

Procedimiento de la Ley de Violencia intrafamiliar

AUTORES:

LORENZO BUSTILLOS

GIOVANNI RIONERO

Muy pocos son los buenos comentarios que se hacen del procedimiento establecido en la Ley Orgánica Sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia. En la práctica casi nadie se expresa con satisfacción sobre esta ley. Unos acusan muchos de sus artículos de inconstitucionales, otros de poco prácticos, otros de imposible o difícil cumplimiento, y lo que es peor, la mayoría que la defiende expresa argumentos poco sólidos, que de serlos, terminan en franca contradicción con la misma ley, otras leyes y hasta con la propia Constitución¹.

Nosotros en este análisis no pretendemos criticarla ni apoyarla, sino más bien justificarla al expresar sus debilidades y la forma como evitarlas, para que todos los casos que comiencen regidos por ella, puedan en definitiva cumplir con una de las finalidades del proceso penal, como lo es, la realización del derecho material.

Veremos que algunas de nuestras consideraciones pueden tener un excesivo matiz garantista, pero ello lo hacemos en virtud de que será tal consideración la que hará que el acto no pueda ser atacado con posterioridad de violatorio del derecho a la defensa, es decir, que algunas de nuestras opiniones sólo se ven orientadas, no sólo a justificar el acto, sino, a revestirlo de garantías en favor del justiciable², para que éste, en etapas futuras, no se aproveche del error del receptor de la denuncia y con tal error pueda llegar a conseguir la impunidad de su conducta delictiva.

¹ En Octubre de 2003, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, admitió la solicitud de nulidad de algunas normas contenidas en la Ley de Violencia Intrafamiliar presentada por el Ministerio Público.

² Que la ley en comentario no le otorga, pero que es lógico suponer, pero más que lógico, resulta necesario puntualizar, pues para muchos operadores de justicia, el que la ley no lo disponga es sinónimo de inaplicable, o lo que es peor, aún siendo francamente inconstitucional, pueden llegar a creer que por ser ley vigente, le resta su carácter inconstitucional.

En nuestro análisis tomaremos en cuenta la realidad actual, tanto fáctica como jurídica³, la propia ley, otras leyes, la jurisprudencia y doctrina que directa o indirectamente se relaciona con el punto. No esta de más advertir que todo lo que a continuación mencionaremos no denota nuestra posición definitiva, pero sí la más plausible en que logramos consenso, pues como se verá, hasta las más sustentables posiciones sobre esta ley, pueden devenir en contradicción, pero la idea que nos inspiró al redactar este artículo, fue, principalmente la de contribuir de la manera más ajustada posible con la puesta en práctica de la ley en el marco de nuestro *Estado de Derecho*.

I. SOBRE LA DENUNCIA

Comencemos con el procedimiento en los casos de denuncia por violencia intrafamiliar, a la luz de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley Sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia, y el Código Orgánico Procesal Penal.

En primer lugar, pueden denunciar delitos de violencia intrafamiliar, según el artículo 31 de la ley que regula la materia: la víctima, los parientes consanguíneos o afines (no hay limitación en el grado), el representante del Ministerio Público y la *Defensoría Nacional de los Derechos de la Mujer* y las organizaciones no gubernamentales destinadas a la defensa de los bienes jurídicos protegidos en esta Ley, creadas con anterioridad a la perpetración del hecho punible.

Igualmente, según el artículo 32 de la mencionada ley de violencia intrafamiliar, son órganos receptores de la denuncia: los Juzgados de Paz y de Familia (ahora juzgados de protección integral a la familia), los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal (específicamente los juzgados de control), las Prefecturas y Jefaturas Civiles, los Órganos de policía y el Ministerio Público.

Establece el artículo 34 de la ley que rige la materia sobre violencia intrafamiliar, que el órgano receptor de la denuncia procurará, según la naturaleza de los hechos, la conciliación de las partes, para lo cual convocará a una audiencia de conciliación dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la recepción de la denuncia. Luego el citado artículo establece las consecuencias en caso de no haber conciliación, no realizarse la audiencia, o en caso de reincidencia, la cual no es otra que enviar las actuaciones dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al tribunal que conocerá de la causa.

Por su parte, el artículo 36 de la mencionada ley dispone que el procedimiento a seguir se hará por los trámites del *procedimiento abreviado*⁴ previsto el Título II, Libro Tercero del Código Orgánico Procesal Penal, donde a su vez se establece en el artículo 373 *ejusdem*, la forma de realización del procedimiento especial.

II. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

³ Aunque esta primera parece ser la única que realmente la justifica.

⁴ Con excepción del delito de acceso carnal violento, establecido en el artículo 18 de la Ley Sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia.

El artículo 34 de la Ley Sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia⁵ refiere que para fijar la audiencia de conciliación se atenderá a “*la naturaleza de los hechos*”. Dicha expresión debe ser interpretada atendiendo a la gravedad de la situación que originó la denuncia, en el sentido de que si resulta evidente la imposibilidad de conciliación o si objetivamente la misma no es conveniente para la víctima por la posibilidad de aumentar la violencia o poner en peligro su integridad física, entonces el órgano receptor solicitará directa y motivadamente el procedimiento abreviado sin necesidad de fijar la llamada audiencia de conciliación. Otro ejemplo que resulta evidente es la innecesidad de procurar una conciliación cuando los hechos se subsuman en el tipo de acceso carnal violento, previsto en el artículo 18 de la Ley Sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia, con la diferencia que el procedimiento a seguir será el ordinario.

Respecto a la audiencia de conciliación son necesarias varias observaciones.

Primero debe verse como un acto destinado a encontrar una solución inmediata a un problema que por su naturaleza no amerita del proceso penal para solucionar el conflicto.

También se debe tener en cuenta que para su realización el órgano receptor deberá velar porque en dicha audiencia se respete el derecho a la defensa y el debido proceso⁶. Al respecto, la Sala Constitucional a sostenido en reiteradas decisiones⁷ que:

“el derecho a la defensa y al debido proceso constituyen garantías inherentes a la persona humana y en consecuencia, aplicables a cualquier clase de procedimientos. El derecho al debido proceso ha sido entendido como el trámite que permite oír a las partes, de la manera prevista en la Ley, y que ajustado a derecho otorga a las partes el tiempo y los medios adecuados para imponer sus defensas. (Sentencia de fecha 24-01-01. Causa 00-1323. Iván Rincón)

En igual sentido tenemos otra sentencia dictada en caso similar de fecha 5 de octubre de 2000, caso Héctor Luis Quintero Toledo, ratificada posteriormente en sentencia de fecha 06-07-01 ambas con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera, causa 00-2014, donde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia resaltó la importancia de respetar el debido proceso al momento de la audiencia de conciliación, indicando lo siguiente:

“Esta Sala, en decisión del 15 de marzo de 2000 (Caso: Agropecuaria Los Tres Rebeldes C.A.), señaló:

Se denomina debido proceso a aquél proceso que reúna las garantías

⁵ Artículo 34. Gestión conciliatoria. Según la naturaleza de los hechos el receptor de la denuncia procurará la conciliación de las partes, para lo cual convocará a una audiencia de conciliación dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la recepción de la denuncia.

