarios como para practicarla, sin embargo, para otras pruebas, extrañamente si consiguieron el reactivo en cuestión. Pareciera que las artificiosas y probadamente engañosas experticias tenían la velada intención de tergiversar aquellas practicadas con todo el rigor necesario por la PTJ, a fin de suplantar la hipótesis del suicidio. Por mi mente pasó en varias oportunidades cuando redactaba la decisión, la coincidencia de la manipulación de estos peritajes que orientaban la investigación hacia el homicidio que era la tesis sostenida por la acusación y el hecho de que quien dirigía la acusación en el proceso, estuviera íntimamente ligado a órgano militares, siendo consultor jurídico de componentes de las Fuerzas Armadas del país.

La nota suicida

En las notas suicidas se anuncia usualmente que su autor planifica quitarse la vida. Tiene como propósito que sea leída luego de su muerte y en la cual explica, casi siempre de manera lacónica, la razón de su decisión. Comúnmente también se explica la razón por la cual se tomó la decisión suicida como resentimiento, vergüenza, rabia. Sirve igualmente para despedirse de sus familiares y personas de su entorno íntimo, dando a conocer sus deseos póstumos relacionados con los bienes que pueda poseer.

En el proceso que se inició por la muerte de Lorena Márquez de Capriles se colectó un manuscrito constituido por cuatro folios de papel amarillo. Practicadas dos experticias grafotécnica, por parte del Cuerpo Técnico de Policía Judicial como por los Laboratorios Científicos de las Fuerzas Armadas de Cooperación, se

llegó a la conclusión de que tanto las muestras de escritura indubitables colectadas y provenientes de Lorena Márquez de Capriles, como el manuscrito conseguido en la habitación principal del inmueble que habitaba fueron producidas por ella. No cabe duda entonces acerca del origen de dicho manuscrito.

El único problema que confronté como juez en relación con dicha nota, fue que tenía una extensión que no es usual en este tipo de manuscrito. Las notas suicidas son breves, lacónicas. Esta no. Sin embargo, la inusual extensión de la nota prueba que no fue obligada a escribirla, como ilógicamente sostuvieron algunos medios de comunicación, pues de ser así quienes supuestamente la presionaban para que la escribiera hubieran optado por una nota breve, sucinta, que coincidiera con las características usuales de las notas suicidas.

Esta nota suicida fue uno de los elementos fundamentales para realizar una experticia que prácticamente me convenció, junto a otros elementos probatorios, de la hipótesis de que en el hecho que se investigaba el disparo mortal fue efectuado por la persona que resultó fallecida debido a la crisis existencial por la cual pasaba que se reflejaba claramente en la nota en cuestión.

La Autopsia Psicológica

Una vez que fallece una persona se puede analizar su conducta en vida mediante el acopio de información relativa al comportamiento que desarrolló. Es lo se conoce como Autopsia Psicológica que se concreta según Norman Faberow en un procedimiento de recolección de hechos que permita conformar el perfil psicológico de una persona y su estado mental antes de su muerte por una causa dudosa. Agrega que es la exploración psicobiográfica de las conductas y de la vida anímica de la persona, encaminada a esclarecer las causas de su muerte y se realiza a través de una serie de investigaciones retrospectivas, indirectas y posmortem. Robert Littman también la definió como el método que investiga retrospectivamente las características de la personalidad y de las condiciones que en vida tuvo un individuo, resaltando como objetivo principal, acercarse a la comprensión de las circunstancias de su fallecimiento.

La Autopsia Psicológica es pues la evaluación del estado mental reconstructivo que se dirige a comprender el estado mental de un individuo en el momento de su muerte. Es elaborar un perfil psicológico para determinar el estado mental de alguien que ya ha fallecido. Se trata de una investigación centrada en discernir cual era el estado mental de una persona fallecida en el momento de su muerte. Esta experticia forense tiene como objeto proporcionarle al juez información para que pueda tomar una decisión cónsona con las características del asunto que se le ha planteado.

Por fuerza mayor la acción de las personas deja huellas en la realidad, tal como lo podrían reproducir los testigos de esas acciones, como también recuento de sus actos que luego de su fallecimiento pueden ser conocidos a través de sus escritos o correspondencias de la propia persona cuya conducta se investiga. Uno de estos documentos fundamentales para reconstruir el estado de ánimo en el momento de su muerte, a fin de

configurar la autopsia psicológica, es la carta suicida, que casi siempre se consigue en la escena de la muerte del individuo objeto del estudio.

El procedimiento para realizar la autopsia psicológica conlleva varias acciones como son la de entrevistar a quienes conocían a la persona objeto del estudio, siendo muy importante sus familiares, amigos y compañeros de trabajo; revisar los rastros criminalísticos que se hayan podido producir con la acción suicida por lo que es importante revisar las actas que la policía ha podido levantar; tomar en consideración la forma de vida del sujeto en estudio; examinar los escritos que haya podido dejar y dentro de ellos es de gran importancia la carta suicida.

Existen opiniones de algunos expertos que ponen en duda la confiabilidad de las autopsias psicológicas debido a la lógica imposibilidad de corroborar sus conclusiones con entrevistas al sujeto del cual se trate, así como los testimonios de testigos que no se ajustan a la realidad, distorsionando los recuerdos ya sea consciente o inconscientemente. Es por ello que son clave las evidencias dejadas por la propia persona fallecida como son diarios que ha podido llevar, escritos aislados o cartas enviada a familiares y amigos. Dentro de estos elementos destaca la carta suicida, que usualmente es breve, escueta, por lo que es difícil deducir de esas pocas palabras fundamentales conclusiones que ayuden al experto en su labor. Sin embargo, esto cambia totalmente cuando el sujeto cuya conducta psicológica se investiga escribe copiosa y detalladamente la situación en la cual está viviendo antes de su muerte, e inclusive, reparte sus bienes entre su familia como a veces ha sucedido. En esos casos de cartas suicidas atípicas por su extensión, su importancia resalta, dándole al experto profesional de la psicología o de la psiquiatría valiosos elementos para llegar a conclusiones convincentes.

La Autopsia Psicológica es una experticia fundamental en los casos de suicidio. Como se concluye en el acta de la autopsia psicológica realizada en este caso, ciertos sentimientos son característicos en la etapa suicidogénica de una persona, como el enojo, la rabia, la venganza, la vergüenza y una de las acciones características en esta etapa crítica y final de la vida, como anteriormente se afirmó, es regalar o repartir los bienes que se poseía entre los familiares y otras personas del entorno íntimo.

En el asunto que se tomó para el desarrollo de este trabajo se realizó una Autopsia Psicológica que fue crucial para la decisión que pronuncié. Efectivamente, un destacado e ilustre psiquiatra encabezó la comisión que se conformó para realizarla, el doctor Rubén Rendón Aponte. Si bien es cierto que la vida escapa del cuerpo físico, queda este como testimonio de esa existencia y revelando, con sus lesiones, la razón de su muerte. Así mismo ese ser en vida deja rastros de cómo se comportaba, como pensaba y cuáles eran sus problemas vitales. Estos rastros son colectados a través del testimonio de quienes lo conocieron, y más importante, a través de documentos cartas o escritos que en general dejara.

El primer requisito para para realizar la experticia sobre dichos documentos es tener la certeza de que fueron producidos por la persona a la cual se les atribuye. Una vez precisada su indubitable origen, los facultativos realizan su labor desentrañando las circunstancias vitales de esa persona a los fines de la administración de

justicia, como se lee en el dictamen de la Autopsia Psicológica: “...se pretende contribuir al esclarecimiento del hecho, a través de la reconstrucción detallada de la vida del sujeto, de su conducta, personalidad, historia familiar y social, y en especial, averiguar los momentos cruciales previos a la muerte de la paciente”.

Con las pruebas testimoniales y principalmente documentales que se examinaron me convencieron en mi función de juez de la certeza de que Lorena Márquez de Capriles, al momento de su muerte, enfrentaba una verdadera crisis existencial debido a problemas que confrontaba con su esposo, su familia, su trabajo, sus estudios y su situación financiera, lo que produjo en ella un cuadro que los facultativos diagnosticaron en su peritaje como “un conflicto suicidogénico”.

Se lee en el dictamen:

La persona que escribe la carta se dirige alternativamente a sus seres queridos: padres y esposo, comunicándoles la situación desesperada que atraviesa.

Todo hace que se sienta rechazada, despreciada y abandonada, objeto de una venganza que la amenaza con la pérdida del ser querido, del hogar, de su rol de mujer y le refuerza la sensación de fracaso, de inseguridad y el temor de enfrentar la vida en forma adulta... Vive un estado de intenso y sostenido estrés emocional mantenido por una parte por la relación conflictiva con el esposo que la hace expresar que prefiere morir, por otra parte por la inmensa culpa generada al sentir que ha defraudado a sus padres y demás familiares. Así mismo parece no haber existido en su vida la presencia masculina adecuada. Faltó su verdadero padre y con el padrastro no lograba comunicarse, sintiendo por él “respeto y pánico”; y una clara relación desarmonica con el esposo. Expresa en forma clara y destaca con firmeza sus deseos u órdenes para que parte de sus valores materiales (cuenta corriente, carro, joyas), sean entregados a su madre. Así mismo manifiesta en forma reiterada: agradecimiento, amor, da gracias y solicita perdón a sus seres queridos que la ayudaron y a quienes en ocasiones contrario y no siguió sus consejos.”

