



Revista  
**Científica**  
Virtual

Red de Capacitación del Ministerio Público

Número 3 - Marzo 2016

Caracas - Venezuela

### **Presidencia Protémpore**

República Bolivariana de Venezuela

Luisa Ortega Díaz, Fiscal General de la República

### **Secretaría Protémpore**

República de Ecuador y República de Panamá

### **Junta Directiva**

República Dominicana,

República Bolivariana de Venezuela,

República de Argentina,

República de Honduras

y Reino de España.

### **Consejo Directivo Editorial**

Luisa Ortega Díaz

*(Presidenta)*

Alis Boscán

Santa Palella Stracuzzi

### **Diseño Gráfico y Diagramación**

Nayarit Gómez

Dirección de la Escuela Nacional de Fiscales del Ministerio Público:

Calle Los Naranjos, entre las avenidas Las Acacias

y Los Samanes, La Florida – Caracas

Teléfonos: +58 (212) 731.52.13 / 65.13 / 24.24

## Índice de contenido

<b>Prólogo</b>	5
<b>Luisa Ortega Díaz</b> Fiscal general de la República Bolivariana de Venezuela	
<b>Presentación</b>	7
<b>Santa Palella Stracuzzi</b> Directora de la Escuela Nacional de Fiscales del Ministerio Público de la República de Bolivariana de Venezuela	
<b>Vinculaciones Existentes entre Eficacia de las Resoluciones Emitidas por Tribunales Internacionales y la Soberanía Nacional</b>	9
Argentina <b>Autor: Roberto Omar Galiano</b>	
<b>El Tipo Penal de Interferencia de la Seguridad Operacional y de la Aviación Civil desde la Teoría Finalista del Delito</b>	19
Venezuela <b>Autora: Rosa María Díaz Pérez</b>	
<b>El Secuestro Virtual: ¿Acción Constitutiva de Extorsión?</b>	49
Argentina <b>Autor: Ariel Sebastián Garin</b>	
<b>El Ejercicio de la Acción y la Reforma Procesal Penal</b>	65
Argentina <b>Autores:</b> <b>Ezequiel Goldes y Pablo Tello</b>	
<b>Registro y Allanamiento de Lugares Cerrados y Públicos en el Proceso Penal Venezolano</b>	89
Venezuela <b>Autora: Luisana Mancipe León</b>	
<b>Normativa de la Revista Científica Virtual de la RECAMPI</b>	135



## PRÓLOGO

La Red de Capacitación del Ministerio Público Iberoamericano (RECAMPI), manteniendo la premisa de que integramos un mismo Ministerio Público, continua estimulando y fortaleciendo su comunicación e interrelación, con la visión de consolidar un modelo social democrático, justo y humano, mediante el intercambio constante de saberes y buenas prácticas. Es por ello, que entre sus objetivos radica incentivar la producción de conocimiento y la divulgación del mismo, estableciendo los enlaces necesarios para la cooperación, concertación y apoyo recíproco entre los responsables de la capacitación del Ministerio Público en Iberoamérica, a los fines de optimizar nuestro rol social como actores del sistema de justicia, para ofrecer un servicio de calidad profesional, con ética y responsabilidad, manteniendo la transparencia necesaria y en virtud del compromiso social.

Nos complace presentar a la comunidad científica internacional la tercera entrega de la Revista Científica Virtual (RECAMPI), ejemplar que busca, a través de la publicación de artículos científicos derivados de la constante investigación, mantener el compromiso adquirido por los países que integran esta red de capacitación, fortalecer el servicio ofrecido por el Ministerio Público a la sociedad, nutriendo la formación profesional y la adquisición de sapiencias, mediante el intercambio de realidades jurídicas y experiencias sociales propias, en aras de lograr la consolidación del Estado constitucional y democrático de derecho así como la justicia social Iberoamericana, en otras palabras, establecer una misma cultura judicial.

En esta oportunidad, contamos con investigaciones que integran conocimientos de los sistemas legales y procesales de diferentes países y de los instrumentos de cooperación nacionales e internacionales, con doctrina y jurisprudencia de suma importancia en el

ejercicio de la función fiscal; en este orden de ideas, resulta propicio resaltar que la capacitación está directamente relacionada con el conocimiento científico, es por ello que se abordan diversos temas sobre: tribunales internacionales y soberanía nacional, el secuestro virtual, ejercicio de la acción y la reforma procesal penal, la teoría finalista del delito como explicación de un tipo penal y registro y allanamiento de lugares cerrados y públicos.

Finalmente, queda en sus manos el producto de estas investigaciones, fusión colectiva de saberes, como centro de pensamiento crítico y vector socializador de alta responsabilidad académica internacional.

**Luisa Ortega Díaz**  
Fiscal general de la República Bolivariana de Venezuela

## PRESENTACIÓN

Desde la Escuela Nacional de Fiscales del Ministerio Público venezolano, se han implementado estrategias para fomentar las actividades que promueven el logro de la excelencia, en pro cumplir con el tercer eje del Plan Operativo 2015-2017, suscrito por los países miembros de la Red de Capacitación de Ministerios Públicos Iberoamericana (RECAMPI), se pone a disposición de nuestros lectores, la tercera entrega de la Revista Científica Virtual.

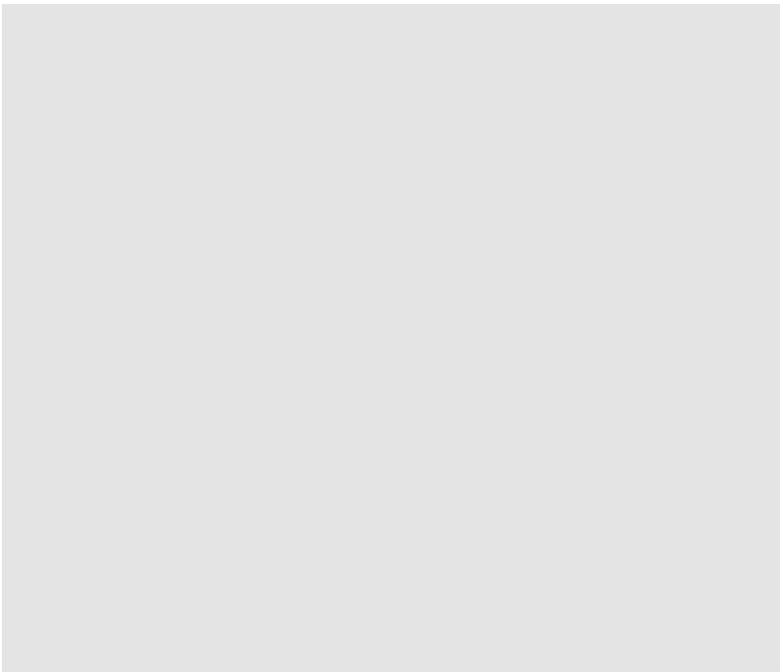
Con la publicación de artículos científicos realizados por investigadores iberoamericanos, promovemos efectivamente que el conocimiento viaje sin fronteras, pues en las páginas que se presentan a continuación, no solo convergen las experiencias de centros públicos de capacitación, sino que se hace uso eficiente de la tecnología como herramienta para la globalizar del conocimiento. Tanto el formato como el contenido han sido evaluados por un consejo directivo editorial, que ha servido de puente entre los Estados involucrados, razón por la cual se incluyen en la presente edición, artículos que son el resultado tanto de la experiencia, como del ejercicio jurídico.

Finalmente, esperamos que la tecnología convierta la lectura de la revista en una invitación para *descargar, comentar y compartir* el conocimiento y la realidad jurídica de nuestros países. Buscamos que los integrantes del Ministerio Público Iberoamericano tengan la oportunidad de difundir sus estudios e investigaciones, con un amplio margen de motivación, ya que al publicar sus trabajos contribuyen al fortalecimiento de los objetivos de la RECAMPI.

**Santa Palella Stracuzzi**

Directora de la Escuela Nacional de Fiscales del  
Ministerio Público  
República Bolivariana de Venezuela





# **VINCULACIONES EXISTENTES ENTRE EFICACIA DE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS POR TRIBUNALES INTERNACIONALES Y LA SOBERANÍA NACIONAL**

**Roberto Omar Galiano**

Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Profesor de la Universidad del Centro Educativo Latinoamericano. Maestría en Derecho Procesal, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (2015). Fiscal ad-hoc de la Fiscalía Federal N° 3 de Rosario (2015) y Secretario interino de la Fiscalía Federal N° 3 de Rosario. Argentina, Santa Fe.

## **RESUMEN**

El dictado de sentencias condenatorias contra Estados Nacionales nos lleva a analizar si de alguna manera aquel pronunciamiento: ¿afecta la soberanía propia que tiene cada Estado? En caso de que aquella soberanía se mantenga indemne ante dicho pronunciamiento ¿qué eficacia tienen en el plano interno los pronunciamientos de marras? En tal sentido, el derecho internacional de los derechos humanos atraviesa sustancialmente todo nuestro derecho positivo.

**Descriptores:** Sentencias, Soberanía, Estado, Pronunciamiento.

## **ABSTRACT**

The issuance of judgments against nation states leads us to analyze if somehow this statement: affects the very sovereignty of each State? In case that sovereignty remains intact before that pronouncement how effective are internally pronouncements of yore? In this regard, the international human rights law through substantially all of ours.

**Descriptors:** Judgments, Sovereignty, State, Pronouncement.

## INTRODUCCIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó su primer pronunciamiento el día 29 de Julio de 1988. En aquella oportunidad condenó al Estado de Honduras por haber cometido violaciones a los derechos humanos, concretamente, en relación al secuestro de Ángel Manfredo Rodríguez Velázquez, en la ciudad de Tegucigalpa (Honduras) en el año 1981, acto que fue llevado a cabo por un grupo “parapolicial”, provocando así la desaparición de su persona. La Corte entendió que se había violado el derecho de los familiares de Rodríguez Velázquez a obtener por parte del Estado una respuesta sólida y cuya investigación sea responsable, así como también los deberes de respeto y garantía del derecho a la integridad personal.

Ahora bien, cabe que nos preguntemos: ¿Afecta la soberanía de un Estado la condena que un Tribunal Internacional emite contra este por la violación de los Derechos Humanos a un determinado ciudadano? Pero en caso de que aquella soberanía se mantenga indemne ante dicho pronunciamiento ¿qué eficacia tienen en el plano interno los pronunciamientos de marras?

Por tal motivo, el objetivo de este trabajo es ahondar en aquellas cuestiones, exponer los argumentos vinculados con ello y finalmente plantear nuestra postura al respecto.

## Estado Nacional y plano internacional

Al hablar de Estado se hace referencia a aquella estructura organizativo-burocrática caracterizada por vincular institucionalmente a un territorio con una población que -más allá de sus disputas sectoriales- se considera contenida por un orden jurídico relativamente hermético y expresada por intermedio de símbolos apropiados, gozando tales características (pertenencia territorial, identidad nacionalista, juridicidad propia, capacidad organizativa) del reconocimiento internacional.<sup>1</sup>

Decimos en tal sentido, que la independencia de un Estado está dada, en primer lugar, por el reconocimiento de su existencia por la comunidad internacional, colocándolo en consecuencia, en un plano de igualdad con respecto a otros fenómenos similares que tienen lugar en el resto del mundo.

Por ello, en el plano exterior de la frontera, el Estado convive con diferentes entes, todos ellos de la misma jerarquía, es decir, soberanos e independientes entre sí. No obstante, algunos estados señalan la impunidad frente a violación de esta clase de derechos, es decir, derechos humanos, por lo que, justificaron la creación de tribunales internacionales, vale decir que estaban, por encima de aquella soberanía nacional. Aquellos órganos se encuentran autorizados por los propios Estados a fin de establecer responsabilidades, ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas por ellos, incluso, a supervisar el cumplimiento de las sentencias que por estos últimos son dictadas.

Con el objeto de lograr claridad en nuestra exposición, recurriremos a un ejemplo del cual podemos extraer la relación que se establece entre los Estados y los Tribunales Internacionales.

Aquellos Tribunales Internacionales cumplirían el rol de “docente” en un “aula o salón determinado” (mundo), espacio al que concurren los “alumnos” (países). Cabe señalar, que en nuestro caso, el docente no es impuesto a los alumnos, sino que por el contrario, es elegido por acuerdo de estos últimos. No obstante, al momento de dictar clases, el docente se encuentra facultado no sólo a señalarles a los alumnos sus errores (violaciones a los Derechos Humanos), sino también a establecer en cada caso particular “tarea para realizar en sus casas” (seguimiento del cumplimiento de sentencia), ello con la finalidad de que “aprendan lo que se debe hacer” (evitar nuevas violaciones a los Derechos Humanos)

---

<sup>1</sup> ROSATTI, Horacio. Características de la Estatidad. Lección n° 2. Teoría del Estado. Maestría de Derecho procesal. Facultad de derecho de la U.N.R. Fuente: [www.academiadederecho.org.ar](http://www.academiadederecho.org.ar)

## **Derechos Humanos. Alcance del concepto**

Señala Luigi Ferrajoli que los Derechos Fundamentales son aquellos que corresponden universalmente a “todos”, “personas naturales”, “ciudadanos”, personas naturales “capaces de obrar” o ciudadanos “capaces de obrar”. Tales derechos son intereses jurídicamente protegidos, es decir, para todos y tienen por ello el valor de intereses generales. También aquellos postulan para su garantía, las funciones de carácter público, que constituyen la base y al propio tiempo la justificación de la “Esfera Pública”; entendido este espacio como el destinado a la tutela y a la satisfacción de los intereses generales. Esto se contrapone con las esferas privadas, formadas por los Derechos Patrimoniales y por los demás intereses particulares y exclusivos de los individuos.<sup>2</sup>

En tal sentido, el autor agrega que la forma universal, inalienable, e indisponible de los Derechos Humanos, se revela como la técnica de garantía dispuesta para la tutela de lo que en el pacto constitucional viene convenido como “fundamental”; o sea, de las necesidades sustanciales cuya satisfacción es condición para la convivencia civil y al mismo tiempo razón social de ese artificio que es el Estado.<sup>3</sup>

De las ideas que anteceden, podemos extraer que el concepto de Derecho Humano, adelantándonos al punto siguiente en el que profundizaremos estas ideas iniciales, rompe el modelo clásico de poder absoluto del soberano, como límite al poder. Es el propio ciudadano quien toma protagonismo como defensor de aquellos derechos frente al avasallamiento del poder. Se lo legitima, en el plano internacional, como sujeto de Derecho, vale decir que está facultado a dirigirse a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el objeto de que este organismo investigue la presunta violación a aquellos derechos.

## **Jurisdicción internacional y soberanía nacional**

Ahora bien, ¿Cómo juegan los pronunciamientos dictados en el plano internacional respecto al plano interno de un país?

---

<sup>2</sup> FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Tomo I: Teoría del derecho y de la democracia. Pag. 687/688.

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. Tomo I. Pag. 774.

Profundizando las ideas precedentemente iniciadas, cabe señalar que según la doctrina clásica vinculada al tema de la soberanía, el poder soberano no puede ser discutido, ya que es un poder que cuenta con una “autorización” previa para decidir, y los individuos/autorizantes no pueden oponerse a lo que el soberano decida.

No obstante a ello, autores como Bodin señalan que aún en la modernidad, existen limitaciones a aquella soberanía absoluta, dadas únicamente por el derecho natural, es decir el derecho de gentes.<sup>4</sup>

Ahora bien, retomando aquel fallo citado en la introducción del presente artículo, cabe precisar que dicho pronunciamiento representó la primera decisión dictada por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos por el cual se responsabilizó a un Estado por violación de estos Derechos.

Con el paso del tiempo, aquellos pronunciamientos emitidos, comenzaron a generar lo que se conoce como “la Doctrina Legal de Tribunales Internacionales”, la cual se establece como una importante fuente de interpretación de tanto o más valor que los propios tratados.

Por lo anteriormente planteado, es que el contenido del Pacto de San José de Costa Rica, sin perjuicio de otros que a la fecha también se encuentran vigentes<sup>5</sup>, resulta tener directa operatividad en el plano interno, vale decir, distando notoriamente del alcance que podría tener una norma con carácter meramente programática, con la finalidad de que en caso de producirse violación de alguna norma en él regulada, la misma convención, evitando la impunidad de tales actos ilícitos, crea órganos destinados a velar por el cumplimiento de aquellas; los cuales a su vez, se encuentran facultados para imponer sanciones en los casos correspondientes.

Al mismo tiempo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señala en los pronunciamientos “Bramajo”, que los tratados que forman parte del bloque de constitucionalidad se aplican de modo operativo “en las condiciones de su vigencia”, haciendo referencia con ello al alcance dado por los pronunciamientos emitidos, entre otros, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> DELANNOY, Solange y ot. De Platón a Schmitt. Un recorrido por la Constitución. UNR Editora. 2006. Pag. 433/434.

<sup>5</sup> Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>6</sup> FAPPIANO, Oscar Luján, La eficacia de las decisiones de los órganos Interamericanos de Derechos Humanos y su ejecución interna. “Protección Internacional de Derechos Humanos”. Subsecretaría de derechos humanos y sociales del Ministerio del Interior. Buenos Aires 1999.

En tal sentido, se ha sostenido que no se puede conocer en profundidad un sistema de protección de los Derechos Humanos, si no se conocen las líneas viscerales del Órgano Decisor.<sup>7</sup>

Sobre esto último y a modo de ejemplo, respecto al alcance que los organismos internacionales van “moldeando” en relación a cada derecho, cabe señalar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó en relación a la participación de la víctima dentro del proceso penal, que “en buena parte de los sistemas penales de América Latina existe el derecho de la víctima o su representante a querellar en el juicio penal; en consecuencia, el acceso a la jurisdicción por parte de la víctima de un delito en los sistemas que lo autorizan, como el argentino, deviene un derecho fundamental del ciudadano.” Este sería un derecho inherente de la persona que reposa en lo preceptuado en el art. 33 de la Constitución Argentina.<sup>8</sup>

### **Jurisdicción universal y soberanía nacional**

Distinto es el caso en el que un país juzgue hechos cometidos fuera de su territorio, vale decir, dentro del perteneciente a otro país. No hay tribunal internacional creado al efecto. Los tribunales nacionales de un país son los que juzgan los hechos ilícitos cometidos en otro. Esto se conoce con el nombre de “Jurisdicción Universal”. Algunos países adoptan aquella “pauta de competencia”, en base a la nacionalidad de las víctimas de las maniobras ilícitas.

En tal caso, lo que ocurre es una extralimitación de la jurisdicción nacional de un país, por fuera de su territorio. Para que ello proceda, es imprescindible el consentimiento del Estado en el cual territorialmente se han producido los hechos delictivos.

En tal sentido, algunos autores sostienen que dicha “pauta de competencia” tiene por objeto, impedir que un hecho ilícito que afectó a parte de la población de un país, quede impune por la inacción del país dentro del cual tuvieron lugar los mismos. Igualmente, esta parte de la doctrina, a favor de aquella extralimitación, entiende que este caso no se trata de una violación a la soberanía, sino por el contrario, parte de acuerdos celebrados en el plano

---

<sup>7</sup> HITTERS, Juan Carlos. La Corte Interamericana y la condena al Gobierno de Honduras (aspectos procesales). Fuente: [www.academiadederecho.org.ar](http://www.academiadederecho.org.ar)

<sup>8</sup> FAPPIANO, Oscar Luján. Op. Cit.

internacional, tratados y convenciones por los Estados, mediante los cuales se faculta a los tribunales de un determinado país, en casos de torturas y crímenes contra la humanidad.<sup>9</sup>

Un ejemplo de ello, lo vemos en la denuncia formulada en el mes de marzo de 1996 por la Unión progresista de Fiscales de España, interpuesta ante la Audiencia Nacional, contra los integrantes de la Junta Militar que gobernó en la República Argentina durante los años 1976 y 1983, ante la presunta comisión de delitos de lesa humanidad. Lo mismo ocurrió en el mes de Julio de 1996, contra los miembros de la Junta Militar Chilena por hechos de similar contenido.

---

<sup>9</sup> LOTTI, María de los Milagros. La confirmación de la jurisdicción penal universal en los delitos graves contra los derechos humanos. Fuente: [www.academiadederecho.org.ar](http://www.academiadederecho.org.ar)

## CONCLUSIÓN

Luego de todo lo expuesto, cabe señalar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos atraviesa sustancialmente todo nuestro derecho positivo. No aplicar aquellas disposiciones internacionales, implica, no aplicar el derecho vigente.<sup>10</sup>

Antes de finalizar, queremos exponer algunas preguntas centrales que se formulan de acuerdo a los aspectos desarrollados en el presente trabajo:

¿El dictado de una sentencia condenatoria emitida por un tribunal internacional en contra de un determinado Estado, afecta liminarmente la soberanía nacional?

¿Qué tipo de autonomía tienen los Estados frente al seguimiento de una sentencia condenatoria por parte de los organismos internacionales?

Luigi Ferrajoli, utilizando una expresión de Ronald Dworkin, señala que es necesario tomar en serio el Derecho Internacional y por lo tanto aceptar que sus principios son vinculantes y que su diseño normativo ofrece una perspectiva de alternativa frente a lo que de hecho ocurre; hacerlos valer como claves de interpretación y como fuentes de crítica y de deslegitimación de lo existente.<sup>11</sup>

Compartiendo lo antes señalado, se considera que la aplicación directa del Derecho Internacional a un determinado caso, no sólo se presenta como un desafío para los operadores judiciales, sino también como un nuevo enfoque, una nueva “mirada” respetuosa de los Derechos Humanos.

---

<sup>10</sup> FAPPIANO, Oscar Luján. La eficacia de las decisiones de los Órganos Internacionales de Derechos Humanos y su ejecución interna. “Protección Internacional de Derechos Humanos”. Op. Cit. Pag. 71.

<sup>11</sup> LOAIZA, Julian Rivera. La dimensión internacional del juez de control de garantías. Fuente: [www.academiadederecho.org.ar](http://www.academiadederecho.org.ar)

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Delannoy y ot. De Platón a Schmitt. **Un recorrido por la Constitución**. UNR Editora. 2006.

Fappiano, O. (1999) **La eficacia de las desiciones de los órganos Interamericanos de Derechos Humanos y su ejecución interna. “Protección Internacional de Derechos Humanos”**. Subsecretaria de derechos humanos y sociales del Ministerio del Interior. Buenos Aires 1999.

Ferrajoli, L. Principia Iuris. **Tomo I: Teoria del derecho y de la democracia**.

Hitters, J. **La Corte Interamericana y la condena al Gobierno de Honduras** (aspectos procesales). Fuente: [www.academiadederecho.org.ar](http://www.academiadederecho.org.ar)

Loaiza, J. **La dimensión internacional del juez de control de garantías**. Fuente: [www.academiadederecho.org.ar](http://www.academiadederecho.org.ar)

Lotti, M. **La confirmación de la jurisdicción penal universal en los delitos graves contra los derechos humanos**. Fuente: [www.academiadederecho.org.ar](http://www.academiadederecho.org.ar)

Rosat, H. **Características de la Estatidad. Lección n° 2. Teoría del Estado**. Maestría de Derecho procesal. Facultad de derecho de la U.N.R. Fuente: [www.academiadederecho.org.ar](http://www.academiadederecho.org.ar)

# **EL TIPO PENAL DE INTERFERENCIA DE LA SEGURIDAD OPERACIONAL Y DE LA AVIACIÓN CIVIL DESDE LA TEORÍA FINALISTA DEL DELITO**

**Autora: Rosa María Díaz Pérez**

Abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela (2001). Especialista en Ejercicio de la Función Fiscal en la Escuela Nacional de Fiscales del Ministerio Público. Actualmente cursando la Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas en la Universidad Central de Venezuela. Fiscal Auxiliar Interino adscrita a la Dirección de Delitos Comunes del Ministerio Público. Docente de la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Seminario: Derecho Penal Económico. Docente de la Universidad Nueva Esparta en Materias sobre Faltas y Delitos Aeronáuticos para el Diplomado de Derecho aeronáutico.

## RESUMEN

En el presente artículo se analiza el tipo penal de interferencia de la seguridad operacional y de la aviación civil desde la teoría finalista del delito, considerando el artículo 140 de la Ley de Aeronáutica Civil Venezolana (2009), el cual señala: “quien por cualquier medio o acto interfiera ilícitamente la seguridad operacional o de la aviación civil será castigado con prisión de seis a ocho años”; ya que tiene las características de una norma penal en blanco, la cual debe ser completada por otros instrumentos jurídicos. En este orden de ideas, el uso o abuso de la interpretación de esta norma, dificulta extraordinariamente la labor del penalista y de los involucrados en el mundo aeronáutico, no solo porque se ve remitida a otros ámbitos jurídicos, sino porque impide precisar su alcance y contenido. Visto así, se ha realizado un análisis de la teoría del delito que permite profundizar en el inicio de este delito, así como en los elementos objetivos y elementos subjetivos que lo caracterizan; estudio determinante para lograr una correcta interpretación y manejo jurídico de la norma. Este estudio fue el resultado del análisis efectuado a través de una investigación con un diseño bibliográfico, de tipo documental, y nivel analítico. Se obtuvo como resultado que la utilización de la teoría del delito permite el análisis de los tipos penales, lo cual facilita su aplicación al caso concreto, y la elaboración de la teoría del caso como fórmula hipotética para el litigio penal. Por ello, es un hallazgo relevante para el Ministerio Público, ya que como titular del ejercicio de la acción penal, dirige la investigación de este delito, a los fines de lograr el objetivo del proceso penal.

**Descriptor:** Interferencia, Seguridad Operacional, Aviación Civil, Teoría finalista del delito.

## **ABSTRACT**

This article was aimed to analyze the crime of interference of the operational safety and the civil aviation from the finalist theory of crime. The Article 140 of the Civil Aeronautics Law (2009), which states: "Whoever by any means unlawfully interfere in the operational safety and the civil aviation, shall be punished with imprisonment from six to eight years"; that article also has the characteristics of a criminal standard in white, which should be completed by other legal instruments. In this order of ideas, the use or misuse of the interpretation of the norm, extraordinarily difficult the labor of the criminal lawyer, of those involved in the aviation world, not only because it is sent to other areas of law, but also to achieve precisely the scope and contents. Seen this way, an analysis of the theory of crime took place; that allow us, to deepen the beginning of the offense, as well as in the objective and subjective elements that characterize it; this study was crucial for proper interpretation and legal management standard. This investigation was the result of the analysis through a bibliographic research design, in a documentary and analytical level. It was concluded that the use of the theory of crime allows the analysis of criminal offenses, which facilitates its application, and the development of the theory of the case as hypothetical formula for criminal proceedings. Seen this way, it is a relevant research for the Public Ministry, because as holders of the exercise of criminal action, we are leading the investigation of this crime, in order to achieve the purpose of the legal process.

**Descriptors:** Interference, Operational Safety, Civil Aviation, Finalist Theory of Crime.

## INTRODUCCIÓN

El motivo principal de la selección del objeto de estudio de esta investigación, en el marco de lo que podría considerarse como derecho penal aeronáutico, se encuentra en la importancia que tiene la aviación civil, por tratarse desde su inicio, de una actividad fundamental para la evolución de la sociedad moderna. Evidentemente, el transporte aéreo, siempre en proceso de crecimiento y fortalecimiento, es una poderosa herramienta que contribuye activamente con el desarrollo económico de todos los países del mundo. Por otra parte, en adición a su repercusión económica, la actividad aeronáutica juega un papel importante para enriquecer el intercambio social y cultural, contribuyendo significativamente con el logro de la paz y prosperidad.

Ahora bien, las normas que rigen esta actividad pueden tener origen interno, definidas unilateralmente por cada Estado o de origen internacional, derivadas de acuerdos bilaterales o multilaterales entre varios Estados u organizaciones constituidas por la propia comunidad internacional, como lo es, por excelencia, la Organización de Aviación Civil Internacional (en lo sucesivo, OACI).

Es propicio destacar que la Ley de Aeronáutica Civil (2009) de Venezuela, distingue entre delitos y sanciones de carácter administrativo, con base en la sanción imponible; el delito aeronáutico, el cual representaría un hecho típico castigado con pena de prisión, mientras que las faltas pueden acarrear diversas consecuencias como sanciones de multa, suspensión de licencia, revocatoria de la licencia al piloto, revocatoria de permisos, concesiones u otras licencias, inhabilitaciones y diversas sanciones accesorias.

En este orden de ideas, la presente investigación busca analizar uno de los tipos penales más recurrente, específicamente el delito de interferencia de la seguridad operacional y de la aviación civil, también llamado delito de interferencia ilícita, contemplado en el artículo 140 de la Ley de Aeronáutica Civil Venezolana (2009).

Se consideró, como tema de investigación relevante para el Ministerio Público y sus representantes, ya que como titular del ejercicio de la acción penal, debe garantizar el respeto de los derechos y garantías, actuando siempre apegados a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes de la República, en el ejercicio de nuestras atribuciones, de manera especial, como encargados de dirigir la investigación de los hechos punibles y la actividad de los órganos de policía de investigación, con la finalidad de establecer la identidad de sus autores y partícipes; en consecuencia, al existir una ley especializada en materia aeronáutica, que señala una serie de tipos penales, el Ministerio Público asume, igualmente, la dirección de la investigación de estos delitos, con el firme propósito de lograr la finalidad del proceso penal.

## **Instrumentos legales que pueden ser utilizados para integrar el supuesto de hecho del tipo penal de interferencia de la seguridad operacional y de la aviación civil**

Para lograr un análisis del tipo penal de interferencia de la seguridad operacional y de la aviación civil, aplicando la teoría finalista del delito, es necesario precisar algunas consideraciones teóricas de derecho penal sustantivo y de derecho aeronáutico.

Ahora bien, a los fines de lograr la determinación del contenido y alcance de la norma penal bajo análisis, se considera necesario precisar la naturaleza jurídica del concepto de delito desde la perspectiva finalista.

En este sentido, Muñoz (2008) en su texto sobre derecho penal, realiza un estudio de la teoría general del delito, donde se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito; este autor señala que el concepto de delito responde a una doble perspectiva que, simplificando un poco, se presenta como un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano y como un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho. Al primer juicio de desvalor se le llama injusto o antijuricidad –desaprobación del acto-, al segundo, culpabilidad –la atribución de dicho acto a su autor-.

Al respecto, Zaffaroni (2009) señala que la teoría del delito está destinada a operar como un sistema inteligente de filtros para contener racionalmente las pulsiones del poder punitivo; por consiguiente, el análisis de la teoría del delito debe ser estratificado, es decir, debe avanzar por pasos.

Ampliando lo anterior, el autor destaca que el delito en definitiva es una conducta humana, que debe generar acciones que lesionen bienes ajenos (lo cual debe ser verificado) que pueden ser imputadas a su autor, por tratarse de una conducta dominable, ya que de no ser así se trataría de acciones sin relevancia penal mas no de un conflicto lesivo de bienes ajenos y prohibido con relevancia penal por una fórmula legal que es el tipo o supuesto de hecho legal. La conflictividad no debe estar resuelta por el orden jurídico mediante ningún precepto permisivo (causa de justificación) que ratifique la libertad constitucional; el injusto debe serle reprochable al agente en forma personal, lo que era imposible cuando no se le exigía un comportamiento conforme al derecho en la concreta situación en que actuó.

Esta afirmación cobra particular importancia en el tema objeto de esta investigación, ya que existe la tendencia generalizada a definir en materia aeronáutica, por ejemplo, los siniestros aéreos que pudieron ser consecuencia de haber puesto en riesgo o vulnerado la seguridad operacional y de la aviación como “accidentes”, los cuales, se sabe que no son abarcables en sede penal.

En tanto que hablar de “siniestros” permite ubicarlos en las normas penales, obligando a su escrutinio, para determinar la intervención del hombre y que esa intervención, contiene una intencionalidad, de causar daños, entonces se habla de conducta dolosa, o se produjo al violar el deber de cuidado o de poner en riesgo los bienes jurídicos, lo que se define como conducta imprudente, igualmente sancionada por el derecho penal. Se nota así, la importancia de utilizar la teoría del delito como herramienta necesaria para el análisis de los tipos penales.

En tal sentido, esta investigación busca aplicar la teoría analítica, desde un enfoque finalista o moderno, el cual sienta sus bases en la función asignada a la norma jurídica penal, función de motivación u orientación de la conducta humana. Berdugo (1999) destaca que según este enfoque,

El carácter doloso o imprudente de la infracción dependerá de cuál sea la norma infringida por el sujeto: “si la norma es prohibitiva, el delito será doloso; si fuera una norma de cuidado, el delito será imprudente. De ahí que se puedan calificar esas dos modalidades delictivas como formas de antijuricidad tipificada (o de tipos de injusto) y no como clases de culpabilidad, que era lo que pensaban los causalistas. (Pág. 65)

Siguiendo la idea anterior, en la teoría del delito es de gran relevancia el bien jurídico tutelado, para reforzar este enunciado encontramos que según Carrara (1956) “la idea fundamental del derecho criminal está en la tutela jurídica” y “el derecho penal debe acudir dondequiera que sea necesario para tutelar el derecho; el derecho penal “no puede” acudir donde el derecho no es violado o puesto en inminente peligro.”

De ahí que, en el ámbito aeronáutico, Folchi (2010) asegura que esto es una confirmación del enfoque finalista o moderno del derecho penal y en consecuencia

Toda correcta sistemática penal tiene una concepción teleológica porque es de gran importancia la indicación del valor que se quiere proteger. Este, entonces, no solo tiene significación desde un punto de vista técnico-formal, sino también respecto a problemas de política criminal o legislativa, para establecer las disposiciones necesarias que protejan efectivamente ciertos bienes jurídicos.

El mismo autor, cuando se refiere a la interferencia ilícita, destaca la importancia de señalar cuál es el bien jurídico tutelado, dado que en un mismo texto legal se incluyen todas aquellas conductas delictivas que afectan o ponen en peligro la seguridad, tanto en su forma operacional como aeronáutica, de las aeronaves y de las instalaciones aeroportuarias. La

evolución de la actividad aeronáutica, originó estudios y acciones por parte de la OACI y de los Estados que la integran, para preservar este valioso bien del mundo moderno.