⁶ En el sentido de que el órgano receptor, con su conducta, no puede impedir a las partes el uso efectivo de los medios a su alcance para la debida defensa de sus derechos e intereses.

⁷ Precisamente tocando el punto sobre el debido proceso en la audiencia de conciliación.

indispensables para que exista una tutela judicial efectiva. Es a esta noción a la que alude el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando expresa que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas.

Pero la norma constitucional no establece una clase determinada de proceso, sino la necesidad de que cualquiera sea la vía procesal escogida para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva.

De la existencia de un proceso debido se desprende la posibilidad de que las partes puedan hacer uso de los medios o recursos previstos en el ordenamiento para la defensa de sus derechos e intereses. En consecuencia, siempre que de la inobservancia de las reglas procesales surja la imposibilidad para las partes de hacer uso de los mecanismos que garantizan el derecho a ser oído en el juicio, se producirá indefensión y la violación de la garantía de un debido proceso y el derecho de defensa de las partes.” (Resaltados propios)

Se respeta el debido proceso cuando existe un proceso regular, un juez imparcial, competente y preexistente y se garantice el derecho a la defensa; a esto además agrega la Sala Constitucional⁸ que el debido proceso constituye un conjunto de garantías que amparan al ciudadano, y entre las cuales se mencionan las del ser oído, la presunción de inocencia, el acceso a la justicia y a los recursos legalmente establecidos, la articulación de un proceso debido, la de obtener una resolución de fondo con fundamento en derecho, la de ser juzgado por un tribunal competente, imparcial e independiente, la de un proceso sin dilaciones indebidas y por supuesto, la de ejecución de las sentencias que se dicten en tales procesos.

En igual sentido, José Luis Tamayo⁹ en sus proposiciones para reformar el Código Orgánico Procesal Penal, indica que el debido proceso se manifiesta de tres formas. La primera es la **legalidad de las normas penales sustantivas y procedimentales**, la segunda el juzgamiento por un juez natural **con las debidas garantías**, y la tercera **observancia de la plenitud de las formas procedimentales**. El referido jurista complementa el alcance citando a Pérez Luño en el sentido de que el debido proceso comprende el derecho a la defensa y asistencia, a ser informado, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, a no declarar contra sí mismo y a la presunción de inocencia.

Entendido de esta manera el debido proceso para este proceso y asomado un poco el derecho a la defensa¹⁰, entonces queremos dejar claro que cuando se prive a una de

⁸ Sala Constitucional. 29 de agosto de 2001. Causa 2001-01127. Antonio García García. En un caso sobre violencia intrafamiliar.

⁹ Tamayo Rodríguez, José Luis. “Proposiciones para reformar el Código Orgánico Procesal Penal”, Ediciones de la Asamblea Nacional. 2001. Pág. 79.

¹⁰ Que explicamos con mayor detalle en el análisis que hacemos en este libro sobre la fase preparatoria, la imputación, defensa y nulidad.

las partes de su derecho de alegación, prueba o contradicción, cuando se le otorgue a una algún derecho que no necesariamente reconozca la ley de violencia intrafamiliar y no se le otorgue a la otra la misma oportunidad, o incluso, cuando se trata de algún asunto importante para las partes que debe ser resuelto sin que exista tramitación previamente establecida, se deberá siempre oír a ambas partes y **siempre**, el órgano receptor deberá evitar toda conducta tendente a obstaculizar o impedir el respeto al debido proceso o al derecho a la defensa al momento de efectuar la audiencia de conciliación que indica el artículo 34 de la Ley Sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia. Este será el marco que asegurará un proceso justo en el ámbito de un Estado Constitucional de Derecho.

Y aunque hemos abordado tangencialmente en este punto el derecho a la defensa, no debemos dejar de advertir que su violación no proviene con exclusividad de los actos de la contraparte, del juez o, en este caso, del órgano receptor de la denuncia, pues, como puede ser el caso, al omitir el legislador la oportunidad de defensa, tanto en la audiencia de conciliación, como en el momento en que el órgano receptor de la denuncia dicte medidas cautelares sin escuchar las alegaciones del afectado, también estaremos en presencia de la llamada violación al derecho a la defensa¹¹, que como *derecho fundamental* debe ser respetado por todo funcionario que la ley *in comento* faculta como órgano receptor de denuncias, lo que en otras palabras quiere decir, que no será válido el argumento que apoye la no violación del derecho a la defensa alegando en su favor “que la ley no lo dispone”¹².

Otro aspecto relacionado con la audiencia conciliatoria, es la necesidad de presencia de las partes involucradas. En efecto, si bien el primer aparte del artículo 34 de la ya citada ley de violencia intrafamiliar establece la posibilidad de “no realizarse la audiencia”, dicha expresión debe atender a situaciones distintas a la falta de comparecencia de alguna de las partes, pues la ausencia de una de ellas acarrea la imposibilidad de efectuarse la conciliación y su consiguiente diferimiento¹³.

Bien lógico es que nadie puede ser obligado a conciliarse por no existir conciliaciones obligadas, tampoco se podrá obligar a una persona a asistir a un acto que procura una conciliación, pero el problema fundamental de la presencia de las partes es que el órgano receptor de la denuncia no podrá tomar medidas cautelares sin antes haber escuchado al denunciado¹⁴, y mucho menos tomando como fundamento el único dicho del

¹¹ Que abordamos con poco más profundidad en el análisis del tema que se vincula con la fase preparatoria, imputación, defensa y nulidad.

¹² En este sentido ver a Carocca Pérez, quien sostiene que la violación del derecho a la defensa puede producirse “ya sea porque el propio procedimiento (...) a través del cual se tramita el proceso, no contenga la estructura o prevea los trámites suficientes y oportunos para que cada parte pueda actuar frente a la actividad de la contraria o incluso frente a la del juez (...) o sea, la falta de respeto de la defensa sea producto de la acción u omisión del propio legislador”. Ob. Cit. Pág. 23, y ver su más amplio desarrollo en el Capítulo I.5.