En las conclusiones del dictamen los expertos escribieron:

“Esta persona al momento de escribir la carta presentaba 1) Un cuadro depresivo intenso, caracterizado principalmente por: tristeza, angustia, sentimientos de culpa, desvalorización, soledad y vergüenza, desencadenados probablemente por la situación conflictiva con el marido y los familiares; 2) Presencia de un Conflicto Suicidogénico, frecuente en los estados depresivos, que puede ser importante en la génesis de una conducta suicida; 3) En la carta hay un tono de despedida con expresiones de deseos de morir y de pérdida de interés por la vida y la presencia de ideación e intención suicidas”.

Los expertos se refieren a lo atípico de la carta por su extensión, pero no habiendo duda de que la escribió Lorena Márquez, como se explicó antes, esto confirma que no fue obligada a escribirla, pues de ser así los

que presuntamente la obligaron hubieran preferido que la hiciera en una nota breve, sucinta. Esta hipótesis creada por algunos medios de comunicación amarillista, se aleja aún más de la realidad, por el hecho, como lo expresan los expertos, que la nota suicida fue escrita durante varios días.

Leyendo de nuevo las anteriores conclusiones, a más de 30 años después de escritas, me siento de nuevo profundamente consternado por la certeza del desconsuelo que acompañaba a esta joven señora mientras decidía poner fin a su vida.

Por qué se suicidan las personas

El médico psiquiatra que participó en la realización de la Autopsia Psicológica, Rubén Rendón Aponte, profesor universitario y especialista en conductas suicidas, quien en vida gozó de renombre nacional e internacional, fue entrevistado por periodista del diario El Nacional, antes de producirse la muerte que se investiga, a principios de los años noventa y declaró que “...se puede encontrar individuos cuya conducta suicida abrumado en el conflicto suicidogénico, que se entiende como un círculo mortal donde la incomunicación y la angustia se integran en binomio letal, le permitirá que la soledad, la culpa, la rabia sean sentimientos aislados o combinados que lo lleven a vivenciar los deseos de morir, de ser muertos o de matar, los cuales al expresarse a través de la tristeza, de la desvalorización y de la agresividad generan finalmente la depresión o el suicidio”.

Rendón Aponte atribuye como causas principales que provocan esta crisis los problemas familiares y los conflictos sentimentales, los cuales estuvieron presentes en el caso que nos ocupa. Agrega que “...en los albores del año dos mil, el hombre no ha podido dilucidar el gran misterio del suicidio. Las ideas de los estudiosos modernos en la conducta suicida no difieren notablemente de las expresadas por los filósofos de la antigüedad. Seguimos sin saber que sendero oculto conduce al ser humano a la autoliquidación”.

A pesar de ello y ante la trágica evidencia de la muerte de Lorena Márquez de Capriles, causada por un disparo con arma de fuego, en la Autopsia Psicológica se llegó a la conclusión de que “...sufría una crisis suicidogénica que puede ser importante en la génesis de una conducta suicida”. Y es por ello, que tal circunstancia, unida al resto de las pruebas que válidamente se apreciaron me hizo llegar a la conclusión de que la persona fallecida fue quien manipuló el arma al momento de producirse el disparo mortal.

Los medios de comunicación y la manipulación mediática

Si se consulta a Google y se coloca el nombre de Lorena Márquez, enseguida aparecerán sitios titulados como: “El asesinato de Lorena Márquez de Capriles (LMC)”; “En 1991 LMC fue asesinada”; “Venezuela: asesinatos por drogas (en referencia a la muerte de LMC)”; “En 1991 el asesinato de LMC”; “El caso Lorena: cuando la policía se suicida”; “Asesinatos que conmovieron a Venezuela (se incluye la muerte de LMC)”; “Infame asesinato (refiriéndose a la muerte de LMC)”. Y no son todos los que se consiguen con esta falaz hipótesis.

Aisladamente aparece una que otra referencia con base en la hipótesis del suicidio y al contenido de la decisión tomada por mí, en correspondencia con la dictada por la Juez de Primera Instancia Nelly Rojas.

¿A qué se debió tan inusitado despliegue mediático?

En primer lugar, a la disparidad de criterio entre el Comisario Jefe de Homicidio de la PTJ Alexis Bolívar y el Director del cuerpo policial, Mauro Yáñez Pasarela. Este tipo de discrepancia es usual internamente entre funcionarios policiales, lo que no ha debido suceder es que se hiciera público: mientras Bolívar declaró a la prensa que era un homicidio, pero presuntamente debido a un robo que culminó en homicidio perpetrado por un desconocido, Yáñez dijo que se estaba en presencia de un suicidio. Conducta insólita y delictiva de estos jefes policiales. En la decisión que dicté, ordené abrirles averiguación penal a ambos jerarcas policiales.

Aparte de este gravísimo error de Bolívar y Yáñez, que desató un torbellino de información desde el día siguiente de la muerte que se investigaba, también colaboraron en el despliegue informático dos personas relacionadas a través de circunstancias diferentes con el caso.

En primer lugar, el padrastro de Lorena Márquez, un publicista con gran poder sobre los medios, Andrés Galdo, de quien por cierto en su nota suicida escribe su hijastra que le tenía “pánico”. Este publicista se dio a la tarea de crear dudas acerca de la hipótesis del suicidio, a través de declaraciones en medios nacionales y regionales difundiendo conjeturas falsas acerca de cualquier detalle relacionado con el hecho.

Es así que el señor Galdo aseveró suposiciones como: que el cuerpo presentó la planta de los pies sucios pues estando descalza fue perseguida por sus homicidas en el estacionamiento del edificio (con lo que se explicó antes se demostró que tal aseveración es falsa); que el cuerpo no presentó rastros de pólvora deflagrada por lo que el disparo no fue a próximo contacto propio de los suicidas (lo cual fue desvirtuado mediante la experticia química respectiva); que la franela que vestía el cuerpo estaba puesta al revés por lo que la colocaron después de la muerte (de como vestía las franela no se puede desechar la hipótesis del suicidio y acoger la del homicidio); que la franela en cuestión tenía orificio de entrada del proyectil, pero no el de salida (antes se explicó también la trayectoria desviada del proyectil que produjo tal circunstancia); que el sitio de la muerte fue diferente de aquel en donde se consiguió el cadáver (la trayectoria balística precisada con las evidencias conseguidas en la habitación en donde apareció el cuerpo demuestran que fue allí en donde se produjo el disparo mortal); que había múltiples rastros de sangre en varias parte del apartamento y del edificio de los hechos (lo cual se desvirtúa con lo explicado antes); que la herida le produjo una muerte instantánea por lo que no se pudo levantar de la cama en donde recibió el disparo (luego de heridas como las sufridas la sobrevivencia se extiende por muy corto tiempo, pero suficiente según los expertos para levantarse de la cama en donde se produjo el disparo, ya que fue una muerte inmediata, mas no instantánea); que el arma utilizada estaba en su funda cuando llegó la comisión policial (aseveración de la cual se comprobó su falsedad, con la declaraciones de funcionarios y con el acta de inspección ocular realizada en la habitación poco después de conseguido el cuerpo sin vida).

Es largo enumerar la cantidad de conjeturas que tanto Galdo, como periodistas amarillistas y curiosos opinadores, que nunca faltan, inventaron para desviar la percepción del asunto como un suicidio y presionar a los jueces que debíamos decidir el asunto que lo hiciéramos conforme a sus pretensiones. En mi decisión que es reproducida íntegramente en el libro “Fue Suicidio” (Vadell Hermanos Editores, 1992), me detengo en cada una de esas falaces hipótesis devastando su credibilidad con elementos de convicción que se deducían de las pruebas practicadas. En este artículo no podría hacerlo por razones de espacio, sin embargo, algunas de esas ficciones o patrañas, son desechadas a través de las explicaciones anteriores.

La otra persona que colaboró con la falsa matriz de opinión que se suscitó, fue para el entonces diputado y dirigente del partido COPEY, Paciano Padrón, quien actualmente se dedica a la academia y es un distinguido profesor de la Universidad Metropolitana. Sería aventurado afirmar que esta persona procedió de mala fe, en el sentido de que haya sabido que no se había cometido un homicidio, pero el feroz ataque que generó contra mí, inclusive al relacionarme públicamente con el narcotráfico al conocerse el contenido de mi decisión, hace buscar la causa de su arremetida implacable y, sobre todo, debido a que hasta esa oportunidad habíamos tenido un trato cordial por años.

Manuel Capriles, un hermano de Manasés Capriles, esposo de Lorena Márquez, era el Secretario General de Gobierno del Gobernador del Estado Aragua, Carlos Tablante. Se quería involucrar a Tablante como cómplice o encubridor en el supuesto homicidio al proteger al autor de tal delito y manipular la escena del hecho. En la elección que llevó a Tablante a la Gobernación de Aragua había a otro contendiente que por supuesto la perdió: Paciano Padrón. Así que los jueces que decidimos el asunto en el Estado Lara nos vimos envueltos en un pugilato político partidista que se desarrollaba en el Estado Aragua, todo gracias a que la causa fue radicada de Aragua a Lara debido al escándalo que generó el hecho.