Fue Binding, hace unos cien años, quien introdujo la denominación de leyes penales en blanco (también llamadas conminaciones penales ciegas), afirmando que “el tipo de estas leyes no repite la definición de la conducta prohibida por la norma, sino que, por el contrario, es un blanco cuyo contenido lo dará la norma”; destacando aquellos casos en los cuales la ley penal se limita a establecer una conminación, dejando que la acción prohibida sea determinada por otra ley, que puede ser formal, pero que por lo general no lo es.

Así pues, encontramos que en Venezuela el tipo penal de interferencia de la seguridad operacional y de la aviación civil, busca proteger esta actividad contra actos ilícitos que puedan afectar la seguridad en todas sus facetas; lo que trae como consecuencia, que el supuesto de hecho de esta norma se amplíe considerablemente, lo cual se puede percibir en su enunciado, ya que la misma establece: “...quien por cualquier medio o acto interfiera ilícitamente la seguridad operacional o de la aviación civil...”; visto así, la conducta penalmente prohibida debe ser determinada por las regulaciones aeronáuticas venezolanas, emitidas por el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil y por los acuerdos internacionales suscritos por Venezuela en esta materia especializada.

En relación a lo expuesto por Zaffaroni (2002) acerca de la norma penal en blanco, se convierte en una necesidad del legislador, pues en ciertas actividades como la navegación aérea, se pueden presentar en la práctica comportamientos activos u omisiones capaces de poner en peligro o vulnerar los bienes jurídicos propios de esa actividad. Su enumeración en el supuesto de hecho de la norma, en este caso la interferencia ilícita, obligaría a insertar en el texto una casuística interminable, en virtud de que la actividad aeronáutica involucra, personas, equipos, instalaciones, directamente vinculadas con ella e indirectamente involucra a terceros en superficie y bienes materiales ajenos a esa materia.

Acudir a otras normas, regulaciones internacionales, convenios suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela, ha sido una respuesta necesaria, dinámica y eficaz ante la posibilidad de que se produzca actos lesivos a la integridad de las personas y cosas, vinculadas directa o indirectamente a la actividad, cuyo bien jurídico se protege, no sólo a través de estrictas medidas de seguridad, sino también acudiendo a instrumentos jurídicos penales que se podrían aplicar, cuidando asimismo el respeto a los principios generales del derecho penal y los derechos humanos de los justiciables.

De ahí que, surge la relevancia del análisis de esta norma penal desde la teoría finalista del delito, ya que permitió establecer su contenido, alcance, relación con otras normas

jurídicas con una correcta interpretación y aplicación de la misma, no sólo por parte del profesional del derecho, sino por todo el personal involucrado.

Es por ello, que en la actividad aeronáutica juega un papel importante la seguridad, específicamente la seguridad aeronáutica en todas sus facetas, pues no se trata solamente de la operacional, sino también de la aeroportuaria y su aplicación por parte de todos los involucrados.

Ahora bien, estas medidas o procedimientos destinados a la seguridad de la aviación civil, pueden verse amenazados y vulnerados, por las personas involucradas en este ámbito, ya que son las encargadas de ejecutar y cumplir con todos los estándares de seguridad; por ello, cuando se pone en riesgo o se materializa la afectación de este bien jurídico, es porque alguien dentro del mundo aeronáutico a través de una acción u omisión incumplió con su deber ajustado a la seguridad.

En este sentido, es necesario precisar algunos aspectos relevantes sobre la seguridad, según el anexo 17 del Convenio de Aviación Civil Internacional (2006); al respecto, destaca que los Estados deben implementar las medidas y procedimientos de prevención contra actos de interferencia, en el campo de la seguridad de la aviación civil.

Por consiguiente, los Estados deberían cerciorarse de que el personal que intervenga o sean responsables de la ejecución de los distintos factores del programa de seguridad que tenga su programa nacional, reciban instrucción periódica de concientización en cuanto a la seguridad de la aviación civil.

El anexo antes señalado, destaca que la responsabilidad de la seguridad aeronáutica, le corresponde a todos los involucrados en ese campo, es decir, explotadores del transporte aéreo, personal aeronáutico, pasajeros, por lo que no se debe entender como un concepto restringido.

Dicho lo anterior, lo que origina una interferencia a la seguridad de la aviación civil, es el incumplimiento de medidas, procedimientos establecidos en esta materia, por alguno de los implicados en el mundo aeronáutico, cuyo carácter penal, lo determinará la puesta en riesgo o vulneración del bien jurídico tutelado, a los fines de lograr la configuración del delito.

Por último, las consecuencias que puede traer la puesta en peligro o afectación de este bien jurídico, por la misma delicada característica de la actividad, pueden ser diversas, entre las cuales se pueden mencionar, la pérdida de vidas humanas, pérdida de bienes materiales,

daños patrimoniales y afectación del medio ambiente; todo esto acompañado, del daño ocasionado a la eficiencia y continuidad de las operaciones aéreas

Con el surgimiento de nuevas figuras delictivas en esta materia, se han logrado precisar hechos que revisten carácter penal y que entran en concurso con la interferencia ilícita, por el mero hecho de que su ejecución pone en riesgo la seguridad de la aviación civil, por lo que en estos casos se tiene varios bienes jurídicos tutelados afectados.

Estas figuras delictivas, de las cuáles no escapa el ámbito aeronáutico son, por ejemplo, apoderamiento ilícito de aeronaves, actos de terrorismo, secuestro, transporte de sustancias estupefacientes, psicotrópicas y sustancias peligrosas.

Según Folchi (2010), existen actos de violencia que, por su naturaleza constituyen un peligro para la seguridad operacional de una aeronave; como por ejemplo, la destrucción de una aeronave en servicio, en vuelo, o causarle daños que la incapaciten para volar, la colocación en una aeronave de artefactos o sustancias capaces de destruirla o causarle daños.

Visto así, se logra precisar que la comisión de ciertos hechos ilícitos que afectan a bienes jurídicos diversos como la vida, la propiedad, la libertad, el medio ambiente, por ser ejecutados dentro de una aeronave o ser utilizadas como medio de ejecución, o ser cometidos en instalaciones aeroportuarias, pueden poner en riesgo la seguridad de la aviación civil.

En virtud de graficar lo anterior, encontramos un caso emblemático, los sucesos del 11 de septiembre de 2001 ocurrido en los Estados Unidos de América, los cuales marcaron la aviación civil internacional, al ser utilizadas aeronaves para cometer hechos de terrorismo, causando no solo pérdidas humanas, sino también materiales y la puesta en riesgo de la aviación civil; todo esto acompañado del trauma psicológico que produjo en la población mundial.

En este orden de ideas, es importante señalar los casos de siniestros aéreos que tienen como resultado fallecidos y lesionados, de cuya investigación se determina que su factor causal es la imprudencia, negligencia o impericia de algunos de los garantes en el caso; estos resultados conllevan a la imputación de homicidio culposo en concurso con la interferencia ilícita; sin perjuicio de que en otros siniestro aéreos puedan ser calificados como homicidios cometidos en grado de dolo eventual, en referencia a aquellos siniestros en los cuales pueda verificarse que el factor causal ha sido la indiferencia o el desprecio a la vida de otras personas y bienes materiales en juego.

La base constitucional de la presente investigación tiene su fundamento en el numeral 26 del artículo 156 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000), el cual dispone que el régimen integral de la navegación y transporte aéreo, así como el de los aeropuertos y su infraestructura, es de la competencia del Poder Público Nacional y se rige por la Ley de Aeronáutica Civil (2009) y demás disposiciones normativas que con apego a ella surjan.

En este orden de ideas, se observa como nuestro texto fundamental busca salvaguardar la seguridad, defensa y el interés público en este ámbito, a través de una navegación aérea segura, ordenada y eficiente, ejerciendo su soberanía.

Luego de mencionar la norma constitucional que rige la materia, se tiene que mencionar la Ley de Aeronáutica Civil (2009), la cual regula el conjunto de actividades relativas al transporte aéreo, la navegación aérea y otras vinculadas con el empleo de aeronaves civiles donde ejerza su jurisdicción la República Bolivariana de Venezuela.

Además, la ley in comento establece en el capítulo referido a los delitos aeronáuticos y conexos, el tipo penal de interferencia de la seguridad operacional y de la aviación civil, establecido en el artículo 140, que se será analizado a la luz de la teoría finalista del delito.

Con respecto al tema, es necesario mencionar las regulaciones aeronáuticas venezolanas, emitidas por el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil, en el ejercicio de su función como autoridad aeronáutica nacional, entre las cuales se destaca para nuestro estudio: RAV 107, referida a la seguridad de la aviación civil en los aeródromos y aeropuertos; RAV 108, vinculada a la seguridad de explotadores de aeronaves; RAV 109, relacionada con la seguridad de las operaciones de carga, correo, provisiones y en la aviación civil; RAV 112, referida a las empresas de servicios de seguridad de la aviación civil; todas publicadas en Gaceta Oficial N° 6.099 Extraordinaria de fecha 23 de mayo de 2013; las cuales son necesarias a los fines de determinar las conductas penalmente relevantes.

Asimismo, es importante destacar que la actividad aeronáutica por su acelerado crecimiento, ha logrado la internacionalidad, resultando uno de los caracteres más sobresalientes de la misma.

De allí, que los Estados buscaron a través de convenios bilaterales y multilaterales la adopción de normas uniformes a fin de regular la navegación aérea y las relaciones jurídicas que se originan.

Estas normas se encuentran establecidas en los diversos convenios y tratados, los que suelen ser tomados por los Estados a fin de ser aplicados en sus respectivas legislaciones internas; en este sentido, se considera importante destacar, que conforme a lo establecido en el artículo 44 del Convenio de Chicago (1944), la Organización de Aviación Civil Internacional, nace con el objetivo fundamental de fomentar principios y la técnica de la navegación aérea internacional, así como el apoyo, desarrollo y perfeccionamiento del transporte aéreo internacional.

El Convenio de Chicago, surge el 1 de noviembre de 1944, el cual se ha consagrado como la carta magna de la aviación civil internacional, por contener todo lo atinente a la navegación aérea; sin embargo, según el objetivo de esta investigación, se tiene como base el Anexo 17 (2006) y 19 de este Convenio (2013), ya que se refieren a la protección de la aviación civil internacional contra los actos de interferencia ilícita y a la gestión de la seguridad operacional, respectivamente.

Los convenios que se consideran vinculados al estudio de la interferencia ilícita, son en primer lugar, Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, suscrito en la Haya (1970), referido a la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil; y en segundo lugar, el Convenio de Montreal (1971), destinado a la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, y el Protocolo de Montreal (1988), para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, el cual complementa las disposiciones del Convenio de Montreal de 1971.

### **La acción en el delito de interferencia ilícita**

A continuación, se procede a un concreto análisis del artículo 140 de la ley especial, desde la visión panorámica de la teoría del delito: “Quien por cualquier medio o acto interfiera ilícitamente la seguridad operacional o de la aviación civil será castigado con prisión de seis a ocho años.”

El primer nivel debe referirse a la conducta o acción que conforma la base estructural del delito en la moderna acepción. La acción es el punto de partida de toda reacción jurídico-penal y el objeto al que se agregan determinados predicados: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, que convierten esa conducta en punible.

El término “acción” abarca comportamientos activos y omisivos, como es sabido, en derecho penal omisión no es solamente no hacer, es no hacer lo que la ley ordena. Por su

parte, la ley especial utiliza la expresión “actos”, que son conflictos provocados por comportamientos humanos externos, ello en virtud de que el derecho penal venezolano, es un derecho penal de acto y no de autor, referido este último a determinadas cualidades de la persona, los pensamientos, las personalidades. Sólo es posible castigar conductas, hechos concretamente delimitados y no formas de ser o caracteres, como ocurre en regímenes autoritarios. Téngase en cuenta que, las normas constitucionales, artículos 2 y 49.6, establecen que Venezuela es un Estado democrático y social, de derecho y de justicia y que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstas como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes. Las normas constitucionales sustentan expresamente la vigencia del principio de legalidad y su exigencia de tipicidad de los delitos.

En cuanto a los actos de las personas jurídicas (sociedades mercantiles, asociaciones, etc.) estos sólo pueden ser, en principio, constitutivos de un delito en la medida en que se puedan atribuir a personas físicas individualmente consideradas; hoy en día, la mayoría de los ordenamientos jurídicos sancionan la responsabilidad penal de las personas jurídicas con características específicas en algunos ámbitos de la criminalidad, como el económico-empresarial, medio ambiente, informática y otros. La ley impone sanciones penales a las personas jurídicas, en ejercicio de la potestad punitiva del Estado, sea como coacción directa contra ellas o como poder coactivo reparador.

Al referirse a la acción, los tratadistas modernos coinciden en que lo que interesa al derecho penal es la acción como manifestación de voluntad, que se distingue del resultado, concebido como consecuencia externa derivada de la manifestación de voluntad. Esto quiere decir que, en otros supuestos, como en los actos de habla, que dan lugar a delitos como la incitación a la violencia, la difamación, la injuria, la instigación a delinquir, el falso testimonio, etc., lo que importa no son las palabras o los gestos, sino el significado que se les atribuye en un determinado contexto en la interacción humana. En los delitos citados, a título de ejemplo, los hechos son completamente neutros, la finalidad que tiene la persona que los realiza es difícil de probar; esta solo puede deducirse de un contexto determinado que es el que les da su significado.

La norma en examen, artículo 140 de la Ley de Aeronáutica Civil (2009), castiga a quien interfiera ilícitamente la seguridad operacional y la aviación civil, realizando un acto o utilizando cualquier medio que vulnere o ponga en riesgo los bienes jurídicos tutelados por la norma, la seguridad en amplio sentido, las operaciones aeronáuticas, la vida y los bienes de personas, equipos, instalaciones, entre otros.

De acuerdo con la doctrina imperante, del concepto de acción jurídico-penal relevante se excluyen los actos concretos involuntarios, o que sean producidos por estados de inconsciencia, siempre y cuando el sujeto no se haya colocado deliberadamente en un

estado de inconsciencia; así como los actos reflejos o puramente instintivos. Si la interferencia ilícita deriva de un acto involuntario, no tendrá cabida la aplicación de ningún precepto legal (si no hay voluntad, no hay acción). Así, se consideran, en este aspecto, los actos realizados bajo el impulso de una fuerza física irresistible (*vis absoluta*), en los cuales no interviene la voluntad de la persona.

Por otra parte, del enunciado de la disposición se advierte que no existe interferencia ilícita imprudente, desde el punto de vista penal, en virtud de que la norma en estudio, no lo señala expresamente, lo que permite concluir que la interferencia ilícita siempre se considera dolosa, pues tal como se comentó *ut supra*, el legislador nacional se reservó el establecimiento de los delitos imprudentes, según el sistema de *numerus clausus*.

Ahora bien, si como consecuencia de la interferencia ilícita, se producen actos dolosos o imprudentes que generen un resultado lesivo, se castigará al autor, siempre que el resultado lesivo imprudente esté tipificado como delito, sin perjuicio de que la imputación pueda, de acuerdo con las reglas del concurso, abarcar la interferencia ilícita y el delito susceptible de ser imputado en el supuesto respectivo.

Si la persona incurre en un comportamiento, o utiliza un medio que interfiera la seguridad operacional y la aviación civil, debe responder por el acto realizado o el medio usado para cometer la interferencia ilícita. Quiere decir esto, que la norma en estudio, asigna una pena a quienes interfieran de manera ilícita la seguridad aeronáutica, lo que implica que la conducta ilícita o el medio utilizado hayan producido algún resultado separable espacio-temporalmente de la conducta.

Se considera, entonces, la interferencia ilícita como un delito de resultado. En los tipos penales de resultado material se requiere la existencia de una relación de causalidad entre la acción y el resultado material, lo que, como se dijo arriba, no es necesario en los tipos de mera actividad.

Es oportuno señalar, ahondando en la clasificación del tipo penal, que la disposición en estudio, es lo que la doctrina denomina un tipo de acción. El agente utiliza un medio o realiza un acto, que interfiere la seguridad operacional de la aviación civil, infringiendo así la norma que impone la obligación de abstenerse de realizar un determinado hecho: “interferir ilícitamente”, que es una norma de prohibición.

En referencia al término “seguridad operacional”, el Anexo 13 del Convenio de Chicago sobre Aviación Civil Internacional, adoptado por el Consejo de OACI (Organización de Aviación Civil Internacional) el 25 de febrero de 2013, cuyo objetivo es la gestión de la seguridad operacional y como finalidad de sus normas y métodos

recomendados, para ayudar a los Estados a manejar los riesgos de seguridad operacional de la aviación, define la seguridad operacional como “el estado en el que los riesgos asociados a las actividades de aviación relativas a la operación de las aeronaves, o que apoyan directamente dicha operación, se reducen y controlan a un nivel aceptable”.

De igual manera, el anexo 17 del Convenio de Chicago sobre Aviación Civil Internacional, al cual se adhirió Venezuela, en 1946, recién creada la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), incluye en el capítulo I, la definición de interferencia ilícita, como actos o tentativas, destinados a comprometer la seguridad de la aviación civil y del transporte aéreo, entre los cuales señala: el apoderamiento ilícito de aeronaves en vuelo y en tierra; toma de rehenes a bordo de aeronaves o en los aeródromos: intrusión por la fuerza a bordo de una aeronave, en un aeropuerto o en el recinto de una instalación aeronáutica; introducción a bordo de una aeronave o en un aeropuerto de armas o de artefactos (o sustancias) peligrosos con fines criminales, comunicación de información falsa que compromete la seguridad de una aeronave en vuelo, o en tierra, o la seguridad de los pasajeros, tripulación, personal de tierra y público en un aeropuerto o en el recinto de una instalación de aviación civil.

Esta enumeración de los actos de interferencia ilícita, ha sido ampliada, con posterioridad a la adscripción al convenio, a los fines de su actualización, por las Regulaciones Aeronáuticas Venezolanas (RAV), publicadas en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Cada RAV es un conjunto normativo emitido por el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (INAC), a través de una providencia administrativa, conformada por reglas, preceptos, requisitos, métodos y procedimientos de ámbito técnico operacional, las cuales son de cumplimiento obligatorio para la comunidad en general.

A continuación, se transcribe, parcialmente, la RAV 107, dictada bajo la denominación “seguridad de la aviación civil en los aeródromos y aeropuertos”, publicada el 11/05/2009, para:

...establecer las normas de seguridad de la aviación civil para prevenir la ocurrencia de actos de interferencia ilícita, así como aquellas acciones que deben ser adoptadas posterior (sic) a la ocurrencia de los mismos en los aeródromos y aeropuertos...

En la sección 107.2 define:

... (a) Para los efectos de la presente regulación se define: 1. Acto de Interferencia Ilícita: Aquellas acciones, hechos o tentativas, destinados a comprometer la seguridad de la aviación civil y del transporte aéreo, es decir:...a. El acto de violencia realizado contra una o más personas a bordo de

una aeronave en vuelo y que, por su naturaleza, constituya un peligro para la seguridad de la aeronave; b. La destrucción de una aeronave en servicio o de causarle daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituya un peligro para la seguridad de la aeronave; c. Colocar o hacer colocar en una aeronave en servicio, por cualquier medio, un artefacto o sustancia capaz de destruir dicha aeronave o de causarle daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituya un peligro para la seguridad de la aeronave; d. Destruir o dañar las instalaciones o servicios de la navegación aérea o perturbar su funcionamiento, si dicho acto, por su naturaleza, constituye un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo; e. La comunicación a sabiendas, informes falsos, poniendo con ello en peligro la seguridad de una aeronave en vuelo; f. El uso ilícito e intencionalmente, de cualquier artefacto, sustancia o arma: i. Ejecutar un acto de violencia contra una persona o más personas en un aeródromo que preste servicio a la aviación civil, que cause o pueda causar lesiones graves o la muerte; ii. Destruir o causar graves daños en las instalaciones de un aeródromo que preste servicio a la aviación civil o en una aeronave que no esté en servicio y esté situada en el aeródromo o perturbe los servicios del aeródromo, si este acto pone en peligro o puede poner en peligro la seguridad del aeródromo. g. Apoderamiento ilícito de aeronaves en vuelo; h. El apoderamiento ilícito de aeronaves en tierra; i. La toma de rehenes a bordo de aeronaves o en aeródromos o aeropuertos; j. La entrada por la fuerza o sin autorización a bordo de una aeronave, en un aeródromo o aeropuerto o en el recinto de una instalación aeronáutica.

En opinión de la Dirección de Revisión y Doctrina del Ministerio Público, de fecha 19/12/2014:

...la interferencia ilícita consiste en un tipo mero resultativo [en los delitos resultativos basta cualquier conducta que cause el resultado típico, sin limitación de modalidades de acción. Muñoz (2009, pág. 225)] es decir, además de ser un tipo de resultado material –pues se exige interferir la seguridad operacional o de la aviación civil-, es un tipo penal de medios indeterminados, pues no se describe la conducta a través de la cual el autor debe causar la interferencia. Ello ha sido declarado legislativamente de manera positiva mediante la expresión “por cualquier medio o acto”, de lo cual se extrae que el tipo penal no describe conducta alguna, sino la mera causación de un resultado imputable, la interferencia en la seguridad operacional o de la aviación... (DGAP 404-2014, 2014, pp. 2-3).

Ahora bien, si de la interferencia ilícita se deriva un siniestro aéreo con resultados lesivos a personas o bienes, el agente responderá penalmente porque su comportamiento produjo, adicionalmente, otro resultado, lo que obligaría a establecer nuevamente la relación de causalidad que permita imputar ese resultado producido al autor o a los autores de la conducta inicial, en este caso, de la interferencia ilícita.

El establecimiento de la relación de causalidad es el presupuesto mínimo para exigir una responsabilidad en los delitos de resultado, por el resultado producido. Lo cual es

válido, tanto en los delitos dolosos, en el supuesto de que la interferencia ilícita haya dado lugar a la muerte o lesiones de una o más personas y la destrucción o deterioro de bienes materiales y se verifique que el autor lo hizo con conciencia de la antijuricidad del hecho y el ánimo de producir ese resultado; como en los delitos culposos, en los que el autor produjo con su acción contraria a la norma de cuidado, un resultado objetivamente imputable a su acción, riesgo este que la norma de cuidado pretendía evitar, lo que se conoce como el fin de protección de la norma.

### **La tipicidad del delito de interferencia ilícita**

Se entiende la tipicidad como la adecuación del comportamiento –acto- a la descripción que del mismo se hace en la ley especial. Esta categoría cumple con el requisito establecido en el artículo 49.6 constitucional, antes mencionado, contenido del principio de legalidad: sólo las acciones y omisiones tipificadas en la ley penal pueden ser consideradas como delitos o faltas. De esta manera, la tipicidad establecida en el texto legal protege al ciudadano del ejercicio arbitrario del poder por parte del Estado, es lo que se conoce como función de garantía del principio de legalidad.

Del principio de legalidad, se desprende el principio de mínima intervención del derecho penal. El legislador no puede criminalizar conductas inocuas o de daño insignificante. De acuerdo a sus funciones, el legislador selecciona de entre todas las conductas jurídicas solamente algunas: se trata de conductas prohibidas cuya realización quiere ser evitada o de conductas exigidas al individuo con la finalidad de salvaguardar bienes jurídicos esenciales. Su descripción, realizada por el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal, se denomina tipo penal. El tipo determina lo que es relevante para el ordenamiento jurídico-penal.

El tipo penal de interferencia ilícita es una norma penal imperfecta en la que la conducta no se encuentra prevista en ella, por lo cual es preciso acudir para su integración a otra norma distinta siempre que se cumplan los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo central de la prohibición y quede así satisfecha la exigencia de certeza, de otra manera, es necesario que se establezca, con base en los hechos, la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma o normas a las que la ley penal se remite y sea respetada así la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.

La doctrina considera que se trata de una norma penal en blanco “en sentido estricto”,

por razones de técnica legislativa externa, sin que esto ocasione consecuencias posteriores. El complemento necesario, en nuestro caso, las regulaciones aeronáuticas venezolanas, se deben considerar parte integrante del tipo. Pero ese tipo ya completado –si se admite la expresión- cumple exactamente las mismas funciones que en los casos normales, especialmente en lo que atañe a su significado como fundamento de la antijuricidad y como objeto de referencia de la culpabilidad penal.

La Dirección de Revisión y Doctrina (DRD-404-2014, 2014, p.3), en la interpretación del tipo penal de interferencia ilícita, tantas veces mencionada, señala, en este aspecto que:

...las conductas que podrían realizar la descripción típica de interferencia ilícita son todas las imaginables; no obstante, es de utilidad recurrir al desarrollo del que ha sido objeto la interferencia como elemento normativo a nivel sublegal. A pesar de ello se advierte que las normas administrativas no pueden llenar el contenido de la prohibición en su totalidad, sino que se constituyen en normas referenciales para la delimitación de elementos normativos...

No se trata de un tipo de norma excepcional en el ordenamiento jurídico-penal venezolano. Otras leyes como la Ley Orgánica de Precios Justos (2015), Ley Penal del Ambiente (2012), Ley de Ejercicio de la Medicina (2011), los decretos con rango, fuerza y valor de ley sobre los ilícitos cambiarios entre otros ordenamientos, que complementan en fuentes distintas y de inferior rango, en disposiciones administrativas, en otras disposiciones de la misma ley o en leyes distintas, del mismo rango jerárquico.

En ese sentido, Jiménez de Asúa (citado por Mir, 2002) reservó la expresión, ley penal en blanco, para todos los casos en que el complemento se halla fuera de la ley de que se trate, sea del mismo rango o un rango inferior a ésta. De igual forma, Mir (2002) indica que la doctrina alemana contemporánea incluye en el concepto de precepto penal en blanco, toda norma que sólo fija expresamente la consecuencia jurídica y deja la determinación del contenido del supuesto de hecho a cargo de otras leyes, reglamentos o actos de la administración.

...como pone de manifiesto Friedrich Müller, la norma no se agota en el tenor de la ley –lo que llama el programa de la norma (Normprogramm)- sino que se halla también integrada por la esfera de supuestos fácticos a que alcanza su tenor, esto es, el sector de realidad social que el “programa de la norma” ha elegido, o creado, como su ámbito de regulación –lo que el mismo autor denomina el “ámbito de la norma” (Normbreich)...(Mir, 2002, p. 311).

Más adelante, Mir (2002) en su análisis del método de la ciencia penal, al reconocer la ineludible unión de política criminal y derecho penal, resume lo que Müller había destacado: la ciencia jurídica no puede, por ello, limitarse a interpretar el texto legal, sino que ha de intentar facilitar la efectiva concreción de la norma, buscando precisar el ámbito de casos a los que puede alcanzar.

Así se comprende, la interesante afirmación de que el tipo penal de interferencia ilícita es un delito resultativo; basta que se produzca el resultado prohibido para que la conducta desplegada pueda ser imputada al agente. Igualmente, su carácter de norma penal en blanco “en sentido estricto”, pues deberá utilizar en lo posible supuestos reales destilados por la jurisprudencia, pero tendrá que adelantarse también a la práctica previendo los casos que puedan interesar a la aplicación de la ley. Mir (2002).

## **Elementos del tipo**

*1) La acción:* Como se dijo antes, la acción se entiende como comportamiento en sentido amplio, que comprende conductas activas y omisivas. En este caso, la interferencia ilícita se consume por cualquier medio o acto que, de manera ilícita, obstaculice, perturbe, o ponga en riesgo la seguridad operacional y la actividad aeronáutica. El enunciado es escueto, no ofrece dudas acerca de la preocupación del legislador por castigar a quien ilícitamente interfiera la “seguridad operacional” y la “aviación civil”. La cuestión jurídica fundamental se desplaza de la comprobación de la relación de causalidad en sí, al establecimiento de los criterios conforme a los cuales se quieren imputar determinados resultados a una o más personas. Si la acción ilícita creó un riesgo jurídicamente relevante de lesión de los bienes jurídicos tutelados por la ley, tal comportamiento le será imputable, de igual manera cuando el sujeto realiza actos o utiliza medios que aumenten el riesgo permitido, por ejemplo, ingresar a la aeronave usando la fuerza.

Es un hecho que, la navegación aérea implica diversos riesgos de ocurrencia de siniestros fatales, pero se trata de riesgos adecuados socialmente dada las inmensas facilidades que la misma ofrece para la interacción humana en todos sus ámbitos. Pero si algún tripulante, pasajero, o tercero, con sus actos o por el uso de algún medio, interfiere ilícitamente la seguridad operacional, es evidente que esa persona ha creado un riesgo jurídicamente relevante de lesión de bienes jurídicos o, en otro supuesto, el riesgo jurídico-penalmente relevante se ha incrementado y por ello esa persona, natural o jurídica debe responder. Otro aspecto tiene que ver con los elementos que dan un significado personal a la realización del hecho, tales como la finalidad, el ánimo, la motivación que llevó a actuar al

sujeto activo del delito.

**2) Objeto:** En el distinguiremos el objeto del bien jurídico que se trata del valor que protege al tipo penal. El artículo analizado protege la seguridad operacional en el más amplio sentido y la aviación civil. También se puede hablar del objeto de la acción constituido por el ente material sobre el cual recae la conducta del autor. En este caso, podría tratarse de una aeronave, de las instalaciones aeroportuarias, etcétera. No en vano se insiste, en el Anexo 13 del Convenio de Chicago, que los peligros son componentes integrales de los contextos operacionales aeronáuticos. Dado que ninguna actividad humana puede garantizarse como absolutamente libre de peligros y errores operacionales, se debe considerar que en la aviación ocurrirán fallas y errores operacionales a pesar de los mejores y más logrados esfuerzos por evitarlos.

Por lo tanto, es preciso que la seguridad operacional de las actividades aeronáuticas se reduzca al mínimo, lo que solo es posible de alcanzar, determinando cuáles son las deficiencias para enfrentar exitosamente los riesgos.

El concepto de seguridad operacional, que ofreció el anexo 13 del Convenio de Chicago sobre Aviación Civil Internacional, adoptado por el Consejo de OACI (Organización de Aviación Civil Internacional), dedicado a la gestión de la seguridad operacional en los Estados es del siguiente tenor: ...“el estado en el que los riesgos asociados a las actividades de aviación relativas a la operación de las aeronaves, o que apoyan directamente dicha operación, se reducen y controlan a un nivel aceptable”... anexo 13 Convenio de Aviación Civil (2001).

Como ya se dijo, la OACI, en conformidad con lo establecido en el artículo 44 del Convenio de Chicago de 1.944:

...tiene como objetivo fundamental el fomentar los principios y la técnica de la navegación aérea Internacional, además del apoyo, desarrollo y perfeccionamiento del transporte aéreo internacional a los fines de: A) Asegurar el progreso seguro y sistemático de la aviación civil internacional en el mundo. B) Fomentar las artes del diseño y manejo de aeronaves para fines pacíficos. C) Estimular el desarrollo de rutas aéreas, aeropuertos y ayudas para la navegación aérea en la aviación civil internacional. D) Satisfacer las necesidades de los pueblos del mundo en lo tocante a transportes aéreos seguros, regulares, eficientes y económicos. E) Evitar el despilfarro de recursos económicos que cause la competencia ruinosa. F) Garantizar que los derechos de los Estados contratantes se respeten plenamente, y que todo Estado contratante tenga oportunidad razonable de explotar líneas aéreas internacionales. G) Evitar la parcialidad entre Estados contratantes. H) Fomentar la seguridad de los vuelos en la navegación aérea internacional. I) Fomentar el desarrollo general de la aeronáutica civil internacional en todos sus aspectos...Convenio de Chicago (1944).

**3) Sujetos:** En cuanto al sujeto activo, la norma no establece características especiales respecto al autor o partícipe en el acto de interferencia ilícita. Cualquier persona puede realizar la conducta descrita en el tipo, esto es, realizar un acto o utilizar un medio para interferir de forma ilícita la seguridad operacional o la aviación civil. Mientras el sujeto pasivo no es determinado por la norma, en virtud de que el delito afecta, en primer lugar, a la seguridad operacional y la actividad aeronáutica civil, valores estos pertenecientes a una masa de sujetos indeterminada. En opinión de la Dirección de Revisión y Doctrina del Ministerio Público (DRD-404-2014, 2014, p.2), antes citada, se identifica a los sujetos pasivos como:

...los usuarios del servicio de aviación civil cuya prestación fue afectada por la interferencia. Esto no se limita a los pasajeros del vuelo interferido, sino también a pasajeros de otros vuelos perjudicados por la interferencia, quienes serían sujetos pasivos directos del delito y no víctimas indirectas...

Sin embargo, es posible admitir la existencia de supuestos de interferencia ilícita que afecten a otros sujetos o bienes materiales, tales como funcionarios del Estado de servicio en instalaciones aeroportuarios o personas ajenas al quehacer aéreo y equipos o edificaciones lejanas al ámbito aeroportuario. Recuérdese, en este sentido, el terrible atentado a las Torres Gemelas del World Trade Center, acaecido a principios de siglo.

**4) Elementos:** según la formación del tipo. En el delito de interferencia ilícita los elementos descriptivos aluden a actos o uso de medios que pueden ser determinados mediante el análisis científico de los hechos naturales o a través de los sentidos. Ello por tratarse de un tipo penal de resultado material.

Los elementos normativos precisan la definición de su contenido mediante juicios de valor de carácter jurídico, técnico-científico o social, en alusión a los términos seguridad operacional y aviación civil. La comprensión de estos elementos variará según las apreciaciones de cada grupo social e incluso, de cada individuo. Cobra sentido en este aspecto, la respuesta doctrinaria dada al asunto por medio de la fórmula de Mezger:

...es necesaria y suficiente la “valoración paralela en la esfera del profano”. Significa que: 1) basta que se conozca el significado que posee el elemento normativo al nivel del profano, es decir del no especialista; 2) debe concretarse todavía más, acudiendo al mismo nivel social en que se halla el autor (Mir, 2009).

En relación al elemento subjetivo, dadas las características de la norma, según señala el artículo 61 del Código Penal, en él solamente se castiga la tipicidad dolosa y no existe la interferencia ilícita imprudente, a lo cual ya se hizo referencia. El dolo (la llamada “intención”) puede ser directo, de consecuencias necesarias o eventual. Mientras que en el dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias, el agente no persigue la realización del tipo, pero sabe y advierte con seguridad que su conducta dará lugar al delito. En palabras de Modolell, el denominado dolo indirecto:

...se caracteriza porque el autor no busca la realización directa del hecho, sin embargo el bien jurídico lesionado, o puesto en peligro, que conforma este hecho no buscado directamente, se encuentra indisolublemente unido al bien jurídico que se persigue lesionar directamente (fin principal), o poner en peligro, de allí que para lograr afectar este último bien tenga necesariamente que afectar a aquel... (Modolell, 2014, p. 98).