¹³ Como se verá un poco más adelante.

¹⁴ La Sala Constitucional ha referido que: “a los prenombrados ciudadanos se les dictó una medida de coerción personal, sin haberse informado que estaban siendo procesados como imputados, por lo cual en la única oportunidad que tuvieron de declarar no se les impuso el precepto constitucional, según el cual nadie está obligado a declarar en su propia causa (Art. 49.5 de la Constitución), ni estuvieron asistidos de su abogado de confianza, a fin de obtener la defensa y asistencia jurídica en todo estado y grado del proceso (Art. 49.1 *eiusdem*), les procede no sólo la admisibilidad de la acción sino la declaratoria con lugar de la acción interpuesta, por vulneración de la garantía constitucional al debido proceso, tal y como fue declarado

denunciante, a pesar de lo dispuesto en los artículos 3 ordinal 4º y 39 de la Ley Sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia¹⁵.

En este sentido la Sala Constitucional¹⁶ resalta que necesariamente a la audiencia de conciliación deben asistir las partes implicadas en procura de las condiciones mínimas para la búsqueda de soluciones, y agrega que cualquier decisión tomada con la información ofrecida por una sola de las partes resulta violatoria del debido proceso, pues lo procedente es fijar una nueva oportunidad donde asistan las partes.

La presencia de las partes no sólo garantiza el debido proceso, a su vez asegura un efectivo ejercicio del derecho a la defensa, por lo que la presencia en si misma no es suficiente, ella implica el respeto al acceso a las actuaciones, a permitir la oportunidad para escuchar lo alegatos de la contraparte, a respetar el derecho a contradecir dichos alegatos, a ofrecer elementos que apoyen las afirmaciones que sobre los hechos se hagan y finalmente a impugnar mediante los mecanismos procesales establecidos la decisión que se tome.

Por lo tanto, el órgano receptor debe asegurar el total respeto de los principios y garantías establecidos a favor, no sólo del denunciante, sino también del denunciado, este último, siguiendo el criterio de la Sala Constitucional¹⁷, considerado como imputado en razón de que existe una denuncia que lo señala inequívoca y directamente como presunto autor de un hecho punible¹⁸.

Así las cosas, también será necesario que se le informe al denunciado al momento de su citación del derecho de estar asistido de abogado defensor o abogado de su confianza en el acto de conciliación¹⁹, sobre todo si de dicho acto pueden tomarse medidas cautelares que afecten algún derecho reconocido en su favor. Si el denunciado pide estar

por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Miranda". (25 de marzo de 2002, con ponencia del Magistrado DELGADO OCANDO, exp.: 00-2663)

¹⁵ Artículo 3 ordinal 4º: "Imposición de medidas cautelares: Los órganos receptores de denuncia podrán dictar inmediatamente las medidas cautelares indicadas en el artículo 38 de esta Ley". "ARTÍCULO 39: Medidas cautelares dictadas por el órgano receptor. Una vez formulada la denuncia correspondiente, el receptor de la misma deberá ordenar de inmediato el examen médico de la víctima y podrá además tomar las medidas cautelares siguientes (...)" mencionadas en el texto.

¹⁶ Sentencias del 17 de diciembre de 2002. Causa 01-2280. Pedro Rafael Rondón Haaz y del 06 de julio de 2001, Causa 00-2014. Jesús Eduardo Cabrera Romero. En muy similar sentido sentencia del 16 de octubre de 2001. Causa 00-2265. José Delgado Ocando.

¹⁷ Sentencia del 17 de Julio de 2002. Causa 02-1205 y 02-1255 (fondo). Jesús Eduardo Cabrera, ratificada en sentencia del 17 de diciembre de 2002. Causa 02-2502. Antonio García García, y 22 de agosto de 2003, de Delgado Ocando, causa 02-2432.

¹⁸ Algunos incluso han llegado a creer que el denunciado por delitos de violencia intrafamiliar no puede ser considerado desde el momento de la denuncia como imputado, asignándole el nombre de "agresor" y en base a ello le impiden todo derecho constitucional, incluso, el de defensa. Creemos que tal ardid sólo provocaría la violación del derecho de defensa, pues ya no se puede discutir que imputado es todo aquel sujeto a quien se le señale como autor o partícipe de un hecho punible. Sobre el carácter de imputado recomendamos ver las sentencias supra citadas.

¹⁹ Se trata en realidad de otorgarle a las partes la oportunidad mínima para tutelar debidamente sus intereses, es decir, se trata de darle a las partes la posibilidad racional y justa de desarrollar sus alegaciones asistidas por defensor técnico. No es imprescindible que estén acompañadas de su abogado, pero sí que se le haya permitido ese derecho.

acompañado de abogado, deberá hacerse todo lo necesario para que así sea. De no tener abogado de confianza, deberán agotarse los medios para procurarle uno.

Sobre la falta de defensor técnico ya abundamos un poco en el análisis del tema donde nos referimos a la *fase preparatoria, la imputación, defensa y nulidad*, pero no está demás acotar que la razón de que la ley no establezca la obligada defensa técnica en la audiencia de conciliación²⁰, es por cuanto se atiende a que la parte puede resolver el asunto por sí misma²¹, pero claro, si el imputado solicita la asistencia de defensor técnico debe dársele prioridad.

Como muy bien nos enseña Borrego al referirse a la asistencia de abogado: “*este derecho nace una vez que la persona ha de asistir a cualquier convocatoria de la autoridad que pueda implicar una afectación de su derecho de libertad*” además agrega el profesor Borrego que “*es ineludible cuando se va a practicar cualquier acto que implique atribución de responsabilidad en contra de la persona*”²², y sin ánimo de parecer repetitivos, en la audiencia de conciliación pueden llegar a restringirse derechos fundamentales²³.

Recordemos que todo imputado tiene el derecho de estar asistido de abogado²⁴, y sobre ello no debe haber duda, pero también podrá estar asistido de abogado de confianza el denunciante, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10 del Código Orgánico Procesal Penal²⁵. Ahora bien, el problema real se presentaría si el sujeto es citado en calidad de testigo para ser entrevistado antes de la conciliación, por cuanto aún no se cuentan con elementos que inequívocamente lo señalen como imputado²⁶, en este caso se debe considerar al sujeto como un investigado²⁷, en cuyo caso no gozaría de las garantías de un

²⁰ Que de hecho está ausente en otros procesos.

²¹ Y en este aspecto será necesario atender a la naturaleza de los hechos, ya que de existir probabilidades de tomar medidas cautelares que afecten derechos del denunciado y atendiendo a la necesidad de asistencia jurídica por los efectos que toda medida implica, deberá otorgársele el derecho de asistencia letrada.