En mi decisión en un aparte que titulé “Los medios de comunicación y la opinión pública”, escribí que:

“En casi 25 años que este sentenciador tiene laborando en la administración de justicia, no había visto, como en este caso, un manejo tan hábil y eficaz de los medios de comunicación para sensibilizar a la opinión pública y hacerla creer una versión de lo sucedido. El manejo de información, que ha debido quedar en el expediente por tratarse de información propia del sumario, salió a relucir en abundantes especies noticiosas que traspasaron la frontera nacional.

Existe otra consecuencia negativa de tal actitud que es “encallejónar” al juez, quien se ve acorralado entre la opinión pública manipulada y las actas que componen el expediente, y a veces, muchas de ellas, tales actas no se corresponden con la información que ilegalmente se ha dado a los medios de comunicación. Pues bien, las pruebas practicadas indican lo contrario, la manipulación de la opinión pública no puede, como es obvio, cambiar lo que pasó. Lo que se va a decidir no es producto de complicados tecnicismos jurídicos-judiciales. Se va a decidir con base en los hechos, a evidencias que se trajeron a las actas, se va a decidir

conforme a la verdad de lo sucedido. Por lo anterior es que la dispositiva de esta decisión tiene por base hechos incontrovertiblemente probados, que, en su conjunto, nos dan una versión veraz de las causas que desencadenaron la muerte de Lorena Márquez de Capriles, el 18 de junio de 1991, entre las 9 y las 11 de la mañana, en el apartamento 01 de las Residencias TEO, en la ciudad de Maracay”.

Conclusión

Todavía, apenas en el mes de agosto del año pasado, luego de 31 años del trágico suceso, en el Diario El Universal, un falaz profesional del periodismo, con base en una sarta de mentiras, volvió a propagar la hipótesis del homicidio. Los directivos del diario amablemente me dieron espacio para escribir una réplica a tal escrito. Allí escribí que el Ministerio Público, desde el Despacho del Fiscal General de la República, opinó que la decisión estaba de acuerdo con los hechos probados y el Derecho vigente, por lo que no formalizaron el respectivo recurso ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sólo formuló tal recurso de casación la parte acusadora. Además, reproduje las conclusiones a las cuales llegué en mi decisión:

“1) El arma utilizada en el hecho era propiedad o estaba en posesión de la joven fallecida; 2) sólo aparecen huellas dactilares de Lorena Márquez en el arma, consiguiéndose en su mano derecha trazas de disparo recientemente realizado; 3) en el apartamento en donde vivía el matrimonio Capriles-Márquez no entró ni salió nadie el día de los hechos fuera de su esposo; 4) Manasés Capriles comprobó de manera indubitable que se encontraba en sus labores habituales el día de los hechos; 5) el disparo fatal se efectuó en el apartamento en donde vivía el matrimonio y fue realizado a próximo contacto, siendo imposible que lo realizara otra persona distinta a Lorena Márquez, por la trayectoria intra y extra orgánica y por el sitio que ocupaba en la cama litera cuando se produjo; 6) el proyectil colectado al lado del cadáver fue el disparado, consiguiéndose en él adherencias de la pared con la cual chocó y sangre, coincidiendo su conformación con las características morfológicas de la huella dejada en la pared; 7) en el apartamento en donde apareció el cuerpo se consiguió una nota suicida; 8) según Autopsia Psicológica Lorena Márquez presentaba serios conflictos personales, conyugales, familiares y laborales, lo cual hizo concluir a los facultativos que sufría un conflicto suicidogénico”.

Para mí hubiera sido mucho más cómodo complacer a la opinión pública manipulada a través de los factores ya precisados, que lograron crear la matriz de opinión del homicidio que perdura indefinidamente en el tiempo, pero eso no era lo que se deducía de las pruebas realizadas. Lo que se probó sin ningún género de duda, es que la desventurada joven realizó el disparo que le quitó la vida. Para declarar eso en una decisión judicial fue necesario tener la entereza necesaria como para que la presión de la opinión generalizada no desviara la misión que juré cumplir, en lo cual me acompañaron digna y valerosamente la juez de primera instancia Nelly Rojas, así como el Fiscal General de la República de esa época, Ramón Escovar Salón.

Homicidio/suicidio: un análisis desde la perspectiva de la psicología forense



167

VÍCTOR HUGO MÉNDEZ TOVAR¹

1. Definición y Características

En el Homicidio / Suicidio se expresan episodios de violencia ocurridos en la mayoría de los casos en el ámbito familiar donde el agresor se suicida tras haber acabado con la vida de su víctima. Este tipo de conductas son consideradas como una tipología distinta al homicidio o cualquiera de sus formas y al suicidio, a pesar de que integra elementos de ambos.

Los homicidios-suicidios se producen en la mayor parte de los casos en un contexto familiar, de modo que la estadística de incidencia aumenta si solo se contemplan los homicidios familiares.

Los términos homicidio-suicidio (en adelante HS), asesinato-suicidio, muerte diádica o suicidio ampliado hacen referencia al evento violento en el cual el agresor, tras acabar con la vida de la víctima, acaba con la suya propia.

Debe añadirse que no existe consenso acerca del intervalo máximo de tiempo entre el acto homicida y el acto suicida, pues oscila entre las 24h y una semana o incluso 30 días, aunque algunos no consideran que sea un criterio de inclusión en sí mismo.

El fenómeno del homicidio seguido de la conducta suicida del agresor es un episodio de violencia interpersonal de naturaleza distinta a las conductas homicidas y suicidas por separado. Aunque su incidencia, según los estudios, sea mucho menor que los homicidios o los suicidios, constituye un evento cuyas consecuencias afectan a un mayor número de personas, pues no solamente se ven afectadas las personas cercanas a la víctima, sino que también lo sufren los allegados de los agresores.

Existe un necesario vínculo emocional entre el acto homicida y el acto suicida lo que pone de relieve precisamente que este fenómeno ocurra mayormente con personas conocidas, en concreto con algún miembro de la familia, así como en las relaciones de pareja o análogas relaciones de afecto, sin excluir a las exparejas.

1 Psicólogo Forense graduado en la Universidad Central de Venezuela, actual Presidente del Colegio de Psicólogos del Estado Miranda, conferencistas y profesor universitario, Instructor de Técnicas de Interrogatorio y Entrevistas en la Escuela de Orden Interno, Ex Director de Formación Especializada en Tratamiento de la Víctima en el Ministerio de Interior y Justicia, Ex funcionario del Ministerio Público (CONAPRO).

2. Características del agresor y la víctima.

El agresor en mayor medida es de sexo masculino –de entre unos 36 y unos 65 años. Usualmente algo mayor que la víctima, quien suele ser del sexo femenino y mantiene o ha mantenido una relación de pareja con el agresor o bien se encuentran en trámites de separación.

Agresor y víctima suelen encontrarse en situaciones de violencia contra la pareja o bien episodios de conflicto por celos amorosos, infidelidades o sentimientos de traición del agresor. Usualmente el agresor utiliza un arma de fuego para llevar a cabo la conducta homicida y poco después se suicida.

Otro dato relevante es la presencia de psicopatología en los agresores, en la mayor parte de los casos depresión, entonces la psicopatología se configuraría como factor de riesgo.

Los filicidios–suicidios generalmente son cometidos por un varón, de edad media entre 34 y 40 años de edad, casado, separado o divorciado y en aproximadamente tres cuartas partes de los casos son padres o padrastros que atacan a sus víctimas en el hogar y en el contexto de problemas en la pareja, así como problemas de salud o estresores sociales.

Deben matizarse las diferencias respecto de los agresores masculinos y las agresoras: en prácticamente la totalidad de los casos de mujeres agresoras, éstas eran madres de edad inferior a los agresores masculinos, madrastras o como mínimo ostentaban el estatus de cuidadoras, sin embargo, los hombres, en solamente en un 41% de los casos podían ser considerados cuidadores principales de la víctima.

Las víctimas, por su parte, en un 69,2% de los casos no supera los 10 años de edad (con una media de entre 4 y 6 años), es decir, los menores de 10 años y en especial los que se encuentran entre 1 y 5 años tienen un mayor riesgo de ser víctimas de filicidio-suicidio, indistintamente de si son niños o niñas.

La forma más usual de causar la muerte de los niños(as) (en prácticamente el 60% de los casos) es el uso de armas de fuego tanto para el episodio de homicidio como para el suicidio, pero se exponen como métodos alternativos el apuñalamiento, el envenenamiento y el ahorcar, estrangular o ahogar, todos ellos con incidencias similares.

Los HS parecen tener relación con el ámbito familiar y la presencia de distintos estresores como la existencia de conflictos familiares o conyugales o bien la pérdida del trabajo, en otras palabras, la perspectiva criminológica de la tensión social podría dar razón de por qué ocurren los HS.

3. Teorías explicativas

Desde la perspectiva de la teoría general de la tensión de Agnew (1992) las situaciones de génesis de tensión (cuya procedencia es la imposibilidad de alcanzar objetivos sociales positivos, la privación de gratificaciones esperadas o poseídas o bien la imposibilidad de huir de situaciones negativas o aversivas) provocan en los individuos emociones como la ira, el miedo o los celos, así, la respuesta del individuo ante dichas emociones serán conductas posiblemente antisociales.