...Ejemplo. En el famoso caso Thomas, sucedido en 1875, el autor hizo cargar un explosivo en un barco para cobrar el seguro previsto para caso de hundimiento. Aunque no tenía ningún interés en causar la muerte de ninguna persona, sabía que ello sería inevitable, porque había tripulación a bordo... (Mir, 2009, p. 262).

En la norma jurídica venezolana se acoge la teoría de la voluntad o del consentimiento, concepto de gran importancia para poder afirmar que existirá dolo eventual cuando el sujeto se representa un posible resultado, el cual acepta de antemano, pero que no necesariamente va a ocurrir. Gimbernat, citado por Modolell (2014), afirma:

...la teoría del consentimiento requiere la “aprobación”, la “aceptación”, el “querer” el resultado...Critica Gimbernat que esta teoría exija la prueba de un hecho que no se ha dado en la realidad: “no es que sea difícil probar lo acaecido, es que se quiere probar lo que no ha acaecido”... (p. 99).

El dolo del autor puede faltar cuando actúa bajo error, denominado comúnmente “error de tipo”. Es de todos sabido, que el tipo penal contiene elementos descriptivos y normativos. Si el autor tiene una representación falsa de cualquiera de los elementos que conforman el tipo penal, existirá un error de tipo.

...Si el dolo típico requiere saber que se realiza la situación prevista en el tipo de injusto, el error determinará su ausencia cuando suponga el desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo de injusto. Tal es la esencia del error de tipo, que se distingue del error de prohibición en que este último no supone el

desconocimiento de un elemento de la situación descrita por el tipo, sino (sólo) el hecho de estar prohibida su realización... (Mir, 2009, p. 268).

En otros términos, el error de tipo no afecta por tanto al conocimiento o desconocimiento de la antijuricidad, sino únicamente al de las circunstancias del hecho. El error sobre los elementos del tipo implica una falta de dolo, por lo tanto una falta de tipo penal, en tanto que el error de prohibición constituye una falta de conocimiento de la prohibición jurídica del hecho realizado, se trata de un problema relativo a la culpabilidad del agente.

En el error de tipo hay que distinguir entre el error vencible y el error invencible. El primero es aquel que hubiese podido evitarse si se hubiera observado el debido cuidado procederá, de ser punible la imprudencia (culpa), la sanción respectiva de acuerdo al grado de culpabilidad. En el segundo, en modo alguno podía evitarse, aunque su autor hubiese actuado cuidadosamente, por lo tanto excluye tanto el dolo como la imprudencia.

Finalmente, cabe observar que el tipo penal no contiene otros elementos subjetivos distintos al dolo, entendido como el conocer y querer la realización del tipo. Recuérdese que en otros tipos penales se requiere que concurren en el agente requisitos de carácter subjetivo distintos al dolo, como el ánimo de lucro, el ánimo de apropiación y de perjuicio, el conocimiento de la falsedad de la declaración, ejemplo, en los delitos de apropiación indebida calificada, de falso testimonio o de calumnia.

### **La antijuricidad en el delito de interferencia ilícita**

Para la punibilidad de un acto de interferencia ilícita no basta que se adecúe a la descripción legal, es necesario que sea contrario a la totalidad del ordenamiento jurídico, esto debe determinarse cuando en el ordenamiento jurídico no existe una disposición que excepcionalmente autorice o permita el hecho típico. En el Código Penal se enumeran las siguientes causas de justificación, en el artículo 65: 1) actuar en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo; 2) actuar en virtud de obediencia legítima y debida; 3) obrar en legítima defensa y 4) actuar en estado de necesidad.

La opinión de la Dirección de Revisión y Doctrina del Ministerio Público (DRD-404-2014, p.6), señala:

...al tipo de interferencia ilícita le son, en principio, aplicables todas las causas de justificación del ordenamiento jurídico, y especialmente, las del artículo 65

del Código Penal. No obstante, dichas causas de justificación operarán como circunstancias excluyentes de la tipicidad (ver supra c)...

La mencionada opinión, expresa que el bien jurídico...es el transporte aéreo civil, como se deduce del artículo 1 de la Ley de Aeronáutica Civil (2009), el cual establece:

La presente Ley regula el conjunto de actividades relativas al transporte aéreo, la navegación aérea y otras vinculadas con el empleo de aeronaves civiles donde ejerza su jurisdicción la República Bolivariana de Venezuela”. Se trata de un interés colectivo, con lo que el tipo de interferencia no admitiría las causas de justificación de legítima defensa o consentimiento de la víctima...

La importancia del tema, obliga a tomar en cuenta que otros autores sostienen:

...que “todo bien jurídico es legítimamente defendible” (Soler), encontramos aglutinados en ella a Binding, Finger, Mayer, Niegger, Alimena, Manzini, Rocco, Garraud, Gomez, Peco, Jiménez de Asúa, Carrara, etc. Soler, ocupándose de este asunto, y haciendo notar la conciencia de la doctrina, manifiesta: “Todo bien jurídico es legítimamente defendible...Es pues errado restringir la defensa a determinados bienes, o declarar que estos bienes son defendibles solamente cuando exista peligro para la persona. La defensa de un derecho no puede declararse ilícita, en principio, sin decretarse el triunfo de la injusticia... (Sisco, 2001, p. 287).

Por su parte, Arteaga (2009) considera que “para resolver los casos dudosos...la solución no está en negar la extensión a estos bienes, sino en determinar si realmente se da el requisito de la necesidad de la defensa” En este sentido la doctrina ha optado una postura amplia en relación al ejercicio de la legítima defensa, en atención a las circunstancias del hecho y los bienes jurídicos tutelados.

### **La culpabilidad en el delito de interferencia ilícita**

Este análisis, realizado a la luz de la doctrina jurídica aplicable al complejo ámbito de la aeronáutica moderna, se arriba así al último nivel de estudio del hecho punible que es la culpabilidad, en el cual se determina si es posible la atribución de la conducta típica y antijurídica a alguna persona imputable, que habiendo conocido la ilicitud de su actuar activo u omisivo y pudiendo actuar de otra manera, optó -en el caso concreto del artículo 140- por interferir ilícitamente la seguridad operacional de la aviación civil.

Conforme al planteamiento inicial, de utilizar el sistema de la teoría del delito, como herramienta metodológica para analizar el tipo penal establecido en el artículo 140 de la LAC, es posible afirmar que quien incurre en un acto de interferencia ilícita, verificada la antijuricidad de su propósito concreto, no habría sido motivado por la norma.

La disposición prescribe que cualquier persona que interfiera de manera ilícita, la seguridad operacional y de la aviación civil, será castigada con prisión de seis a ocho años. Entonces, si una o varias personas, incurren en uno o más actos de “interferencia ilícita”, establecidos en las RAV (Regulaciones Aeronáuticas Venezolanas), en convenios aeronáuticos internacionales suscritos por Venezuela, o en otros instrumentos oficiales, siéndoles exigible una conducta conforme a derecho -tégase presente que la disposición castiga la interferencia ilícita-, no existiendo alguna circunstancia extraordinaria que justifique la lesión de bienes jurídicos, deben ser castigadas penalmente.

En este sentido, la doctrina alude a la exigibilidad de la conducta conforme a derecho, con excepción de supuestos como el estado de necesidad exculpante, o de miedo insuperable. Anteriormente se señaló a propósito de la antijuricidad que el estado de necesidad justificante, surgido a raíz de la colisión de dos bienes jurídicos de diferente valor, el cual se considera causa de justificación, que como tal, quita al hecho su carácter punible.

Pero también existe el estado de necesidad exculpante que se plantea cuando los bienes jurídicos en conflicto son del mismo valor. En este supuesto, el sujeto actúa:

...en situación de “no exigibilidad”, porque se entiende que el derecho no considera exigible a nadie resistir a una presión motivacional excepcional que el hombre medio no podría soportar...La exclusión de la responsabilidad penal no se basa en tal caso en que el sujeto sea distinto al hombre normal al que se dirige la motivación de la norma, sino, al contrario, precisamente en que el sujeto actúa como lo haría cualquier hombre normal... las conductas heroicas no son exigibles ... (Welzel,1980).

El ejemplo clásico es el de la tabla de Carneades.

...La tabla de Carneades. (Académico que vivió en Roma alrededor del año 150 antes de Cristo). Después del hundimiento de una nave, se salvan dos personas mediante un tablón que sólo puede sostener a una de ellas. A arroja a B de la tabla, para salvar su propia vida; B muere ahogado... (Welzel, 1980).

En casos así, la no exigibilidad de un comportamiento distinto obliga a verificar, antes del juicio completo de culpabilidad, si el agente imputable y conocedor de la antijuricidad de su conducta realizó un hecho típico y antijurídico, porque se encontraba en alguna situación tan extrema que no sería aconsejable, imponerle una sanción penal.

La LAC (2009) establece en su artículo 94, la obligación de prestar ayuda:

La obligación de participar en los procedimientos de búsqueda, asistencia, salvamento y de prestar la debida atención a las personas afectadas por accidentes o incidentes aéreos, se extiende a las empresas de transporte aéreo y demás explotadores de aeronaves civiles, capitanes de aeronaves, naves y, en general, a cualquiera que se encuentre en situación conveniente para prestar ayuda...No habrá responsabilidad para las personas señaladas cuando el auxilio fuere prestado por otro en mejores condiciones o significase riesgo para las personas a bordo de la aeronave que presta el servicio o si dicha colaboración no fuese necesaria.

En caso de un siniestro, las empresas de transporte aéreo, los capitanes, etc. están obligadas a participar en el salvamento de las personas afectadas, a menos que tal auxilio ofrezca riesgos para las personas que estén a bordo de la aeronave "salvadora". Tanta importancia concede la ley a esta obligación que si el comandante o piloto de una aeronave civil, se niega injustificadamente a participar en operaciones de búsqueda, asistencia y salvamento cuando le sea requerido por la autoridad competente, le será revocada la licencia hasta por un tiempo máximo de diez años (Artículo 134.3).

He allí, un supuesto de no exigibilidad de la conducta obligatoria de prestar ayuda a personas afectadas por un accidente o incidente aéreo, ordenada por la ley, ante la ocurrencia de un percance aéreo, de características tales que pongan en peligro la vida de las personas que se encuentren en la aeronave que pretenda auxiliar a aquellas. El comandante o piloto de la aeronave no está obligado a poner en peligro su vida o la de los que se encuentren a bordo de la aeronave, porque el derecho no exige heroicidades, sino el acatamiento de las normas.

Cumplidos estos extremos, una vez culminado el debido proceso, la persona o personas imputadas habrán de ser declaradas penalmente responsables, en consecuencia, culpables del hecho ilícito y les será impuesta la pena correspondiente.

## CONCLUSIONES

Como resultado posterior del análisis obtenido de la documentación consultada, así como las recomendaciones que se hacen en ocasión de los hallazgos, en cuanto a lo que se refiere a la identificación de los instrumentos legales que pueden ser utilizados para integrar el supuesto de hecho del tipo penal de interferencia a la seguridad operacional y de la aviación civil –ejecutando un análisis desde la teoría finalista del delito-, se arribó a las siguientes conclusiones:

- La teoría del delito constituye una herramienta muy útil a la hora de examinar los tipos penales de cualquier clase y de preparar la teoría del caso para las funciones del fiscal del Ministerio Público. En esta investigación, permitió precisar el significado y alcance del delito de interferencia a la seguridad operacional y de la aviación civil. Especialmente, en la interferencia ilícita que es uno de los delitos que se presenta con mayor frecuencia en el desarrollo de la navegación aérea, en virtud de su complejidad y su desarrollo creciente.
- Dentro de la teoría del delito, el enfoque finalista y la imputación objetiva, especialmente por la importancia que conceden a la afectación social de los bienes jurídicos tutelados por la norma, han contribuido a dotar este estudio de una base indispensable en un Estado Social, Democrático de Derecho y de Justicia.
- Los instrumentos legales que señalan la conducta penalmente prohibida en este tipo penal, son las regulaciones aeronáuticas venezolanas y los convenios internacionales vinculados a la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil.

En lo referido a describir las repercusiones del delito de interferencia a la seguridad operacional y de la aviación civil, se logró concluir lo siguiente:

- El bien jurídico protegido en el delito de interferencia a la seguridad operacional y de la aviación civil, es la seguridad de la aviación civil en todas sus formas, es decir, operacional, técnico, humano e institucional, por lo que debe ser entendida en un sentido amplio.
- La puesta en peligro de la seguridad de la aviación civil, puede ser causada por una acción u omisión que incumpla con los reglamentos, procedimientos, normas o las prácticas adecuadas de la actividad aeronáutica. Se destaca que en esta materia se encuentra involucrado el factor técnico, humano e institucional.

- Las repercusiones de este delito se fundamentan en la afectación de otros bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, ya que la actividad aeronáutica involucra personas, equipos e instalaciones, directamente vinculadas con ella e indirectamente involucra a terceros en superficie y bienes materiales.

Sobre la relación entre el tipo penal de interferencia de la seguridad operacional y de la aviación civil y otros tipos penales, se logra concluir lo siguiente:

- La comisión del delito de interferencia ilícita, puede causar afectación de otros bienes jurídicos, por ejemplo, ocasionar un siniestro aéreo, el cual puede tener como efecto la pérdida de vidas humanas, lesiones personales, daños materiales, entre otros.
- El delito de interferencia Ilícita puede entrar en concurso con otras figuras delictivas, establecidas en el Código Penal Venezolano (2005), así como con otras Leyes especiales, por ejemplo, la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arteaga A. (2009). **Derecho Penal venezolano**. Caracas: Liber.Berdugo, I. (1999). **Lecciones de Derecho Penal. Parte General**. Editorial La Ley.

Carrara, F. (1956). **Programa de Derecho Criminal**. Vol. I, Cap. III. Traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá.

Código Penal Venezolano (2005). **Gaceta Oficial N° 5.768**, Extraordinario del 13 de abril de 2005.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453**, Extraordinario de fecha 24 de marzo de 2000.

Convenio de Aviación Civil Internacional. (2001). **Anexo 13. Investigación de Accidentes e Incidentes de Aviación**. Publicado en fecha 1 de noviembre de 2001. Consultado en fecha 29 de octubre de 2015. <https://derechoaeronauticoiuac.wordpress.com/anexos/>.

Convenio de Aviación Civil Internacional. (2006). **Anexo 17. Seguridad**. Publicado en fecha 1 de julio de 2006. Consultado en fecha 29 de octubre de 2015. <https://derechoaeronauticoiuac.wordpress.com/anexos/>.

Convenio de Aviación Civil Internacional. (2013). **Anexo 19. Seguridad Operacional**. Publicado en fecha 1 de noviembre de 2013. Consultado en fecha 29 de octubre de 2015. <https://derechoaeronauticoiuac.wordpress.com/anexos/>.

Convenio de Chicago. **Organización de Aviación Civil Internacional**. Publicado en el año 1944. Consultado en fecha 29/10/2015 de: <https://derechoaeronauticoiuac.wordpress.com/oaci/>.

Convenio de la Haya. **Represión del apoderamiento ilícito de aeronaves**. La Haya el 16 de diciembre de 1970.

Convenio de Montreal. **Represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil**. Montreal, 1971.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos (2015) **Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.202** de fecha 08 de noviembre de 2015.

Dirección de Revisión y Doctrina (2004). **El delito de Interferencia Ilícita**. Ministerio Público. Opinión. N° DGAP 404-2014.

Folchi, M. (2010). **Nuevas figuras delictivas en la aviación civil internacional**. XXXIV Jornadas de Derecho Aeronáutico y Espacial. Cerdeña, 3-7 de mayo.

Jiménez, L. (2009). **La ley y el delito**. Caracas: Atenea.

Ley de Aeronáutica Civil (2009). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.140**, de fecha 17 de marzo de 2009.

Ley del Ejercicio de la Medicina (2011) Gaceta Oficial N° 39.823 de fecha 19 de diciembre de 2011.

Ley Penal del Ambiente (2012). **Gaceta Oficial N° 39.913** de fecha 02 de mayo de 2012.

Mir, S. (2002). **Introducción a las bases del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial B de F.

Mir, S. (2009). **Derecho penal. Parte general**. Buenos Aires: Editorial B de F.

Modolell, J. (2014). **Derecho penal. Teoría del delito**. Caracas: UCAB.

Muñoz, F. (2008). **Derecho Penal. Parte General**. Editorial Tirant lo Blanch. España.

Protocolo de Montreal. **Represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil**. Montreal, 1988.

Regulaciones Aeronáuticas Venezolanas N° 107, 108, 109 y 112. **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.099** Extraordinaria de fecha 23 de mayo de 2013.

Zaffaroni, E. (2002). **Derecho Penal. Parte General**. Editorial Ediar. Argentina.

Zaffaroni, E. (2009). **Estructura Básica del Derecho Penal**. Editorial Ediar. Argentina.

Zaffaroni, R., Alagia, A., Slokar, A. (2008). **Derecho Penal. Parte General**. Buenos Aires. Ediar.



## ¿ACCIÓN CONSTITUTIVA DE EXTORSIÓN?

**Ariel Sebastián Garin**

Profesor del Departamento de Derecho Penal y Criminología con cargo de Ayudante de Segundo en la materia Teoría del Delito de la cátedra del Profesor Fernando Córdoba. Investigador en el Proyecto de Investigación “UBACyT” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, dirigido por el Profesor Marcelo Lerman (Cod. 20020120300021BA) titulado “La Posición de Garante del Funcionario Policial”. Integrante del Ministerio Público Fiscal de la República Argentina como Escribiente en la Fiscalía de Instrucción N° 41. Ha publicado al menos 10 artículos doctrinarios en destacadas Revistas destinadas a la difusión de la actividad docente y el derecho penal y participado en un gran número de Congresos y Seminarios Académicos como asistente, organizador, coordinador, ponente y disertante.

## **RESUMEN**

Existe actualmente un debate respecto a la adecuada tipificación penal del delito conocido como “secuestro virtual”. Igualmente, hay diversos antecedentes jurisprudenciales donde se identifican estos hechos ilícitos como “estafas” mientras otra parte de la jurisprudencia los asimila a “extorsiones”. En el presente artículo se analizan diversos precedentes de la jurisprudencia de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional a fin de conocer los fundamentos de dichas sentencias y se concluye en una toma de posición con relación al objeto del debate.

**Descriptor:** secuestro virtual, antecedentes jurisprudenciales, estafas, extorsiones.

## **ABSTRACT**

At the present times, in the jurisprudence exits a discussion about the basis of the offense known as “Virtual Kidnapping”. There are several legal precedents where these wrongful acts are identified as “Frauds” and other precedents which identified it as “Extortion”. This paper analyzed several precedents where action of “virtual kidnapping” are judged, taking then a position in relation to the subject of the discussion.

**Descriptors:** virtual kidnapping, legal precedents, frauds, extortion.

## INTRODUCCIÓN: DOS POSICIONES OPUESTAS

Durante la última década y gracias a la masificación de los medios de comunicación se han proliferado nuevas metodologías de comisión de delitos. Entre estas podemos encontrar a los llamados secuestros virtuales, que consisten en hacer creer a la víctima que el sujeto activo tiene en su poder a un allegado, a fin de que entregue una suma de dinero u otros objetos de valor en concepto de rescate.

Al llegar estos casos a los tribunales se ha planteado cuál sería el tipo penal que se vería afectado, es decir, si se trataría de una estafa puesto que la víctima es engañada al creer que el autor tiene en su poder a un familiar o allegado, o bien de una extorsión donde la víctima entrega objetos luego de una intimidación temiendo un posible daño a un ser querido en caso de actuar de otra manera.

Esta última ha sido la calificación otorgada por los tribunales de primera instancia en líneas generales, pero no se ha establecido un criterio firme al resolver la cuestión en las distintas Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Es así que, por ejemplo, en el conocido caso Cisneros, la Sala VI ha entendido que el delito presenta las características propias del tipo penal de la estafa, mientras que recientemente la Sala IV en opinión contraria, ha mantenido su posición en el caso “Traico”, al sostener que “las insistentes llamadas telefónicas dando cuenta del secuestro de un pariente de las víctimas, constituye una amenaza y, como tal, injusta, grave e idónea en los términos del artículo 168 del Código Penal, en tanto ha sido urdida apelando a detalles que retransmitieron al sujeto pasivo induciéndolo a un serio y lógico temor”<sup>12</sup>, con lo que resulta clara su conceptualización del delito como extorsión más que como estafa.

Ante esto, cabe preguntarse si es acertado el razonamiento seguido o si por el contrario debe mantenerse aquél que lleva a los tribunales a sostener que el secuestro virtual no es sino una especie de fraude o estafa.

---

<sup>12</sup> “Traico, Pablo y otros”, causa 10.322/14, Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, rta. 8 de julio de 2014.

## Jurisprudencia

El surgimiento del delito tuvo su auge durante la primera década del siglo XXI a raíz de la venta masiva de teléfonos celulares que permitieron el anonimato necesario para la proliferación de muchos delitos. Entre ellos, el secuestro virtual, el cual, no solamente facilita la comunicación anónima entre el autor y la víctima, sino entre el autor y sus cómplices, dentro y fuera de los penales desde donde los presos se han comunicado con las víctimas, exigiendo para la liberación del supuesto secuestrado la transferencia de códigos de tarjetas prepago para la carga de celulares.

Existen cuatro casos que permiten graficar como han sido receptados estos supuestos de secuestro virtual en la jurisprudencia:

a. **En el caso “Cisneros”<sup>13</sup>**, la víctima recibió un llamado por parte de un presunto captor quien tras advertirle que tenía secuestrado a su marido le exigió la entrega de objetos de valor y dinero a efectos de su liberación. Ante ello, se dirigió inmediatamente a recoger esas pertenencias y su hijo permaneció escuchando el teléfono. Momentos después éste escuchó que alguien señalaba al captor el ingreso al lugar de personal policial. Tras ello, el hijo y el policía se dirigieron a la puerta del domicilio desde donde visualizaron a una mujer con un celular mirando sospechosamente, quien en ese instante comenzó a huir siendo finalmente interceptada.

Tras elevarse a juicio el caso calificado como extorsión, la defensa sostuvo que no se había configurado el delito y que en caso de encuadrar en alguno de los delitos previstos en el Código Penal, la conducta no se habría consumado, quedando en grado de tentativa. Además, a su criterio sería inidónea por cuanto el medio utilizado no tenía entidad para infundir temor, ya que en ningún momento el sujeto pasivo dio crédito al supuesto secuestro de un familiar, lo que provocaba que el delito se tornara imposible de consumar.

La Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional señaló que el delito imposible se funda en la idea de una incompatibilidad causal propia de la acción u omisión del agente. En tal sentido, el delito sólo es imposible si con arreglo de las circunstancias del caso concreto, la acción u omisión no podía consumar el delito a pesar de que el autor hubiera hecho todo lo que le era previsible hacer. La imposibilidad causal debe ser propia de la acción u omisión y no debida a la interferencia de una causa

---

<sup>13</sup> “Cisneros, María Cristina”, Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, rta. 13 de mayo 2008 ; en el mismo sentido: “Cisneros, Susana”, Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, rta. 5 de junio de 2006;

extraña que la volvió inocua y allí reside la diferencia esencial entre la no consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del autor determinante de la punibilidad de la tentativa (art. 42 CPN) y la no consumación del delito por imposibilidad determinante del delito imposible (art. 44 in fine CPN).

Señaló la Sala que en la causa no hubo dudas de que el medio escogido por la imputada fue idóneo, puesto que el hecho de simular el secuestro de un familiar tuvo aptitud suficiente para atemorizar a los damnificados. Lejos estuvo la reacción de considerar lo ocurrido como un simple "secuestro virtual", de modo que la acción intimidatoria desplegada tuvo la idoneidad necesaria para ocasionar temor en la víctima. En concreto, con la exigencia dineraria se puso en marcha el *itercriminis* y su medio fue idóneo ya que efectivamente se intimidó a la víctima.

Ahora bien, en cuanto a la calificación legal del hecho, la Sala entendió que el análisis de las constancias del caso descarta la existencia de los elementos propios de una extorsión, siendo la conducta desplegada por la imputada propia del delito de estafa. En efecto, en la extorsión la acción típica consiste en obligar a otro, mediante intimidación, a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o la de un tercero aquello que constituye objeto del delito, pero siempre por medio de amenazas y éstas no son más que el anuncio de un daño que se producirá en el caso de no cumplir con lo exigido, extremo que nunca podría haber ocurrido en el caso toda vez que los dichos amenazantes proferidos por los sujetos intervinientes no se hubieran podido concretar al tratarse de un "secuestro virtual".

Es por ello que según la Sala, la exigencia dineraria realizada, enmarcada en amenazas y simulando un secuestro, forma parte de una maniobra ardidosa única tendiente a afectar el psiquismo del destinatario para hacerlo incurrir en un error e inducirlo a concretar la disposición patrimonial pretendida. Alejándose ello de la ilícita pretensión del concepto de intimidación que requiere la extorsión, pero configurando uno de los elementos tipificantes del delito de estafa prevista en el artículo 172 del Código Penal.

b. **En el caso “A. N., J. y otros”**<sup>14</sup> los imputados realizaron en tres oportunidades comunicaciones telefónicas en las cuales el interlocutor, en este caso una persona detenida (penalmente), obtuvo información de las víctimas simulando ser una autoridad policial, para hacerse de los datos necesarios, señalando que había ocurrido un accidente en el que estuvo involucrado un familiar o conocido, y una vez obtenidos los datos necesarios para cometer el delito, cambió el discurso e indicó que se trataba de un secuestro. Aprovechando esa circunstancia y el temor infundido a los damnificados, los

---

<sup>14</sup> “A. N., J. y otros s/asociación ilícita”, causa nº 34.800, Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, rta. 22 de julio de 2008.

obligó a juntar bienes y dinero, indicándoles los pasos a seguir para su entrega a cambio de liberar al supuesto secuestrado. La causa fue elevada a juicio rotulada como “extorsión”.

Ahora bien, en lo relativo al tipo legal la Sala comprendió que correspondía su modificación por la figura prevista en el art. 172 del Código Penal. Ello, tras entender que la “intimidación” a la que hace alusión el art. 168 del Código Sustantivo, consiste en el anuncio de un mal que se perpetrará en caso de no accederse a lo requerido, extremo de imposible cumplimiento en los supuestos que se tratan de un “secuestro virtual”.

Asimismo, señaló que la simulación en la maniobra constituye una puesta en escena que, mediante engaño, pretende inducir al error del sujeto pasivo y por esta vía, determinar su poder de decisión y así conseguir que efectúe la disposición patrimonial perjudicial, verificándose de esta manera los elementos de la figura del delito de estafa.

c. **En el caso “N., F. E. -M., N. A”**<sup>15</sup> donde también se configuró un caso de llamadas desde un penal simulando un secuestro, los hechos tuvieron inicio con la denuncia incoada por la Señora A. S. L. S., de la misma surge que la denunciante se desempeñaba como secretaria de la Fundación X, situada en X, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuyo director era su padre H. S., manifestando que el día 3 de mayo de 2006, siendo las 16.30 hora, recibió una llamada telefónica donde una voz masculina de un desconocido le refirió que tenía secuestrado a su padre, indicándole que debía comprar cinco tarjetas telefónicas de cobro revertido y que en unos minutos volvería a comunicarse con ella. Seguidamente, tras no lograr comunicarse con su padre en su celular, ni en el abonado de su domicilio y teniendo en cuenta que tampoco el mismo se encontraba en la fundación, la misma se preocupó y decidió ir a comprar las tarjetas.

Posteriormente, recibió un segundo llamado del mismo individuo quien inmediatamente le comunicó con otra persona, también con voz masculina, el cual le solicitó rápidamente las claves de las tarjetas. Entonces comenzó a dictarle la primera de ellas, pero al dudar sobre la veracidad del secuestro, le requirió a su interlocutor que le permita hablar con “Jorge” -nombre inventado por ella a efectos de constatar si tenían cautivo a su padre, quien se llamaba H- ante ello, el sujeto le contestó “Jorge está bien, pero no vas a poder hablar con él ahora”, por lo cual se convenció de que todo ello era una farsa, pudiendo verificar luego que su progenitor no había sido secuestrado.

De tal modo, en primera instancias se decretó el procesamiento y prisión preventiva de F. E. N. en orden al delito de extorsión previsto y penado por el art. 168 del Código

---

<sup>15</sup> “N., F. E. -M., N. A”, Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, 03 de septiembre de 2009.

Penal. Ante ello, la defensa presentó recurso de apelación entendiendo, entre otras circunstancias que se debía ordenar un cambio en la calificación legal por cuanto la conducta desplegada por N. había sido constitutiva del delito de estafa, previsto y reprimido por el art. 172 del Código Penal y no del de extorsión.

La Sala por mayoría, decidió mantener la calificación legal dispuesta en primera instancia conforme al tipo penal de la extorsión, en atención a que si bien la novedosa modalidad de estos hechos delictivos y su denominación vulgar como "secuestro virtual" puede llevar a la confusión en cuanto a su tipificación, deben tenerse presente las distintas particularidades que caracterizan a hechos como el que se presenta en el caso, llevado a cabo, en gran parte, por algunas de las personas detenidas que se hallan alojadas en establecimientos penitenciarios, que lejos de intentar reinsertarse en la sociedad, han cimentado esta nueva forma de cometer delitos, utilizando medios que dificultan en numerosos casos identificar a sus responsables y la pesquisa.

Sin embargo, comprendió que en este caso la víctima cumplió con la requisitoria del imputado, porque estaba atemorizada o intimidada y no como sucede habitualmente en las defraudaciones, al pensar que se está obrando debidamente o que con ello obtiene algún beneficio para sí o para un tercero. De su lado cabe decir, que la disposición patrimonial de la víctima, en el caso de la estafa, y en virtud del engaño, es voluntaria. En el hecho investigado, surge claramente que ello no transcurrió de esa forma sino que tuvo como causa la intimidación sufrida, doblegando la voluntad de la víctima.

En su voto el juez Álvarez expuso que debía procederse en el caso a la modificación de la calificación legal. Ello así puesto que la figura del artículo 168 del Código Penal, contempla la existencia de intimidación por parte del autor en orden a conseguir de la víctima un determinado acto de disposición patrimonial. Pues bien, esta intimidación es el resultado de la amenaza de realización de una conducta dañosa para quien es intimidado, sin que resulte determinante el carácter ilícito de la conducta con la que se amenaza. Por esto, entendió que no parece razonable que la idoneidad de la intimidación se independice absolutamente de parámetros objetivos y regulares y que sólo se determine en virtud del resultado constatado, en este sentido señaló que la intimidación a la que hace alusión el artículo 168 del Código Sustantivo consiste en el anuncio de un mal que se perpetrará en caso de no accederse a lo requerido, extremo de imposible cumplimiento en los supuestos de autos por tratarse de un secuestro virtual.

Asimismo, indicó que es esencial en el delito de extorsión obligar a otro mediante intimidación. Esta intimidación es el resultado de amenazas, precisando que para que haya una amenaza debe haber un daño cuya producción es posible, esto con independencia de su licitud o ilicitud, ya que amenaza no es otra cosa que el anuncio de un daño futuro y en este

caso condicionado a la no realización de lo exigido por quien extorsiona. Concluyendo que esta posibilidad no se puede dar en un caso de secuestro virtual.

Por lo expuesto, consideró que debía modificarse el encuadre legal de la conducta endilgada en el presente sumario, calificándola provisionalmente como estafa, artículo 172 CPN, toda vez que la exigencia dineraria realizada por el sujeto, enmarcada en amenazas y simulando un secuestro, forman parte de una maniobra ardidosa única, tendiente a afectar el psiquismo del destinatario para hacerlo incurrir en un error e inducirlo a concretar la disposición patrimonial pretendida.

d. Finalmente, y volviendo al caso que impulsó este análisis, la Sala IV en relación al caso **“Traico, Pablo y otros/ Extorsión”**,<sup>16</sup> ha entendido que las insistentes llamadas telefónicas dando cuenta del secuestro de un pariente de las víctimas constituye una amenaza injusta, grave e idónea en los términos del artículo 168 del Código Penal, en tanto ha sido urdida apelando a detalles que retransmitieron al sujeto pasivo induciéndolo a un serio y lógico temor, así lo ha expuesto la Sala, al resolver la cuestión planteada el 8 de julio de 2014, pero agregando que se estima suficiente que la producción del mal amenazado luzca dependiente de la voluntad del sujeto activo, que verosímilmente pueda creerse que está en poder del intimidante concretarlo.

Señaló finalmente que si bien la disposición patrimonial se realizó con motivo de un artificio por parte de los autores, no se trató de la inducción de un error, sino una férrea compulsión, resultando entonces la finalidad de aquellos confirmar una intimidación basada en la mentira y así obligarlo a la entrega del dinero y cosas exigidas. Calificando al delito como extorsión.

## **Estafa o extorsión**

Es necesario analizar ambos tipos penales aplicados jurisprudencialmente con frecuencia en las distintas resoluciones, estos son: la estafa y la extorsión.

El artículo 172 del Código Penal establece que:

Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de

---

<sup>16</sup> “Traico, Pablo y otros”, causa 10.322/14, Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, 8 de julio de 2014. En el mismo sentido: “K., G. D y otros/ Extorsión”, rta. 10 de abril de 2014; “Miguel”, causa 57.307/13, rta. 3 de diciembre de 2013; “Fernández”, causa 929/10, rta. 7 de julio de 2010; “Fernández, Susana”, rta. 31 de marzo de 2005.

confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.

Mientras que la extorsión se encuentra tipificada en el artículo 168 del Código Penal que dispone:

Será reprimido con reclusión o prisión de cinco a diez años, el que con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos. Incurrirá en la misma pena el que por los mismos medios o con violencia, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito.

De ambos artículos se desprende una disposición patrimonial perjudicial y un beneficio para el sujeto activo, pero parecería que el elemento característico del tipo objetivo en la extorsión es *la intimidación* y en la estafa *es el error causado por un ardid o engaño*. Esta básica distinción es esencial a fin de determinar el tipo penal aplicable al secuestro virtual.