²² Borrego. “La Constitución...”.Pág. 150 y 151.

²³ Como ya veremos, tales restricciones no pueden ser tomadas sin antes reunir ciertos requisitos, aunque la ley no los establezca expresamente.

²⁴ Derecho constitucional (art. 49.1: “la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso”) y lega 10, citado infra.

²⁵ Artículo 10. Respeto a la dignidad humana. En el proceso penal toda persona debe ser tratada con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano, con protección de los derechos que de ella derivan, y podrá exigir a la autoridad que le requiera su comparecencia el derecho de estar acompañada de un abogado de su confianza. El abogado requerido, en esta circunstancia, solo podrá intervenir para garantizar el cumplimiento de lo previsto en el artículo 1 de este Código.

²⁶ Elementos que efectivamente no deben existir, pues si la sola denuncia es suficiente para tenerlo inequívocamente como imputado, según nosotros, siguiendo la doctrina constitucional, tal sujeto debe ser considerado como imputado.

²⁷ Siguiendo el criterio de la Sala Constitucional (que no compartimos a plenitud) donde se dice que investigado e imputado no son condiciones iguales. El investigado no supone, en modo alguno, la atribución a dichas personas de la autoría o participación en la comisión de ningún hecho punible, sino sólo la vinculación de éstas, por ejemplo, a título de testigos, con los sucesos o situaciones fácticas que son objeto de investigación por parte del Ministerio Público en la fase inicial del procedimiento penal.

imputado²⁸, pero aún así, de quererlo, puede hacerse acompañar de abogado de su confianza²⁹.

Finalmente, respecto a la audiencia de conciliación, se debe aclarar que es el órgano receptor de la denuncia quien la debe procurar y de no haber sido posible conciliar, por no haberse realizado la audiencia por las causas ya mencionadas, o por haber reincidido el denunciado en los mismos hechos, entonces corresponderá únicamente la solicitud del procedimiento abreviado³⁰ ante el Tribunal que conocerá de la causa, donde no será posible el replanteamiento de una nueva audiencia de conciliación. Este aspecto seguidamente será abordado con mayor profundidad.

III. PROCEDIMIENTO BREVE

Señala el artículo 36 de la Ley Sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia que el trámite para el juzgamiento de los delitos en ella establecidos³¹, se seguirá por los trámites del procedimiento abreviado previsto en el Título II, Libro Tercero Código Orgánico Procesal Penal.

Una primera afirmación es que no existe otra posibilidad de juzgamiento para dichos delitos si no es por el procedimiento abreviado, a pesar de que el artículo 375 del Código Orgánico Procesal Penal, establezca la facultad del juez de no admitir la aplicación del mencionado procedimiento.

En este sentido encontramos sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia³² que literalmente mencionan que “*si la conciliación falla, continuará, a criterio del juez, el proceso contemplado en la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia*” (resaltado propio), pero en otras sentencias mucho más específicas³³ y abordando directamente el punto la Sala Constitucional es clara al afirmar que:

“En el caso que nos ocupa, aducen los apoderados judiciales de los accionantes, que la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal “produjo la derogatoria de cualesquiera otras disposiciones de procedimiento penal que se opusieran a sus disposiciones; entre ellas, las normas adjetivas o de procedimiento establecidas en la Ley Sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia”, ya que -a su decir- el artículo 36 de la citada Ley colide

²⁸ Lo que en definitiva puede acarrear problemas, pues para muchos autores como Alex Carocca o Alberto Binder, creen que el sujeto que pueda verse afectado por el proceso, aún como investigado, debe tener el derecho a defenderse. Hacia esta corriente nos inclinamos.

²⁹ Recordemos el ya citado artículo 10 del Código Orgánico Procesal Penal.

³⁰ Con respeto a las garantías que dicha solicitud implican.

³¹ Salvo el delito de acceso carnal violento, establecido en el artículo 18 de la ya mencionada ley de violencia intrafamiliar.

³² Sentencia ya citada del 06 de julio de 2001, causa 00-2014 del magistrado Cabrera Romero, ratificada en otra sentencia del Magistrado Iván Rincón Urdaneta, el 03 de abril de 2002. Causa 01-0525.

³³ Sentencia del 17 de julio de 2001. Causa 00-2742, del magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, y otra del 13 de agosto de 2001. Causa 01-1350 del magistrado Iván Rincón Urdaneta.

con el artículo 375 del Código Orgánico Procesal Penal, por cuanto no concede “la oportunidad al Fiscal del Ministerio Público... ni al Juez de Control, de decidir si para ese tipo de casos debe aplicarse el Procedimiento Abreviado.. o el Procedimiento Ordinario”, sino que la ley especial es imperativa para el Ministerio Público de regirse por el procedimiento abreviado previsto en el Código Orgánico Procesal Penal.

En este sentido, observa la Sala, que el artículo 36 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia no puede entenderse derogado -como lo afirman los accionantes- por la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, toda vez que el procedimiento contemplado en la citada disposición legal no resulta en modo alguno contradictorio con el establecido en dicho Código; antes por el contrario, la Ley in comento remite, para “el juzgamiento de los delitos” allí consagrados “salvo en el artículo 18 de esta Ley” (acceso carnal violento), al procedimiento previsto en el Código Orgánico Procesal Penal -procedimiento abreviado- el cual había entrado en vigencia para el momento del juzgamiento de los imputados, esto es, el 27 de marzo de 2001.

Por tanto, entender -tal como alegan los accionantes- que dicho artículo ha sido derogado, por cuanto el mismo resulta un imperativo para el Ministerio Público de instar una causa por el procedimiento abreviado, implicaría forzosamente aceptar que resultaría facultativo del Ministerio Público el juzgamiento de los delitos previstos en la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia por el procedimiento abreviado o por el ordinario, lo cual va en contra del espíritu y propósito del legislador al sancionar la Ley in comento, el cual no es más que la celeridad procesal para la tramitación de los delitos contra la Mujer y la Familia -artículo 1º- así como la inmediatez del juez, a fin de lograr el cabal y efectivo cumplimiento del objetivo de dicha Ley, cual es, “erradicar la violencia contra la mujer y la familia” (artículo 1º).