Teniendo en cuenta la particular perspectiva de los HS, la tensión acumulada por el agresor fruto de los distintos estresores podría motivar su respuesta conductual en forma de homicidio, sin embargo, lejos de aliviar las tensiones y emociones negativas, el homicidio solamente aumentaría el estrés y tensión del agresor, cuya respuesta final ante esto sería el suicidio.

Harper y Voigt (2007) nos hablan de 3 elementos básicos en todo Homicidio/Suicidio:

- Estructuras intensas de conflicto, o elementos estructurales proclives a generar violencia como el estatus social, las relaciones desiguales u otros desencadenantes como enfermedades o la pérdida del trabajo.
- Elementos de fracaso, frustración o anomia social.
- Elementos relacionados con el poder y el control.

Desde este modelo explicativo, ante la imposibilidad de conseguir objetivos deseables, como dinero o un estatus de superioridad, la pérdida de la pareja, o el no tener el dominio de la situación serían estructuras de conflicto motoras de sentimientos de frustración, fracaso o pérdida de control en el agresor, y esto en primer lugar lo conduce a perpetrar la conducta homicida.

La consecutiva conducta suicida sería fruto de la determinación de acabar con los sentimientos de frustración, fracaso, otorgando a la víctima/s parte de la responsabilidad del fracaso y humillación ante el abandono de la mujer o bien una respuesta a los sentimientos de culpabilidad del agresor.

4. Clasificación

- Conflicto: En este tipo destaca la presencia de una disputa previa del agresor con la víctima, distinguiendo en este punto entre dos subcategorías: aquéllos agresores cuya respuesta ante el conflicto es inmediata, de cariz más reactivo, y aquéllos cuya respuesta es una agresión con un grado de planificación más elevado.

- Altruismo: Desprende dos posibles consecuencias: el suicidio ampliado, donde las víctimas son dependientes del agresor y éste considera menos doloroso acabar con sus vidas antes de acabar con la suya propia, y los compasivos, quienes actúan promovidos a su vez por razones humanitarias y deciden acabar con algún tipo de sufrimiento que padece la víctima y, acto seguido, realizan el acto suicida.
- Psicopatológico: Los episodios de violencia homicida-suicida de este tipo de agresores se deben a la existencia de un trastorno de personalidad o mental grave.
- Otros: Recoge en esta categoría aquellos HS no concordantes con las tres categorías anteriores, siendo ejemplo de ello aquellos HS donde la muerte de la víctima se produce accidentalmente o simplemente ésta es desconocida.

Bibliografía

- Agnew, R. (1992). Foundation for a General Strain Theory of Crime and Delinquency. *Criminology*, 30(1), 47–87. doi: /10.1111/j.1745-9125.1992.tb01093.x
- Banks, L., Crandall, C., Sklar, D., & Bauer, M. (2008). A comparison of intimate partner homicide to intimate partner homicide-suicide: one hundred and twenty-four New Mexico cases. *Violence against Women*, 14(9), 1065–1078. doi: 10.1177/1077801208321983
- Bourget, D., Gagne, P., & Whitehurst, L. (2010). Domestic Homicide and Homicide-Suicide: The Older Offender. *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 38(3), 305–311.
- Caparrós Peláez, Francesc Xavier (2017). Homicidio–Suicidio Aproximación al homicidio–suicidio. Estudio piloto en una muestra española con conducta parasuicida. Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona.



La autopsia médico-legal en los casos de femicidio



171

ANTONIETA DE DOMINICIS MINERVINI¹

Femicidio según la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2021), en el artículo 19, numeral 24 se define como: *“Es la forma extrema de violencia de género, causada por odio o desprecio a su condición de mujer que degenera en su muerte, producidas tanto en el ámbito público como en el privado”*.

Nos preguntamos ¿Cuándo se considera odio o desprecio a la condición de mujer? La respuesta a esta pregunta la encontramos en el artículo 73 de la misma Ley, donde se considera que el odio o desprecio a la condición de mujer ocurre cuando se presentan algunas de las siguientes circunstancias:

1. *En el contexto de relaciones de dominación y subordinación basadas en el género.*
2. *La víctima presenta signos de violencia sexual.*
3. *La víctima haya sido sometida a tratos crueles e inhumanos o presente lesiones o mutilaciones degradantes o infamantes previas o posteriores a su muerte.*
4. *El cadáver de la víctima haya sido expuesto o exhibido en lugar público.*
5. *La persona que comete el delito se haya aprovechado de las condiciones de riesgo o vulnerabilidad física o psicológica en que se encontraba la mujer.*
6. *Se demuestre que hubo algún antecedente de violencia contra la mujer en cualquiera de las formas establecidas en esta Ley, denunciada o no por la víctima.*

Es pertinente mencionar los casos de femicidios agravados, los cuales se presentan en las siguientes situaciones según se refiere en el artículo 74 de la ley en comentario:

1. *Cuando medie o haya mediado entre la persona agresora y la víctima una relación conyugal, unión estable de hecho o una relación de afectividad, con o sin convivencia o un vínculo de consanguinidad o afinidad.*

¹ Médico Cirujano y Especialista en Anatomía Patológica por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Especialista en Medicina Forense, reconocida por el Colegio de Médicos del Estado Miranda. Especialista y Magíster en Criminalística, IUPOLC. Fue Jefe de la División Nacional de Anatomía Patológica de la Coordinación Nacional de Ciencias Forenses del CICPC, entre los años 1999-2004. Miembro Fundador de la Sociedad Venezolana de Criminalística. Actualmente Presidente de la Sociedad Venezolana de Medicina Forense y Secretaria General de la Sociedad Venezolana de Criminalística.

2. *Cuando medie o haya mediado entre la persona agresora y la víctima una relación laboral, académica, profesional, que implique confianza, subordinación o superioridad.*
3. *Cuando el acto se haya cometido en menosprecio del cuerpo de la víctima o para la satisfacción de instintos sexuales.*
4. *Cuando el acto se haya cometido durante la ejecución del delito de trata de mujeres, niñas y adolescentes por redes de delincuencia organizada.*

Del análisis de este artículo, se desprende que el legislador consideró que estas situaciones arriba señaladas deben estar presentes para considerar el caso como femicidio agravado.

Por otra parte, la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud, describen cuatro tipos de femicidio, los cuales son:

1.- *Femicidio íntimo*: es el asesinato de la mujer cometido por la pareja o ex pareja. Estas muertes se inscriben generalmente en un ciclo de distintos tipos de violencias previas (psicológica, verbal, física, sexual, y otras) que culminan en el acto femicida. Estos incidentes previos de violencia pueden haber sido denunciados por la víctima o no; de allí la importancia de recoger toda la información sobre la agresión a la mujer. Sin embargo, un femicidio íntimo puede no haber sido antecedido por incidentes de violencia. La existencia de estos episodios de violencia no constituye una condición sine qua non de femicidio íntimo y su inexistencia no descarta el asesinato de la pareja.

El femicidio íntimo no solo es la consecuencia más extrema de la violencia infligida por la pareja, sino que también tiene repercusiones profundas y prolongadas en el entorno que rodea a las mujeres. Por ejemplo, los hijos supervivientes de esas parejas sufren efectos duraderos porque pierden a su madre asesinada, su padre encarcelado y ellos a menudo tienen que abandonar su hogar paterno y adaptarse a un ambiente donde quizá sean encasillados como hijos del asesino.

2.- *Femicidio no íntimo*: es el cometido por alguien que no tiene una relación íntima con la víctima. La mujer puede ser víctima de cualquier delito de violencia interpersonal como miembro de la sociedad.

3.- *Asesinato en nombre del “honor”*: son aquellas mujeres que son asesinadas por un miembro masculino o femenino de la familia por una transgresión sexual o conductual supuesta o real, como el adulterio, relaciones sexuales o embarazo fuera del matrimonio.

4.- *Femicidio relacionado con la dote*: es el asesinato de mujeres vinculada con prácticas culturales que se relaciona con la dote. Afecta a mujeres recién casadas que son asesinadas por miembros de su familia política a causa de conflictos relacionados con la dote.

En vista de que una de las violencias que padecen con mayor frecuencia las mujeres, es la violencia de pareja, consideramos que es fundamental referirnos al **Síndrome de Maltrato a la Mujer**, que según LORENTE (2000) se entiende como “*Conjunto de lesiones físicas y psíquicas resultantes de las agresiones repetidas llevadas*

a cabo por el hombre sobre su cónyuge, o mujer a la que estuviese o haya estado unido por análogas relaciones de afectividad". Es decir, es alguien que mantiene o ha mantenido una relación de afectividad de pareja con la víctima.

Aspectos médico-legales: El maltrato a la mujer conlleva la realización de sucesivas agresiones tanto psíquicas como físicas. El cuadro lesivo comprende una gran variedad de lesiones físicas dentro de la traumatología forense, estas agresiones pueden ir desde una simple equimosis hasta lesiones graves como las producidas por diferentes tipos de armas, como arma de fuego o arma blanca, que incluso pueden llegar a provocar la muerte de la víctima.