*a.* **Extorsión:** la esencia de la extorsión radica en que el extorsionador emplea una coacción moral contra la víctima para obtener de ella, en forma ilícita, un beneficio patrimonial (Donna, 2007. Pág. 268). En este sentido, Muñoz Conde señala que:

Esta castiga a quien con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero. Por cuanto se requiere un ánimo de lucro antijurídico o ilícito "... como el propósito de procurarse un beneficio personal al que no se tiene derecho, sea defraudando a un tercero o consiguiendo el beneficio directamente..." Muñoz (1995) Pág. 344.

En cuanto a la intimidación propia de la extorsión, la ley contempla tanto la *intimidación engañosa* (simulación de autoridad o invocación de orden falsa) como la *intimidación propia* que consiste en la amenaza de un mal para lograr una prestación de carácter patrimonial. Tal intimidación debe producir un efecto psicológico en la víctima donde se vea obligada a cumplir con la prestación exigida por temor de sufrir el mal amenazado. Entonces, la intimidación es netamente moral, contraria a la exigida por el robo. El mal amenazado debe ser futuro, grave e idóneo, con suficiente entidad para obligar al sujeto pasivo a realizar la entrega (Donna, 2007. Pág. 272) conforme al temor de ver afectado algo que le interesa. Por ello, Donna entiende que no es necesario que el mal amenazado sea inminente, ni objetivamente grave, ya que produce el efecto subjetivo

psicológico buscado siendo indispensable que sea idónea para infundir un real temor al sujeto pasivo, contrario a lo postulado por Molinario y Aguirre, quienes sostienen que la intimidación presupone una puesta en escena de un hecho que objetivamente ocurriría (Donna, 2007. Pág. 273). Asimismo, lo reclamado debe ser algo injusto e ilegal.

*b.* **Estafa:** al referirse a la estafa, Donna explica que las dos únicas modalidades previstas por la ley para caracterizarla son el ardid o el engaño, sin los cuales no puede haber estafa, aunque haya error y disposición patrimonial. En este sentido:

El ardid es el empleo o utilización de medios artificiosos para deformar la realidad, ya sea simulando aquello que no existe u ocultando lo que existe, mientras que el engaño es la utilización de palabras destinadas a convencer, la mentira adornada de razonamientos idóneos para hacerla pasar por verdad. Donna (2007) Pág. 335 y 336).

En cuanto al error, se trata de un estado psicológico provocado por el autor del delito, quien induce a la víctima a la realización de una disposición patrimonial. Así puede definirse como una contradicción entre la representación subjetiva y la realidad objetiva, en donde el sujeto pasivo se ve convencido de que esa representación es la realidad. En el error, a diferencia de otros delitos “no se trata de sustraer o apoderarse, sino de provocar la colaboración del sujeto pasivo y que éste, engañado, sea quien realice una disposición patrimonial en perjuicio de sí mismo o de un tercero.” Donna (2007) Pág. 362 y 363). Entonces, para la configuración del delito es necesario que el sujeto pasivo realmente haya sido engañado por la conducta del autor, de lo contrario el perjuicio patrimonial no será constitutivo de una estafa. Donna (2007) Pág. 363).

Ahora bien, Muñoz Conde refiere que la distinción entre la extorsión y el fraude o defraudación es que si bien ambos tienen por fin el apoderamiento de bienes ajenos, en el fraude la modalidad de acción del sujeto activo es más bien de tipo ideal, caracterizada por el engaño. En efecto, en referencia a la estafa como especie de defraudación definida en el código español como:

... los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno” refiere que la acción del sujeto activo consistente en una conducta engañosa puede tener forma tanto en la afirmación de hechos falsos como la desfiguración de los verdaderos, siendo ejemplo de lo primero la atribución de influencia que no se tiene o de bienes inexistentes. Muñoz (1995) Pág. 361).

Asimismo, esta conducta engañosa debe ser suficiente para producir un error (suposición falsa) en la otra persona. Entonces al igual que en la extorsión, la conducta engañosa es causa de la suposición falsa, pero el autor aclara que la distinción radica en que "... el perjuicio se causa por este acto de disposición realizado por el propio sujeto pasivo voluntariamente aunque con la voluntad viciada". Muñoz (1995) Pág. 364) aclarando previamente que "la estafa lesiona la buena fe o las relaciones fiduciarias que surgen en el tráfico jurídico. Normalmente se espera que se cumplan las obligaciones contraídas..." Muñoz (1995) Pág. 360).

## CONCLUSIÓN: LA ADECUADA TIPIFICACIÓN PENAL

De lo expuesto surge claramente la distinción entre ambas figuras, mientras que en la estafa la voluntad del sujeto pasivo se ve viciada por un error producido mediante un ardid o engaño del sujeto activo, por el que dispone de su patrimonio en favor de este último, tomando conocimiento posteriormente que su voluntad se debió al ardid o engaño. En la extorsión no existe una disposición voluntaria en favor del sujeto pasivo, sino más bien una disposición forzada a raíz de una amenaza, que produce en el sujeto pasivo la suficiente intimidación que lo deja ante la opción de entregar dinero u objetos de valor o bien ver sufrir un mal inminente a sí mismo o un allegado, por ello el desplazamiento patrimonial se produce por la acción de la propia víctima sobre la base de una voluntad viciada por coacción.

Ahora bien, el secuestro virtual ha sido conceptualizado como:

La exigencia dineraria, o de otros valores, producida al amparo de una simulada situación de privación de la libertad de un familiar o persona allegada al destinatario de la demanda, concretada, generalmente, mediante llamados telefónicos realizados indiscriminadamente, o -algunas veces- dirigidos a personas determinadas. (Trujillo, 2008)

El requerimiento efectuado a la víctima -usualmente vía telefónica- de dinero u otros objetos de valor, anunciándole un inexistente secuestro de un ser querido; ante tal situación el sujeto pasivo suele entregar dichos efectos de valor, en la creencia de que la persona supuestamente privada de la libertad corre riesgo real en su salud o vida. (Simaz).

A modo general se puede decir que el secuestro virtual consiste en la inducción por parte de un sujeto a otro para que realice una acción cualquiera que le represente un beneficio económico, quien se vale para ello de una amenaza contra la vida o integridad física del receptor o un allegado suyo, tenida como cierta o probable por la víctima, haciendo uso el autor de un medio que le posibilita mantener su anonimato en el momento del hecho.

Como se ha señalado, dos son las posiciones que tanto la jurisprudencia como la doctrina han escogido para tipificar la conducta señalada, por una parte se entiende que la acción es constitutiva del delito de extorsión, previsto en el art. 168 del Código Penal toda vez que la disposición patrimonial se obtiene gracias a la intimidación generada a raíz de una supuesta situación de privación de libertad. Así se sostiene que, pese a ser mentida la realidad fáctica sobre la que se basa la exigencia, el destinatario cumple con el

desprendimiento pecuniario por intimidación movido por esa maniobra coercitiva, que creyó ajustada a la realidad.

En opinión contraria, se considera que la disposición patrimonial no es tomada por violencia sino por error, recayendo estos supuestos bajo el tipo penal de la estafa, descrito en el artículo 172 del Código Penal. Suponen quienes sostienen esta posición que el delito de extorsión exige que las acciones intimidatorias afecten o puedan afectar en concreto un bien jurídico superior a la esfera de secretos.

En correspondencia con la primera postura señalada, en tanto en el secuestro virtual, el sujeto pasivo no se desprende libremente de su patrimonio, sino que lo hace bajo una coacción psicológica y por tanto medando una voluntad constreñida por la situación coercitiva que tiene ante sí.

Si bien es cierto que dicha situación es ficticia no pudiendo, al menos en lo inmediato, concretarse la amenaza, ello no altera la situación de intimidación que afecta al sujeto pasivo y por la cual se vio inducido a hacer entrega de lo requerido por el agresor. Es que el engaño no parece relevante cuando la víctima se siente amenazada o atemorizada por la situación, lo relevante no es la confusión inducida, sino el temor generado.

Asimismo, otra distinción a favor de la solución escogida, es el hecho de que en el secuestro virtual así como en la extorsión, la pretensión exigida, es vista por el sujeto pasivo desde un primer momento como injusta, contrario a la estafa donde a raíz del error el sujeto pasivo vislumbra la pretensión como justa y en muchos casos beneficiosa para su persona.

Finalmente, contra la posición que señala que la extorsión requiere de una situación objetiva que avale la amenaza proferida, del mismo texto de la norma se desprende que ésta admite la simulación, ejemplos de esto son las referencias a la simulación de autoridad o la falsa orden de la misma. Por lo que conforme a ello sólo es necesario que se cause intimidación o temor en la víctima, independientemente de la situación objetivamente considerada desde el punto de vista del autor.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A. N., J. y otros s/asociación ilícita, causa n° 34.800, Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, rta. 22 de julio de 2008.

Cingerle. y Genovese. **¿El secuestro virtual como estafa?** Publicado en SJA 26/11/2008 - JA 2008 IV 305, Lexis N° 0003/014126.

Cisneros. Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, rta. 13 de mayo 2008.

Cisneros. Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, rta. 5 de junio de 2006.

Donna, E. A. Derecho Penal Parte Especial. Tomo II-B. 2da Edición. Ed. RubinzalCulzoni. Santa Fe, 2007.

Galpern, M. A. El secuestro virtual: ¿estafa o extorsión? Revista de Derecho Penal y Criminología Año III nro. 10. La Ley. Noviembre de 2013. Págs. 29 a 33.

Fernández. Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, rta. 31 de marzo de 2005.

K., G. D y otros/ Extorsión, Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, rta. 10 de abril de 2014. La Ley: AR/JUR/10973/2014.

Llera. **Secuestro virtual: ¿estafa o extorsión?** Revista de Derecho Penal y Criminología Año III nro. 8. La Ley. Septiembre de 2013. Págs. 10 a 19.

Muñoz. **Derecho Penal Parte Especial**. 11° edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995.

N., F. E. -M., N. A. Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, rta. 3 de septiembre de 2009.

Piombo. **Una voz en el teléfono: engaño virtual, intimidación real. Algo más sobre el secuestro virtual y la problemática de su calificación legal.** Revista de Derecho Penal y Procesal Penal. Fasc. 9. Ed. AbeledoPerrot. Buenos Aires, 2008. Págs. 1550 a 1555.

Simaz. **“Secuestro Virtual”: ¿Estafa o extorsión?** Publicado en: La Ley Online.

Tobares. **Secuestros virtuales.** Publicado en: Sup.Act 30/05/2006, 1 - Sup. LLP Paraguay Penal, 105. 1ro. de enero de 2006.

Traico, Pablo y otros. Causa n° 10.322/14, Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional., rta. 8 de julio de 2014.

Trujillo. **El llamado “secuestro virtual”, ¿es una extorsión o una estafa?** Publicado en: Sup. Penal2008 (julio), 18 - LA LEY2008-D, 1173 - ADLA2008-D, 3965.



# **EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA REFORMA PROCESAL PENAL**

**Ezequiel Goldes**

Abogado Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente en la asignatura “Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal”, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ha desempeñado diversos cargos en el Ministerio Público Fiscal, donde cumple funciones actualmente.

**Pablo Tello**

Abogado Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente en la asignatura “Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal”, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y profesor adjunto en Universidad San Isidro “Dr. Plácido Marín”. Ha desempeñado diversos cargos en el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa, donde cumple funciones actualmente.

## RESUMEN

La acción de Persecución Penal siempre ha sido debatida de forma estricta no sólo por académicos, sino también en la legislación. A pesar de que nuestra Constitución Nacional establece un sistema acusatorio, en el que el procesamiento es flexible y discrecional, el Código Civil Argentino ha seguido un camino diferente. En este punto, la legislación sustancial fue influenciada por el Derecho Continental Europeo, principalmente inquisitoriales, históricamente caracterizadas por una acción pública, de oficio. Por lo tanto, nuestro país se ha presentado en dos sistemas de derecho diferentes que provienen de culturas muy dispares. Esta circunstancia ha influido considerablemente en las instituciones penales, tales como el procesamiento.

**Descriptores:** Código Civil Argentino, Acción Pública, Persecución, Derecho Continental Europeo.

## ABSTRACT

The Criminal Prosecution action has always been strongly debated not only by academics, but also in case law. Even though our national Constitution establishes an adversarial system, in which the prosecution is flexible and discretionary, the Argentinian Codification has followed a different way. At this point, the substantial legislation was influenced by continental European law codes, mainly inquisitorial, historically characterized by a public prosecution, ex officio. Therefore, our country has been submitted into two different law systems that come from very disparate cultures. This circumstance has influenced considerably in criminal institutions, such as the prosecution.

**Descriptors:** Argentinian Codification, Public Prosecution, Persecution, Continental European Law Codes.

## INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es elaborar una breve reseña de la nueva regulación que presenta el Régimen de la Acción Penal en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, ley 27.063 y leyes complementarias. Como se demostrará, estas son modificaciones muy positivas, que reconocen los reclamos que desde hacía mucho tiempo se venían formulando desde los encargados de la aplicación de dichas leyes, de las universidades y de la doctrina.

En primer lugar, se formulará una breve comparación del régimen de la acción penal, previsto en el actual Código Procesal Penal y en el que se implementará el próximo año (ley 27.063).

Tras ello, se llevará a cabo un análisis de la cuestión en perspectiva comparada, a fin de determinar cómo ha sido tratada esta cuestión tanto en el sistema anglosajón, Estados Unidos en particular, en el europeo continental y Francia en este caso, cuyos principios han servido de modelo para muchos países, entre ellos la República Argentina.

De todas maneras, y como se expondrá al final, las modificaciones presentan algunas aristas problemáticas que vale la pena remarcar y discutir, en cuanto a la limitación para los casos de violencia doméstica y a la consagración de criterios reglados de oportunidad.

## **El régimen en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, aprobado por ley 27.063**

El tema objeto de estudio se encuentra regulado en el título II, capítulo 1, “Acción Penal”, que está dividido en “sección 1 reglas generales”, “sección 2 reglas de disponibilidad”, “sección 3 obstáculos fundados en privilegio constitucional” y “sección 4 excepciones”.

En cuanto a la descripción de la acción pública, acción dependiente de instancia privada y acción privada (Arts. 25, 26 y 27), se mantiene, en lo sustancial, lo dispuesto en el Código Procesal vigente. La acción pública deberá ser ejercida por el Ministerio Público Fiscal e iniciada de oficio, salvo que dependiere de instancia privada. Respecto a éstas últimas, sólo podrá ejercerlas una vez que haya sido formulada la correspondiente denuncia por parte del damnificado y finalmente, la acción privada se ejercerá por medio de querrela, conforme las disposiciones del Código.

Hasta aquí, se advierte que no existen grandes cambios respecto de la normativa vigente hoy en día. En opinión de los autores, la innovación más importante que se agrega al nuevo Código Procesal está dada por las reglas de disponibilidad que tiene el representante del Ministerio Público Fiscal para disponer de la acción penal pública.

Éstas se encuentran enumeradas en el artículo 30, que prevé que el órgano acusador puede disponer de la acción penal pública en casos de: a) criterios de oportunidad, b) conversión de la acción, c) conciliación y d) suspensión del proceso a prueba.

En consonancia con lo establecido en el anteproyecto del Código Penal, también aquí existen excepciones en la disposición de la acción por criterios de oportunidad, para casos de delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio o en razón de su cargo, o en episodios dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias.

Esta incorporación luce correcta porque a juicio de los autores resultaría al menos “chocante” no promover la acción, por ejemplo, en un caso de corrupción de un funcionario público, por más pequeño que haya sido el conflicto (un policía que participa en un cohecho muy bajo), o en casos de violencia doméstica en los que, si bien en un principio el daño puede ser menor y producto de un hecho aislado, no se descarta que éstos sucesos puedan incrementarse en cantidad y magnitud a lo largo del tiempo.

Por ello, en estos casos no sería adecuada la aplicación de una de las reglas de disponibilidad de la acción, a menos que el conflicto en un caso de violencia de género

aparezca totalmente superado y no exista ningún tipo de vulnerabilidad en la víctima, cuestión que analizaremos oportunamente.

Sin embargo, el artículo 30 agrega un supuesto más de indisponibilidad de la acción: cuando resulte incompatible con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundadas en criterios de política criminal. Las excepciones circunscriptas a los casos de funcionario público, violencia doméstica o razones discriminatorias, se amplían notablemente con esta disposición. Se alude a una “incompatibilidad” que no está explicada taxativamente y que puede dar lugar a diversas opiniones a la hora de aplicar las reglas de disponibilidad, circunstancia que permite advertir que la fórmula escogida por el legislador resulta un poco vaga y permite mantener la persecución infundadamente por aplicación analógica y extensiva de los tratados internacionales.

Por otro lado, puede resultar problemática la “incompatibilidad” dispuesta por el código, con las instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal en criterios de política criminal. Basta con imaginar, un caso en el que un fiscal desee aplicar fundadamente una de las reglas de disponibilidad de la acción, la cual no encuadra en ninguna de las excepciones y no resulta incompatible con ningún tratado internacional o ley local, pero sí lo es con alguna instrucción general de la Procuración General de la Nación en materia de política criminal. ¿El fiscal no estaría habilitado para disponer de la acción, de conformidad con lo establecido en el Código Penal y en el Código Procesal, sólo porque una instrucción del Procurador, que no es ley, así lo determina?<sup>22</sup>

En un caso como el planteado, la remisión de la norma a una disposición del procurador es muy amplia y habilita a que, mediante resoluciones de éste, se dejen sin efecto disposiciones del Código Procesal, vulnerando de alguna manera el principio de legalidad. En este punto, consideramos acertado el criterio utilizado por la Ley Procesal de Francia, donde los fiscales, si bien deben respetar las instrucciones impartidas por el Ministro de Justicia, pueden desistir de la acción en un caso, contrariando el criterio de éste, aunque se arriesgan a ser sancionados, más la acción ya no podrá ser impulsada. Hendler (1999) Pág. 230..

---

<sup>22</sup> En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sucede algo similar. Allí, el art. 199 del CPP establece que “El archivo de las denuncias y de las actuaciones de prevención procederá cuando: e) La naturaleza e importancia del hecho no justifiquen la persecución, cuando la decisión no contraríe un criterio general de actuación”. Sin embargo, en virtud de la resolución FG n° 16/10, el Fiscal General estableció como criterio general de actuación la prohibición de archivar denuncias en contextos de violencia doméstica.

## **Criterios de disponibilidad de la acción**

En los artículos 31 a 35 están regulados específicamente los cuatro supuestos de disponibilidad de la acción.

El primero de ellos es el criterio de oportunidad y habilita al representante del Ministerio Público Fiscal a prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción, o limitarla a alguna de las personas intervinientes en el hecho.

Lo podrá hacer en los siguientes casos:

1. Hechos insignificantes.
2. Cuando la intervención del imputado sea de menor relevancia, y pudiera corresponderle una pena de multa, inhabilitación o condena condicional.
3. Cuando éste haya sufrido a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena.
4. Si la pena a imponerse por el hecho careciera de importancia en relación a una sanción ya impuesta, o la que debe esperarse por hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

De esta normativa se constata que las posibilidades del titular de la acción penal pública son amplias, ya que puede prescindir de la acción en casos insignificantes, como por ejemplo hurtos de alimentos por gente necesitada en grandes cadenas de supermercado, supuestos en los que la criminalización secundaria carece de sentido e implica un dispendio jurisdiccional innecesario.

Asimismo, se puede dirigir el curso de la investigación hacia ciertos imputados, teniendo en cuenta la mayor participación en la comisión del delito y prescindir de la acción respecto de otros que sólo han tenido una participación mucho menor y la pena que podría recaerle sería de multa, inhabilitación o condena condicional.

También se contemplan los casos denominados por la doctrina como “Pena Natural”, a fin de no acrecentar el sufrimiento ya padecido por el imputado y donde el derecho penal no cumple función alguna aplicándole otra sanción.

Como se puede observar, las posibilidades que tiene el representante del Ministerio Público Fiscal es amplia y todas parecen tener como meta que el derecho penal intervenga en los conflictos graves y los operadores judiciales optimicen sus recursos en esos casos.

Una vez que se decida la aplicación de un criterio de oportunidad, la acción penal quedará extinguida respecto de la persona en cuyo favor se decide. La única excepción está dada por lo dispuesto en el artículo 219 del código, en cuanto prevé la posibilidad de la víctima de convertir la acción pública en privada y continuar la investigación.<sup>24</sup>

El segundo supuesto de disponibilidad es la conversión de la acción y son tres los casos que habilitan a la víctima a solicitarla. Cuando se aplique un criterio de oportunidad, cuando el Ministerio Público Fiscal solicite el sobreseimiento al momento de la conclusión de la investigación preparatoria y finalmente, cuando se trate de un delito que requiera la instancia de parte, o de lesiones culposas, siempre que el fiscal lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido.

La primera de ellas es una consecuencia lógica, ya que una vez aplicado el principio de oportunidad por parte del fiscal, el damnificado debe tener la posibilidad de continuar con la investigación si así lo desea. En estos casos, no se ve ningún problema en que sea la propia víctima con su asistencia letrada la que impulse el proceso y lleve adelante el mismo. Con el código vigente se dan situaciones anormales en las que el Ministerio Público Fiscal, a fin de cumplir con el principio de oficialidad, debe llevar adelante investigaciones aún en contra de los intereses de la propia víctima, quien no desea hacerlo. O incluso, existen investigaciones por hechos menores en los que interviene el acusador público y el acusador privado, cuando podría ser éste último quien lleve adelante la misma.

Uno de los problemas que se resuelve con esta disposición, es la problemática actual respecto de la posibilidad de impulsar el proceso por el pretense querellante. Mucho se ha discutido en doctrina y jurisprudencia sobre este tema, pero en líneas generales podría afirmar que, actualmente existen diferentes opiniones acerca de cómo debe continuar el proceso penal cuando, por ejemplo, el fiscal solicita la desestimación de la denuncia, el juez resuelve de conformidad y luego la Cámara de Apelaciones revoca dicha decisión y abre la investigación. Podría suceder de igual manera, en el caso que sea la Cámara Federal de Casación Penal quien abra la investigación<sup>25</sup>.

Así, parte de la doctrina le da preeminencia al principio de oficialidad y sostiene que la investigación no debería abrirse ya que el titular de la acción penal pública se pronunció

---

<sup>24</sup> Artículo 219.- Control de la decisión fiscal... Si el fiscal superior confirma la aplicación del criterio de oportunidad, la víctima estará habilitada a convertir la acción pública en privada y proceder de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 279, dentro de los sesenta (60) días de comunicada.

<sup>25</sup> Ver Cámara Nacional de Casación Penal, en pleno, "Zichy Thyssen, Federico y otro", publicado en: La Ley 2006-D, 450 - La Ley 05/07/2006, 05/07/2006, 10 - La Ley 2006-D, 195 - DJ12/07/2006, 790 - Sup. Penal 2006 (julio). Cita Online: AR/JUR/2151/2006.

por su negativa, mientras que la restante, considerando ciertos tratados de jerarquía constitucional y el derecho que tiene la víctima a impulsar el proceso, participar en el mismo y llegar a un veredicto, entiende que ésta puede abrirse solo con el impulso del acusador particular.

Con el nuevo código, esta cuestión quedaría zanjada ya que la propia ley establece la posibilidad de conversión de la acción pública en privada y la continuación del trámite de la misma a cargo del acusador particular.

La segunda cuestión tiene un punto de conexión con la anterior, y también ha sido objeto de mucho debate, hasta que los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos “Quiroga”, “Santillán” y “Del Olio” aclararon el panorama.

Ello ocurre cuando el fiscal solicita el sobreseimiento al momento de contestar la vista prevista en el artículo 346 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) y el querellante solicita la elevación a juicio de las actuaciones. Si bien la causa puede ser elevada a juicio, se da una situación particular en la cual el Fiscal que interviene ante el tribunal de juicio actúa con un mero control de la legalidad del proceso, ya que al no requerirse la elevación a juicio de la causa, éste no va a poder completar la acusación y formular, en su caso, un pedido de pena.

A partir de lo expuesto, se produce una situación en la que la intervención del Ministerio Público Fiscal es innecesaria, porque el caso puede ser resuelto con la sola intervención del Acusador Privado. Con las nuevas disposiciones, se evitan inconvenientes como el mencionado y en caso de que haya discordancia entre los acusadores, la víctima podrá solicitar la conversión de la acción en privado y continuar el trámite mediante el instituto de la querrela. Indudablemente, las facultades que posee el querellante son notablemente mayores a las de hoy en día.

Por último, cuando se trate de delitos que requieran instancia de parte o casos de lesiones culposas, el damnificado podrá pedir directamente la conversión de la acción pública en privada, con el único requisito que en estos casos deberá ser autorizado por el representante del Ministerio Público Fiscal y siempre que no exista un interés público gravemente comprometido.

El tercer supuesto contemplado por el código es la conciliación. Ésta presupone casos en los que la víctima y el imputado realicen acuerdos conciliatorios a fin de resolver su conflicto. Dichos acuerdos podrán realizarse en casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado muerte.

El acuerdo deberá ser presentado ante el juez para su homologación y una vez acreditado el cumplimiento del mismo, la acción penal quedará extinguida. En caso de incumplimiento, se podrá reabrir la investigación a pedido de la víctima o del representante del Ministerio Público Fiscal.

Estamos en presencia de otra de las innovaciones agregadas por el nuevo Código Procesal Penal de la Nación ¿Qué sentido tiene continuar con investigaciones de índole Penal cuando las partes ya han llegado a una solución? En opinión de los autores, ninguno.

Puede ser muy útil en casos de accidentes de tránsito en los que se hayan causado lesiones culposas y ambas partes lleguen a un acuerdo para resarcir los daños. También en casos de estafas, muchas veces meros incumplimientos de contrato sometidos indebidamente a las reglas de un Proceso Penal. En fin, la idea es evitar la intervención del Derecho Penal en conflictos que válidamente pueden ser resueltos por las partes, a la vez que se descomprime la labor jurisdiccional en estos casos.

Finalmente, el artículo 35 contempla la suspensión del proceso a prueba como regla de disponibilidad de la acción, en consonancia con lo dispuesto en el anteproyecto del Código Penal, al incorporar dicho instituto al capítulo del régimen de las acciones.

Como se ha expuesto *ut supra*, este instituto merece un análisis independiente, exhaustivo y detallado a fin de lograr un entendimiento acabado del mismo, por lo que incluirlo aquí excedería el marco del presente trabajo.

### **La acción penal en el sistema francés y en el mundo anglosajón, en perspectiva comparada**

El derecho procesal penal es una cabal demostración de las formas y prácticas jurídicas y culturales a través de las cuales las sociedades pretenden resolver sus conflictos de mayor gravedad y justifican de alguna forma racional la mayor aplicación de violencia estatal que se conozca (claramente, de modo legal y no subterráneo). Por lo tanto, es tan interesante como enriquecedor verificar cómo se llevan a cabo estos procesos en otras culturas que, por cierto, han tenido gran influencia en la cultura jurídica de nuestro país.

De todos modos, el ejercicio comparativo no tiene como objeto solamente advertir semejanzas y diferencias entre uno y otro orden jurídico. Nuestro objetivo, en este punto, es exponer mínimamente cómo está actualmente resuelta la cuestión en los países cuyos sistemas de enjuiciamiento penal han servido de modelos para el resto del mundo occidental, el sistema anglosajón y el francés. Es que, en efecto, la tarea comparativa:

Se trata de una tarea metodológica, que como tal no sólo se constituye en una herramienta para el análisis o el estudio de un determinado tema o cuestión, sino que además, importa una tarea mucho más profunda que simplemente encontrar semejanzas y diferencias. Hendler (2014) Pág. 16.

### **A) Estados Unidos**

A fin de lograr un mejor entendimiento sobre el tema aquí analizado, es importante resaltar algunas características básicas del Sistema Procesal de Estados Unidos.

En cuanto a la legislación, vale aclarar inicialmente que cada uno de los cincuenta estados que conforman esa nación tiene su propia legislación de fondo y de forma. Sin embargo, esto no dificulta nuestro tema de análisis, ya que la legislación y jurisprudencia no varían considerablemente, y existe una comunidad cultural que lo refleja, por ejemplo, con la enseñanza en las universidades de derecho, en donde se abordan distintos temas sin preocuparse por las diferencias existentes entre los estados, más allá de realizar ciertas observaciones.

Asimismo, hay instituciones que elaboraron ciertos proyectos con el fin de unificar criterios legislativos en toda la nación. Una de ellas es la “American Law Institute” (entidad conformada por Juristas, Abogados, Jueces y Profesores de derecho) que en 1962 presentó el denominado “Código Penal Modelo”. Aunque el propósito no fue su sanción como ley, muchos estados así lo hicieron y en los que no, fue de gran influencia en la revisión de los Códigos Penales vigentes Hendler, (2014) Pág.82.

También hay que tener en cuenta el Código de los Estados Unidos “United State Code”, éste rige en el orden federal y en el título 18, denominado “Delitos y Procedimiento Criminal” se encuentran reguladas todas las disposiciones penales de carácter federal, como así también el procedimiento penal.

Respecto de esto último, es importante enumerar brevemente los órganos intervinientes del proceso penal. El primero de ellos es la policía y su rasgo más característico es la gran cantidad de organismos policiales existentes según los diferentes niveles de gobierno. Así, existen policías de los estados, de los municipios, de los condados u otras subdivisiones políticas, a las que se suman las policías vinculadas a ciertas materias específicas.

Luego se encuentran los fiscales, los cuales también se dividen en fiscales de los estados, de los condados o distritos y los del Gobierno Federal. Se los conoce como

“Abogados del Gobierno”, ya que pertenecen a la rama del poder ejecutivo y representan al estado en un proceso judicial.

La nota más saliente del sistema, a partir del siglo XIX, es el carácter electivo de los fiscales, en 46 de los 50 estados. Se entiende que es una manera de asegurar la responsabilidad ante el electorado local y un resguardo ante la creciente burocracia de los órganos estatales. La excepción está dada por el Sistema Federal, en el que los fiscales son designados por el presidente y trabajan formalmente, bajo las órdenes del fiscal o procurador general (U.S. Attorney General). Finalmente, existen los fiscales adjuntos y especiales, que son nombrados y removidos por el procurador general de los Estados Unidos.

La importancia de estos funcionarios radica en que son los titulares de la persecución penal, función exclusiva del Poder Ejecutivo, derivada del Poder Genérico para ocuparse de la aplicación de las leyes que, de acuerdo con el art. II de la Constitución Federal, le está asignada a ese poder. Este punto, si bien coincide en cuanto a la titularidad de la acción, difiere la ubicación constitucional del Ministerio Público Fiscal en nuestro país, al ubicarse como órgano extra poder (art. 120 CN), circunstancia que tendrá consecuencias en conceptos que serán analizados más adelante.

En tercer lugar tenemos a los “Magistrados”<sup>26</sup>, en sentido amplio. Existen los jueces de paz (con jurisdicción local) que intervienen en el procedimiento inicial y en casos de delitos menores, en el juicio oral. No necesariamente deben ser profesionales del derecho, sino más bien suelen ser en su mayoría legos. Están los jueces de distrito (intervienen en los juicios) y los jueces de tribunales de apelación, que actúan en cortes de tres jueces.

Por último, tenemos a los jurados, institución histórica de ese país y del sistema anglosajón. Su intervención puede variar según cada estado, pero en general, existe el “Gran Jurado” (Grand Jury) que interviene en determinados casos previstos por la ley para decidir si los cargos existentes contra un imputado ameritan abrir un juicio oral y además, tiene amplias facultades de investigación, superiores a las de un fiscal. Incluso, éste último muchas veces suele recurrir al gran jurado en determinadas etapas del proceso. Por otro lado, existe el “Petit Jury” o Jurado de Juicio, más familiar para nosotros, “son aquellas personas que deciden sobre la culpabilidad o no de un sujeto en juicio oral”. Hendler (2006) Pág. 163-165. Nuestro país heredó esta institución, aunque nunca se ha puesto en práctica, al menos en el orden federal, sin perjuicio de estar escrita en el texto constitucional.

---

<sup>26</sup> Explica HENDLER que el significado de magistrado en el sistema anglosajón corresponde a “magistrate” pero que no es equiparable en ese sentido. Se trata de la designación de ciertos funcionarios judiciales o jueces de menor jerarquía que ejercer una jurisdicción limitada.

Enumerados los principales sujetos del procedimiento penal estadounidense, hay dos conceptos fundamentales para llevar adelante el análisis comparativo.

El primero de ellos viene dado por la diferencia existente entre la denominación “promover” la acción penal y el “ejercicio” de ésta, ya que distan de ser sinónimos. Un reconocido autor en la materia explica que la promoción de la acción penal corresponde al acto mediante el cual el órgano a quien se le atribuye el poder de acción penal solicita formalmente al Juez la investigación acerca de una determinada “*notitia criminis*”.

A diferencia de ello, el ejercicio alude al conjunto de actos llevados a cabo por el Ministerio Público en consecuencia y correlación con el acto promotor de la acción penal, dirigido a hacer converger el proceso hacia la decisión definitiva. Hendler (1999) Pág. 461

En virtud de lo expuesto, es posible afirmar que en Estados Unidos no existe un acto promotor de la investigación como sí hay en el orden federal en Argentina. No hay un acto formal por el cual se le dé impulso al proceso, toda vez que la lógica y raíz del sistema procesal es totalmente distinta. Allí, se trata directamente del ejercicio de la acción penal y esta misión es llevada adelante principalmente por los Fiscales, quienes discrecionalmente deciden sobre la cuestión. Incluso, pueden desistir de aquélla una vez ejercida o entablar negociaciones con el imputado (*plea bargaining*), sin que se afecte garantía constitucional alguna.

De esto último, se deriva el segundo punto de análisis comparativo. Esto es, la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal pública.<sup>27</sup> Si bien este concepto se analizará desde la intervención del Ministerio Público Fiscal, es necesario remarcar que las facultades que tienen las fuerzas policiales en Estados Unidos son muy superiores a las nuestras. Desde el acto de detención, obtención de pruebas y hasta incluso, el otorgamiento de la libertad bajo fianza al imputado<sup>28</sup>, la policía puede intervenir sin dar noticia de ello al fiscal (como se suele hacer en nuestro país).

---

<sup>27</sup> En la tradición anglosajona, el concepto de criterio de oportunidad, se denomina “discrecionalidad”.