Admitir lo contrario, sería convertir tan preciada Ley en meros enunciados de carácter programático y dejar sin efecto sus disposiciones, ya que se seguiría el procedimiento ordinario para aquellos delitos que, justamente ha querido el legislador, sean de rápido trámite y juzgamiento, y se volvería al antiguo régimen que consagraba tan largo procedimiento que, actualmente, sólo ha quedado establecido para el delito de “acceso carnal violento” previsto en el artículo 18 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia.” (Sentencia del 13 de agosto de 2001. Causa 01-1350. Ponente: Magistrado Iván Rincón Urdaneta.)

Por lo dicho, tenemos que no es dable ni al Juez, ni Ministerio Público el optar por uno u otro procedimiento, sino que indefectiblemente deberá solicitar al Juez la aplicación del procedimiento abreviado.

Sobre este aspecto en particular, debemos ser enfáticos: No estamos de acuerdo con la doctrina del máximo tribunal, y por ello nos cuestionamos ¿cuándo se investiga? ¿qué pasa si el imputado, al momento de ser presentado solicita la práctica de diligencias?. A ello sólo podemos reaccionar ordenando que la causa se siga por los trámites del procedimiento ordinario. No hay otra respuesta, pues para el procedimiento abreviado, como es bien sabido, la fase de investigación está suprimida³⁴. Si embargo, siguiendo con nuestra inicial idea de interpretar el procedimiento a la luz, entre otros, de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del máximo tribunal del País, no queremos apartarnos de este criterio, pero sí, en este aspecto en particular, dejar claro el nuestro, pues aplicar el criterio del *Tribunal Supremo*, puede llegar a causar graves perjuicios en las siguientes fases del proceso penal³⁵.

Entonces, justificando tal doctrina ¿cuál es el sentido de dicha solicitud si ni el Fiscal ni el Juez podrán considerar la aplicación del procedimiento ordinario?

Una vez determinado por el Fiscal que, por la naturaleza de los hechos, no es pertinente fijar una audiencia de conciliación, o bien fijada no fue posible lograrla o existe reincidencia, entonces deberá acudir al Tribunal que conocerá de la causa, que no es otro que el Juez de Control, y solicitar el procedimiento abreviado.

En dicha solicitud, deberá indicar todos aquellos datos que permitan la identificación exacta de la partes intervinientes, así como narrar detalladamente los hechos que dieron origen a la solicitud, indicar la calificación jurídica provisional con la que basa su solicitud y los elementos de convicción que considera pertinentes y necesarios para probar en juicio oral y público la responsabilidad del imputado. Será entonces cuando el juez de control, ante la solicitud fiscal, verificará si están dadas las circunstancias para abrir un juicio, estimando que esté comprobada la comisión de un hecho punible y verificando si están dadas todas las referencias típicas del mismo. Igualmente debe verificar si existen suficientes elementos de prueba que le permitan presumir con fundamento que el imputado puede ser responsable del delito.

Todo ello permitirá un correcto ejercicio del derecho a la defensa, pudiendo el imputado oponerse a las consideraciones fácticas y jurídicas. La omisión de uno de los elementos ya mencionados colocará al imputado en situación de indefensión pues le impedirá efectuar la contradicción de los fundamentos de hecho y derecho.

³⁴ Como característica esencial de todo procedimiento especial, al menos la primera de sus fases, en este caso la de investigación, se vé suprimida.

³⁵ Ya hemos mencionado al comentar el procedimiento por delitos flagrantes, que que el imputado siempre tiene derecho a acreditar su inocencia mediante la introducción de pruebas de descargo, y ello no autoriza a los órganos públicos a pasarlas por alto, ni mucho menos a ocultarlas, como tampoco a investigar sin objetividad, o sólo según el sentido de sus sospechas, por ello creemos que si solicita razonadamente la práctica de diligencias, el juez no podrá optar por el procedimiento breve. Cafferata Nores, en "Proceso Penal y Derecho Humanos". Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000. Pág. 73.

Pues, a pesar de que ante la solicitud de aplicación del procedimiento abreviado ni el Juez de Control ni el Fiscal del Ministerio Público tienen la facultad de decidir por cual procedimiento se sigue el juzgamiento del imputado, es imperioso tener en cuenta que en dicho momento se patentiza la necesidad por parte de ambos funcionarios del sistema de administración de justicia, de velar que todas las causas que pasen a la fase de juzgamiento se encuentren depuradas y por consiguiente deben, luego de una actividad responsable, determinar el contenido preciso del objeto del juicio, en el sentido de establecer los elementos fácticos (los hechos concretos atribuidos) y jurídicos (la calificación jurídica del hecho narrado y los elementos de convicción), ya que así se permitirá el correcto ejercicio del derecho a la defensa, en el sentido de que exista la posibilidad de oponerse a los mencionados elementos.

Ya hemos mencionado anteriormente³⁶ que la defensa sólo puede ser eficaz en tanto y en cuanto el encausado y su defensor conozcan indubitablemente los hechos que se le atribuyen al primero, así como la necesidad de exponerle al imputado en forma clara, precisa, y concreta la acción atribuida y todas las circunstancias jurídicas relevantes sin que sea suficiente el señalarle al imputado el nombre del delito o el artículo legal correspondiente al tipo de imputación. También hemos dicho que cuando la imputación es correctamente formulada se asemeja a la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente; ella no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa y mucho menos en una abstracción, sino que, por el contrario debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular, de la vida de esa persona.

Es entonces la razón de ser de que el Ministerio Público acuda ante el órgano Jurisdiccional, la conveniencia de que el imputado conozca el procedimiento a que se le somete, los hechos por los cuales se solicita su juzgamiento y el delito que tentativamente se le imputa. Además, es en esta oportunidad cuando el Juez determinará que por los hechos denunciados es necesario el debate oral y público. Si bien no puede ser considerada como una fase intermedia, la finalidad de ésta es aplicable para el momento en que el Fiscal acude al Juez de Control³⁷, y dicha finalidad, como asienta Binder³⁸, no es otra que la preparación conveniente del juicio, al que se debe llegar luego de una actividad responsable, ya que por tener los juicios carácter público, el imputado debe defenderse de la acusación en un proceso abierto, que puede ser conocido por cualquier ciudadano y aparte de ello, el juicio también tiene un costo y por más que la persona sea absuelta y se comprueba su absoluta inocencia, el solo sometimiento a juicio siempre habrá significado una cuota considerable de sufrimiento, gastos y aún de descrédito público. Por dichas razones, el proceso correctamente estructurado tiene que garantizar que la decisión de someter a juicio al imputado no sea apresurada, superficial o arbitraria.

³⁶ Siguiendo a Schonbohm, Horst y Losing, Norbert y a Julio Maier.

³⁷ Ver artículo 371 del Código Orgánico Procesal Penal, sobre la supletoriedad de las normas del procedimiento ordinario al abreviado.