A. **Contusiones.-** A continuación mencionaremos algunas de las contusiones más frecuentes:

1.- **Equimosis:** llamadas también cardenal, son contusiones superficiales, sin afectación de la piel, que consiste en la extravasación e infiltración hemática difusa en el espesor de los tejidos contundidos, sin relieve sobreelevado de la piel, por lo tanto, es visible pero no palpable. Se sitúan habitualmente en el punto de aplicación del traumatismo, pero se les encuentra también a cierta distancia de éste, debido a la migración de la sangre por efecto de la gravedad a lo largo de las vías anatómicas hasta llegar a depositarse en los sitios declive. Ejemplo de este tipo de contusiones tenemos, las sugilaciones que son equimosis por succión, coloquialmente llamados "chupón", suele observarse en agresiones sexuales.

Las equimosis "con forma" o "figurada" pueden reproducir el agente que ha provocado la lesión, en tal sentido, se observan equimosis alargadas reproduciendo instrumentos utilizados para golpear como bastones, cinturones, látigos; improntas digitales de forma ovalada, debido a la compresión de los pulpejos de los dedos sobre la cara interna de los muslos en casos de delitos sexuales o en el cuello en caso estrangulación a mano, y otros, por consiguiente son de gran interés médico-legal porque identifican el medio lesivo.

Estas equimosis son lesiones vitales por excelencia, si no hay vida, no hay circulación, no hay hemorragia o presión hemática que infiltre los tejidos. Es indiscutible la importancia que tiene el examen visual minucioso y detallado para confirmar la vitalidad de una lesión, solo si este examen resulta dudoso se utilizaran otros marcadores de vitalidad, como el examen microscópico, marcadores bioquímicos, entre otros.

Como la equimosis se debe a sangre extravasada, los cambios que la hemoglobina va experimentando le comunican una sucesión de colores que tienen un gran interés médico-legal, esto, permite con cierto margen, estimar la antigüedad de la lesión y por lo tanto, determinar la data aproximada médico-legal de la equimosis. Estos cambios cromáticos dependen de las transformaciones bioquímicas experimentadas por el pigmento hemático de la sangre que infiltra los tejidos; la hemoglobina se transforma sucesivamente en hemosiderina, hematoïdina y hematina, para luego desaparecer gradualmente por degradación enzimática.

Según VARGAS ALVARADO (2005), las equimosis cutáneas siguen los siguientes cambios cromáticos:

- **Rojo violáceo.** Primer día;
- **Violeta negruzco.** Segundo y tercer día (por desprendimiento de la hemoglobina);
- **Azulado.** Del cuarto al sexto día (hemosiderina);
- **Verdoso.** Del séptimo al duodécimo día (hematoidina);
- **Amarillento.** Del decimotercero al vigesimoprimer día (hematina);

Existen dos tipos de equimosis las subconjuntivales y las subungueales que no sufren estas transformaciones cromáticas, las primeras no cambian de color, van atenuándose progresivamente hasta desaparecer, y las subungueales pueden oscurecerse, manteniéndose así hasta su desaparición por el crecimiento ungueal.

2.- **Hematoma:** se define como una colección de sangre extravascular en los espacios tisulares, procedente de los vasos sanguíneos lesionados por impacto mecánico, con integridad de la epidermis. En el hematoma a diferencia de la equimosis, predomina la colección de sangre sobre la infiltración de los tejidos, la pérdida hemática es de gran magnitud debido a la ruptura de vasos de mayor calibre, la piel se despega y hace relieve, por eso, el hematoma es visible y palpable. Los hematomas al igual que las equimosis puede reproducir el agente que produjo la lesión; así como, sufren también cambios cromáticos al igual que las equimosis.

3.- **Excoriación:** es una lesión superficial de la piel que se caracteriza por el desprendimiento de los estratos cutáneos superficiales de la epidermis que alcanza áreas de la dermis papilar, y puede interesar también parte de la dermis reticular, con denudamiento del corion. Son lesiones frecuentes en casos maltrato contra la mujer, maltrato de niños, en delitos sexuales, en estrangulación a mano, en casos de sofocación donde se utiliza la mano para ocluir boca y nariz, observándose excoriaciones dejadas por las uñas alrededor de los orificios respiratorios.

La forma de la excoriación puede ser irregular o figuradas, estas excoriaciones figuradas, son de gran interés médico-legal porque permiten establecer el elemento productor, su morfología hace remedar al instrumento que produjo la lesión. Entre ellas se tiene:

1) Estigmas ungueales: se trata de una excoriación en forma semilunar o arqueada, reproduce el borde libre de la uña, por lo que en su producción interviene solo la presión de la uña sobre la piel.

2) Excoriaciones lineales alargadas o rasguños: se debe a que la uña profundiza en la piel y luego se desliza a lo ancho, es más o menos larga y tiene un borde inicial ligeramente convexo y otro terminal ligeramente cóncavo, mientras que los bordes laterales rectilíneos son poco netos.

3) Excoriaciones lineales en forma de cinta: son producidas por flagelaciones con látigos, bastones, correas, y otros.

4) Excoriaciones en forma de suela de calzado: como consecuencia de patadas o puntapiés, si el traumatismo se recibe con el tacón, la excoriación tiene forma de herradura.

4.- **Herida contusa:** son lesiones producidas por la acción de objetos romos que aplicados con una fuerza considerable vulnera la resistencia elástica de la piel y tejidos subyacentes produciendo una solución de continuidad. La herida contusa tiene las siguientes características:

1. Es irregular, anfractuosa;
2. Bordes contundidos, equimóticos, poco netos, deshilachados, despegados;
3. Paredes con puentes de tejido o puentes de unión;
4. Fondo anfractuoso, contundido;
5. Profundidad variable y desigual.

Es importante saber diferenciar una herida pre mortem de una post mortem, el anatomopatólogo forense está capacitado por su experiencia práctica a diagnosticar macroscópicamente una lesión de origen vital o post mortem. Si la herida fue infligida en vida, el tejido dañado, principalmente la piel, mostrará la típica respuesta inflamatoria aguda que se manifestará por los conocidos signos de Celso (calor, rubor, tumor y dolor) y si la lesión fue producida después de la muerte, la reacción vital no se produce y por consiguiente no se presentarán los signos de la inflamación.

5.- **Mordedura:** es una lesión contusa, producida por la violencia mecánica ejercida por los dientes humanos o de animales. Las heridas en el caso de mordeduras humanas presentan a lo largo de sus bordes las huellas de los dientes que las han producido, formando la mayoría de las veces, excoriaciones que suelen disponerse en forma semilunar o paréntesis opuestos por la concavidad, en ocasiones dibujan incluso las dos arcadas dentarias.

Es recomendable, realizar fijaciones fotográficas de las huellas de mordedura, las cuales van desde un aspecto general hasta el detalle, son de gran importancia para el odontólogo forense en la identificación de criminales, sobre todo en los casos de delitos sexuales donde el agresor muerde a su víctima.

6.- **Descuartizamiento:** consiste en la división del cuerpo en segmentos que quedan separados entre sí. Puede hacerse con un arma blanca o con un instrumento contundente. Se caracteriza por la amputación o

desarticulación traumática por sección de los miembros o segmentos de ellos, con desprendimiento completo, y la amputación o desarticulación traumática por desgarro.

En caso de femicidio, podemos observar luego del fallecimiento de la mujer, el posterior descuartizamiento del cuerpo con la finalidad de ocultar el cadáver. La forma predominantemente lesiva es desarticulación y amputación traumática por sección, aunque es posible encontrar desgarros complementando el corte que puede ser hecho con elementos cortantes, contuso cortantes o con sierra. Debe comprobarse su carácter post mortem y determinar la causa violenta de la muerte.

B. Heridas por arma de fuego.- En cuanto a las agresiones producidas por el paso de un proyectil disparado por arma de fuego, podemos decir que son aquellos efectos lesivos ocasionados por el o los proyectiles a través de los tejidos del organismo y que puede producir el fallecimiento de la mujer. Éste proyectil va a producir un orificio de entrada, un trayecto, que sería el recorrido intraorgánico del proyectil y una lesión de salida, la cual puede faltar. En estos casos es importante que el experto forense determine con base a la morfología y características generales (halo de limpiado y halo de contusión) y particulares (quemadura, tatuaje, ahumamiento) del orificio de entrada, si el disparo fue realizado a contacto, próximo contacto o a larga distancia.

De igual forma, es fundamental determinar la dirección del proyectil, para lo cual hay que tener presente con exactitud el orificio de entrada y el orificio de salida o su alojamiento dentro el cuerpo, en caso que el proyectil no logre salir; también se puede demostrar la dirección del mismo basándose en la forma circular u ovalada que presenta el halo de quemadura, el tatuaje o el halo de contusión. En los disparos perpendiculares el halo de quemadura, de contusión o el tatuaje es circular y completo y en los disparos oblicuos son ovalados.

C. Heridas por arma blanca.- son lesiones producidas por instrumentos metálicos o similares, que atacan la superficie corporal por su filo, su punta o ambos a la vez. Las armas blancas son instrumentos lesivos de material variado, manejado manualmente, que reúnen como características particulares la presencia de filo, de punta o de ambas y que producen lesiones por un mecanismo directo, es decir, por sí mismas.

En los casos de femicidio, cuando las lesiones son producidas por armas blancas, las heridas generalmente son cortantes, punzo cortantes, punzantes y también podemos apreciar lesiones de defensa, las cuales indican el intento de la víctima de oponerse a la agresión; esta actitud desesperada de tratar de detener el acto lesivo, hace que la víctima interponga segmentos corporales a la acción del arma para detenerla o agarrarla, de lo cual resulta una o varias heridas, de profundidad y extensión variables.