<sup>28</sup> En casos de “misdemeanor” (delitos menores), el imputado puede recuperar su libertad en sede policial mediante la constitución de una fianza. Incluso, suele haber tablas fijas de montos de fianzas según las infracciones.

Hendler señala que:

Según lo desarrolla una obra clásica del Derecho Procesal Penal estadounidense, se pueden distinguir diecisiete etapas en un típico caso de proceso penal, en el cual las primeras diez serían anteriores a lo que nosotros conocemos como juicio oral y en las cuales, las primeras cinco se realizan sin la intervención de un fiscal. Hendler (1999).

Se entiende que el principio de oportunidad permite decisiones discrecionales al Ministerio Público (con o sin sujeción a criterios legales preestablecidos) y, en principio, que esta discrecionalidad también puede alcanzar los límites concretos del tipo de imputación que se formula al acusado. Hendler (1999) Pág. 451.

La trascendental tarea de los fiscales en ese país está dada porque son ellos los encargados de poner en práctica esa discrecionalidad y como actividad propia del poder ejecutivo, se entiende que no puede haber controles sobre las decisiones discrecionales de los fiscales.

Éstos deciden iniciar una persecución penal, realizar una investigación, acusar formalmente, garantizar inmunidad o negociar cargos con el imputado. También pueden decidir o elegir los cargos en los que fundamentará su acusación. En fin, la amplitud discrecional no se limita a un solo ítem.

En un conocido antecedente de la Corte de Apelaciones del estado de Nueva York, ante la solicitud que habían llevado ante el juez algunos internos del penal de Attica, para que obligara a funcionarios estatales y federales a investigar y perseguir a los guardias del correccional, por delitos cometidos contra los internos, la Corte sostuvo que los tribunales no pueden obligar al fiscal a iniciar o continuar la persecución penal en un caso concreto. Además, se dijo que la ley del estado de Nueva York, estrictamente establece que la decisión del Fiscal es discrecional y no está sujeta a revisión judicial.<sup>29</sup>

Incluso, la Corte Suprema de Estados Unidos ha sostenido que si el fiscal ha determinado el estándar probatorio de la causa probable para creer que el imputado ha cometido un delito, su decisión de iniciar o no la persecución, y por qué cargos, es enteramente discrecional<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> *Inmates of Attica Correctional Facility v. Nelson A. Rockefeller*, 477 F.2d 375 (2d Cir. 1973).

<sup>30</sup> *Ver Bordenkircher v. Hayes*, 434 US 357, 364 (1978).

El principal argumento radica en que si las decisiones de los fiscales son sometidas al control de un órgano ajeno al Poder Ejecutivo, habría un problema constitucional vinculado con el principio de división de poderes.

El sistema del anteproyecto del Código Penal y del nuevo Código Procesal Penal difiere considerablemente en esta cuestión. Principalmente porque los criterios de oportunidad se encuentran regulados legalmente, por lo que la discrecionalidad de los fiscales no es ilimitada como en Estados Unidos. También, pueden existir controles sobre el accionar del Ministerio Público Fiscal, a diferencia del país anglosajón, en donde la única causal para revisar una decisión discrecional de un funcionario público, es cuando ésta es arbitraria, producto de una persecución direccionada a un individuo por razones discriminatorias o de venganza.

Pero no sólo eso, Estados Unidos carece de legislación que contenga reglas generales o criterios de persecución que puedan brindar un panorama de sus decisiones. En ese sentido, los fiscales, tanto federales como estatales y de distrito, actúan localmente, conforme los problemas y necesidades de la jurisdicción a la que pertenecen y para ello, elaboran su propia política de persecución, de manera que ésta puede diferir en cada comunidad.

Para evitar éstas diferencias, el fiscal general cuenta con un “Manual del Fiscal Federal” (United States Attorney Manual) que establece pautas globales de persecución que, supuestamente, deben ser aplicadas por los fiscales, ya que no son obligatorias.<sup>31</sup>

En virtud de lo expresado anteriormente, se ha recalcado la “inidoneidad” intrínseca del Poder Judicial para evaluar las decisiones discrecionales de los fiscales. Esto surge a partir de la ausencia de criterios comunes de persecución, sumado al desconocimiento del tribunal respecto de las particularidades del caso y del panorama global de casos de la fiscalía. Éstas, son las que están al tanto de los conflictos suscitados en la comunidad a la que pertenecen, la gravedad de los mismos, los criterios utilizados para disponer de la persecución, entre otros. Bovino,(1997) Pág. 48.

Explica Bovino (1997) que:

En este contexto y frente a la ausencia de criterios jurídicos obligatorios para orientar la política efectiva de persecución, es completamente cierto que el tribunal no conoce la situación como para que su juicio de oportunidad resulte

---

<sup>31</sup> La regla 9-277.220 (A) dispone: “El abogado del Estado debe comenzar o recomendar la persecución penal federal si él/ella cree que el comportamiento de la persona constituye un delito federal y que es probable que la prueba admisible será suficiente para obtener y mantener una condena...”.

posible sobre bases medianamente racionales...” y continúa su explicación “...la escasa información con que cuentan los tribunales antes del juicio – por la informalidad de la etapa de investigación y la inexistencia de algo similar a nuestro <expediente> - impide que puedan comprender el esfuerzo y trabajo que demandará a la fiscalía el caso concreto. Bovino,(1997) Pág. 48.

Esto último, se asemeja a lo que en nuestro país se conoce como “Descentralización de la Función Pública”, en este caso del Ministerio Público Fiscal en el ejercicio de la persecución penal. Si bien la finalidad es lograr esa descentralización<sup>32</sup>, existe una diferencia sustancial con los Estados Unidos, ya que en ese país la intervención de los fiscales en cada comunidad, se remonta históricamente a los tiempos de la colonia y a partir de allí, se fue desarrollando y evolucionando hasta lo que conocemos hoy en día.

## **B) Francia**

Para iniciar la comparación con el régimen de la acción penal, es importante mencionar que en Francia los procesos penales tramitan ante diferentes jueces según la gravedad de la “infracción”. Este término cobra relevancia toda vez que en dicho país no es indistinto, como podría ser en Argentina, la mención de delito o crimen; allí, los crímenes y los delitos, más allá de las penas con que están reprimidos, tienen una naturaleza diferente entre sí y los primeros son más graves que los segundos. Incluso, la distinta concepción de unos y otros, contravenciones, delitos y crímenes, genera diversos efectos, además de que puede modificarse la “categoría” de la infracción (descalificación) sin modificar la tipificación del hecho. Sumado a ello, la acción penal tramita en conjunto con la acción civil.

En cuanto al ejercicio de la acción penal, al igual que en Argentina, el titular de ella es el Ministerio Público, aunque en algunos casos puede ser la parte lesionada la que impulse el proceso. A diferencia de lo que sucede en estas latitudes, donde el Ministerio Público, sea fiscal o defensa, es un órgano extrapoder, con autonomía funcional y autarquía financiera (art. 120 de la Constitución Nacional); en Francia los fiscales son agentes del Poder Ejecutivo y como tales están sujetos a las instrucciones elaboradas por el Ministerio de Justicia.

---

<sup>32</sup> De la lectura del Código Procesal Penal de la Nación y los proyectos de leyes de implementación del mismo, se desprende que la idea actual es lograr esa descentralización del Ministerio Público Fiscal.

El Fiscal tiene la potestad, frente a los casos concretos, de impulsar la Acción Penal o de no hacerlo por razones de oportunidad. Ya desde antiguo se habilitaba a los Fiscales a no perseguir determinados asuntos: en 1828 una circular legalizó a facultad del fiscal de decidir, por ejemplo, archivar asuntos de poca importancia. Hendler (1999) Pág. 470.

Actualmente, según el art. 40-1 del CPP francés, cuando el fiscal toma conocimiento de hechos cometidos por un individuo identificado que, a su juicio, pueden ser delictivos, decide: (a) si es oportuno iniciar una persecución penal, (b) someter el trámite al régimen de procedimientos alternativos, o bien (c) “*classer sans suite*” (sería posible traducirlo como “archivar”), siempre y cuando las circunstancias particulares del caso lo justifiquen.

A diferencia del Código Procesal Penal argentino, en Francia el principio de oportunidad no está reglamentado taxativamente, como en el art. 31 del flamante Código, sino que parecería que sólo tiene que justificar las razones que lo llevan a tomar tal decisión.

Al respecto, Hendler (1999) explica que:

Los motivos para no perseguir son muy numerosos y no se encuentran enumerados por la ley. Por ello, en la práctica la decisión obedece a circunstancias muy diversas: la honorabilidad del delincuente, la insignificancia del perjuicio, la culpa de la víctima, o el arrepentimiento del delincuente. De manera tal que, a veces, el archivo no sigue a la indemnización dada a la víctima, especialmente en el caso de la emisión de cheques sin provisión de fondos. En definitiva, se omite la persecución en los casos en que considera que la represión será más nociva a la sociedad y paz social que la impunidad concedida al delincuente. Hendler (1999) Pág. 233.

De todos modos, el fiscal debe notificar de su decisión de archivar a la víctima y debe explicitar las “razones jurídicas o de oportunidad que la justifican” (art. 40-2). Igualmente, el régimen es de acción penal pública, ya que según el art. 2 del Código, la renuncia a la acción civil (que puede tramitar en conjunto con la Acción Penal) no detiene ni suspende el ejercicio de la acción pública, salvo los casos de transacción o de composición penal (una suerte de juicio abreviado), o en aquellos supuestos en que el impulso de la víctima es condición necesaria de la persecución (art. 6, 3er párrafo).

Asimismo, entre la persecución penal y el archivo “sans suite” existen caminos intermedios: el archivo “bajo condición”, la mediación y la “descalificación”. Los dos primeros están legislados en el art. 41-1, que establece que si el fiscal, antes de decidir el destino del ejercicio de la acción penal, presume que una medida alternativa podrá

garantizar la reparación del daño, de poner fin al conflicto o de contribuir a la reinserción del autor, puede adoptar diversas medidas.

En el caso del archivo “bajo condición”, se trata de un claro caso de oportunidad en el que el fiscal impone ciertas medidas a fin de no impulsar la acción penal, como tomar cursos de prevención de la violencia, de conducción de automóviles, de responsabilidad paternal, someterse a un tratamiento, orientar al autor para que se incorpore al mundo laboral, regularizar su situación legal, reparar el daño...entre otros.

Por lo demás, existe un procedimiento de mediación entre el imputado y la víctima, llevado adelante por un mediador, según el cual el primero debe comprometerse a reparar el daño e incluso, en algunos casos, debe retirarse del hogar y abstenerse de presentarse en dicho lugar durante un tiempo, entre otras medidas. El art. 41-1-1 permite, a su vez, que previo al inicio de la acción penal, un oficial de la policía judicial llegue a una transacción en algunos casos (contravenciones, delitos menores); aquí, se conviene el pago de una determinada suma de dinero y de cumplir ciertas obligaciones. El acuerdo debe ser homologado judicialmente y una vez cumplido en los plazos indicados, se extingue la acción penal.

Este procedimiento es bastante similar de aquél que está legislado en el art. 41-2, la “Composición Penal”, una suerte de juicio abreviado, en el que el imputado reconoce haber cometido el o los delitos (siempre con penas iguales inferiores a cinco años o de multa) y se compromete a pagar una multa, a entregar los bienes que serían decomisados y a cumplir determinadas reglas de conducta. Si cumple, se extingue la acción penal, pero no impide a la víctima reclamar su derecho civil a ser indemnizada.

Finalmente, la “descalificación” de algún modo implica una modificación de la categoría de la infracción que se imputa; así pues, un crimen puede ser “correccionalizado”, de este modo se evita ser juzgado por un juicio por jurados y se es juzgado por un tribunal correccional, y un delito puede ser “contravencionalizado”, por lo que será juzgado por el tribunal de policía. De cualquier manera, la rebaja en la calificación no implica en sí misma una pena inferior. Respecto de este instituto, Hendler (1999) ha explicado que:

La descalificación se lleva a cabo, según los casos, tanto omitiendo tomar en cuenta una circunstancia agravante, como no tomando en cuenta el elemento interno más caracterizado (entre la intención, la imprudencia o el mero error material), como así también tomando entre varias calificaciones legales posibles (concurso de calificaciones) la más baja y no la más alta de ellas (p. 232).”

Cabe mencionar, en último lugar, el rol que le corresponde a la víctima en el proceso penal francés, en relación al régimen de la acción penal. Además de poder ejercer la acción civil ante los Tribunales Penales, su retiro no implica el cese de la acción penal (art. 2 del CPP), pero puede, en caso de que el fiscal decida no proseguir, impulsar en solitario la acción penal, "...sea a través de una querrela con la Constitución en parte civil ante los jueces de instrucción, sea mediante la "Citación Directa" del autor de la infracción ante el Tribunal Correccional o de Policía". Hendler (1999) Pág. 236. Asimismo, algunas infracciones penales exigen, como nuestros delitos de acción privada, que la víctima se constituya en parte e impulse el proceso, como condición necesaria para la prosecución de la acción.

## CONCLUSIÓN

Como se sostuvo al inicio de este trabajo, las modificaciones introducidas en el nuevo Código Procesal Penal son acertadas, ya que permiten descomprimir la carga de trabajo de los tribunales y reorientar los recursos hacia aquellos casos cuya gravedad y complejidad amerita un mayor interés.

Asimismo, la nueva legislación reconoce la selectividad con la que actúa el poder punitivo y logra, de algún modo, reducir esa arbitrariedad selectiva y poner en marcha una “Contraselectividad”, eligiendo, entre los casos adoptados por el poder punitivo, aquellos cuya gravedad torne un poco menos irracional la aplicación de una pena. De alguna manera, el principio de oportunidad permite sincerar el sistema frente a la irrefutable “Cifra Negra”, al contrario de lo que sucede con el principio de legalidad, que ignora la realidad.

Sin embargo, se advierte que las nuevas modificaciones legales aún traen aparejados determinados problemas y cuestiones que merecen ser analizadas.

En primer lugar, el hecho de que la acción penal siga siendo pública casi con exclusividad, en conjunto con las limitadas causales de oportunidad, en cierta medida implica seguir confiscándole el conflicto a la víctima. Es cierto que se han ampliado los delitos dependientes de instancia privada y los de acción privada a muchos de los casos que en la práctica se presentan como más confiscatorios, sobre todo aquéllos detrás de los que se evidencia una lógica de reclamo patrimonial (sean los delitos contra la propiedad, hurtos, estafas o las lesiones culposas producto de accidentes vehiculares o de malas praxis médicas).

No obstante, creemos que aún hay un tipo de casos en los que la expropiación del conflicto es grosera y evidente: los (habituales) supuestos de violencia de género en los que la víctima, afectada por el hecho, decide denunciar al agresor y luego, libremente, sin que medie un estado de vulnerabilidad que vicie su voluntad, se arrepiente y pretende retrotraer la cuestión, “dejando sin efecto la denuncia” o “retirando los cargos”.

En estos casos, y según la nueva legislación, el fiscal no está habilitado para alegar “razones de oportunidad”, ya que así lo expresa el art. 30, último párrafo del Código Procesal Penal, el cual establece que el fiscal “No puede prescindir, ni total ni parcialmente, del ejercicio de la acción penal...cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica”.

De todas maneras, y sin perjuicio de la preocupación que generan esta clase de hechos y la atención que merecen por parte del Estado, la solución no necesariamente debe ser la

aplicación de una pena de prisión. Como se observa, los nuevos códigos, que en líneas generales son positivos y no han logrado escapar de la lógica neopunitivista que impera en estos días, sobre todo en materia de violencia doméstica. Un área, precisamente, en la que se evidencian los ejemplos más claros de expropiación del conflicto y de revictimización.

Tampoco podría alegarse que resulta imposible incluir criterios de oportunidad en casos de violencia de género por el deber de investigar que recae sobre la República Argentina, en virtud de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como “Convención de Belém do Pará”.

En este sentido, habitualmente se invoca esta convención para justificar la persecución de estos casos, sobre la base de lo establecido en el art. 7, inc. B, que indica que los Estados partes se comprometen a “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”. Si bien esto es correcto, lo cierto es que el propio tratado menciona, en el art. 6 inc. B. “el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”.

Por consiguiente, consideramos que no es posible interpretar la convención en un solo sentido y de forma contradictoria, sino que debe acudirse a las reglas de buena fe reconocida en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, que estipula que “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

En virtud de ello, si la Convención de “Belém do Pará” pretende eliminar la relación históricamente desigual entre hombres y mujeres, resulta un contrasentido cosificar, expropiar la voluntad de la mujer e invocar el tratado cuando es la propia víctima la que, libremente, sin ataduras ni vulnerabilidad, solicita el cese de la acción penal. Por lo tanto, se entiende que habría sido positivo incluir una causal de no impulso de la acción en estos casos, ya que se presenta una total e irracional confiscación de conflicto.

En línea con este razonamiento, es importante resaltar el último párrafo del mencionado art. 30 del Código Procesal Penal de la Nación en cuanto impide la aplicación de un criterio de oportunidad, cuando éste “resulte incompatible con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundadas en criterios de política criminal”.

Si bien la voluntad del legislador pudo haber sido otra, creemos que, por lo menos, la redacción fue desafortunada. En primer lugar resulta de extrema vaguedad la fórmula “incompatibilidad” a la que alude la ley.

¿Qué debe tenerse en cuenta para determinar que un criterio de oportunidad es incompatible con un tratado, una ley o una instrucción general? Las posibilidades son numerosas y el legislador no puede abarcar cada una de ellas. Sin embargo, la forma de incorporarlo deja mucho que desear, toda vez que la vaguedad que se desprende del texto legal no permite inferir los casos en los que la acción penal pueda ser válidamente disponible o no, generando una especie de inseguridad jurídica, ya que ante un mismo caso, algunos fiscales pueden entender que el criterio de oportunidad es incompatible con algún tratado, Ley o instrucción general, mientras que otros, lo considerarán aplicable.

Más cuestionable aún es el caso de las instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal en materia de política criminal. No se duda de la utilidad y ayuda que éstas brindan a la hora de investigar determinados delitos, pero el interrogante radica en si estas disposiciones pueden impedir la aplicación de un criterio de oportunidad por una supuesta “incompatibilidad”.

Con base en el principio constitucional de legalidad, la respuesta deberá ser negativa. Una disposición del código procesal no puede ser desvirtuada por una instrucción impartida por la procuradora general, por más acertada y útil que ésta sea. Afirmar lo contrario, implicaría vulnerar el principio de legalidad y con ello, la voluntad del legislador elegido por la voluntad popular.

Por último, debe destacarse que al comparar nuestro régimen con el que se utiliza en Francia y en Estados Unidos, es claro que Argentina se encuentra, a pesar del origen de nuestra constitución, más inmerso -cultural y jurídicamente- en la lógica continental de sistemas procesales mixtos. Incluso, más que en Francia, ya que si bien este país fue modelo en el sistema inquisitivo, hoy en día goza –como vimos- de un criterio de oportunidad muy amplio, ya que el fiscal no tiene límites legales para dejar de impulsar la acción penal.

En los códigos nuevos, más allá de los avances que lucen positivos y cuya incorporación se celebra, lo cierto es que la cuestión de la oportunidad queda, de algún modo, a mitad de camino. En rigor, el fiscal debería tener la posibilidad de no disponer de la acción por puras razones de política criminal, siempre y cuando funde su dictamen<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> En este punto, parecería que en el sistema procesal francés, si bien no están reguladas legalmente las causas de oportunidad, el Fiscal sí debe indicar la razón por la que decide no promover la acción penal.

En definitiva, al incluirse causales muy taxativas de criterios de oportunidad, los fiscales deberán recurrir, como es habitual en la práctica actual, a artilugios jurídicos para intentar justificar la no prosecución de una pesquisa, por causales que no están previstas en la ley. En este punto, resulta ilustrativa una cita de Edmundo Hendler (2014), quien con agudeza afirma que tanto la modalidad anglosajona como la continental se basan en ficciones:

Una es la del modelo inglés, que finge –o fingía más aún antes de la ley del Servicio de Acusaciones Públicas de 1985— la vigencia de la acción popular, cuando en realidad son los organismos policiales los que ejercen la acción bajo la formalidad de comparecer el funcionario o agente ante la autoridad judicial como si fuera un particular cualquiera. El otro es el europeo continental que finge la vigencia de la acción pública regida por el principio de legalidad cuando en la realidad existen siempre mecanismos que permiten que haya filtros de selección basados en razones de oportunidad o conveniencia. Hendler (2014) Pág. 166.

El mismo Hendler (2014), párrafo seguido, elogia tanto el sistema norteamericano, por la posibilidad de negociar el reconocimiento de culpabilidad (plea bargaining), como el francés, *“que consagra el principio de oportunidad sin ambages”*, ya que al menos ambos *“asumen la realidad”*. Destaca, de todos modos, que es fundamental, en esta clase de sistemas, la eficacia de los mecanismos de control sobre el acusador para *“moderar la inevitable discrecionalidad de quienes tienen la atribución de decidir ejercitar o no la acción penal pública”*.

En virtud de lo señalado, más allá de los enormes avances que el nuevo código promueve, habría sido más adecuado consagrar un régimen más amplio y abierto de criterios de oportunidad, con el fin de que no limitar al fiscal a límites legales que claramente son demasiado rígidos como para prever todos los casos en los que carezca de sentido la promoción de la acción penal.

Como corolario, debe permanecer abierta la cuestión vinculada a si, en definitiva, es posible instaurar un régimen de la acción que reduzca al mínimo posible la expropiación del conflicto a la víctima. Particularmente, se entiende que si el derecho penal es derecho público y la pena es una cuestión pública, resulta casi imposible evitar que el Estado, cuyo rasgo esencial es el monopolio del ejercicio de la fuerza, confisque el conflicto a la víctima. En realidad, tanto en el sistema continental, donde rige el principio de legalidad o de oportunidad reglamentado, en la mayoría de los países- como en el anglosajón, donde si bien la acción conserva rasgos de su carácter privado en realidad es ejercida por el Estado, la policía, por ejemplo, la acción penal tiene un carácter público, desde lo ontológico.

Eventualmente sería deseable, como propone Ferrajoli (1995):  
Adoptar el principio de legalidad, pero con una cantidad muy limitada de delitos. Por ahora, se estima que en razón del contexto de inflación penal de estos tiempos, al menos sería aconsejable, en algunos casos muy paradigmáticos –por ejemplo, violencia doméstica- morigerar la insostenible expropiación del conflicto. Ferrajoli (1995).

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anteproyecto de Código Penal de la Nación, Marzo 2014.

Bovino, A. (1997). “**La persecución penal pública en el derecho anglosajón**”, en *Revista Pena y Estado*, N° 2.

Código Procesal Penal de la Nación **CPPN** (ley 23.984).

Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063).

Código Procesal Penal de la ciudad autónoma de Buenos Aires (ley 2303/07).

Ferrajoli. (1995). **Derecho y Razón**. (8va edición) Madrid, Trotta.

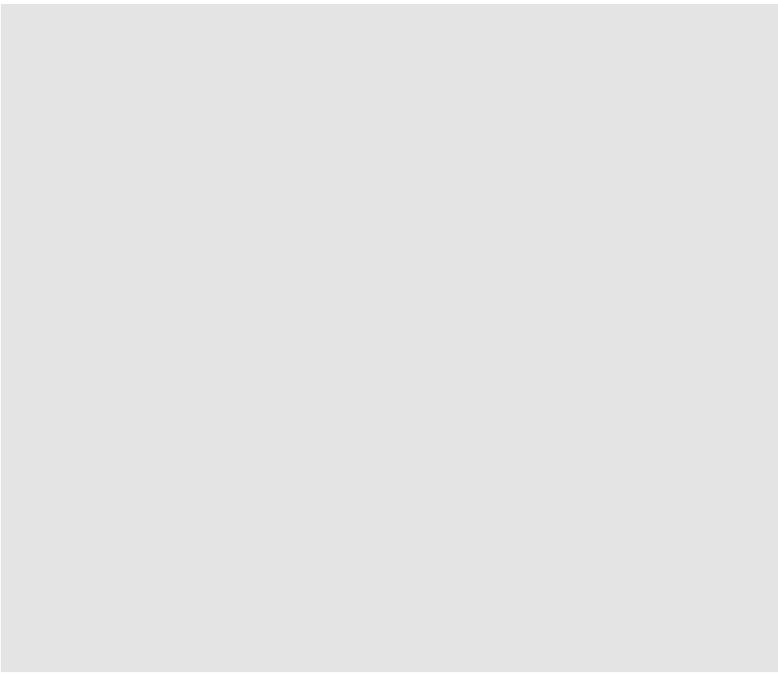
Hendler, E. (1999). *Sistemas procesales penales comparados*. Buenos Aires, Ed. Ad Hoc.

Hendler. (2006). *El derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*. Buenos Aires, Editorial Ad Hoc.

Hendler. (2014). *Sistemas penales comparados*. Buenos Aires, Ed. Didot,

Maier. (2004). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Ed. Del Puerto.

Zaffaroni. (2003) *Derecho penal parte general*. (2da edición). Buenos Aires, Ed. Ediar.



# **REGISTRO Y ALLANAMIENTO DE LUGARES CERRADOS Y PÚBLICOS EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO**

**Luisana Mancipe León**

Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello (**UCAB**) (2010). Especialista en Ejercicio de la Función Fiscal. En trámite de presentación de Trabajo Especial de Grado en la Universidad Católica Andrés Bello para optar al título de Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas. Subdirectora de la Dirección de Revisión y Doctrina. Profesora en la Escuela Nacional de Fiscales del Ministerio Público de las cátedras de Ejercicio de la Acción Penal y Derecho Penal y su Tipología y de la UCAB en la cátedra Derecho Procesal Penal.

## RESUMEN

El presente artículo busca esclarecer los requerimientos para el registro de lugares cerrados de acceso público y allanamiento de lugares públicos en el proceso penal venezolano, para ello se analiza el alcance de los derechos de inviolabilidad del domicilio e intimidad de las personas, considerando la regulación establecida en el Código Orgánico Procesal Penal sobre el registro y allanamiento de dichos lugares y se identifican los casos en los cuales es imprescindible una orden judicial para el ingreso a estos. La investigación busca aclarar el marco normativo que rige dichas figuras y por lo tanto, la aplicación de las mismas en Venezuela. La información recolectada proviene de fuentes primarias de textos legales, principalmente la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) y el Código Orgánico Procesal Penal (COPP), así como también autores nacionales y extranjeros, como Borrego (2002), Hairabedián (2012), Pérez (2011) y Rivera (2012) y decisiones emanadas del Tribunal Supremo de Justicia. Se trata de un estudio documental-jurídico a nivel analítico. La información fue clasificada, registrada, analizada y sintetizada para formular como conclusión que el criterio determinante en el tema, es la afectación o no del derecho a la intimidad, y que la regulación del registro de lugares cerrados es una redundancia del legislador, por estar englobado el supuesto de hecho en el del allanamiento, lo que denota mala técnica legislativa. Finalmente, como recomendaciones se sugiere que se realice un análisis pormenorizado en cada caso concreto, se impartan cursos y se abran espacios para el debate del tema. Se espera que el presente trabajo impulse el surgimiento de nuevas investigaciones.

**Descriptor:** Registro, Allanamiento, Lugares Cerrados y Lugares Públicos.

## **ABSTRACT**

This investigation sought to clarify the requirements for the registration of non-public places and the search of public places during criminal processes in Venezuela. Therefore, it is made an analysis on the importance of the inviolability of the premises' rights and right of privacy by taking into account the regulation of the Organic Code of Criminal Procedure in regards to the registration and search of premises. It is identified that in some cases a judicial order was indispensable before searching the premises. This investigation was done to clarify the regulatory framework to these cases and how they are applied in Venezuela. The information was gathered from legal texts, such as the CRBV and the COPP. Among the most important local and foreign characters referenced in these doctrinal texts are Borrego (2002), Hairabedián (2012), Pérez (2011) and Rivera (2012). An analytical study is performed to analyze the documental references and legal framework. The information was classified, registered, analyzed and synthesized to arrive to the conclusion that the determining criterion in this subject is privacy's right. Moreover, the regulation of non-public places is a redundancy of the legislator to be included in the supposed breaking and entering, which indicates a bad legislative technique. Finally, it is recommended to perform a detailed analysis in each case, offer courses to expand knowledge and to open up spaces for debate and conversation. New investigations are expected to arise as a result from this work.

**Descriptors:** Registration, Break-in, Non-public places and Public places.

## INTRODUCCIÓN

En el artículo 47 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999) se ha previsto el derecho a la inviolabilidad del domicilio, según el cual el hogar y cualquier recinto privado podrán ser allanados si existe orden judicial, salvo que sea para impedir un delito.

Sin embargo, en el ámbito del proceso penal surgen confusiones en virtud de que al desarrollarse el tema, no resulta claro si las figuras del allanamiento y del registro tutelan lo mismo, ni cuáles son las particularidades de cada una y menos aún, los requisitos exigidos por el Código Orgánico Procesal Penal vigente (COPP, 2012). De manera que determinar la procedencia de una u otra figura se convierte en una labor compleja.

Así, pareciera que el registro en un lugar público puede ser realizado directamente por los órganos de policía sin que sea necesaria orden judicial. No obstante, esa premisa es matizada cuando el legislador señala en el mismo artículo 194 del COPP (2012), que ello será así, salvo que se requiera orden de allanamiento.

Posteriormente, en la regulación del allanamiento (artículo 196 del COPP, 2012) se indica de forma expresa que la orden judicial siempre será necesaria para el registro en una morada, oficinas públicas, establecimiento comercial, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado.

De manera que se puede observar que el legislador cuando pretende definir cada una de estas figuras emplea el término de la otra (en el registro hace mención al allanamiento y en el allanamiento al registro).

Adicionalmente, parecieran encontrarse solapados los escenarios en los que procede cada una, toda vez que indica que para el registro de lugares públicos no será necesaria orden judicial (artículo 194 del COPP, 2012), pero al regular el allanamiento de lugares públicos (artículo 199 del COPP, 2012) expresa categóricamente que la orden judicial será imprescindible sin que haya lugar a excepción alguna.

Para aumentar la dificultad del tema, se puede observar que al regularse el registro de lugares cerrados aunque sean de acceso público, se abre la posibilidad de que el mismo se lleve a cabo en horas de la noche, sólo si se trata de un caso grave que no admita demora en la ejecución, o en el que se esté perpetrando un hecho punible, o cuando el interesado o su

representante presten su consentimiento, o exista orden judicial (artículo 190 del COPP, 2012).

De manera que aun cuando pudiera pensarse que en el supuesto de llevarse a cabo un registro nocturno, las garantías que deben resguardarse han de ser mayores por la propia circunstancia de la nocturnidad, el legislador opta por señalar algunos casos en los que podrá registrarse de noche sin que exista orden judicial, lo que podría hacer surgir la cuestión de cómo ha de llevarse a cabo durante el día y si existen excepciones a la orden emanada de un tribunal.

En consecuencia, la determinación del ámbito de protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio como derecho fundamental, y los límites o restricciones de los que pueda o no ser susceptible, a los fines de conocer cuándo la situación está amparada bajo la norma constitucional representan un tema problemático -tal como se desprende de lo indicado por Cafferata (2011, p. 263).

Resulta necesario entonces, esclarecer los requerimientos o requisitos que han de configurarse para que pueda tener cabida el registro o allanamiento de lugares cerrados y públicos dentro del marco del proceso penal venezolano.

## **Inviolabilidad del domicilio y derecho a la intimidad**

Antes de abordar la problemática relativa a los requerimientos que han de cumplirse en el marco del proceso penal venezolano para efectuar un registro en lugares cerrados de acceso público y un allanamiento de lugares públicos, resulta insoslayable ubicar cuál es el contexto en el que se desenvuelven ambas figuras.

Ello, debido a que las figuras mencionadas giran muy de cerca a lo que podrían constituir afectaciones de una categoría especial de derechos, doctrinalmente denominada como: derechos fundamentales. Según lo explica Casal (2010), estos últimos constituyen “derechos subjetivos garantizados constitucionalmente a toda persona o todo ciudadano en su condición de tal, por ser considerados primordiales para el pleno desarrollo del individuo” (p.17) y tienen entre sus características un régimen especial para su limitación o restricción.

Esos derechos fundamentales que de un modo particular se ven afectados mayormente con la práctica de un allanamiento -pues teóricamente los registros no deberían invadir ámbitos en los que se desenvuelvan estos derechos-, son concretamente: el derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad de las personas.

Es así como, en el contexto del proceso penal mixto, resulta necesario distinguir con claridad cuáles son los lugares que se encuentran amparados por la protección de la inviolabilidad del domicilio, toda vez que esta constituye una prohibición o limitación para el ingreso en los mismos, incluso cuando sea con fines investigativos o coercitivos.

Por lo tanto, para comprender de manera esencial este derecho fundamental contenido en el artículo 47 de la CRBV (1999), urge definir lo que ha de entenderse por domicilio, toda vez que a dicho término se le han atribuido diferentes acepciones.

En el campo del derecho civil, el domicilio ha sido entendido como el asiento principal de los negocios e intereses de una persona, así puede interpretarse de lo establecido en el artículo 27 del Código Civil de Venezuela (1989). Sin embargo, conviene aclarar que cuando se hace mención al domicilio en otras ramas del Derecho, tales como la constitucional o la penal, se ha tendido a utilizar el término en sentido amplio; habida cuenta de ello, se multiplican los escenarios que pueden ser comprendidos por dicha expresión, toda vez que ésta no se limita en ese contexto únicamente al “asiento principal de los negocios o intereses” de un sujeto.

En relación a ello, Gorrondona (2005), expresa lo siguiente:

Etimológicamente “domicilio” proviene de *domus* y significa el lugar donde se tiene la casa. En ese sentido se emplea frecuentemente la palabra en el lenguaje ordinario e incluso, en ciertas leyes (por ejemplo en el Código Penal cuando se habla del delito de violación de domicilio), pero aquí nos interesa el concepto técnico de domicilio expresado en el Código Civil: “El domicilio de una persona se halla en el lugar donde tiene el asiento principal de sus negocios e intereses” (C.C. art. 27). pp. 179-180.