³⁸ Binder, Alberto. "Introducción al Derecho Procesal Penal". Editorial Ad-hoc. Buenos Aires. 1999.

Como hemos afirmado, la publicidad del juicio penal, por agravar el sufrimiento y daño del imputado, no se le debe encarar sino cuando se ofrecen serias probabilidades de culpabilidad en él y con mayor razón si la ley de violencia intrafamiliar consagra como uno de sus principios “la confidencialidad de los asuntos”³⁹.

Pero afirmar todo lo anterior debe significar que el Fiscal del Ministerio Público a tenido la oportunidad para formarse un criterio objetivo sobre la autoría o participación del imputado en los hechos denunciados, y dicha oportunidad no puede ser otra que las treinta y seis horas desde el recibo de la denuncia hasta la fijación de la audiencia de conciliación, tiempo de investigación al que se le sumarán cuarenta y ocho horas adicionales en caso de no haberse llegado a una conciliación o haber reincidido el denunciado.⁴⁰

Finalmente, luego de acordado el juzgamiento según las disposiciones del procedimiento abreviado, específicamente según lo dispuesto en el artículo 373 del Código Orgánico Procesal Penal, el Juez de Control remitirá las actuaciones al tribunal unipersonal, el cual convocará directamente al juicio oral y público para que se celebre dentro de los diez a quince días siguientes y el fiscal y la víctima presentarán la acusación cinco días antes de la audiencia del juicio oral, siguiendo el criterio de la Sala Constitucional ya mencionado al tratar el tema de la presentación del acto conclusivo en la flagrancia.

En casos de denuncia de violencia intrafamiliar, según interpretación de las normas que rigen la materia y a la luz de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, este es el procedimiento a seguir. No podemos dejar de mencionar que para nadie es ajeno que la aplicación de las normas procedimentales en caso de violencia intrafamiliar han presentado problemas prácticos, pero ello lo que implica es que dichos problemas deben ser resueltos siguiendo estrictamente los principios constitucionales y legales acogidos por nuestro sistema democrático, que favorezcan a los derechos humanos y que no afecten la dignidad del ciudadano.

Finalmente, para complicar más el asunto, debemos referirnos al caso en que el órgano receptor sea el propio Tribunal de Control. He aquí un gran problema. ¿Cuándo se investiga? ¿qué pasa si el propio tribunal no logra o no considera procedente la audiencia de conciliación?

Creemos que en estos casos, definitivamente debemos aplicar nuestro criterio y seguir los trámites por el procedimiento ordinario, pues resulta tremendamente ilógico que se siga por el abreviado⁴¹. Igualmente, de no lograrse la conciliación, entonces deberá pasarse lo actuado a otro Tribunal distinto, para que sea este quien decida lo conducente y dicte la “orden de pase a juicio”.

³⁹ Según el artículo 3 ord. 5° de la Ley Sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia.

⁴⁰ Recordamos que nuestra posición es totalmente contraria a la obligatoriedad de seguir el procedimiento breve en casos de violencia intrafamiliar, y creemos que en TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, no tomó en cuenta la oportunidad para investigar en estos casos, ya que los delitos prescritos en la ley in comento son de difícil demostración y requieren de diligencias especiales, tales como la experticia psicológica, entre otras.

⁴¹ Este punto tampoco lo tomó en cuenta el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional.

Sobre la orden de “*pase a juicio*” en los casos donde se solicita el procedimiento abreviado por tratarse de violencia intrafamiliar, no necesariamente debe cumplir con los requisitos señalados en el artículo 331 del Código Orgánico Procesal Penal⁴², pues la acusación se presentará cinco días antes de la audiencia de juicio oral y no con anterioridad, lo que no obsta para que se garantice ante el Juez de Control la existencia de suficientes elementos de criminalidad objetiva que comprometan la responsabilidad del imputado. Por lo tanto, afirmar que el Tribunal de Control debe cumplir con el señalamiento expreso de los elementos indicados en el artículo 331 del Código Orgánico Procesal Penal, no es correcto.

Lo que sí se puede llegar a equiparar es el auto de apertura a juicio con la orden que debe dictarse al acordar la aplicación del procedimiento abreviado, claro, haciendo la salvedad de que aún no existe una acusación como tal. Ello es así pues al acordar el pase a la fase juzgamiento de un imputado se deben respetar todos los aspectos que se relacionen con el derecho a la defensa, los cuales no son exclusivos del procedimiento ordinario y los Representantes del Ministerio Público no están excluidos de responsabilidad en el deber de velar por el estricto cumplimiento de los principios y garantías que respaldan el *Estado de Derecho*, por lo que nunca deberán desarrollar solicitudes inconsistentes o arbitrarias, sino con fundamento jurídico sólido, apoyadas en la Constitución, las leyes, la doctrina o la jurisprudencia.

Finalmente recordamos que, a pesar de la vinculante de las sentencias de la Sala Constitucional, éstas también son objeto de interpretación por parte de los operadores de justicia cuando su contenido no sea del todo claro o de difícil aplicación, por lo tanto recordamos que en caso de considerar que una sentencia ambigua de nuestro máximo tribunal, no pueda ser aplicada por las especiales circunstancias del caso en particular, debe dársele preferencia a los principios constitucionales que rigen el debido proceso y el derecho a la defensa, acompañado de una argumentación jurídica acorde con la interpretación de la Constitución, que concluyan en la más plausible solución del asunto y tornen viable la realización de la justicia.

IV. MEDIDAS CAUTELARES

Otro de los aspectos importantes y polémicos que regula la ley que estudiamos, es lo referente a la aplicación de medidas cautelares.

Establece el artículo 3 ordinal 4° de la Ley de Violencia Intrafamiliar, que el órgano

⁴² Artículo 331. Auto de apertura a juicio. La decisión por la cual el juez admite la acusación se dictará ante las partes. El auto de apertura a juicio deberá contener: 1. La identificación de la persona acusada; 2. Una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, su calificación jurídica provisional y una exposición sucinta de los motivos en que se funda; y, de ser el caso, las razones por las cuales se aparta de la calificación jurídica de la acusación; 3. Las pruebas admitidas y las estipulaciones realizadas entre las partes; 4. La orden de abrir el juicio oral y público; 5. El emplazamiento de las partes para que, en el plazo común de cinco días, concurran ante el juez de juicio; 6. La instrucción al secretario de remitir al tribunal competente la documentación de las actuaciones y los objetos que se incautaron. Este auto será inapelable.

receptor de la denuncia podrá dictar **inmediatamente**⁴³ las medidas que se establecen en el artículo 39.