D.- Asfixia mecánica.- En el femicidio, otras de las agresiones físicas de extrema gravedad que le producen la muerte, son las asfixias mecánicas, entre ellas, las más frecuentes en nuestro país son las producidas por estrangulación *a mano, a lazo*, la sofocación por oclusión de orificios respiratorios y menos frecuentes la asfixia por sumersión.

Examen de las lesiones físicas de la víctima.- El cuadro típico en el momento del reconocimiento viene determinado según LORENTE, MARTÍNEZ, VILLANUEVA (2000) por:

1.- Múltiples y diferentes tipos de lesiones con combinación de lesiones antiguas y recientes.

2.- Presencia de lesiones de defensa.

3.- Localización de gran parte de las lesiones (o las más intensas) en zonas no visibles una vez que la mujer está vestida. En este sentido suele ser muy frecuente la expresión de la mujer que manifiesta: *“mi marido ha aprendido a agredir: me pega, pero no me marca”*.

4.- Inexistencia de lesiones que indiquen extrema pasividad de la víctima.

Las circunstancias de las que depende el cuadro lesional son:

1. El grado de violencia empleado,
2. La repetición seguida de la agresión y
3. La unión del maltrato a otro tipo de hechos.

La repetición de los hechos conllevan a un incremento del grado de violencia y hacen, además, que la víctima sea incapaz de recuperarse para protegerse de la siguiente agresión al encontrarse física y psicológicamente aturdida por la rapidez de los sucesos. A pesar de estas agresiones muchas víctimas se abstienen de acudir al hospital debido a las amenazas por parte del agresor si busca cualquier tipo de ayuda. Otro dato significativo es que la mayoría de las mujeres que han sido víctima de agresiones y se deciden a ir al médico como consecuencia de las lesiones, cada vez que vuelven a acudir lo hacen con lesiones más graves, las cuales puede incluso llegar a provocar la muerte.

Ciclo del maltrato a la mujer.- El ciclo del maltrato a la mujer tiene tres fases que se repiten de forma continuada, en la mayoría de los casos. La violencia se establece progresivamente en la pareja, a menudo solo con el paso del tiempo, la víctima constata que existe una escalada de violencia, la cual empieza generalmente con agresiones psicológicas. Denigra de lo que ella es, lo que dice y hace. Más adelante se establece la violencia verbal, lo que representa la fase anterior a la agresión física; esta escalada de violencia puede llegar hasta el femicidio. La evolución puede desarrollarse a lo largo de un prolongado periodo de tiempo. Puede haber años de violencia psicológica y verbal antes de que se produzca la primera agresión física.

1.- Fase de Tensión: La relación se vuelve tensa y agresiva para la mujer, estas tensiones se establecen a partir de pequeños incidentes o conflictos, produciéndose en ocasiones episodios de agresión verbal tales como

insultos, actitudes de desprecio y amenazas cada vez más graves. Esta situación va progresando y aumentando la tensión paulatinamente.

2.- Fase de Explosión y Agresión: El agresor pasa a la acción. Esta fase del ciclo es más breve que la primera y tercera. Las consecuencias más importantes se producen en este momento tanto en el plano físico como en el psíquico, donde se continúan instaurándose una serie de alteraciones psicológicas por la situación vivida. La víctima se siente humillada, triste, impotente, desesperada frente a la agresión. La mayoría de las mujeres no buscan ayuda inmediatamente después del ataque, sino que ocultan la agresión por sentimientos de culpa, a menos que hayan sufrido importantes lesiones que requieran asistencia médica inmediata.

3.- Fase de Calma: Esta fase se caracteriza por una situación de amabilidad, amor, conductas cariñosas por parte del agresor, gráficamente se le denomina como fase de “luna de miel”. El agresor quiere hacerse perdonar y reforzar la relación, se muestra arrepentido, realiza promesas de no volver hacerlo, de tal manera que fuerza a la mujer a perdonar y olvidar el daño, siendo frecuente que recurra a la familia y amistades para que le ayuden a que la víctima lo perdone. Es una fase bien recibida por ambas partes y donde se produce la victimización completa de la mujer, ya que actúa como refuerzo positivo para el mantenimiento de la relación.

El tiempo de duración de esta fase es muy variable, aunque lo habitual es que sea inferior al de la primera y más largo que el de la segunda. Tras la tercera fase se repite el ciclo con consecuencias cada vez más traumática para la mujer. Si la mujer no recibe ayuda inmediatamente después de la agresión, la fase de calma o remisión dará comienzo, entonces será imposible movilizar a la víctima, la víctima centra todas sus esperanzas en este período de calma, creyendo que su pareja cambiará.

Cuando ocurre un asesinato de una mujer a manos de su pareja o ex pareja sin duda que esa no es la primera expresión de violencia, seguramente la mujer lleva algún tiempo, quizá años, soportando agresiones cada vez más graves que culmina con el acto femicida, en estas situaciones está indicada la práctica de la autopsia, en este caso, una autopsia médico-legal. Existen ciertos escenarios fundamentales para la investigación en los casos de femicidios, donde se puede localizar e identificar evidencias relacionadas con estos hechos delictivos, tales como la escena del crimen, levantamiento del cadáver, autopsia médico-legal, víctima, agresor, entre otros. A continuación comentaremos algunos de ellos:

1. **La escena del crimen:** es el área donde se ha cometido un hecho criminal razón por la cual debe ser delimitada y protegida a fin de evitar el acceso de extraños y asegurar la conservación del ambiente y de las cosas allí presentes, en vista que, personas curiosas o interesadas, pueden borrar o agregar rastros, huellas o evidencias en el lugar del suceso. Debemos recordar el “Principio de Intercambio”, el cual asegura que cuando se comete un delito, el delincuente siempre deja algo en el sitio del suceso y al mismo tiempo se lleva algo que no tenía (LOCARD, 1963).

La inspección de la escena del crimen debe ser realizada de forma cuidadosa, minuciosa, paciente, metódica y lo más completa posible, partiendo de lo general a lo particular, de lo esencial a lo accesorio. Es necesario

investigar utilizando un método que sea analítico y riguroso, sin obviar el mínimo detalle, aunque parezca insignificante, estos pequeños detalles pueden aclarar el misterio de ciertos delitos.

El trabajo llevado a cabo por la comisión que llega a la escena del crimen donde se ha encontrado el cadáver es muy importante, al respecto PATITÓ (2003), hace la siguiente reflexión: *“Es tan importante lo que debe hacerse como aquello que debe evitarse, porque el lugar del hecho es un espacio que debe preservarse en las condiciones originales, ya que de ello dependerá el éxito de la empresa”*.

2. Levantamiento del cadáver: es un acto médico jurídico que consiste en una serie de actuaciones realizadas por el médico forense en compañía de la policía de investigaciones penales y que consta del estudio cuidadoso y detallado de las características del lugar del suceso, de la ropa y del examen externo del cadáver, en el mismo sitio del hecho o donde fue encontrado.

GONZÁLEZ-CARRERO (2011) cuando se refiere al levantamiento del cadáver dice: *“Como este acto médico legal es ejecutado una sola vez y es irrepetible, debe realizarse con meticulosidad, exactitud, precisión y en forma completa”*, por lo tanto, el médico forense debe estar consciente de esto, tratando de realizar esta peritación a la mayor brevedad posible, trasladándose al sitio del suceso, el cual debe resguardarse hasta tanto se efectúe la inspección pericial.

En síntesis, el levantamiento del cadáver es un acto médico que debe realizarse con precisión y exactitud; el médico forense debe contribuir con el anatomopatólogo forense, recabando la mayor información posible 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, sobre la identidad del cadáver; todo esto con la finalidad de ayudar a obtener a través de la autopsia hallazgos y diagnósticos para ayudar a la investigación criminal.

Es importante señalar que cuando el médico forense no va a la escena del crimen a realizar el levantamiento del cadáver y ordenar su traslado a la morgue, aunque en la norma establecida en el Código Orgánico Procesal Penal en el artículo 200, se señala: *“...Cuando el médico o médica forense no esté disponible o no exista en la localidad donde ocurrió el hecho, la policía de investigaciones penales procederá a levantar el cadáver, disponiendo su traslado a la morgue correspondiente, ...”* consideramos que se está practicando una *remoción del cadáver* y no un levantamiento del cadáver, en vista que no se está cumpliendo con todas las fases del levantamiento del cadáver, por cuanto, el médico forense no está recogiendo toda la información que se encuentra en el sitio del suceso, de gran interés para el anatomopatólogo forense.

3. 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:

- a) Establecer la causa de la muerte y los estados patológicos preexistentes.
- b) Determinar el tipo de muerte (natural, violenta y súbita) y si resulta ser una muerte violenta, su etiología (suicidio, homicidio y accidente).
- c) Establecer la data de la muerte a través de los fenómenos cadavéricos iniciales y sucesivos.
- d) Ayudar a la identificación del cadáver.