En lo anteriormente transcrito, el autor pone de manifiesto que en Venezuela el término domicilio sólo se describe de manera delimitada en el derecho civil, mientras que en otras ramas como en el derecho penal, se utiliza como sinónimo de hogar o lugar de residencia.

Sin embargo, debe expresarse que dicho concepto en el derecho penal y procesal penal, no sólo ha de abarcar al hogar o lugar de residencia, sino que debe incluir necesariamente a cualquier lugar en el que se desenvuelva la intimidad o conforme a la expresión que usa el texto constitucional (1999) a “todo recinto privado”.

Esa situación legislativa pareciera ser común en países como Argentina (art. 18 de la Constitución de la Nación Argentina, 1994) y Colombia (art. 28 de la Constitución Política de Colombia, 1991), en los que se hace referencia al domicilio, pero no se indica qué se entiende por éste ni en la norma suprema, ni en los Códigos de Procedimiento Penal, (1991) (2004), respectivamente, en los cuales la amplitud del derecho a la inviolabilidad del domicilio o lo que ha de comprenderse por este término -en el ámbito penal- sólo ha pretendido ser definido por la doctrina.

Entre tanto, debe advertirse que aunque la doctrina nacional y extranjera han elaborado diversas definiciones de domicilio, no existe un consenso; así, para la Comisión Andina de Juristas (1999), éste tiene un sentido aún más amplio, ya que no sólo incluye en su acepción al hogar o las casas, sino también a cualquier lugar destinado a la habitación en el que exista vida privada y libertad personal, como ocurre por ejemplo en el caso de las habitaciones de hoteles o camarotes de un barco (p. 146).

Otra postura más vasta en cuanto a lo que debe ser tenido por domicilio, ha sido expuesta por López (2010), para quien: “La protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en los que se desarrolla la vida privada de la persona” (p. 1195). Se observa entonces que para este último autor,

prácticamente cualquier lugar en el que haya vida privada debe ser considerado domicilio, sin que sea mayormente determinante el nombre con el que se denomine al sitio (casa, hogar, habitación, etc.).

Por otra parte, Cafferata (2011), indica que:

El lugar sobre el que recaerá esta medida será un sitio constitucionalmente protegido (lo que justifica la orden judicial); es decir, que de alguna manera involucre la intimidad de las personas o que sea propiedad privada. En consecuencia, si no están de por medio estos derechos, no será necesaria una orden judicial (p. ej., una plaza, una cabina de teléfono público). (pp. 263-264).

De lo anterior, se colige que para este autor, los lugares amparados por la inviolabilidad del domicilio, no sólo son aquellos en los que se desenvuelve el derecho a la intimidad, sino también los que sean propiedad privada.

Sin embargo, una postura distinta fue acogida por el Tribunal Supremo Español, que citado por Cafferata (2011), indicó que con el procedimiento del allanamiento “no es la propiedad privada en general sino la intimidad domiciliaria lo que constituye objeto de protección”, (p. 263); habida cuenta de ello, se entiende que para el tribunal, el principio de inviolabilidad del domicilio no comprende la protección a la propiedad privada, sino exclusivamente a la intimidad domiciliaria.

En Venezuela pareciera adoptarse esta misma tesis, puesto que se admite la práctica del allanamiento a lugares que no son propiedad privada, sino que son bienes de dominio público (Véase *infra*).

Lo antes expuesto pone de manifiesto la importancia que tiene el definir al domicilio en el ámbito jurídico penal, para así establecer el alcance que tiene el derecho a la inviolabilidad del domicilio, pues dependiendo de la amplitud con que sea utilizado el término, se podrá determinar cuáles son los lugares que se encuentran amparados por el derecho o garantía (como es denominado indistintamente por algunos). Véase Jauchen (2009), y Hariabedián (2012) sobre la inviolabilidad del domicilio.

Por lo tanto, la definición de domicilio que debe privar a los fines de garantizar la protección de su inviolabilidad tiene que ser lo más amplia posible. Ello, con el objeto de que se resguarden todos los lugares en los que se lleva a cabo intimidad de las personas, sin que sea relevante la denominación en sentido estricto que se le dé al lugar.

Tal postura, ya referida por algunos autores y compartida por quien suscribe, es la acogida en el ordenamiento jurídico venezolano. Así, la inviolabilidad del domicilio fue consagrada en el artículo 47 de la CRBV (1999), en el cual se dispuso como objeto de protección constitucional el “hogar doméstico y todo recinto privado”. Según se expresa en esa norma, para allanarlos resulta necesaria una orden judicial, salvo que se trate de impedir la perpetración de un delito o de cumplir, de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los tribunales, siempre con respeto a la dignidad del ser humano. Sobre ese particular, Brewer-Carías (2000) expresa:

El artículo 47 de la Constitución garantiza la inviolabilidad no sólo del hogar doméstico como era tradicional en las Constituciones anteriores (art. 62 de la Constitución de 1961), sino “del domicilio y todo recinto privado de las personas”; agregando que no pueden ser allanados sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para cumplir de acuerdo con la ley las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano. (p. 172).

El citado autor indica que el texto de la CRBV (1999), hace referencia al “domicilio y a todo recinto privado” y señala que la expresión “hogar doméstico”, que tendía a limitar la protección a la morada como ocurría en la anterior Constitución, desapareció. No obstante, tal aseveración no es cierta, puesto que la palabra “domicilio” no aparece en el texto constitucional (1999) publicado, sino que persiste la expresión “hogar doméstico”.

Lo que sí es cierto, es que con la CRBV (1999), efectivamente se amplió el espectro de aplicación de la protección constitucional, al incluir a “todo recinto privado”, y no por haberse sustituido “hogar doméstico” por “domicilio” como este autor indica. La carta magna también mantuvo la anterior expresión de hogar doméstico, pero permitió un verdadero viraje del sistema con una añadidura que cambió drásticamente el panorama que se tenía al hacer susceptible de la garantía a “todo recinto privado”.

Tal innovación fue realmente positiva para el ordenamiento jurídico venezolano, debido a que se esclarecieron totalmente las dudas existentes en cuanto al alcance que tiene en el país el derecho a la inviolabilidad del domicilio, puesto que permite que aun cuando el domicilio se refiere únicamente al hogar, el resto de los escenarios (habitaciones, oficinas, camarotes) quedarían englobados en el supuesto de “recinto privado”.

Así, Borrego (2002), al realizar algunos comentarios sobre el diario de debates de la Constituyente, explica sobre lo ocurrido que aun cuando la propuesta aprobada sobre el artículo 47 CRBV (1999), fue la de la fórmula “hogar doméstico, domicilio y todo recinto privado”, extrañamente no fue ésta la publicada, sino la que tenemos actualmente, es decir,

la de “hogar doméstico y todo recinto privado” (p. 272). Esto podría explicar lo señalado por Brewer-Carías.

Además, Borrego (2002), indica:

No obstante con la figura de la inviolabilidad del hogar, tal como se adjudica en la Constitución, se busca preservar al ciudadano en un contexto de orden familiar; pero, en el marco de la nueva Constitución se ampara además del hogar (correlativo al seno familiar íntimo), cualquier otro recinto privado de la persona o ciudadano (distinto al refugio casero declarado y con miras a proteger la individualidad), sea cual fuere el destino que tenga ese lugar privado (ya el intérprete podrá imaginarse hasta dónde puede alcanzar esta previsión). (pp. 267-268).

En consecuencia, resulta claro que la nueva Constitución puso al ordenamiento jurídico venezolano en la misma tónica de los criterios sostenidos por la doctrina internacional más actualizada (que fuera antes referida: López, Cafferatta, Harabedián, entre otros) engranándose o acoplándose así la normativa interna al panorama internacional dentro del cual el derecho a la inviolabilidad del domicilio no sólo declara al hogar como lugar inviolable, sino también a todo aquel recinto en el que se desarrolle vida privada.

Por su parte, para afianzar lo ya expuesto, Rivera (2012), señala:

En cuanto al contenido de ese derecho...se protege la sede existencial de la persona, en la cual se desenvuelve la vida privada y familiar, por lo que puede ser la oficina e incluso las habitaciones de hoteles si ha contratado con el hotel el alojamiento y hace uso de él. (p. 504).

De lo transcrito se evidencia que el autor reconoce la amplitud de la protección brindada en Venezuela al domicilio, en el cual se incluye el hogar doméstico y todo recinto privado, y en este último se comprende a su vez lugares como las oficinas y habitaciones de hoteles.

Cabrera (2012), señala que el recinto privado “... es un sitio que alguien no tiene abierto indiscriminadamente a los demás, sino que por estar cerrado, controla a quien puede entrar, y que al igual que el hogar doméstico, su interior no está a la vista de las miradas de quien lo desee...” (p. 225), siendo entonces lo fundamental que sea un sitio reservado, es decir, donde pueda desarrollarse la intimidad.

Ahora bien, a pesar de las consideraciones realizadas acerca de la importancia que tiene verificar si en un lugar se lleva a cabo la vida privada o intimidad de las personas, para determinar luego si éste se encuentra amparado o no por la inviolabilidad del domicilio, debe señalarse que la delimitación de este alcance no es un asunto sencillo. Sobre ello, el Tribunal Supremo de Justicia, (2001), expresó lo siguiente:

Señala esta Sala que el derecho a la inviolabilidad del hogar doméstico y todo recinto privado, fundamentado en parte en la garantía del derecho a la vida privada, comporta la imposibilidad de entrada o registro sin orden judicial, tanto del propio hogar como de todo recinto privado de las personas, entendiéndose por estos conceptos aquellos espacios físicos cuyo uso y disfrute corresponde con exclusividad o con poder excluyente, al individuo, y en los cuales éste habitualmente desarrolla su vida privada, sobre los que el sujeto dispone con amplitud. En este orden de ideas, un velero, con relación a su Capitán, si es que habita en él correspondería a los conceptos antes expresados. (Párrafo 42 de la decisión N° 347 de fecha 23 de marzo de 2001, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia).

Puede observarse de la cita, que el criterio del máximo tribunal, permite delimitar cuáles lugares están sujetos a la protección constitucional sobre el domicilio, debe atenderse a la exclusividad del uso y disfrute del espacio físico. Sin embargo, dicho criterio resulta abstracto, ya que la exclusividad o poder excluyente de ingresar al inmueble, no siempre puede fungir como criterio delimitador para determinar cuáles lugares están sujetos a la protección, y por ende cuáles son los requisitos necesarios para ingresar con o sin orden judicial.

Adicionalmente, pareciera estar referido dicho criterio a la noción de propiedad privada, y tal como será expuesto *infra*, hay lugares de dominio público en los que se amerita de una orden de allanamiento para ingresar.

Como consecuencia de lo anterior, se considera que el límite o alcance del derecho a la inviolabilidad del domicilio, forzosamente tiene que ser precisado con el análisis de las normas legales que desarrollan las disposiciones constitucionales que rigen la materia, ya que al tratarse de un derecho fundamental, es sabido que el desarrollo y delimitación del mismo será encontrado en las leyes, que aun cuando no pueden afectar el contenido esencial del mismo, sí pueden y deben regular los aspectos relativos a su limitación y afectación.

En este caso, será con el análisis de las normas del COPP (2012), que pueda fijarse una posición.

Así, el artículo 196 del COPP (2012), al establecer la figura del allanamiento en la cual es necesaria la existencia de una orden judicial para ingresar en el sitio -salvo las excepciones que serán tratadas luego-, hace referencia a los siguientes lugares: “morada, oficinas públicas, establecimiento comercial, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado”. Esto permite inferir que dicha norma acoge un criterio amplificador sobre el tema, conforme al cual no sólo se encuentra protegido el hogar o morada, sino también otros sitios como las oficinas públicas, los establecimientos comerciales, sus dependencias cerradas y los recintos habitados, lugares éstos que pueden ser perfectamente tenidos como recintos privados y por ende sujetos a protección.

Así las cosas, como ya se ha referido, urge señalar que la expresión acogida por la CRBV (1999), en cuanto a “recinto privado”, hace alusión a los lugares que permiten tener privacidad o intimidad de las personas, sin que se trate exclusivamente de aquellos que son propiedad privada, pues tal como puede desprenderse del desarrollo legislativo de la norma contenida en el artículo 196 del COPP (2012), el legislador protege con dicha inviolabilidad oficinas públicas, que aun cuando son bienes de dominio público, se encuentran protegidas.

Por otra parte, en el caso concreto de Venezuela, el *status* que tiene el derecho a la inviolabilidad del domicilio es el siguiente: primero se debe mencionar que se encuentra establecido en el artículo 47 de la CRBV (1999), y por lo tanto, se trata de un derecho fundamental, y en segundo lugar, se debe señalar que es reconocido como derecho humano por diversos tratados, pactos y convenios internacionales que tienen vigencia en el país como la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (1948) (art. 9), Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) (art. 11), entre otros.

### **Alcance del derecho a la intimidad y de “Recinto Privado”**

Como ya ha sido enunciado en líneas anteriores, el derecho a la intimidad o privacidad de las personas constituye un derecho humano que se encuentra recogido no sólo en tratados y pactos internacionales, sino al igual que el derecho a la inviolabilidad del domicilio, también en los textos constitucionales de muchos países.

Este derecho ha sido definido por la Comisión Andina de Juristas (1999), de la siguiente manera:

En un sentido positivo, el derecho a la privacidad implica la libertad de toda persona para decidir qué hacer con su vida privada así como guardar reserva sobre aquellos aspectos de la misma que no desea que sean conocidos por los demás. Ésta es precisamente la característica del arbitrio, facultad de toda persona para adoptar en la intimidad los comportamientos o las actitudes que

mejor correspondan a sus orientaciones y preferencias, y que le permiten, entre otras cosas ejercer, en el plano de la intimidad, su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de conciencia.

De otra parte, en un sentido negativo, el derecho a la privacidad significa no ser molestado y mantener una vida privada sin interferencias de ningún particular ni del Estado. Esto implica la inviolabilidad, es decir, la prohibición de interferir arbitrariamente en diferentes aspectos de la vida privada, tales como el escenario íntimo (domicilio, oficina, etc.). (p.145).

El derecho a la intimidad resulta entonces un género dentro del cual puede incluirse, como especie, al derecho a la inviolabilidad del domicilio, toda vez que el contenido del mismo es bastante amplio por tratarse de la privacidad a la que tiene derecho toda persona para realizar los actos íntimos o personales en el desarrollo de su vida.

Por lo tanto, resulta evidente la relación existente entre ambos derechos, visto que lo que motiva la existencia de la inviolabilidad del domicilio es justamente proteger el ámbito de privacidad del individuo o persona.

En este sentido, indica Hairabedián (2012), al hacer referencia al derecho a la intimidad que: “El derecho en análisis opera sobre áreas tan vastas como disímiles: la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, la protección de los papeles privados, las relaciones de familia”, (p. 27), siendo sumamente gráficas sus palabras por cuanto sugieren que el derecho a la intimidad es el continente y la inviolabilidad del domicilio, conjuntamente con otros elementos son el contenido.

Ahora bien, en cuanto al alcance o contenido del derecho bajo análisis, es de suma importancia, traer a colación un fragmento citado por Jauchen (2009), de una decisión dictada por la Corte estadounidense en la que se señaló que:

La vida privada de una persona está tutelada por el derecho a la intimidad mientras ésta ha mostrado o exteriorizado explícita o implícitamente una expectativa actual de privacidad, o sea, que no lo haya expuesto al conocimiento relativamente generalizado de los demás, incluso que esa expectativa de privacidad sea de índole tal que la sociedad esté preparada para reconocerla como “razonable”. Esto implica que no es el ámbito donde el ciudadano se desenvuelve lo que hace denotar la tutela sino el comportamiento y su decisión de exponer o no a los demás ciertos aspectos de su vida. (p. 59).

De manera que según el criterio sostenido por la Corte estadounidense, juega un papel fundamental el comportamiento y voluntad del sujeto con respecto a la publicidad que quiera darle o no a algún aspecto de su vida, pero ha de entenderse que el criterio es

empleado realizando una especie de equivalencia con la figura del hombre medio, en el sentido de que dicha expectativa de privacidad, no puede pender enteramente de lo que el sujeto desee, sino de lo que un hombre medio podría esperar en su situación. Ello, se desprende de la exigencia que realiza la Corte de que la sociedad esté preparada para reconocer como razonable la expectativa de privacidad.

De forma concreta, en el marco del ordenamiento jurídico del país, debe señalarse que también el derecho a la intimidad o privacidad de las personas se encuentra establecido en el artículo 60 de la CRBV (1999), y es reconocido como un derecho humano a través de pactos, convenios y acuerdos internacionales como la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (1948) (art. 5), Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) (art. 11), entre otros.

Así expresa el artículo 60 de la CRBV (1999), que cualquier persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, propia imagen, reputación y confidencialidad. Al respecto, comenta Brewer-Carías (2000), que “además de proteger el honor como lo hacía el artículo 59 de la Constitución de 1961, amplía la protección incorporando el concepto de intimidad y vida privada, recogiendo así aspectos novedosos en la materia”, (pp.175-176), por lo que también este artículo amplió el margen de aplicación con respecto a la antigua Constitución.

Ahora bien, el artículo *in comento* protege tanto la vida privada como la intimidad, por lo que surge la duda en relación a si se trata de cosas distintas o simplemente son sinónimos. Al respecto Nino, citado por Jauchen (2009), indica lo siguiente:

En el derecho a la privacidad importa la posibilidad de realizar acciones privadas, o sea acciones que no dañan a terceros y que, por lo tanto, no son parte de una moral pública como la que el Derecho debe imponer, y son, por lo tanto, acciones privadas por más que se realicen a la luz del día y con amplio conocimiento público. En cambio, el derecho a la intimidad supone “una esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás”. (p.60).

Por su parte, Vásquez (2003), expresa en cuanto a la intimidad que “este derecho supone la exclusión de la intervención de terceros -que no tengan un interés legítimo- en el ámbito propio de la vida (personal o familiar) de las personas”(p.587), siendo concordante con lo expuesto por Jauchen, en el sentido de que la intimidad implica reserva de algún aspecto de la vida de una persona, para que no sea conocido por otras sin su consentimiento; mientras que con respecto al derecho a la privacidad o vida privada, indica la citada autora lo siguiente:

Aun cuando algunos identifican los términos intimidad y privacidad, hoy día se considera que esta última es más amplia que la primera, pues comprende no sólo la protección frente a la esfera más reservada de la vida de las personas, sino además ofrece otras facetas de su personalidad, como por ejemplo datos de carácter comercial, de allí que todo elemento de la intimidad lo es de la vida privacidad, pero no a la inversa. (p. 588).

De forma que aun cuando actualmente se distinga entre derecho a la intimidad y derecho a la vida privada, Venezuela acoge un sistema de protección para ambas de conformidad con lo pautado en el artículo 60 de la CRBV (1999), siendo principalmente relevante para el tema objeto de estudio, lo relativo al derecho a la intimidad, ya que conforme a lo expuesto, a través del artículo 47 *eiusdem*, se garantiza la exclusión de terceros en el domicilio o todo recinto privado de una persona.

Debe tenerse presente que la finalidad del proceso penal, según el artículo 13 del COPP (2012), es el esclarecimiento de los hechos y la obtención de la verdad por las vías jurídicas, por lo que toda la actividad que se realice en el marco del proceso penal, entre las cuales se encuentran las figuras del allanamiento y del registro, deberán practicarse con estricto apego a las normas que velan por el respeto y garantía de los derechos.

De manera que los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad, que además son reconocidos como derechos humanos deberán respetarse, teniendo en cuenta que para la limitación o afectación de éstos han de privar los principios aplicables para los derechos de esta categoría o especie.

No obstante, para lograr establecer la delimitación y alcance que tiene la protección, resulta imprescindible hacer algunas consideraciones con respecto a lo que ha de comprenderse por “recinto privado”.

En este sentido, debe iniciarse el análisis por el establecimiento del significado de la palabra “recinto”, que según el diccionario Larousse (2012), constituye un “espacio cerrado y comprendido dentro de ciertos límites”, (p. 863), por lo que debe tenerse presente que se trata de un lugar cuyos linderos o delimitaciones pueden establecerse y que además, tiene como característica el ser cerrado, es decir, que no esté expuesto al medio ambiente.

Tal definición, se encuentra en total armonía con las precisiones realizadas sobre el derecho a la intimidad, porque como se ha indicado previamente, éste consiste en la facultad de las personas para excluir del ámbito personal a los terceros, lo que obviamente supone que la intimidad se desenvuelve en lugares en los cuales no se está expuesto al

público y que por lo tanto, han de ser cerrados para que puedan permitir la privacidad de las personas.

Así, la primera nota característica a resaltar del concepto previsto en la CRBV (1999), al hacer mención a recinto privado, es que se trata de lugares cerrados, es decir, lugares que no permiten la visibilidad ni intromisión de terceros y que resguardan por lo tanto, la intimidad de quien se encuentre en dicho sitio.

Por otra parte, sería necesario indicar, en segundo lugar, que cuando se trate de un recinto *privado*, esta última palabra no debe ser entendida en el sentido de que tenga que haber un régimen de propiedad privada sobre el lugar, sino que por el contrario al indicar el Constituyente que es inviolable todo recinto privado, lo que hizo fue reforzar la idea de que en dicho lugar tiene que haber privacidad, ya que sólo en un sitio privado o mejor dicho, reservado, puede una persona desenvolver libremente lo que corresponde dentro del ámbito de su libertad personal como la intimidad.

Esta aseveración se encuentra respaldada por el régimen previsto por el Legislador en el artículo 196 del COPP (2012), que tal como se indicara antes, exige que para ingresar en oficinas públicas, es necesario realizar el trámite a través de la figura del allanamiento, que exige a su vez la existencia de una orden judicial.

En ese sentido, no cabe la menor duda en cuanto a que dentro de la protección constitucional no sólo se encuentra la propiedad privada, sino también los bienes de dominio público, siendo en realidad lo determinante para establecer si un sitio se considera inviolable o no, que en él se lleve a cabo intimidad, es decir, sea privado en el sentido de que resguarda la privacidad de las personas.

No obstante, debe analizarse cómo es el desarrollo legal en nuestro ordenamiento jurídico a los fines de determinar cómo funciona toda la estructura y si los límites impuestos por el legislador mantienen incólume el contenido esencial del derecho a la inviolabilidad del domicilio e intimidad de las personas.

### **Definición de allanamiento**

La palabra allanar dentro del lenguaje común es utilizada para hacer referencia a “poner llana o igual la superficie de un terreno o suelo... vencer o superar alguna dificultad o inconveniente. Facilitar, permitir a los ministros de justicia que entren en lugar cerrado”. p. 243.Vol. I. Enciclopedia Quillet (1968), por lo que puede observarse que las acepciones

dadas están vinculadas a dismantelar, superar o quitar un obstáculo. En el contexto jurídico, el término suele referirse al levantamiento o vencimiento de esa protección que en principio hace inviolable al domicilio de los ciudadanos, lo que concuerda con la última de las acepciones mencionadas.

No obstante, aun cuando el uso común de la palabra brinda una idea muy acertada de la figura jurídica del allanamiento de domicilio, conviene hacer mención de algunas definiciones otorgadas por la doctrina, en virtud de que surgen diversas confusiones con respecto al alcance de dicho término, debido a la tendencia de utilizarlo como sinónimo de registro, entrada, inspección, etc., a pesar de ser figuras distintas.

Así, expresa Hairabedián (2012), que “El allanamiento es ingreso, entrada, irrupción, introducción o paso a un local aun contra la voluntad del interesado” (p. 73), por lo que puede observarse que para dicho autor se trata del acto de ingreso al lugar.

En igual sentido, Cafferata (2011), señala que “el allanamiento es la intromisión en un ámbito espacial propio o con interés de intimidad de una persona” (p. 266), de manera que ha de consistir en el acto a través del cual se irrumpen en un lugar en el que -considera este autor-, se lleva a cabo intimidad de las personas.

Por su parte, Rivera (2012), indica:

Hay que distinguir entre entrada y registro (art. 196 COPP). La entrada es la autorización para penetrar en el domicilio o recinto privado, no a registrar sino para proceder a la detención de la persona. La doctrina afirma que no constituye, propiamente, un acto directo de investigación, sino indirecto, pues posibilita la investigación en cuanto se produce la detención y cabe la posterior comprobación de su participación. (p. 505).

De forma que según la concepción de allanamiento de este autor, se trata de la entrada en un lugar, que no tiene como fin en sí mismo una actividad investigativa, sino la mera penetración. No obstante, a raíz de ese ingreso o entrada pueden surgir verdaderos actos de investigación.

Clariá (1998), señala en cuanto a la figura del allanamiento que:

El allanamiento de domicilio es el acto de coerción real consistente en el franqueamiento compulsivo de un lugar cerrado. Importa una limitación a la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio, y presupone la falta de autorización de quien está protegido por esa garantía. De aquí que sólo está

legitimado cuando se han satisfecho las formalidades impuestas por la ley. (Vol. II. p. 392).

Es evidente entonces que para este autor, el allanamiento también implica el ingreso o irrupción, o como él mismo señala “el franqueamiento compulsivo de un lugar cerrado”, lo que conlleva como notas características de la definición, que ha de tratarse del ingreso en un lugar cerrado, es decir, que no se encuentre expuesto al libre tránsito o intromisión de los terceros.

De manera distinta, Pérez (2011), indica: “aclaramos que, cuando el registro se efectúa en morada, casa de habitación o recinto privado de personas, se denomina entonces <<allanamiento>>, porque tal actividad tiene que allanar el obstáculo de la protección constitucional del domicilio” (p.301), siendo evidente que considera al allanamiento y al registro como la misma cosa, con la peculiaridad de que solo cuando el lugar en el que se ejecute sea el hogar doméstico o un recinto privado, se tratará de la figura del allanamiento y de resto, de la del registro.

En consecuencia, se contrapone este autor a las demás opiniones citadas, en las cuales se marcaba notoriamente una diferencia en cuanto a las actividades a ser desempeñadas en uno u otro supuesto (ingreso *vs.* búsqueda) y no sólo en el lugar, siendo propicio señalar, además, que ha debido ser más explícito a los fines de delimitar lo que debe comprenderse por la frase “todo recinto privado”.

Adicionalmente, puede observarse que dicha definición es circular, ya que expresa los siguiente “se denomina allanamiento porque tiene que allanar el obstáculo de la protección”, estando contenida en la definición la propia palabra que trata de conceptualizar.

Ahora bien, debe indicarse que la posición sostenida por Pérez, prácticamente es la misma que la adoptada por el Legislador venezolano que utiliza indistintamente los términos y toma como aspecto principal, la denominación de los lugares. Véase lo contemplado en los artículos 196 y 199 del COPP (2012), que serán desarrollados *infra*.

Esa fórmula no resulta la más adecuada, en virtud de que pareciera implicar que el allanamiento necesariamente conlleva la actividad de registrar, lo que según la mayoría de los autores citados no tiene por qué ser así.

Además -por si fuera poco-, debe decirse que en el caso del COPP (2012), la denominación dada a distintos lugares es la misma, aun cuando los supuestos de hecho contemplados en las normas son totalmente distintos, como ocurre con los lugares públicos

a los que se refiere el registro (art. 190 *eiusdem*) y los lugares públicos a los que se refiere el allanamiento contemplado en el artículo 199 del COPP (2012).

Por otra parte, en relación a la naturaleza que tiene el allanamiento, Hariabedián (2012), expresa lo siguiente:

Tradicionalmente se ha ubicado al allanamiento entre los actos de coerción real... Un largo desarrollo de la cuestión ha hecho la doctrina española, calificando el allanamiento como acto sumarial, de dirección, de coerción, diligencia de comprobación de la noticia *criminis*, medida cautelar, etc... El allanamiento es ingreso, entrada, irrupción, introducción o paso a un local aun contra la voluntad del interesado. (pp. 70-73).

De acuerdo con este autor, el allanamiento consiste en acceder al domicilio de un sujeto, de manera coercitiva. Adicionalmente, según lo expresado en la cita, cuando se habla de allanamiento el término domicilio ha de entenderse en un sentido amplio.

En efecto, puede notarse que al hacer referencia a esa figura, Hairabedián no aludió a la residencia u hogar del sujeto (tradicionalmente incluidos en la concepción de domicilio, ya comentada), sino que hizo referencia concretamente a un local, es decir: un sitio cerrado, al que se le ha considerado en la actualidad como un recinto privado.

Lo anterior, significa que el allanamiento tiene un objeto de amplio alcance, en el que se incluyen otros lugares distintos a la residencia o morada.

Pese a ello, de la transcripción anterior también se denota que determinar si el allanamiento es una medida de coerción –como lo indica Clariá en la definición antes transcrita-, un acto de investigación o una forma de tener conocimiento de la comisión de un hecho punible, es una tarea difícil; empero, pareciera que dichas características no son excluyentes entre sí, aun cuando ello no es aclarado por el autor. Lo cierto, es que el allanamiento consiste en irrumpir, ingresar o penetrar en el domicilio o recinto privado, pero no necesariamente para registrar o realizar una actividad de investigación.

### **Definición de registro**

En relación a lo que ha de comprenderse por registro, expresa Cafferata (2011), que “registro es una actividad material, consistente en la búsqueda de algo (objetos, personas) en

un lugar determinado público o privado” (p. 266), por lo que puede observarse que el énfasis en esta figura está colocado en la actividad de búsqueda o escudriñamiento, es decir, se trata evidentemente de la actividad llevada a cabo con el objeto de conseguir evidencias o incluso al imputado.

Aunado a ello, habría que resaltar que para este autor el registro puede practicarse en un lugar privado o público, lo que necesariamente hace surgir la pregunta en relación a si será necesario entonces para practicar un registro en un sitio privado alguna orden o autorización judicial.

Por otra parte, Hairabedián (2012), refiere que: “Registro implica búsqueda, exploración, las acciones de mirar, examinar, reconocer, inspeccionar, revisar”, (p.73), inclinándose a la misma línea del autor antes comentado en cuanto al objeto del registro, toda vez que se recalca que se trata del escudriñamiento, examen o búsqueda, sin que se haga mención al lugar sobre el cual puede llevarse a cabo el procedimiento.

En consecuencia, el registro constituye una actividad enfocada totalmente a la obtención de evidencias o de la persona presuntamente autora o partícipe del hecho punible, implicando de forma obligatoria la actividad de búsqueda, indagación y exploración.

Ahora bien, en cuanto a la diferencia entre esta figura y la de la inspección (que también suelen ser confundidas), Rivera (2012), aparentemente hace una equiparación que pudiera ocasionar dudas con respecto a si la inspección, prevista en el artículo 186 del COPP (2012), es lo mismo que el registro. Así, indica que “En todo caso debe tenerse en cuenta que la inspección que trata nuestro Código Orgánico Procesal Penal no es la inspección judicial; se trata de una inspección, reconocimiento o registro de la policía o del Ministerio Público”(p. 499). No obstante, puede haber una interpretación distinta que apunte hacia el uso de las palabras en sentido amplio y no estrictamente jurídico.

Dicho planteamiento, sirve para expresar de forma categórica que la inspección es distinta al registro, en virtud de si bien en aquella también puede haber colección de evidencias porque implica examinar, observar y detallar, el nivel de profundidad en dicho examen no puede ser el mismo, pues sólo habrá de colectarse lo que no implique registro o escudriñamiento.

Aunado a ello, la inspección suele ser ordenada en el sitio del suceso y es principalmente para corroborar el estado de las cosas. Así, comenta Pérez (2011), lo siguiente:

La inspección del lugar del hecho o escena del crimen es fundamental para la investigación criminal, pues a partir de ella se pueden generar las hipótesis que deben ser comprobadas... generalmente tiene lugar en sitios abiertos o cerrados pero a los que puede acceder el público en general o un gran número de personas (cines, teatros, estadios clubes, discotecas, etc.). Por esta razón este tipo de inspección no necesita de orden judicial previa. Incluso, cuando se producen delitos graves en viviendas u otros locales privados, la sola constatación de la ocurrencia del crimen o el llamado a la policía hecho por moradores, encargados o vecinos, comporta en sí mismo una autorización para proceder a la inspección. (p.284).

Comienza afirmando este autor que la inspección ocurre en el sitio del suceso y puede tratarse de lugares a los que acceda el público, pero ocasionalmente el escenario puede ser distinto, en virtud de que es posible inspeccionar viviendas o locales cerrados, fungiendo como autorización para que se lleve a cabo el acto, el llamado que realicen las personas a la policía o la verificación del hecho punible.

Sin embargo, más que tratarse de una autorización dada por los vecinos (que son terceros que no tienen derecho ni siquiera de exclusión, en el sentido de la comentada decisión del Tribunal Supremo de Justicia, por no ser propietarios, ni poseedores, etc.) en realidad pareciera que se está en presencia de una especie de estado de necesidad, en el que es urgente la actuación de los funcionarios policiales para proteger un interés jurídico superior o prevalente, que sería el bienestar y seguridad de la comunidad, siendo ello lo que justifica, la práctica de la inspección para constatar el estado de las cosas ante la reciente comisión de un hecho punible.

De lo expuesto hasta este momento, puede indicarse que las figuras del allanamiento y del registro tienen una diferencia notable en cuanto a la actividad que implica por una parte el allanamiento (irrupción, ingreso, entrada) y la actividad propia del registro (búsqueda, remoción, escudriñamiento).

Sin embargo, otra posible diferencia, podría estar enmarcada dentro de lo ya citado con respecto a lo indicado por Jauchen (2009), donde señala que el allanamiento requiere orden judicial y el registro no.

En igual sentido, comenta Hairabedián (2012), que:

En ciertas legislaciones procesales, la diferencia entre registro y allanamiento tiene incidencia en la necesidad de orden por parte de un juez. Así puede observarse que ocurre en la órbita de la provincia de Córdoba. El Art. 203,

CPPC, ha previsto el simple registro (sin allanamiento) para lugares no considerados locales y que no estén abiertos al público (v.gr., un campo alambrado o un baldío tapiado) y ha dejado reservado el allanamiento para posibilitar los registros u otros actos a realizarse en moradas u otros locales. (p.74).

No obstante, conviene ahora examinar la regulación establecida en la legislación procesal penal del país, con respecto a las figuras que se han venido tratando, con el objeto de determinar a través de una interpretación sistemática de los artículos cuál es el procedimiento a seguir para el ingreso y registro de los lugares de acuerdo a los distintos escenarios que puedan presentarse.