Dichas medidas son las siguientes:

1. Emitir una orden de salida de la parte agresora de la residencia común independientemente de su titularidad sobre la misma.
2. Remitir a la víctima a uno de los refugios de que trata el artículo 15 de esta Ley, en los casos en que la permanencia en su domicilio o residencia implique amenaza inminente a su integridad física.
3. Arresto transitorio hasta por setenta y dos (72) horas, que se cumplirá en la jefatura civil respectiva.
4. Ordenar la restitución de la víctima al hogar del cual hubiere sido alejada con violencia.
5. Prohibir el acercamiento del agresor al lugar de trabajo o estudio de la víctima.
6. Asesorar a la víctima sobre la importancia de preservar las evidencias.
7. Proveer a la víctima información sobre los derechos que esta Ley le confiere y sobre los servicios gubernamentales o privados disponibles, en particular de las Unidades de Atención y Tratamiento a que se refiere el artículo 14 de esta Ley.
8. Elaborar un informe de aquellas circunstancias que haya observado que sirva al esclarecimiento de los hechos, el cual deberá acompañar a la denuncia.
9. Cualquier otra medida aconsejable para la protección personal, física o emocional de la víctima, del grupo familiar, o de la pareja.

En este sentido, consideramos que aparte del fundamento ya expresado al momento de explicar la audiencia de conciliación, las únicas medidas, en principio⁴⁴, posibles, son la de remitir a la víctima a un refugio, siempre y cuando la víctima lo acepte; prohibir el acercamiento del agresor al hogar de trabajo o estudio de la víctima, cuando ello no limite otro derecho fundamental y sea necesario para evitar el daño a la víctima; asesorar a la víctima sobre la importancia de preservar las evidencias e informar sobre sus derechos, que en realidad no se trata de una medida cautelar; elaborar un informe sobre lo observado, que tampoco es una medida cautelar; cualquier otra medida siempre y cuando no restrinja derechos fundamentales, y sea adecuada, necesaria y proporcional.

Sobre las otras medidas, nunca podrá el órgano receptor de la denuncia, a menos que incurra en violación a un derecho constitucional⁴⁵, dictarlas inmediatamente

⁴³ Carocca deja claro que, en cuanto a la posibilidad de defenderse de toda actuación del juez, o en general, de toda actuación que no provenga necesariamente de la parte contraria, serían inconstitucionales las normas de procedimiento que no contemplan audiencia preventiva a las partes, que le permita hacer alegaciones con anterioridad a la decisión. Ob. Cit. Pág. 98.

⁴⁴ Decimos en principio, pues atendemos a que en casos realmente graves, evidentemente graves, y que no exista otra forma de evitar el incremento del daño a la víctima, y la medida se torne adecuada, necesaria y proporcional, entonces será procedente.

⁴⁵ De lo que se podrá exigir responsabilidad.

recibida la denuncia y con fundamento en el único dicho del denunciante⁴⁶. Tampoco podrá restringir derechos fundamentales como la libertad⁴⁷ o la propiedad, sin permitir el derecho a la defensa del afectado, es decir, sin otorgar la oportunidad al imputado de argumentar todo lo que considere pertinente para desvirtuar los elementos que hagan procedente la medida cautelar⁴⁸.

Es aquí donde queremos recordar lo antes explicado, siguiendo a Carocca Pérez, en el sentido de que son inconstitucionales las normas que establecen procedimientos que no contemplan audiencia previa u oportunidad de alegaciones (verbales o escritas) con antelación a la decisión del órgano competente, pues estaremos en un evidente caso de violación al derecho a la defensa por parte del legislador, que no debe ser permitido por ningún juez o funcionario público en ejercicio de sus funciones, pues, como ya es bien sabido, la defensa es un *derecho fundamental*.

En el caso particular de la ley de violencia intrafamiliar, el órgano receptor deberá propiciar la defensa a la parte que posiblemente se pueda ver afectada por una medida cautelar, pero bien sea dicho, las alegaciones de la parte no serán suficientes para su procedencia, pues deberán tenerse en cuenta lo que seguidamente explicamos.

V. REQUISITOS DE TODA MEDIDA CAUTELAR

Lo primero que se debe explicar es que si el órgano receptor, distinto al Tribunal de Control, decide aplicar una medida (*personal o real*⁴⁹) limitativa de derechos, sin autorización judicial, cometería una violación a la exclusividad del Poder Judicial de dictar las medidas tendentes a restringir el disfrute de derechos constitucionales, ello de acuerdo con lo contemplado en el artículo 49, numeral 4° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁵⁰.

También se debe tener muy en cuenta que si bien es de la esencia de toda medida cautelar su imposición *in auditan partem*, por cuanto su propósito es otorgar una protección frente a situaciones de manifiesto riesgo de que quede ilusorio la eventual sentencia favorable a la parte que la solicita, ello no obsta para que el órgano que la dicta deba verificar dos aspectos: la apariencia de buen derecho o "*fumus boni iuris*" y el peligro de que el derecho no sea satisfecho en virtud de la demora o "*periculum in mora*".

⁴⁶ Ver sentencias ya citadas de la Sala Constitucional, del 17 de diciembre de 2002. Causa 01-2280. Pedro Rafael Rondón Haaz y del 06 de julio de 2001, Causa 00-2014. Jesús Eduardo Cabrera Romero. En muy similar sentido sentencia del 16 de octubre de 2001. Causa 00-2265. José Delgado Ocando.

⁴⁷ En este sentido ver Pérez Dupuy. Ob. Cit. Pág 27 y ss. Es indiscutible que la medida de arresto dictada fuera de las reglas constitucionales resulta inaceptable.

⁴⁸ Carocca Pérez, al comentar sobre las decisiones que se deben tomar durante la fase preparatoria, explica que cuando se puedan afectar derechos fundamentales, tales decisiones sólo podrán tener carácter jurisdiccional (Ob. Cit. Pág. 334.).

⁴⁹ Como se puede notar todas las medidas son personales, con excepción de la primera por afectar de alguna forma el disfrute del derecho de propiedad, y última que como innominada puede ser real o personal.

⁵⁰ "Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto".

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

Así pues, el *fumus boni iuris* es producto de un juicio breve y sumario – no completo – que hace presumir, por una parte, sobre las probabilidades de triunfo de quien solicita la providencia cautelar y sobre la verosimilitud de los derechos invocados.