Reglas generales de la autopsia médico-legal

Las reglas generales para la práctica de la autopsia médico-legal son las siguientes:

1. Debe ser completa: esto supone la apertura de todas las cavidades (craneal, torácica y abdominal) y el posterior examen minucioso de todos los órganos y sistemas.
2. Debe ser metódica: hay que seguir un orden preestablecido, sistemático, siempre el mismo, salvo indicaciones especiales, única manera de evitar errores.
3. Debe ser descriptiva: la descripción de los hallazgos necróticos en el protocolo de autopsia debe ser de una forma clara y fácilmente accesible al juez, deben tener una extensión media, ni tan breves que resulten insuficientes, ni tan largos que aparezcan llenos de superficialidad. Es importante no omitir ningún dato por insignificante que parezca pues allí podría radicar la clave de la investigación criminal.
4. Duración de la autopsia: la autopsia debe realizarse siempre sin prisa para evitar omisiones y errores. El tiempo depende del caso que se está examinando, por ejemplo: según el Protocolo de Minnesota, en una muerte donde se está llevando a cabo una autopsia compleja, puede durar hasta un día entero de trabajo o incluso más.

En los casos de femicidio, le recomendamos al médico patólogo forense utilizar como guía el **Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas (2016)**, la versión revisada del Manual de la Naciones Unidas sobre la Prevención e Investigación Eficaces de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias (1991), en vista que, en el capítulo IV, sección G se describen los “Principios generales de la Autopsia” y en el capítulo V, sección D se describen las “Directrices detalladas sobre la autopsia”; por tal motivo, incluiremos algunos puntos del protocolo, en este segmento que estamos desarrollando sobre la autopsia médico-legal.

En la sección IV, letra G. Autopsia, se mencionan las tareas de los médicos forenses en relación con las investigaciones sobre una muerte, las cuales son:



- i) Contribuir a asegurar que se determine la identidad del difunto;
- ii) Contribuir a asegurar que se descubran la causa y las circunstancias de la muerte;
- iii) Realizar su labor con cuidado y habilidad.

El desempeño de esas funciones exige comprender los objetivos básicos de la autopsia, los cuales son:

- i) Describir y registrar todas las características que permitan identificar al fallecido (de ser necesario);
- ii) Describir y registrar todos los procesos patológicos presentes, incluidas las lesiones;
- iii) Extraer conclusiones acerca de la identidad del fallecido (de ser necesario);
- iv) Extraer conclusiones acerca de la causa de la muerte y los factores que contribuyeron a ella. En situaciones en que se desconozcan o se cuestionen las circunstancias de la muerte, un patólogo forense debe aplicar los resultados y las conclusiones de la autopsia a la reconstrucción de esas circunstancias. De ser posible, el médico deberá acudir al lugar donde se ha producido la muerte, preferiblemente cuando el cadáver todavía esté allí.

El patólogo forense deberá registrar las observaciones y los resultados pertinentes, tanto positivos como negativos, de forma que en otro momento otro patólogo forense puede llegar independientemente a sus propias conclusiones acerca del caso. Dado que la patología forense es esencialmente una actividad visual, esto supone utilizar fotografías de buena calidad, preferiblemente en color.

El informe de la autopsia puede ser utilizado por las autoridades y otros para ayudar a determinar si el fallecido fue agredido (incluso si fue torturado o maltratado) y si las lesiones le causaron la muerte o contribuyeron a ella. Así, el informe de la autopsia debe incluir no solo la lista de los resultados y de las lesiones sino que también deberá ofrecer una interpretación de ellos. Si el patólogo cree que ciertas lesiones han sido infligidas por un mecanismo particular, como puede suceder, por ejemplo durante la tortura, será su obligación presentar esa opinión por escrito en el informe de autopsia. Aunque el patólogo forense no pueda efectuar la determinación definitiva acerca de si el difunto fue agredido, su obligación es interpretar y explicar, en la medida de lo posible, la forma en que se produjeron las lesiones. Si el patólogo forense no establece la conexión entre las lesiones observadas y el mecanismo para causarlas, se perderá el valor principal que tiene proceder efectivamente a la autopsia, que es el de contribuir a descubrir la verdad sobre la muerte.

Por lo tanto, es fundamental que este tipo de autopsias difíciles, delicadas, aparentemente sospechosas, como son las autopsias en los casos de femicidio, deben ser practicadas por patólogos forenses experimentados, objetivos, independientes, en vista que son autopsias complejas que amerita que sea realizada por un experto preparado, altamente calificado, que pueda interpretar adecuadamente los hallazgos encontrados en la autopsia, ya que de esta peritación depende gran parte del éxito de la investigación criminal.

El patólogo forense deberá hacerse responsable de la autopsia y rendir cuenta al respecto. El cadáver debe estar a disposición del patólogo forense durante un período mínimo razonable (por ejemplo, 12 horas) que baste para asegurar un examen adecuado y sin apremio.

En la sección V, letra D del Protocolo de Minnesota, figuran las directrices detalladas sobre la autopsia, las cuales recomiendo seguir para garantizar la sistematicidad de la autopsia. En esta sección se recomienda antes de iniciar el examen externo del cadáver, tomar en consideración lo siguiente:

1.- Dejar constancia de la fecha, la hora de inicio y fin y el lugar de la autopsia.

2.- Dejar constancia de los nombres del médico patólogo forense, de los asistentes que participen en la autopsia y del resto de personas que vayan a estar presentes, e incluir las titulaciones médicas o científicas y la adscripción profesional, política o administrativa de cada una de ellas. Se debe indicar la función que desempeña cada persona en la autopsia. Si son varias personas que se ocuparán de la disección, se ha de nombrar a una de ellas para que ejerza de disector principal y dirija la autopsia.

3.- Es fundamental contar con las fotografías adecuadas para documentar exhaustivamente las conclusiones de la autopsia y que estas puedan ser sometidas a una revisión independiente. Hay que fotografiar el cadáver antes y después de desvestirlo, lavarlo, afeitarlo o cortarle el pelo. Se han de tomar fotografías de lejos o a una distancia intermedia, para poder orientar e identificar los primeros planos. Se han de tomar fotografías de las lesiones o enfermedades. Las fotografías de las lesiones han de incluir una escala con el número de la autopsia. Después de lavar o limpiar el cadáver, se han de captar rasgos faciales con fotografías frontales y de perfil lateral izquierdo y derecho del rostro.

4.- Tomar radiografías al cadáver antes de sacarlo de la bolsa. Se deberán obtener nuevas radiografías antes y después de desvestir al cadáver. En caso de heridas por arma de fuego, realizar radiografías para ayudar a localizar los proyectiles. Todos los proyectiles o fragmentos grandes de proyectiles que se aprecien en una radiografía se han de recuperar, fotografiar registrar como elementos de prueba y asegurar.

5.- Hay que retirar cuidadosamente la ropa (si es posible, sin causar daños) y depositarla sobre una bolsa de cadáver limpia. Todas las prendas y joyas han de examinarse, describirse, etiquetarse, fotografiarse y asegurarse por separado.

En cuanto al *examen externo* del cadáver, este se centra en la búsqueda de indicios externos de lesiones, es en la mayoría de los casos la parte esencial de la autopsia; al respecto mencionaremos lo siguiente:

1.- Se tiene que examinar todo el cadáver y dejar constancia de la edad, altura, peso, sexo, estilo y longitud del cabello, estado nutricional, desarrollo muscular y color de la piel, los ojos y el pelo (capilar, facial y corporal) aparentes de la persona fallecida.

2.- Dejar constancia del grado, la ubicación y la fijación de la rigidez y la lividez cadavérica.

3.- Se han de anotar la temperatura corporal y el estado de conservación del cadáver, así como los cambios asociados a la descomposición. Tomar nota de la formación de adipocira, larvas, huevos, ninfas o cualquier otro indicio del momento o el lugar en que se produjo la muerte.

4.- Hay que dejar constancia de la ubicación (con respecto a los puntos anatómicos de referencia estáticos), el tamaño, la forma, los bordes, el patrón, el contenido, el color, el recorrido, la dirección y la profundidad de todas las lesiones. Se ha de distinguir, siempre que sea posible, entre lesiones derivadas de medidas terapéuticas y aquellas que no estén asociadas a ningún tratamiento médico.

5.- Se han de fotografiar todas las lesiones y etiquetarlas con el número de identificación de la autopsia con una escala que esté orientada en paralelo a la lesión. Cuando sea necesario, se afeitará el vello para apreciar con claridad la lesión y se fotografiará con la misma escala fotográfica antes como después del afeitado. Se han de tomar fotografías antes y después de lavar toda lesión. No se debe lavar el cadáver hasta que no se haya recogido y asegurado cualquier resto de sangre o material que pudiera proceder de un agresor.

6.- Examinar piel, registrar y fotografiar con escala fotográfica todas las cicatrices, tatuajes, nevos prominentes, zonas hiper o hipopigmentadas, hematoma. Dejar constancia de todos los puntos de inyección o de heridas punzantes. Registrar todas las huellas de mordeduras, estas se deben fotografiar para que queden registradas las características dentales. Se han de dejar constancia de todas las marcas de quemaduras y evaluar su posible causa.

7.- Se examinará la cabeza y la parte externa del cuero cabelludo, en caso de lesiones afeitar el pelo. Comprobar si hay pulgas o piojos, pues su presencia podría indicar que la víctima se encontraba en condiciones antihigiénicas antes de la muerte. Hay que arrancar 20 cabellos representativos y guardarlos, pues pueden ser de utilidad para detectar determinados fármacos, drogas o venenos. Examinar la dentadura y dejar constancia de su estado. Explorar la cavidad bucal y dejar constancia de cualquier indicio de traumatismo, puntos de inyección, marcas de agujas, mordedura de los labios, las mejillas o la lengua. Si se sospecha de agresión sexual, guardar muestras de líquidos bucales y obtener muestras con un hisopo para analizar la presencia de espermatozoides o fosfatasas ácidas, así mismo, hay que raspar con un hisopo la cavidad bucal para analizar tipo de semen.