### **Registro y allanamiento de lugares cerrados y públicos en el proceso penal venezolano**

Así establece el encabezado del artículo 196 del COPP (2012), lo siguiente: “Allanamiento. Cuando el registro se deba practicar en una morada, oficinas públicas, establecimiento comercial, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado, se requerirá la orden escrita del juez o jueza..”, por lo que surgen a la vista tres consideraciones fundamentales, la primera relativa a los lugares en los que puede llevarse a cabo esta medida, la segunda, referente a la obligatoriedad de la orden judicial y la tercera, correspondiente al uso del término registro para hacer referencia al allanamiento.

Con respecto a la primera observación -sobre los lugares-, debe señalarse que el Legislador entiende protegidos dentro del marco del artículo 47 de la CRBV (1999), a la morada, oficinas públicas, establecimientos comerciales, sus dependencias cerradas y los recintos habitados, debiendo entenderse necesariamente, que todos esos sitios pueden ser englobados en lo que previamente fuera analizado en el Capítulo II al tratar lo relativo al “recinto privado”.

Ello en virtud, de que se trata de lugares que pueden ser delimitados y que tienen como característica fundamental ser cerrados, ya que la enumeración prevista por el Legislador, obviamente hace referencia a sitios que no se encuentran abiertos al aire libre, sino que por el contrario ofrecen un margen de privacidad para el desenvolvimiento de la intimidad (este aspecto será tratado con mayor profundidad en el siguiente apartado).

En relación a la segunda nota resaltada del artículo -orden judicial-, debe referirse que la redacción de la norma es sumamente clara, en virtud de que será obligatoria la autorización judicial para poder ingresar en esos lugares.

Encontrándose en perfecta consonancia con lo antes indicado en cuanto a la forma en la que debían limitarse los derechos fundamentales, pues ha pautado el COPP (2012), en desarrollo del artículo 47 de la CRBV (1999), que para ingresar al hogar doméstico o cualquier recinto privado es necesario contar con el aval de un tribunal.

Finalmente, sobre la tercera consideración en cuanto al encabezado del artículo, debe expresarse que se trata de una situación que ya había sido advertida en el presente trabajo, ya que el legislador utiliza indistintamente el término registro para hacer referencia al allanamiento.

No obstante, sobre la actividad propia del allanamiento, es decir, si en efecto es obligatorio que se lleve a cabo un registro, búsqueda o escudriñamiento, basta con traer a colación lo contemplado en el artículo 197 numeral 4 del COPP (2012), referido al contenido de la orden judicial, que expresa: “En la orden deberá constar...4. El motivo preciso del allanamiento, con indicación exacta de los objetos o personas buscadas y las diligencias a realizar...”, por lo que es notorio que no sólo se trata de una actividad llevada a cabo para registrar o escudriñar, sino que puede ser con el simple objeto de irrumpir o ingresar en el lugar cerrado para materializar, por ejemplo la aprehensión de una persona.

Por otra parte, corresponde abordar lo relativo a la regulación del registro. Así, el artículo 194 del COPP (2012), indica:

Registro. Cuando haya motivo suficiente para presumir que en un lugar público existen rastros del delito investigado o de alguna persona fugada o sospechosa, salvo cuando sea obligatoria una orden de allanamiento, la policía realizará directamente el registro del lugar...

De manera que en cuanto a este artículo se refiere, debe ponerse de relieve en primer lugar, que se practicará la diligencia si existe una presunción sobre la existencia de rastros o evidencias del delito o se encuentre la persona sospechosa en el lugar. Como segunda nota, habría que indicar que será practicado en lugares públicos, y como tercera característica, sería imprescindible señalar que podrá ser realizada por la policía directamente.

Así, sobre el primer dato urge señalar que es necesario que existan motivos que hagan presumir o sospechar que en el sitio a ser registrado serán encontradas evidencias o incluso el presunto autor o partícipe del hecho.

Con respecto a la segunda nota, sería necesario indicar que el registro se llevará a cabo en un lugar público, entendiéndose que en este caso el legislador apunta a la acepción de lugar público, no entendido como oficina administrativa, sino como lugar en el que puede

haber libre tránsito de las personas por no existir mayores requisitos para el ingreso en estos, piénsese por ejemplo en una plaza, parque o vía pública.

Ahora bien, lo aquí planteado se encuentra en total consonancia con las nociones analizadas previamente sobre el derecho a la intimidad de las personas, toda vez que en los casos en los que se requiere orden judicial (moradas, oficinas públicas, establecimiento comerciales y recintos habitados) se puede desenvolver la intimidad de quienes habiten o laboren en dichos lugares, estando por lo tanto amparados en la expectativa de derecho a la intimidad que excluye la intromisión de terceros de forma arbitraria en estos lugares, lo que no ocurre igual en el caso de los lugares públicos en los que más bien se está expuesto a la vista de los demás, siendo precisamente ésta la condición indispensable que origina la tercera nota característica, a saber, que no haga falta orden judicial.

Finalmente, como tercer aspecto debe señalarse que en el registro podrá proceder a realizarlo de forma directa la policía, es decir, que no se requiere orden judicial.

De manera que, los artículos aquí analizados fijan su criterio en base a la afectación o no del derecho a la intimidad, toda vez que el allanamiento procederá si este resulta afectado, caso contrario, lo procedente sería el registro, sin que sea necesaria la orden del juez por no afectarse el derecho fundamental de intimidad e inviolabilidad del domicilio.

Asimismo, debe indicarse que aun cuando el articulado del COPP (2012), hace un uso indistinto de los términos registro y allanamiento, al señalar que este último se lleva a cabo cuando el registro sea en moradas, oficinas públicas o establecimientos comerciales con sus dependencias cerradas y recintos habitados, debe entenderse que éste no necesariamente implicará el desarrollo de actividades investigativas de escudriñar y buscar evidencias o rastros del delito, sino que podrá tener como finalidad el simple ingreso al lugar incluso para llevar a cabo una medida de coerción, tal como fuera señalado al precisar las diferencias entre ambas figuras.

Es importante referir que no existe actualmente un análisis profundo de este aspecto por parte del Tribunal Supremo de Justicia.

### **Concepción de lugares cerrados de acceso público y lugares públicos**

Aun cuando se ha podido observar que en lo atinente a las figuras del allanamiento y el registro en Venezuela, lo que determina la procedencia de uno u otro no es el nombre del lugar en el que se lleve a cabo, sino por el contrario, el desenvolvimiento o no del derecho a

la intimidad, conviene realizar una aproximación a la clasificación de los lugares, concretamente, con respecto a lo que ha de entenderse por lugar cerrado (aunque sea de acceso al público) y lugar público, toda vez que la regulación contenida en los artículos 190, 196 y 199 del COPP (2012), hace referencia a estos sitios y llega a entremezclar las denominaciones en figuras distintas, como ocurre en el registro de lugares públicos y el allanamiento de lugares públicos.

Para comenzar, se puede indicar que Pérez (2011), concibe los lugares públicos como aquellos que son de acceso indefinido o en los que puede entrar gran cantidad de personas (p. 303).

Sin embargo, pareciera insuficiente el criterio de la cantidad de personas para determinar si es un lugar público o no, ya que puede ocurrir que el lugar sea ampliamente visitado como pasa, por ejemplo, cuando hay una reunión, celebración o congreso, y no por ello es tenido como público, pues resulta obvio que si no puede ingresar cualquier persona sino aquellos que sean autorizados o invitados, no tienen ese carácter.

Por otra parte, cuando comenta sobre los establecimientos comerciales u otros locales, indica que éstos no se encuentran amparados en la protección de la inviolabilidad del domicilio, por no constituir morada, ni recinto privado de las personas (p. 301).

Empero, esa postura no parece cónsona con lo establecido por el Constituyente (art. 47 CRBV) y por el Legislador (art. 196 del COPP 2012), debido a que los establecimientos comerciales u otros locales, sí pueden ser englobados dentro del marco de los recintos privados, siempre que en ellos se ejerza el derecho a la intimidad.

De manera que la concepción tenida por este autor, es totalmente distinta a la sostenida por la Comisión Andina de Juristas (1999), al señalar que los locales y establecimientos comerciales como lugares en los que se ejerce la ocupación habitual, pueden formar parte de los lugares en los que se desenvuelve la intimidad y que por lo tanto, han de encontrarse enmarcados en la protección del domicilio (p. 146).

Sobre la base de estas dos posturas, pudiera pensarse que lo determinante para saber si existe la protección de inviolabilidad del domicilio, se encuentra o bien en el nombre o denominación del lugar o, bien en la actividad que se desenvuelva en este, independientemente del nombre que se le asigne; siendo perfectamente válida la interrogante que surge y que en el caso de Venezuela -de acuerdo al análisis efectuado en el punto anterior- parece resolverse por la postura que se enfoca en la afectación o no del derecho.

Así, al abordar en otro punto el tema de los lugares, Pérez (2011), contrariamente a lo que señalaba antes, indica que: “Es lugar público, a los efectos del acceso policial sin orden judicial, todo aquel al que pueda acceder cualquier persona sin mayores requerimientos ni permisos de un titular” (p. 297), sugerencia o postura más apropiada por no limitarlo a la cantidad o número de personas solamente, sino a un requisito cualitativo consistente en si existe libre acceso de las personas o por el contrario es restringido.

Entretanto, el artículo 202 del COPP (2001), al tratar lo referente a las inspecciones (redacción que se mantiene intacta en el código vigente) indicaba que estas se llevarían a cabo por el Ministerio Público o la policía en los lugares públicos –por lo que pareciera que la concepción adoptada al no exigirse la orden judicial para estos, era la de que se trata de lugares de acceso sin requisitos ni necesidad de autorización para su ingreso-.

No obstante, luego exigía para dicho procedimiento la presencia de quien habitara el lugar o se encontrara en posesión del mismo –lo que resulta sumamente confuso, ya que si se trata de un lugar en el que se puede ingresar sin mayor requisito o invitación, cómo es que ha de encontrarse presente quien lo habite o lo posea; así, al hablar de propietario o poseedor se hace alusión a la noción de propiedad y por ende, quedaría excluida la entrada libre al sitio-, situación que se encontraba exactamente igual en la regulación sobre los registros (art. 208 COPP, 2001).

En relación a ello, comenta Borrego (2002):

La redacción del penúltimo párrafo del artículo 202 es completamente pasmosa puesto que pareciera utilizar a la policía o al Ministerio Público para inspeccionar lugares donde habitan personas, con lo cual se crea un ambiente fuera del tono constitucional, desaplicable por control constitucional en resguardo de la protección al derecho de la inviolabilidad del hogar o del recinto privado, que como se ha visto en el presente trabajo, tiene una interpretación bastante amplia. (p. 258).

Así, la noción de lugar público en el ordenamiento jurídico venezolano era y sigue siendo sumamente confusa, más aun cuando se analiza la frase “lugar público”, ya no en el contexto de los artículos sobre la inspección o el registro, sino en el título del artículo 199 del COPP (2012), “allanamiento de lugares públicos” en el que parece hacer referencia el Legislador a las oficinas administrativas o públicas.

Nótese que en la legislación argentina, específicamente en Córdoba, se confiere protección a la morada y otros locales, indicando Hairabedián (2012), que:

Bajo este concepto residual la ley procesal se refiere a oficinas administrativas, establecimientos de reunión o recreo, locales de asociaciones o cualquier otro lugar cerrado. En la última hipótesis se encuentra respuesta al tópico: se necesita allanar siempre que deba realizarse una diligencia procesal en un lugar cerrado en el que temporarily o permanentemente desarrollen su actividad las personas –sean físicas o jurídicas, de carácter privado o público- con cierto grado de privacidad o intimidad. (p. 81).

De manera, que puede observarse que aun cuando no se utiliza la expresión “lugar público”, sino “otros locales” se hace referencia a las oficinas administrativas, que tanto en la legislación argentina como en la de Venezuela tienen la protección de inviolabilidad.

No obstante, tal como ya fuera dicho, la expresión lugar público en el ordenamiento jurídico del país, es empleada en algunos casos (inspecciones y registros) como lugar de libre acceso o entrada sin mayores requisitos, y, en otros casos (allanamiento de lugar público) como oficina administrativa, establecimientos de recreo, etc.

A su vez, indica el citado autor que la protección ampara el derecho a la intimidad de las personas y no el lugar o sitio en sí mismo, pues “no será necesario el allanamiento cuando se trate de sitios abiertos al público”, supuesto que se encuentra en el COPP (2012), en el artículo 194 del registro a lugar público o lo que es lo mismo, abierto al público, y continúa diciendo: “o un lugar cerrado en el que no exista marco de intimidad o propiedad privada como sería un foso con circuitos eléctricos... una mina abandonada... un conducto cloacal”. (p. 83).

Por otra parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos hace una distinción para otorgar protección de inviolabilidad y por ende exigir la orden de allanamiento en las oficinas públicas sólo cuando el empleado público tiene una expectativa “razonable de intimidad” en su trabajo y no está sometido a inspecciones o fácil acceso del público. Ello, según se desprende de Hairabedián (2012) p. 86.

De manera que, lo que debe ser analizado en los lugares de acceso público o abiertos al público y en las oficinas administrativas, según el criterio antes señalado, es si resulta o no afectado el derecho a la intimidad, puesto que esto será lo determinante para la exigencia o no de orden judicial y no tanto el nombre o categorización del lugar en el que se llevará a cabo el procedimiento.

En consecuencia, en líneas generales, pudiera indicarse que un lugar cerrado es aquel que no se encuentra expuesto al aire libre, sino que posee paredes y techo, y para precisar si es un lugar público, tendría que hacerse la salvedad en cuanto a las dos posibles acepciones,

a saber; como un bien de dominio público (oficinas administrativas) o por el contrario, como un sitio en el que no se exigen requisitos para ingresar, como sería el caso de un estacionamiento techado, un comercio de un mercado público, etc.

Así las cosas un lugar público, propiamente dicho o en sentido estricto, sería aquel que se encuentra totalmente abierto al paso de personas, en el que no hay un propietario o poseedor determinado, sino que por el contrario está más asociado o vinculado a la colectividad, como sería una plaza, un parque, la vía pública, etc. Sin embargo, la expresión lugar público, también puede hacer referencia a la Administración Pública y sus oficinas administrativas, siendo por lo tanto fundamental tener en cuenta el contexto de que se trate para saber cuándo estamos ante uno u otro escenario.

Finalmente, debe señalarse que el lugar puede ser cerrado y el público pueda tener acceso a él, pero si llegara a existir la posibilidad de desenvolverse el derecho a la intimidad en éste suponiendo que haya oficinas, salones o recintos apartados, será necesaria la tramitación de la orden judicial, pues tal como fuera indicado, lo decisivo en este tema será la determinación de si se desenvuelve o no la intimidad de la persona en el lugar, ya que en caso de ser así resultaría imprescindible la existencia de una orden judicial para ingresar en el mismo (lo que podría aplicar incluso en un campo o propiedad que esté cercada o frisada para evitar que los demás puedan ver o entrometerse en la intimidad de quienes lo ocupan, y, también podría aplicar en el caso del ingreso a una celda en un establecimiento penitenciario, ya que si en ella hay posibilidad de que se desenvuelva la intimidad del recluso debería existir orden judicial para ingresar a la misma), de lo contrario, podría acudir a la vía de la inspección o del registro según la profundidad que amerite la búsqueda y la relación de inmediatez con la comisión del hecho punible.

## **Regulación del allanamiento de lugares públicos en Venezuela**

Una vez analizado lo relativo al allanamiento genérico en Venezuela (art. 196 del COPP, 2012) y, realizada la precisión con respecto a las distintas acepciones que tiene el término “lugar público”, corresponde analizar la regulación procesal penal con respecto al allanamiento de lugares, contemplado en el artículo 199 del COPP (2012), que expresa lo siguiente:

Lugares públicos. La excepción establecida en el artículo 196 de este Código no regirá para las oficinas administrativas de servicio público, establecimientos de reunión y recreo mientras estén abiertos al público. En estos casos deberá darse

aviso de la orden del juez o jueza a las personas a cuyo cargo estén los locales, salvo que ello sea perjudicial para la investigación.

Así, la primera nota característica que debe resaltarse es la relativa al nombre dado por el legislador para este artículo, a saber, lugares públicos; la segunda, tendría que ver con lo señalado en el sentido de que la excepción contenida en el artículo 196 del COPP (2012), no podrá ser aplicada y la tercera, correspondería a lo relativo a la orden judicial.

Con respecto a la primera nota –lugares públicos- debe indicarse que en este caso el Legislador, al colocarle un título a la norma orienta al intérprete con respecto a que dicha connotación ha de abarcar la totalidad del artículo, por lo que necesariamente debe comprenderse incluido como lugares públicos todo el listín o enumeración que contiene la norma (oficinas administrativas, establecimientos de reunión y recreo).

En este sentido, lo que se quiere significar es que tanto las oficinas administrativas de servicio público, como los establecimientos de reunión y recreo están abarcados en el término “público”.

Además, resulta lógico que si uno de los lugares públicos son las oficinas administrativas, la acepción de público en este caso está orientada a la Administración Pública, o como indica Cabrera (2003), a los bienes de dominio público que son de uso privado. En tal sentido, comenta:

Con los lugares hay que diferenciar los privados de los públicos. La regla es que el hogar doméstico es inviolable (art.62 CN), y ella se refleja sobre todo lugar habitado por las personas como asientos permanentes de sus vidas, entendiéndose por lugar cualquier espacio de terreno o agua donde se erija una construcción. La intromisión en estos sitios requiere una previa orden de allanamiento, salvo en los casos en que la ley o la naturaleza de las cosas, conduzca a que la orden no sea necesaria... A los lugares públicos, los cuales jurídicamente son los del dominio público (art, 539 del Código Civil) y de uso público (art. 540 del Código Civil)... y para ellos no se prevé que sea necesaria una orden de allanamiento para registrarlos. Este es el principio imperante... Pero el art. 223 Código Orgánico Procesal Penal, prevé para algunos casos que no expresa, orden de allanamiento obligatoria (señalada en la ley, suponemos) para lugares públicos y dicha orden, por interpretación en contrario, debe entonces existir para los bienes del dominio público de uso privado de la Nación, los Estados o las Municipalidades. (pp. 116-118).

De manera que, la escisión a la que acude el citado autor sobre la base de los artículos 539 y 540 del C.C (1982), con respecto a los distintos usos de los bienes de dominio público, es de suma importancia para el tema objeto del presente trabajo, toda vez que resume lo

aquí expuesto en cuanto a la mala técnica legislativa utilizada en el COPP por el uso incorrecto de los términos al darle una doble acepción a los “lugares públicos”.

En consecuencia, habría que hacer una distinción para el caso del artículo relativo al Registro (art. 194 del COPP 2012) en el que se hace mención a “lugares públicos”, como bienes de dominio público que son de uso público, (en los que obviamente no se desarrolla el derecho a la intimidad), mientras que en el artículo 196 el COPP (2012), relativo al allanamiento de “lugares públicos”, se quiso apuntar a bienes de dominio público que son de uso privado, como sería el caso de las oficinas administrativas y los establecimientos de recreo como por ejemplo, el Salón Venezuela del Círculo Militar, ya que en virtud del uso al que están destinados pueden ser un campo propicio para el ejercicio del derecho a la intimidad.

En similar sentido, señala López (2010), que lo que ocurre es que la ley, en ese caso de enjuiciamiento criminal, reputa como domicilio a algunos edificios públicos, entre los cuales se encuentran los palacios y sitios reales, palacios de las cortes, templos y lugares religiosos, establecimientos de servicio oficial, militar o civil del Estado, la provincia o municipio, los que estuvieren destinados a ser establecimientos de reunión o recreo (pp. 1202-1203).

De manera que, en el allanamiento de lugares públicos la acepción que debe dársele es la de algunos edificios públicos, es decir, bienes de dominio público que son de uso privado.

En lo que respecta a la segunda nota, urge indicar que el Legislador hizo énfasis en que no aplicará la excepción del artículo 196 del COPP (2012), cuando dichos lugares se encuentren abiertos al público, es decir, en horario de funcionamiento.

Tal mandato, lo que implica es que a todo evento la tramitación de la orden judicial deberá llevarse a cabo, siendo que ni siquiera en caso de las excepciones a la orden del juez (comisión de un hecho punible o aprehensión de la persona) contempladas en el artículo del allanamiento, podrá procederse sin autorización judicial.

Esto se ve reforzado con la tercera nota extraída del artículo bajo estudio, ya que confirma el Legislador que la orden judicial tiene que existir obligatoriamente, y se hará del conocimiento de quien esté a cargo del local, salvo que ello sea perjudicial para la investigación.

Como corolario de lo anterior, siempre tendrá que contarse con el aval del juez para ingresar en estos lugares, pero no siempre se hará del conocimiento de dicha orden al encargado, sino que dependerá de si ello torna o no perjudicial la investigación.

En definitiva, el presente artículo también se encuentra en consonancia con lo antes señalado en cuanto a la concepción de lugares públicos, toda vez que como se indicara en ese apartado, las oficinas administrativas o públicas también son lugares que caben dentro de la expresión recinto privado y, por lo tanto, son sitios en los que puede desenvolverse la intimidad de las personas.

### **Registro de lugares cerrados de acceso público en Venezuela**

Finalmente, para comprender la situación legislativa de Venezuela en cuanto al tema de los allanamientos y registros, corresponde realizar el análisis del artículo 190 del COPP (2012), relativo al registro nocturno que se lleva a cabo en lugares cerrados aunque sean de acceso público.

Así establece el mencionado artículo lo siguiente:

Registros Nocturnos. Los registros en lugares cerrados, aunque sean de acceso público, podrán ser practicados también en horarios nocturnos, dejando constancia del motivo en el acta, en los supuestos siguientes:

1. En los lugares de acceso público, abiertos durante la noche, y en un caso grave que no admita demora en la ejecución.
2. En el caso previsto en el numeral 1 del artículo 196 de este Código.
3. En el caso que el interesado o interesada, o su representante preste su consentimiento expreso, con absoluta libertad.
4. Por orden escrita del juez o jueza.

Con base en la redacción de este artículo, la primera nota que habría que hacer es afirmar que puede llevarse a cabo el registro durante la noche, la segunda, consistiría en que ha de practicarse en lugares cerrados y la tercera, está referida a los supuestos que tienen que ocurrir para que el acto sea posible.

Sobre el primer particular, el legislador autoriza que el registro se practique durante la noche. Sin embargo, en vista de que realizarlo en la nocturnidad es un asunto mucho más delicado por cuanto como indica Pérez (2011) "...de noche es más fácil amedrentar a los somnolientos e implantar falsas evidencias... Al tiempo, la noche hace más engorroso el hallazgo de la evidencia verdadera y facilita el ocultamiento de lo buscado..." (p. 293), debe comprenderse que se trata de un supuesto excepcional, y para que pueda operar tienen que

satisfacerse determinadas exigencias, pues sólo tendrá lugar si ocurre uno de los supuestos previstos en los cuatro numerales.

Con respecto a la segunda nota, este registro sólo se llevará a cabo en lugares cerrados, es decir, en lugares que sean techados y que no se encuentren al aire libre, por lo que debe decirse que parecieran estar incluidos aquellos lugares en los que puede desenvolverse la intimidad de las personas.

Sin embargo, ello iría en contra de las notas diferenciadoras que tiene el ordenamiento procesal penal venezolano sobre los registros y los allanamientos, puesto que según lo que indica el artículo podría haber un registro en un lugar cerrado, aun cuando por la misma condición de ser cerrado permita el desarrollo de la intimidad –supuesto que de ser así debería estar subsumido en la disposición del allanamiento-.

El caso es que, el legislador indicó que los sitios cerrados, aunque sean de acceso al público, serán objeto de registro. Esto implica que, no necesariamente tienen que ser de acceso al público, ya que al señalar “aunque” no establece una condición, sino que permite también que no sean de acceso al público.

No obstante, aun cuando el nombre del procedimiento no sea compatible con la primera parte del artículo (en el sentido de que si es un sitio cerrado y restringido debería exigirse orden de allanamiento y no ser un mero registro), hay que realizar el análisis completo del artículo.

En consecuencia, como tercera nota, debe indicarse que para que proceda lo que el legislador ha denominado “registro nocturno”, es necesario que ocurra alguno de los siguientes supuestos:

- 1.- Que se trate de un lugar de acceso público abierto durante la noche y sea un caso grave que no admita demora en la ejecución, es decir que este primer supuesto, tiene que ver necesariamente con un criterio de proporcionalidad en el entendido de que se autoriza el ingreso porque hay un interés prevalente sobre el derecho que pueda tener el afectado por la medida o procedimiento; 2.- Que sea para impedir la comisión de un delito o para efectuar la aprehensión de la persona perseguida (excepción prevista en el 196 del COPP 2012), lo que obviamente se entiende como un supuesto en el cual hay una necesidad y urgencia de realizar el ingreso que no puede contenerse por la falta de trámite de la orden judicial; 3.- En caso de que el interesado o su representante dé su consentimiento, lo que también ha sido previsto como excepción a la orden judicial en los casos de allanamiento y que ha sido desarrollado por vía de jurisprudencia (véase Capítulo IV) y finalmente; 4.- Por

orden judicial, lo que equivale a practicar el ingreso con autorización o aval por parte del juez.

Así las cosas, debe comprenderse que este artículo denominado “registro nocturno”, en realidad constituye una mera repetición de lo que ya había sido regulado por el legislador en el allanamiento y por lo tanto, no constituye una especie de registro, sino que se trata del caso del allanamiento en el cual el COPP (2012) incurre simplemente en una redundancia. En consecuencia, si desapareciera el artículo comentado, ello no afectaría ni en lo más mínimo al ordenamiento jurídico.

Esta aseveración se hace sobre la base de que en realidad se trata del ingreso en un local o lugar cerrado (donde hay expectativa razonable de intimidad) y sólo podrá ingresarse si hay una orden judicial (numeral 4 del art. 190); si ocurre alguno de los supuestos de necesidad o proporcionalidad (gravamen irreparable por la demora -numeral 1-, comisión de un delito flagrante o aprehensión de una persona sospechosa -numeral 2-) o, si existe consentimiento de quien tiene derechos sobre el lugar (numeral 3).

A diferencia, de la pésima técnica legislativa imperante en Venezuela, el derogado Código de Procedimiento Penal Chileno (1906), con mucha más claridad señalaba:

Art. 156. Los tribunales pueden decretar la entrada y registro en cualquier edificio o lugar cerrado, sea público o particular, cuando hubiere indicio de encontrarse allí el inculpado o procesado, o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles o cualesquiera otros objetos que puedan servir para descubrir un delito o comprobarlo.

Siendo evidente que es mucho más simple la fórmula en él utilizada de “edificio o lugar *cerrado*, sea público o particular”, pues no ofrece dudas y queda resguardado cualquier espacio en el que haya derecho a la intimidad.

### **Orden judicial como requisito**

Se puede afirmar que para llevar a cabo el ingreso en el hogar doméstico, morada, oficinas públicas, establecimientos comerciales, sus dependencias cerradas, recinto habitado o recinto privado, es imprescindible una orden judicial que autorice y permita la restricción al derecho constitucional de inviolabilidad del domicilio, por lo que se constituye ésta como un requisito del allanamiento (artículos 196 y 199 del COPP, 2012), que es la figura a través

de la cual debe tramitarse el ingreso en dichos casos. Sin embargo, habría que agregar el mal denominado registro nocturno, que es una repetición del artículo 196 *eiusdem*.

No obstante, a diferencia del allanamiento, en el registro de lugares públicos - entendiendo por estos sitios en los que no se exigen mayores requisitos para ingresar y que son parte de los bienes del dominio público que son de uso público-, no será necesario el orden judicial, siendo el que en estos no se puede ejercer la expectativa derecho a la intimidad.

Ahora bien, establece el artículo 47 de la CRBV (1999), que no podrán ser allanados el hogar doméstico y todo recinto privado, sino mediante orden judicial.

En perfecta armonía se encuentra el encabezamiento del artículo 196 del COPP (2012), que indica que “Cuando el registro (nótese que el allanamiento no siempre conlleva un registro o actividad de escudriñamiento, sino que puede ser realizado con el único fin de ingresar o materializar una aprehensión) se deba practicar en una morada, oficinas públicas, establecimiento comercial, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado, se requerirá la orden escrita del juez o jueza...”.

De manera que, en el ámbito constitucional y legal, se erige la orden judicial como requisito fundamental para la práctica del allanamiento, lo que tiene total sentido, en virtud de que se trata de la restricción o afectación de un derecho fundamental (inviolabilidad del domicilio) y por lo tanto, la regla general es que para que dicha restricción proceda es necesario que exista un pronunciamiento por parte de un juez que autorice el acto después de haber analizado si el mismo era procedente.

En cuanto, al requerimiento de orden judicial en Argentina, para la práctica de un allanamiento, Hairabedián (2012), señala que “...doctrina y jurisprudencia han venido estableciendo la exigencia jurisdiccional de las órdenes de allanamiento, es decir que emanen sólo de aquellos...” (p. 118). De manera que, ha sido desarrollado profusamente por los órganos judiciales y los estudiosos del Derecho, que sólo los tribunales tienen competencia o facultad para el dictamen de una orden que autorice el ingreso al domicilio de una persona y que por ende restrinja su derecho fundamental.

Adicionalmente, es menester indicar que el pronunciamiento emanado por el juez que autoriza la práctica del procedimiento y dicta la orden judicial, debe ser un acto motivado que permita conocer con claridad cuál o cuáles son los fundamentos que justifican la decisión, con el objeto de que no resulte un acto arbitrario, sino que por el contrario, se tenga garantía de que será un acto motivado y razonado. Ello se desprende, claramente, del segundo aparte del artículo *in comento*.

Asimismo, resulta insoslayable precisar que según lo dispuesto en el artículo 197 *eiusdem*, la orden judicial que autoriza la restricción a la inviolabilidad del domicilio, debe contener la identificación de la autoridad judicial que decreta el allanamiento, una breve relación de cuál es el procedimiento que se ordena, cuál es el lugar o sitio exacto que será objeto de la medida, quién o quiénes son los autorizados para ingresar y con qué fin, es decir, debe expresar cuáles son los objetos o personas buscadas, y finalmente, debe estar firmada y fechada, pudiendo tener un máximo de duración de siete días continuos.

De manera que, no hay lugar a dudas, en relación a que la orden judicial constituye un requisito primordial y, prácticamente, imprescindible (salvo los supuestos que serán analizados *infra*) para la realización y desarrollo de la figura del allanamiento en morada, domicilio, recinto privado, establecimiento comercial, en sus dependencias cerradas, recinto habitado u oficinas públicas.

Aunado al hecho, de que las oficinas administrativas o públicas y los establecimientos de reunión o recreo también públicos, la aseveración realizada sobre la obligatoriedad de la orden judicial para que pueda llevarse a cabo un allanamiento, adquiere mayor fuerza en vista de lo establecido en el artículo 199 del COPP (2012), que fuera analizado en el capítulo anterior, al hacer hincapié en la necesaria existencia de la misma a todo evento.

Por otra parte, la figura del registro está prevista para casos de lugares en los que no se desenvuelva intimidad de las personas; y que por lo tanto, están excluidos en principio, del requisito de la orden judicial.

Ello, en virtud de que se trata de una diligencia que puede ser practicada directamente por los órganos de investigación o por el Ministerio Público, tal como lo establece el encabezado del artículo 194 del COPP (2012), siempre y cuando exista una presunción de que en un lugar público se encuentran rastros de la comisión de un delito o está la persona fugada o sospechosa, y, no sea necesaria la autorización judicial.

Sin embargo, al contemplarse la figura del registro de lugares públicos o de libre tránsito, en los que no se exigen mayores requisitos para ingresar, y, en los que no es obligatoria la orden judicial, resulta absurdo que el legislador haga la salvedad de que en caso de ser esta necesaria deberá tramitarse, puesto que al no existir razonablemente la expectativa de intimidad en tales lugares, mal pudiera resultar afectado el derecho constitucional de alguna persona y por lo tanto, sería superflua la tramitación de la orden.

Debe comprenderse, que el contenido de la norma que contempla la figura del registro -que tampoco requiere orden judicial y se lleva a cabo en lugares públicos-, adolece del mismo error cometido por el legislador, al señalar que en tales sitios puede haber un

habitante o poseedor, a pesar de ser lo absurdo, salvo que se trate del caso de registro de un mueble o compartimiento cerrado (supuesto que excede el ámbito de estudio del presente trabajo).

En tal sentido, debe señalarse que el COPP (2012), intentó regular cada figura por separado, pero hubo imprecisiones en el uso de los términos y el mismo empeño del legislador por proteger el derecho a la inviolabilidad del domicilio, haciendo constantes referencias a que el propietario o poseedor del lugar debía presenciar los procedimientos, terminó por hacer confusos los distintos escenarios para el intérprete.

Aun cuando para los lugares públicos no es necesaria la orden judicial para llevar a cabo el registro, el legislador erróneamente denominó a la repetición del artículo del allanamiento “Registro Nocturno”, por lo que en este supuesto se contempla que una de las vías que puede habilitar el ingreso al lugar cerrado es la orden judicial o cualquiera de las excepciones a esta (que valga decir, son las mismas contempladas en el artículo 196 del COPP y la desarrollada por la jurisprudencia).

Tal sentido, debe comprenderse que por motivos de seguridad jurídica y de respeto a las garantías de las personas, la regla general debe estar orientada a que el registro no requiere orden judicial y ha de practicarse en lugares en los que no haya intimidación de las personas, mientras que en los casos lugares o recintos privados -en la forma que ha sido analizado el presente trabajo- siempre se requerirá orden judicial.

### **Supuestos de excepción a la orden judicial**

Con respecto a las excepciones en las que se permite realizar un allanamiento sin que exista orden judicial, debe tenerse en cuenta lo establecido por el constituyente en el artículo 47 CRBV (1999), al indicar que el hogar doméstico y todo recinto privado son inviolables y no podrán ser allanados “...sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para cumplir, de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los tribunales...”.

La redacción de la norma constitucional ofrece diversas interpretaciones. Una primera, podría aseverar que el domicilio es inviolable, salvo las siguientes tres excepciones 1.- Que exista orden judicial. 2.- Que sea para impedir la comisión de un delito y, 3.- Que sea para cumplir de acuerdo con la ley las decisiones de los tribunales.

Una segunda interpretación, pudiera afirmar que sólo se trata de dos excepciones a la regla de la inviolabilidad, la primera, referida a que haya una orden judicial y la segunda, cuando se esté cometiendo un delito.

Las distintas posiciones giran en torno a la discusión de si el constituyente tomó como un supuesto distinto a las decisiones de los tribunales la orden judicial o si, por el contrario, ésta es también una decisión. En tal sentido, puede parecer que se quiso hacer una escisión entre la orden judicial que dicta un tribunal cuyo único objeto es el ingreso en el domicilio, y, aquellas que tienen dentro de las consecuencias tal efecto, como sería el caso de un embargo sea ejecutivo o preventivo.

En consecuencia, sólo puede ocurrir el allanamiento si es ordenado por un tribunal, o si se realiza para impedir la perpetración de un hecho punible.

En lo que respecta al desarrollo legal el artículo 196 del COPP (2012), se contempla como primera excepción al allanamiento con orden judicial que sea “para impedir la perpetración o continuidad de un delito”, sobre lo cual expresa Pérez (2011):

La excepción a esta regla prevista en el numeral 1 es particularmente peligrosa, porque los policías suelen interpretarlo en el sentido de que no se necesita orden judicial para allanar una vivienda cuando ellos consideran que allí se esconden evidencias en el que participan sigilosamente los moradores o alguno de ellos, sin perjuicio o daño para los otros. El numeral 1 de este artículo no se refiere para nada a eso, ni puede ser tomado como pretexto de la autoridad policial para irrumpir en la morada en esos casos, porque si así fuera nunca haría falta una orden judicial para allanar... el numeral in comento se refiere única y exclusivamente a la posibilidad de evitar un delito flagrante. (pp.302-303).

Por consiguiente, debe tenerse claro que para el uso de esta excepción tienen que existir signos objetivos y evidentes de que en realidad se está cometiendo un delito, para que los funcionarios policiales que ingresen en el domicilio se encuentren amparados por la referida excepción.

Es de suma importancia, que la aplicación del criterio no sea realizada de forma arbitraria y subjetiva, por lo que necesariamente tendrá que recurrirse al parámetro del hombre medio ubicado en la situación de hecho con el objeto de determinar si resultaba razonable o no, la creencia tenida por los funcionarios policiales, y considerar además, los conocimientos especiales que han de tener los mismos, dada su formación policial.

Por otra parte, el artículo 196 del COPP (2012), establece en el segundo numeral, una excepción distinta que consiste en que se realice el allanamiento sin orden judicial con el objeto de aprehender a la persona que está siendo perseguida.

En líneas generales, con respecto al allanamiento sin orden judicial Jauchen (2009), indica que:

se presentan supuestos de hechos de naturaleza extraordinaria en los que atento al inminente peligro o riesgo que representan, configuran hipótesis de suma urgencia, en las cuales la realización del trámite correspondiente que insumiría la solicitud por parte de la autoridad policial de la orden de allanamiento y el tiempo que el mismo irrogaría, configuraría una tardanza que por la naturaleza de la situación la autoridad recién llegaría a destino cuando los riesgos y peligros inminentes ya se hubieran consumado en daños irreparables (p. 94).

Así las cosas, la línea trazada por el legislador al prever como supuesto de excepción a la orden judicial no sólo la flagrancia, sino también la aprehensión de un sujeto que está siendo perseguido en ese momento, se encuentra acorde con lo expuesto por Jauchen, en cuanto a la necesidad de actuar con prontitud ante peligros inminentes, en este caso la evasión del imputado.

Bajo dicha fórmula, está redactada la norma del Nuevo Código de Procedimiento Peruano (2004), que expresa lo mismo:

Artículo 214 Solicitud y ámbito del allanamiento. 1. Fuera de los casos de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración, y siempre que existan motivos razonables para considerar que se oculta el imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación, el Fiscal solicitará el allanamiento y registro domiciliario de una casa habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado temporalmente, y de cualquier otro lugar cerrado, siempre que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto.

Allí se evidencia el supuesto del delito flagrante o de cualquier peligro inminente de su perpetración, siendo una especie de cláusula abierta en la que podrían estar abarcados otros supuestos, dependiendo obviamente de la casuística.

Con respecto al supuesto de la persecución, Hairabedián (2012) señala que:

No hace falta que el perseguido haya sido sorprendido en flagrancia ni tampoco que exista una decisión judicial previa adjudicándole la calidad de imputado, pudiendo tratarse también de un condenado que se ha evadido o una persona sobre la cual pesa orden de detención. Lo que importa aquí es que haya motivo legítimo para privar de libertad y una relación de inmediatez aun fugaz, entre la persecución y la intromisión en el local... La persecución a la que se refiere la norma no es la mera búsqueda u orden de captura de una persona sino la que se hace durante el seguimiento físico de la persona (pp. 223-224).

De manera que se trata de un criterio evidentemente fáctico, en el que no hace falta que la persona tenga la condición de imputado; y tampoco es necesario que exista un proceso judicial previamente constituido, sino que bastará con que haya una persecución por ser el presunto autor o partícipe de un hecho punible que justifique el ingreso en el domicilio para impedir la evasión del mismo.

Finalmente debe indicarse, que algunos consideran que existe una tercera excepción no prevista ni en la Constitución ni en la ley, pero que fue desarrollada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, relativa al consentimiento del interesado o afectado con la medida. Consistiendo dicho criterio en lo siguiente:

Debe advertirse que en el ámbito penal, el derecho a la inviolabilidad del hogar doméstico admite excepciones, que como tal, en principio, están contempladas en el Código Orgánico Procesal Penal, en el artículo 225, pues existe el supuesto, como en el caso de autos, no contemplado en dicha norma legal, en el cual tampoco resulta necesaria la orden judicial, que es cuando la persona que habita determinado domicilio o morada, autoriza o consiente voluntariamente su ingreso a ella, lo cual obedece al deber que tiene todo ciudadano de la República de colaborar con la justicia como expresión de los principios de solidaridad y corresponsabilidad social que orientan el nuevo orden institucional y social del Estado actual, y que se encuentran previstos en el artículo 135 constitucional.

Así, en atención a lo expuesto, el consentimiento o la autorización del habitante, debe constar en la respectiva acta". (Sentencia N° 717, de fecha 15 de mayo de 2001, emanada de la Sala Constitucional).

Ante la cabida de esta excepción, hay determinadas exigencias en cuanto al consentimiento, que tendrán que cumplirse para que la diligencia sea lícita.

En tal sentido, bajo ninguna razón podrá tenerse como válidamente otorgado un consentimiento en situación de amenaza o que altere las condiciones normales de capacidad y voluntad de quien lo otorga, debiendo procurarse por tal motivo que el consentimiento sea otorgado sin que se haya sentido presionado el otorgante.

Para ello, será necesario que éste no sea obtenido por coacción o interferencia de elementos humanos -como sería el caso de un funcionario policial que obligue a quien otorga el consentimiento a que efectivamente permita el allanamiento- o fácticos -como sería el caso de una persona que estando privada de su libertad y bajo un estado de tensión, consienta el ingreso en su morada de los funcionarios policiales sin orden judicial-.

En consecuencia, se observa que el tema del allanamiento sin orden judicial basado en el consentimiento del interesado es bastante intrincado, y no debe ser aplicada la excepción desarrollada en Venezuela por vía de jurisprudencia como regla general, sino que aun recurriendo a la misma de forma excepcional, deben tenerse en cuenta las consideraciones mencionadas, con el objeto de disminuir los riesgos de impugnación del acto por vicios del consentimiento, debiendo tenerse igualmente presente, que no es unánime la tesis que da validez al allanamiento realizado de esta forma.

Por lo tanto, en el supuesto de que fuera aceptada la posibilidad de que el consentimiento del afectado excluya la necesidad de orden de allanamiento, tendría que tenerse en consideración que ello sería la vía que en última instancia se debe agotar, debido a que no está contemplada en el texto de la ley (en el artículo 196 del COPP, 2012, pero sí en el artículo 190 *eiusdem*) e implica dejar en manos del imputado, interesado o afectado la práctica del allanamiento, toda vez que dependería de su voluntad.

Con base en las consideraciones antes expuestas, debe precisarse que la orden judicial constituye un requisito para el procedimiento de allanamiento que afecta de forma directa el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio e intimidad de las personas.

Lo que no ocurre igual en el caso del registro, por cuanto los lugares a los que está destinado no permiten el desenvolvimiento de los derechos fundamentales antes mencionados, siendo evidente por lo tanto, que no es necesario la orden judicial para practicar registros, pues en lo que respecta al denominado registro nocturno, este constituye una repetición del artículo del allanamiento y debe ser considerado como tal, aun cuando el legislador al redundar incurrió en una mala denominación acuñándole el título de registro nocturno.

## CONCLUSIONES

El derecho a la inviolabilidad del domicilio debe ser entendido como el derecho constitucional de todo ciudadano a excluir el ingreso de terceros en el seno del hogar doméstico, morada o cualquier lugar en el que se desenvuelva su intimidad, ya que el texto constitucional (1999), incluyó una cláusula abierta que no limita la protección a lugares específicos sino que sólo exige que sean recintos privados.

En este sentido, debe señalarse que prácticamente cualquier lugar cerrado, es decir, aquellos que no se encuentran al aire libre sino que tienen paredes y techo, están englobados en la expresión “recinto privado”, ya que son lugares propicios para el desenvolvimiento del derecho a la intimidad.

En relación al segundo derecho, es decir, el de la intimidad, se pudo concluir que éste se trata de un género mucho más amplio, en el que una de sus aristas está sumamente vinculada al derecho a la inviolabilidad del domicilio. Ello, debido a que en líneas generales, el derecho a la intimidad se refiere a la posibilidad de todo ciudadano de mantener reserva sobre algunos aspectos de su vida en los que no desea que los terceros o la sociedad tengan intromisión.

Por lo tanto, al ser el domicilio o el hogar doméstico y todo recinto privado, campos propicios para el desenvolvimiento del derecho a la intimidad, puede afirmarse que la estructura de la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio se cimienta sobre las bases de resguardar de la entrada de terceros y del propio Estado, a aquellos sitios en los cuales el ciudadano desarrolla su intimidad.

En cuanto al examen de la regulación establecida en el COPP (2012), sobre el registro y el allanamiento de lugares cerrados y públicos, se concluye que el allanamiento es una figura que implica la irrupción o entrada en lugares que están amparados por la protección constitucional que los considera inviolables, por lo que se trata justamente de un mecanismo que permite la restricción o limitación de dicho derecho fundamental.

En consecuencia, para levantar el obstáculo de la inviolabilidad y poder ingresar a moradas, oficinas públicas, establecimientos comerciales, sus dependencias cerradas, recintos habitados o recintos privados, en los que se trata de lugares cerrados que permiten el desarrollo de la intimidad, será necesario que el trámite se lleve a cabo por las normas del allanamiento, debiendo cumplir, entre otros aspectos, con la orden judicial que autorice el ingreso.

Mientras que el registro más bien hace alusión a la actividad de búsqueda, escudriñamiento y remoción (que puede o no existir también cuando hay un allanamiento) que se hace en lugares públicos, es decir, aquellos que son de dominio y uso público en los que hay libre tránsito de las personas y no se exigen requisitos para ingresar por no haber exclusividad para estar en ellos, como el caso de los parques, plazas, vías públicas, etc.

Al circunscribirse el registro a este tipo de lugares, no se hace necesaria la tramitación de la orden judicial, ya que por ser lugares de libre tránsito y en los que cualquiera puede estar, no hay una expectativa razonable de derecho a la intimidad, estando por lo tanto excluidos de la protección constitucional de inviolabilidad.

Ahora bien, sería necesario aclarar en el caso específico de los lugares públicos, que la técnica legislativa utilizada incita al error en la interpretación, toda vez que -en lo referente al registro- el legislador acoge la acepción de lugar público a la que se acaba de hacer referencia, pero incluye una norma (artículo 199 del COPP, 2012) referida al allanamiento de lugares públicos -empleando la expresión con otro sentido-, y crea confusión porque a primera vista estos sitios parecían ya haber sido tratados en el registro del artículo 190 *eiusdem*.

Sin embargo, se concluye que en el marco del allanamiento, cuando se utiliza la expresión lugar público, ésta debe entenderse como sinónimo de lugar oficial, o que es de la administración pública; es decir, que se trata de bienes de dominio público que son de uso privado, como sería el caso de las oficinas administrativas y los establecimientos de reunión y recreo que son de la administración, y que al estar destinados al uso privado, son lugares en los que se desenvuelve la intimidad de las personas, por ejemplo, de las que allí laboran, de modo que será necesaria la orden judicial cuando la acepción que se dé a la expresión *in comento* sea ésta.

Por otra parte, la norma del registro nocturno (artículo 190 *eiusdem*), que regula el registro de lugares cerrados, es una muestra más de la mala técnica legislativa, toda vez que consiste en una repetición del artículo 196 *eiusdem*, referido al allanamiento, pero redactado de una manera distinta, ya que en vez de señalarse que para los lugares cerrados será necesaria orden de allanamiento salvo que ocurra alguna de las excepciones (comisión de un delito, aprehensión de la persona que se persigue o consentimiento por parte del interesado -que fue desarrollada por vía de jurisprudencia-), se establece que se podrá ingresar al lugar cerrado durante la noche sólo cuando exista: 1.- Un caso grave que no admita demora en la ejecución; 2.- Que se esté cometiendo un delito o que sea para aprehender a la persona que está siendo perseguida; 3.- Que exista consentimiento por el interesado o su representante y; 4.- Que haya una orden judicial.

De manera que, resulta evidente que esa fórmula empleada por el legislador de Venezuela es equivalente a señalar que en los lugares cerrados hará falta orden judicial, salvo que el caso no admita demora, sea para impedir la comisión de un delito o para aprehender al perseguido o que exista consentimiento del interesado.

Con respecto a la identificación de los casos en los cuales la orden judicial es necesaria y las excepciones a la misma se pudo concluir que para realizar un allanamiento es necesaria la orden judicial, toda vez que este está destinado a los lugares declarados como inviolables por el Constituyente, es decir, el hogar doméstico, la morada, oficinas públicas, establecimientos comerciales, sus dependencias cerradas, recinto habitado o en general cualquier recinto privado, es decir, lugares cerrados en los que se lleva a cabo intimidad.

No obstante, en algunos casos se podrá ingresar a dichos lugares sin la orden judicial, siempre y cuando sea para impedir la comisión de un delito, aprehender a quien está siendo perseguido, que exista consentimiento del interesado -debe indicarse que esta última ha sido desarrollada por vía de jurisprudencia y que no está en el texto del artículo 196, pero sí en el del 190 del COPP (2012)-, o cuando el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio que es personal entre en conflicto con un interés colectivo que sea prevalente, como ocurre en los supuestos de proporcionalidad.

En base a las consideraciones hechas, los requerimientos para llevar a cabo un allanamiento son los siguientes: 1.- Que existan elementos de convicción con respecto a que en el domicilio se encuentran evidencias del delito o la persona que se quiere aprehender. 2.- Que sea solicitada la orden judicial que autorice el ingreso de quien lleve a cabo el allanamiento en el hogar doméstico o todo recinto privado (lugares en los que necesariamente se desenvuelve el derecho a la intimidad). 3.- Que dicha orden judicial sea efectivamente acordada por el órgano jurisdiccional. 4.- Que en caso de no existir la orden judicial, esté dado alguno de los supuestos de excepción previamente mencionados (salvo que se trate del artículo 199 del COPP, 2012, que no admite excepción).

En el caso concreto del artículo 199 *eiusdem*, es decir el allanamiento de lugares públicos, será necesario además de los tres primeros presupuestos ya mencionados, que el lugar en el que se lleve a cabo el allanamiento sea un lugar público, entendido éste como de dominio público pero de uso privado, bien se trate de una oficina administrativa o pública, o establecimiento de reunión y recreo oficiales, y, que se encuentren abiertos al público.

Mientras que, los presupuestos procesales para el registro son: 1.- Que exista una presunción de que en el lugar se encuentran evidencias del delito o la persona sospechosa. 2.- Que se trate de un lugar en el que no se lleve a cabo intimidad de las personas, en virtud

de que no es necesaria orden judicial. 3.- Que sea un lugar público, entendiendo por éste aquel que es de libre tránsito por ser de dominio y uso público.

En el caso del artículo 190 del COPP (2012), es decir, en el Registro de lugares cerrados aunque sean de acceso público, será necesario: 1.- Que se trate de lugares cerrados, es decir, lugares que no estén al aire libre, sean o no de acceso al público. 2.- Que ocurra alguno de los siguientes supuestos: i) Que tenga que ser practicado en un lugar cerrado que se encuentre abierto al público, de forma inmediata para lograr el objetivo perseguido, al que no podría llegarse si se admitieran dilaciones. ii) Que sea ejecutado para evitar la comisión de un hecho punible iii) Que el interesado o su representante otorguen su consentimiento para la práctica del registro o iv) Que exista una orden emanada de una autoridad judicial que ordene la práctica. 3.- Que podrá llevarse a cabo durante la noche o no.

De manera que, en relación a este último supuesto (registro nocturno o registro de lugares cerrados), los requisitos son idénticos que los exigidos para el allanamiento, ya que se trata de una redundancia del legislador que cometió dos imprecisiones: la primera, fue repetir una norma que ya se encontraba en la del allanamiento y la segunda, fue denominarla erróneamente registro cuando en realidad es la figura del allanamiento.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Borrego, C. (2002). **La Constitución y el Proceso Penal**. Caracas: Editorial Livrosca.
- Brewer-Carías, A. (2000). **La Constitución de 1999**. Caracas: Editorial Arte.
- Cabrera R., J. E. (2012). **La prueba ilegítima por inconstitucional**. Caracas: Ediciones Homero.
- Cafferata, N. (2011). **La Prueba en el Proceso Penal**. (7a ed.). Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Casal, J.M. (2010). **Los derechos fundamentales y sus restricciones**. Caracas: Legis.
- Clariá, J. (1998). **Derecho Procesal Penal. Tomo II**. (4a ed.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Código de Procedimiento Penal de Chile. (1906). **Ley N° 1853** del 19 de febrero de 1906.
- Código Orgánico Procesal Penal (2001). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, N° 5.558, noviembre 14 de 2001. Caracas.
- Código Orgánico Procesal Penal (2012). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, N° 6.078 (Extraordinario), junio 15 de 2012. Caracas.
- Comisión Andina de Juristas (1999). **Protección de los derechos humanos**. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Constitución de la Nación Argentina (1994). **Ley N° 24430** del 15 de diciembre de 1994.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, N° 5.253 (Extraordinario), marzo 24 de 2000. Caracas.
- Constitución Política de Colombia (1991). **Gaceta Constitucional N° 116** del 20 de julio de 1991.
- Diccionario Enciclopédico Larousse (2012). **El pequeño Larousse ilustrado**. México: Larousse.
- Diccionario Enciclopédico Quillet. (1968). Argentina: Quillet.

Hairabedián, M., (2012). **Inviolabilidad, Registro y Allanamiento del Domicilio**. Buenos Aires, Argentina: AbeledoPerrot.

Jauchen, E. (2009). **Tratado de la Prueba en Materia Penal**. Argentina: Rubinzal/Culzoni.

López Barja, J. (2010). **Tratado de Derecho Procesal Penal**. (4a ed.). Navarra: Thomson Reuters.

Nuevo Código Procesal Penal de Perú (2004) **Decreto Legislativo N° 957** del 29 de julio de 2004.

Pérez, E. (2011). **Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal**. Caracas: Vadell Hermanos Editores.

Rivera, R. (2012). **Manual de Derecho Procesal Penal**. Barquisimeto: Librería J. Rincón.

Tribunal Supremo de Justicia (2001). **Sentencia N° 347 de la Sala Constitucional de fecha 23 de marzo de 2015**, consultado el 11 de julio de 2015, de URL:<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/347-230301-00-0541.HTM>

Tribunal Supremo de Justicia (2001). **Sentencia N° 717 de la Sala Constitucional de fecha 15 de mayo de 2015**, consultado el 11 de julio de 2015 de URL: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/717-150501-01-0017.HTM>

Vásquez, M. (2003). “**La Protección de la Intimidad y de las Comunicaciones en la Ley Especial**”, en: **Ciencias Penales: Temas Actuales** (Comp.). Caracas: UCAB.

**NORMATIVA DE LA REVISTA  
CIENTIFICA VIRTUAL DE LA RECAMPI**

## CAPÍTULO I

### Disposiciones Generales

**Artículo 1.** El propósito de la Revista Científica Virtual de la Red de Capacitación del Ministerio Público Iberoamericano (RECAMPI) es publicar y divulgar artículos científicos en el área jurídica y penal, vinculados a las líneas de investigación y de trabajo que conforman la red.

**Artículo 2.** Los objetivos de la presente revista son fundamentalmente:

- a) Difundir las investigaciones originales e inéditas realizadas en las diferentes especializaciones, personal docente y otros especialistas miembros de la RECAMPI.
- b) Promover el estudio, reflexión y actualización de los conocimientos relacionados al área jurídica, penal y procesal penal.
- c) Fomentar la inclusión de textos de investigadores nacionales e internacionales tanto de los cuerpos docentes como de la comunidad en general.
- d) Fortalecer la discusión y debate sobre problemáticas comunes de las ciencias jurídicas en la comunidad Iberoamericana, orientados a buscar soluciones a problemas que afecten a los diversos sectores sociales.

### Estructura organizativa

**Artículo 3.** La revista contará con un Consejo Editorial (Conformado por miembros de la junta directiva) por un jefe de redacción, una Comisión de Arbitraje y otros miembros adicionales que considere necesario el Consejo Editorial.

### Atribuciones de los miembros

**Artículo 4.** Los miembros del Consejo Editorial decidirán en primera instancia los artículos que deberán ser remitidos a la comisión de arbitraje.

**Artículo 5.** Los miembros de la comisión de arbitraje serán designados por el CE para cada número de la revista, tomando en cuenta la especialidad de los artículos propuestos y deberán ser personalidades de reconocida trayectoria en el mundo profesional y académico.

**Artículo 6.** El CE deberá contar con una base de datos de expertos en diversas áreas de las ciencias jurídicas, para proceder a la designación de los árbitros según se requiera.

**Artículo 7.** El Jefe de Redacción deberá velar por las normas de forma, estilo y aspectos formales de la lengua escrita.

### **De la Periodicidad**

**Artículo 8.** La revista de la RECAMPI tendrá periodicidad semestral, coincidentes con los meses de mayo y noviembre.

## **CAPÍTULO II**

### **Del Arbitraje**

**Artículo 9.** El arbitraje se realizará a través del Método Doble Ciego, el cual consiste en la designación de los especialistas, árbitros o revisores respetando el carácter anónimo de la evaluación. El artículo se deberá entregar por forma impresa y en formato digital.

**Artículo 10.** Los árbitros remitirán la notificación de aceptación o no de los artículos en el formato de evaluación establecido.

**Artículo 11.** El árbitro recibirá oportunamente un reconocimiento escrito por su labor de evaluador.

**Artículo 12.** En los casos en que se requieran modificaciones para la publicación, el autor deberá realizar únicamente los cambios señalados en el arbitraje.

**Artículo 13.** Se considera causal de rechazo, si se llegara a detectar algún tipo de plagio, será motivo suficiente para su devolución sin posibilidades de publicación.

### **Criterio de la Evaluación**

**Artículo 14.** Toda vez que los árbitros procedan a evaluar el artículo propuesto emitirán las siguientes estimaciones: 1) aceptarlo; 2) aceptarlo con cambios menores; 3) devolverlo para su revisión y corrección; 4) rechazarlo.

**Artículo 15.** Los árbitros deben ser imparciales al evaluar el contenido del trabajo. Al elaborar sus informes deben manifestarse de modo que no resulten ofensivos para los autores.

**Artículo 16.** Si un árbitro no se considera competente para evaluar un trabajo, debe comunicarlo al CE de la publicación lo antes posible.

#### **De los Derechos de Autor**

**Artículo 17.** Bajo ninguna hipótesis el autor y los árbitros tendrán derecho a cualquier forma de remuneración por el trabajo realizado, correspondiéndole el reconocimiento académico y social como recompensa.

**Párrafo Único:** Será donado 1 (un) ejemplar de la revista a cada autor que tenga su trabajo publicado.

### **CAPÍTULO III**

#### **De las Secciones de la Revista**

**Artículo 18.** La revista de la RECAMPI estará compuesta por las siguientes secciones:

- a) **Editorial:** estará constituida por el mensaje de alguna de las autoridades seleccionadas por el Consejo Editorial de acuerdo a la temática destacada.
- b) **Artículos:** se presentarán los artículos aprobados por la Comisión de Arbitraje.
- c) **Sección de reseñas:** presentación de material hemerográfico actual relacionado con la temática.
- d) **Eventos y Carteleras:** se destacarán actividades de formación y capacitación organizados por la RECAMPI para el año curso.
- e) **Lista de autores, colaboradores y árbitros.**

### **CAPÍTULO IV**

#### **De la Presentación de los Artículos**

## Del Artículo

**Artículo 19.** Condición de recepción: Los trabajos recibidos deben presentarse únicamente de acuerdo a las presentes normas. De lo contrario, serán devueltos a sus autores o autoras para su correspondiente reestructuración.

**Artículo 20.** Permanente recepción: La recepción de los trabajos aspirantes a publicarse es permanente y serán custodiados en un banco de artículos al efecto.

**Artículo 21.** Los artículos que se publicarán en la Revista de la RECAMPI, deberán ser inéditos y referirse a temas de actualidad, científicos-técnicos-jurídicos, que constituyan un aporte y enriquecimiento a la temática jurídica dentro de un espíritu democrático y garante de la justicia social.

**Artículo 22.** Debe estar estructurado básicamente en cuatro partes: un resumen, una introducción, el cuerpo del Artículo, reflexiones finales y la bibliografía.

**Artículo 23.** El ensayo debe tener una extensión de 10 a 15 páginas (incluyendo la bibliografía)

## De la Presentación Escrita del Artículo

**Artículo 24.** La primera página deberá contener los siguientes datos:

- Título o nombre del artículo
- Nombres y apellidos del autor (a)
- Lugar de procedencia
- Institución a la que pertenece, de ser el caso
- Breve reseña curricular (máximo 10 líneas)
- Dirección de correo electrónico y números de teléfono de contacto
- En la versión digital esta hoja será un archivo aparte, identificado con el nombre

## DATOS DEL AUTOR

**Artículo 25.** A partir de la segunda página en adelante deberá contener:

- Resumen (no mayor de 300 palabras) y en idioma inglés.

- Introducción.
- Cuerpo del trabajo: Debe estar identificado con los títulos y subtítulos de los contenidos que considere pertinente el autor(a) del artículo. En la versión digital el nombre del archivo debe ser el título del trabajo o una parte de él que permita diferenciarlo fácilmente.

**Artículo 26.** Se recibirán artículos en los idiomas oficiales de los países miembros.

### **Lenguaje y estilo**

**Artículo 27.** El lenguaje y estilo del artículo deberá contemplar los siguientes aspectos:

- Formal, redacción en tercera persona (prefiriendo: ‘los autores consideran’ o ‘se considera’).
- Mantener la claridad, sencillez y concisión en la exposición escrita
- Procurar la exactitud en el uso del idioma y en el lenguaje especializado
- Evitar las referencias a trabajos no publicados o a comunicaciones personales, a no ser que sea indispensable
- Utilizar citas y referencias solo para apoyar ideas o hallazgos
- Evitar usar abreviaturas. Sólo se usan en las listas de referencia, notas al pie de página, aclaratorias entre paréntesis, cuadros y gráficos. (Vol., ed., pp.).
- Uso de las siglas: primero se debe enunciar el nombre completo, seguido de las siglas entre paréntesis, en mayúscula y sin puntuación (UNA, ONU, UPEL, PNL).
- Las abreviaturas diferentes a las de uso común (como etc., i.e., cfr., ibíd.) deben ser explicadas, bien sea al inicio del texto o en pie de página. En cuanto a la mención de alguna Ley, se debe agregar el año de publicación.
- La construcción de párrafos, puntuación, uso de letras mayúsculas y minúsculas deben ajustarse a las normas gramaticales del idioma materno.

## **CAPÍTULO V**

### **Aspectos Formales**

## **Márgenes**

**Artículo 28.** Los márgenes que se deben utilizar en la presentación del artículo los siguientes:

- Para los lados superior, inferior y derecho: 3 centímetros y para el lado izquierdo: 4 cm.
- La sangría al inicio de cada párrafo será de cinco (5) espacios en el margen izquierdo.
- La lista de referencias se transcribirá con sangría francesa de tres (3) espacios hacia la derecha.

## **Paginación**

**Artículo 29.** Las páginas se enumerarán en la parte inferior y centrada, en orden consecutivo, comenzando por la portada que se cuenta pero no se enumera. A partir de la introducción, llevan números arábigos.

## **Transcripción e impresión**

**Artículo 30.** Para la transcripción e impresión del Artículo se deberán tomar en cuenta los siguientes aspectos:

- Tamaño carta
- Tipología de la letra: Arial o Times NewRoman N° 12.
- Papel bond base 20 (en caso de imprimir)
- El resumen, introducción, inicio de capítulos o partes deben comenzar en página nueva.
- Usar espacio sencillo para citas textuales de más de 40 palabras, resumen, lista de referencias y nota de pie de página.

## **Interlineado**

**Artículo 31.** Para el interlineado se deberá tomar en cuenta:

- El texto se escribirá a espacio y medio, así como entre cada autor en la lista de referencias.
- No se dejará espacio adicional entre los párrafos del texto.
- El espaciado triple se utilizará después de los títulos de capítulos, antes y después de los subtítulos, de los cuadros y gráficos.
- Los títulos y subtítulos de más de dos (2) líneas se escribirán a espacio sencillo.

### **Imágenes y gráficos**

**Artículo 32.** Si el trabajo incluye imágenes, gráficas y/o tablas, además de estar insertadas dentro del trabajo en el lugar que les corresponde, deben entregarse en archivos aparte con extensión .jpg y en alta resolución. De existir dudas, consultar con el Consejo Editorial para la asesoría al respecto. El autor podrá ser contactado para solventar cualquier eventualidad que se presente.

### **Solicitud de publicación**

**Artículo 31.** Se debe anexar una carta dirigida al Consejo Editorial de la RECAMPI, firmada por el o los autores, en la que se exprese la solicitud de publicación del artículo, la aceptación de las normas editoriales y la cesión de los derechos de publicación.

### **Citas y referencias bibliográficas**

**Artículo 32.** Se presentarán de acuerdo al sistema denominado AUTOR-FECHA.

Algunos ejemplos:

1. Referencias a otras obras
  - a) Referencias no textuales: se trata de hacer mención de ideas de un autor sin recurrir a la cita textual, parafraseando o resumiendo el texto original o la visión general del autor hacia determinado aspecto. En este caso se debe colocar el apellido seguido del año de la publicación entre paréntesis.

Ejemplo:

También, si revisamos los manuales sobre metodología cualitativa en nuestra lengua, podremos constatar que el término estrategia no es el único que se utiliza para hacer referencia, por ejemplo, a la entrevista, el grupo de discusión o las historias de vida, sino que también se habla de técnicas (Valles, 1997), prácticas de investigación (Delgado y Gutiérrez, 1995), e incluso de métodos de investigación, en algunos casos.

- b) **Citas de menos de 40 palabras:** se dejan incorporadas dentro del texto y entre comillas, seguidas del apellido del autor, el año de la publicación y el número de página donde se encuentra el texto citado, entre paréntesis y separado por comas.

Ejemplo:

Asimismo, esta autora señala que las historias profesionales constituyen narraciones en torno a acontecimientos profesionales que más tarde se utilizan para formular preguntas o establecer inferencias sobre el grupo al que se hace referencia. Son útiles también para valorar la repercusión de las experiencias vitales y de formación en las prácticas profesionales. (Couso, 2015, 283).

- c) **Citas de más de 40 palabras:** se separan del texto en un párrafo aparte, sin comillas y con el espacio de un tabulador a la izquierda y a la derecha, con interlineado simple.

Ejemplo:

Como afirman Velasco y Díaz de Rada (1997) en relación a la investigación etnográfica: El conocimiento puntual de las técnicas que utilizan los etnógrafos para conseguir sus datos y para procesarlos no es suficiente, si lo que se pretende es comprender la lógica de la investigación etnográfica, es decir, los propósitos y las propiedades epistemológicas que convierten el tratamiento de la información en una etnografía (p. 213).

Al igual que el caso anterior, de no colocarse el nombre del autor y año de publicación antes de la cita, se debe hacer al final entre paréntesis: (Velasco y Díaz de Rada, 1997, 213)

En el caso de más de un autor, se colocan los apellidos por orden alfabético, hasta tres autores. A partir de cuatro autores, se coloca el apellido del primero seguido de et al y el año de publicación:

Ejemplo:

Blanco et al (2002) señalan la importancia...

## Referencias Bibliográficas

**Artículo 33.** Al final del trabajo se incorporará la lista de obras o fuentes consultadas, ordenadas alfabéticamente por autor, según los siguientes formatos:

- **Publicaciones no periódicas (libros):** Apellido, N (Inicial). (Año). Título del libro (cursivas). (Edición). Ciudad de la publicación, Editorial.
- **Publicaciones periódicas (revistas, periódicos):** Apellido, N (inicial). (Año). Título del artículo: Subtítulo (si tiene). Nombre de la publicación o revista (cursivas). Volumen de la publicación. Número de las páginas que comprende el artículo citado.
- **Publicaciones electrónicas (revistas digitales):** Apellido, N (inicial). (Año). Título del artículo: Subtítulo (si tiene). Nombre de la publicación o revista (cursivas). Volumen de la publicación. Número de las páginas que comprende el artículo citado. En: dirección electrónica completa [Consultada el día/mes/año]
- **Artículos tomados de enciclopedias o compilaciones:** Apellido, N (inicial). (Año). Título del artículo. En: Título del libro (cursivas). Vol. X, número de las páginas que comprende el artículo. Ciudad de la publicación, Editorial.
- **Leyes, decretos y resoluciones oficiales:** Nombre completo de la ley (Año). Título y número de la publicación en que aparece oficialmente.

## Notas al pie de página

**Artículo 34.** Se utilizarán únicamente para incorporar información adicional a la exposición (no para colocar los datos de las obras citadas en el texto).