8.- Examinar la cara, los ojos, los párpados, en caso de la presencia de lentes de contacto, guardarlos. Recoger al menos 1 ml de humor vítreo de cada ojo. Explorar nariz, oídos, membrana timpánica.

9.- Examinar el cuello, describir y documentar los patrones de las lesiones para contribuir a diferenciar entre estrangulación manual, por ligadura y por ahorcamiento. Examinar el cuello al final de la autopsia (luego de extraer el cerebro y el contenido torácico), cuando se haya drenado la sangre, pues ello limita los artefactos de formación de hematomas asociados a la disección.

10.- Examinar todas las superficies de las extremidades superiores e inferiores y tomar nota de cualquier herida defensiva o cualquier otro tipo de lesiones. Si en las manos hay uñas rotas o faltan uñas, hay que dejar constancia de ello. Guardar los recortes de uñas y los tejidos que se hallen bajo estas (raspado ungueal). Examinar cuidadosamente las plantas de los pies, para determinar si hay indicios de golpes, y hacer incisiones para delimitar la extensión de las posibles lesiones. Examinar también palmas y rodillas para determinar la presencia de traumatismos.

11.- Examinar genitales externos y dejar constancia de la presencia de cualquier material extraño o semen. Tomar nota de todas las lesiones en la cara interna de los muslos o en la zona perianal. En caso que se sospeche que se ha producido una agresión sexual, hay que examinar los orificios que pudieran estar afectados. Recoger los pelos extraños cepillando el vello púbico. Arrancar de raíz y guardar como mínimo 20 de los pelos púbicos de la persona fallecida. Aspirar fluido de vagina o el recto para determinar presencia de espermatozoides, fosfatasa ácida, grupo sanguíneo.

12.- Se deben disecar subcutáneamente la espalda, hombros, codos, caderas, glúteos, las extremidades y las articulaciones de las rodillas para determinar si hay lesiones más profundas.

Con respecto al *examen interno*, este igualmente debe ser completo, sistemático, siguiendo un orden preestablecido con el fin de no omitir el examen de ninguna parte del organismo. Según el Protocolo de Minnesota este examen debe aclarar y ampliar el examen externo en lo relativo a las lesiones, además detectar y caracterizar todas las enfermedades biológicas presentes. Hay que recordar que deben fotografiarse las lesiones internas y demás anomalías que se detecten. Antes de extraer los órganos, hay que tomar muestras de fluidos como sangre, orina o bilis. Se debe realizar el examen detallado y minucioso de la cabeza, cuello, tórax, abdomen, pelvis y columna vertebral si es necesario. Se debe dejar constancia del peso, tamaño, color y consistencia de cada órgano, así mismo se debe tomar muestras de zonas normales y anormales de cada órgano para su estudio histológico. En este Protocolo se recomienda lo siguiente:

1.- Examinar el tórax: dejar constancia de cualquier anomalía de la caja torácica. Registrar toda fractura costal y dejar constancia de si se intentó la reanimación cardiopulmonar. Antes de abrir la caja torácica comprobar si el cadáver presenta algún neumotórax. Al abrir la caja torácica, constatar la presencia de sangre y otros fluidos en cavidad, describir y cuantificar. Tomar nota de la presencia de embolia gaseosa, caracterizada por la presencia de sangre espumosa en la aurícula y ventrículo derechos. Localizar todas las lesiones existentes antes de proceder a la evisceración. Examinar corazón, pulmones dejando constancia de cualquier anomalía. Señalar la presencia de cuerpos extraños y guardar.

2.- Examen del abdomen: registrar la cantidad de grasa subcutánea. Localizar todas las lesiones existentes antes de la evisceración. Señalar y cuantificar la presencia de sangre y otros fluidos, así como, la presencia de cuerpos extraños y guardar. Extraer y examinar hígado, bazo, páncreas, riñones y glándulas suprarrenales.

Extraer el tubo gastrointestinal, guardar el contenido del estómago. Examinar recto y ano para detectar desgarros u otras lesiones. Examinar aorta, vena cava inferior y vasos ilíacos.

3.- Examinar órganos de la pelvis, incluidos ovarios, trompas de Falopio, útero, vagina, vejiga urinaria y uretra. Localizar las lesiones antes de la evisceración. Dejar constancia de todo indicio de que la víctima hubiera estado embarazada con anterioridad o lo estuviera en el momento de la muerte, hubiera tenido un aborto espontáneo o hubiera dado a luz y de que hubiera sufrido alguna intervención quirúrgica. Guardar los cuerpos extraños que se encuentren en cuello uterino, útero, uretra o el recto.

4.- Examinar la cabeza: palpar la cabeza y examinar las superficies internas y externas del cuero cabelludo señalando la presencia de traumatismos o hemorragias. Tomar nota de las fracturas craneales halladas. Retirar la bóveda craneana y describir la presencia de hematomas epidurales y subdurales. Extraer la duramadre a fin de examinar la superficie interna del cráneo para buscar fracturas. Extraer el encéfalo y dejar constancia de cualquier anomalía presente. Se recomienda conservar el encéfalo en formol durante unos días antes de examinarlo, si es posible, con ayuda de un neuropatólogo. Explorar los vasos cerebrales.

5.- Examinar el cuello: luego de haber extraído los órganos torácicos y el encéfalo y haber drenado los vasos del cuello, hay que extraer los órganos del cuello, incluida la lengua. Procurar no fracturar el hueso hioides o el cartílago tiroideos. Disecar y describir las lesiones. Comprobar la mucosas de la laringe, esófago y describir las lesiones. Dejar constancia de todos los cuerpos extraños hallados en las luces de esas estructuras. Disecar los músculos del cuello, dejando constancia de las hemorragias presentes.

6.- Examinar la columna cervical, dorsal y lumbar, dejando constancia de la presencia de fracturas o hemorragias. En caso que se sospeche que la persona fallecida presenta una lesión medular, disecar y extraer la médula espinal, efectuar cortes transversales cada 0,5 cm y señalar cualquier anomalía.

La autopsia es una investigación médica especializada que incluye la toma de muestras de todos los órganos y de los fluidos presentes en las cavidades, para realizar exámenes complementarios, tales como histopatología, toxicología, microbiología, entomología, pruebas moleculares/ de ADN o cualquier otra prueba adicional que sea necesaria.

Una vez que la autopsia se haya completado, todos los órganos que no se conserven se han de volver a colocar dentro de las cavidades y el cadáver ha de embalsamarse debidamente para facilitar una segunda autopsia en caso que se desee hacer en el futuro. La cremación de los restos mortales impediría practicar una segunda autopsia, por lo tanto no está indicada.

En cuanto a las muestras y piezas guardadas se han de registrar y enumerar en el informe de autopsia. Hay que etiquetarlas todas con la siguiente información:

- a) Nombre de la persona fallecida



- b) Número de identificación de la autopsia
- c) Fecha y hora de recogida de las muestras
- d) Nombre del patólogo forense
- e) Tipo de muestra

Se deben asegurar minuciosamente todas las pruebas e iniciar el registro de la cadena de custodia con los formularios debidos. Se debe acordar con el investigador como se almacenarán las muestras y se transportarán al laboratorio que lleve a cabo los análisis.

En lo relativo al *Informe de la autopsia*, en el Protocolo de Minnesota se indica que este deberá ser lo bastante exhaustivo como para que otro médico patólogo forense, en otro momento y lugar, y con acceso a las fotografías, disponga de todas las observaciones pertinentes necesarias para llegar a sus propias conclusiones en relación con la muerte de la persona. Al final del informe de la autopsia debe figurar un resumen de las conclusiones que incluya los resultados de los exámenes complementarios. De igual forma, el patólogo forense deberá facilitar su propia opinión sobre las lesiones y enfermedades que presentaba, atribuyendo las lesiones a traumatismos externos, tratamientos terapéuticos, cambios post mortem, u otras causas ante mortem, peri mortem o post mortem. También debe incluirse una opinión sobre cómo se pudieron haber producido las lesiones y si estas causaron la muerte o contribuyeron a ella. Han de formularse conclusiones razonables, basadas en datos objetivos, sobre las circunstancias de la muerte (incluido, si procede, el tipo de muerte). Por último, habrá que indicar y explicar la causa oficial de la muerte. Si la causa de la muerte se desconoce incluso después de haber concluido todas los exámenes, es correcto registrarla como “desconocida” o “indeterminada”.

Para finalizar y a manera de conclusión, señalaremos que en los casos de femicidio, la autopsia médico-legal debe ser practicada por un médico patólogo forense, experimentado, calificado, objetivo, imparcial y realizada en forma rigurosa, científica y con todas las garantías propias de la especialización, ya que esta, así como las otras investigaciones, permitirá al Juez tomar decisiones inmediatas sobre la víctima y lo que en muchos casos es más importante, sobre el agresor.



Grupo Multijurídica

Director General: José Luis Vegas R.

Director Ejecutivo: Carlos Villarroel

Directora Académica: Magaly Vásquez González