No está de más advertir que la determinación del *fumus boni iuris*, se traduce en la existencia de un razonamiento sobre las probabilidades sólidas y verosimilitud⁵¹ de que el solicitante de la medida será beneficiado por lo dispuesto en la resolución judicial definitiva.⁵²

En materia procesal penal la perspectiva de lo planteado tiene una característica esencial. Tal y como afirma Gimeno Sendra:

*“...considerando que tanto las medidas cautelares personales como las patrimoniales y en lo que al responsable criminal se refieren, más que un juicio o razonamiento positivo respecto a una previsible resolución final favorable a quien solicita la medida cautelar, exigen la razonable atribución a una persona determinada de la comisión del hecho punible”.*⁵³

O en palabras propias de Ortells Ramos, la imposición de una providencia cautelar depende de: *“un juicio sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida y, en consecuencia, sobre la futura imposición al mismo de una pena”.*⁵⁴

Así pues como corolario de lo expuesto, la formulación del presupuesto *in comento* (entiéndase: *fumus boni iuris*) en instancias penales, evidencia insoslayables disimilitudes con respecto al ámbito civil. Como bien orienta nuevamente Aragüena Fanego⁵⁵:

⁵¹ La verosimilitud debe entenderse como lo que tiene “cualidad de verosímil” y verosímil comprende lo derivado de dos aspectos: que tenga apariencia de verdadero, y lo que es creíble por no ofrecer carácter alguno de falsedad.

⁵² Aragüena Fanego, citando a su vez al maestro Calamandrei, complementa con lo siguiente: “El *fumus boni iuris* – o apariencia del derecho – supone que a la adopción de una medida cautelar debe preceder – nos dice Calamandrei – un preventivo cálculo de probabilidades sobre lo que podrá ser el contenido de la futura resolución principal, cálculo del que el Órgano jurisdiccional pueda extraer la conclusión de que la resolución final declarará el derecho en sentido favorable a quien solicita la medida cautelar. La Cognición cautelar se limita, en todo caso, a un juicio de ‘probabilidad’ y ‘verosimilitud’ del cual Calamandrei resalta su carácter hipotético, carácter que está íntimamente unido a la naturaleza misma de la medida cautelar, constituyendo, además, un aspecto necesario de instrumentalidad”. Ob. Cit. Página 22.

⁵³ Gimeno Sendra, Vicente. “El proceso de Habeas Hábeas”. Madrid, 1985, Páginas 32 y 65.

⁵⁴ Ortells Ramos, Manuel. “Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal”. R.G.L.J. Madrid, 1978. Página 472,

⁵⁵ Aragüena Fanego, Coral. “Teoría General de las medidas cautelares reales en el proceso penal”. Barcelona, España, 1991. Pág. 48.

“...el objeto a valorar en uno y otro proceso es diverso ya que mientras en el civil viene constituido por un derecho probable o una posición material del solicitante jurídicamente aceptable, en el penal lo que va a ser tomado en cuenta es la comisión de un delito y su atribución a una persona determinada...”

Así tenemos que en el ámbito civil lo que va a ser objeto de valoración judicial es, predominantemente, la situación de quien pretende la tutela cautelar. En el penal, por el contrario, el enjuiciamiento recae sobre la situación relevante, desde un punto de vista procesal penal, del inculcado...”

Entonces, el *fumus boni iuris*, como presupuesto procesal de las *medidas cautelares reales*, en materia penal, no entiende el mismo enfoque adjudicado en materia civil. En efecto, el proceso civil requiere que el solicitante de una medida cautelar ostente la *aparición buena de ser titular del derecho que se reclama*. Sin embargo – y ello funge como acotación obvia – el objeto, naturaleza, fines y presupuestos del proceso civil difieren radicalmente del proceso penal; precisamente por ello, el profesor Tamayo⁵⁶ antes de referirse al *fumus boni iuris*, prefiere hablar de “*suficientes indicios de culpabilidad*” (junto con el *periculum in mora*) como presupuesto fundamental de las *medidas asegurativas cautelares reales*.⁵⁷ Trátese de *indicios de culpabilidad* o de *indicios de criminalidad*, ambas expresiones son amparadas por las conclusiones de la autora Aragüena Fanego:

*“... expresión ésta que circunscribe o acota el objeto sobre el cual deberá recaer la valoración del órgano jurisdiccional, radicalmente diverso al objeto civil, y que conlleva además, como sabemos, una doble alteración con respecto a este ámbito relativa, de un lado, al sujeto que va a ser centro de tal valoración judicial (el favorecido por la medida, en el civil; el gravado con ella, en el penal) y, de otro, al signo que debe arrojar tal valoración (positivo, en el civil; negativo, en el penal). Concluimos sosteniendo, por tanto, la validez del fumus en el proceso penal, aún cuando entendido de modo radicalmente opuesto al civil, ya que aquí, habida cuenta de las acusadas diferencias existentes, entendemos que más que de fumus boni iuris habría que hablar del fumus mali iuris o, como propone Guariniello de fumus commisi delicti...”*⁵⁸

Ahora bien, partiendo de que las *medidas cautelares* son instrumentos tendentes, precisamente, a impedir que el transcurso del proceso atente contra quien entiende justificada su pretensión.⁵⁹

⁵⁶ Tamayo Rodríguez, José Luis. “Medidas Cautelares o de Coerción Real en el COPP”. Caracas, 2002.

⁵⁷ Con similar fórmula se pronuncia el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Español, cuando requiere el examen de los “indicios de criminalidad” para acordar la protección cautelar solicitada.

⁵⁸ Aragüena Fanego, Coral. “Teoría General...”. pp. 47 y 48.

⁵⁹ En el campo del Derecho Administrativo – pero perfectamente vigente en nuestra disciplina – el maestro Canova González, refiriéndose a la máxima in comento sostiene: “Este precepto del Derecho... está en total concordancia con la garantía de la tutela judicial efectiva, ya que poco efectiva será la protección de derechos de los ciudadanos que prestaría el Estado si permitiera que el transcurso del tiempo indispensable para poder declarar tales derechos, es decir, el proceso en sí, constituya un menoscabo para su disfrute pleno por el titular”. Canova González, Antonio. “Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano”. Editorial Sherwood. Colección Contencioso Administrativo N° 1. Caracas, 1998. Página 273. El propio Chioyenda advertía que las medidas asegurativas respondían a la “necesidad efectiva y actual de alejar

La procedencia de toda providencia cautelar – en materia procesal penal – se ve sujeta a la comprobación *ex ante* de los perjuicios susceptibles de ser soportados por los afectados del hecho penalmente reprochable.

Con el propósito único de esquivar los efectos dañinos producto de la dilatación natural del *iter procedimental*, es que las medidas cautelares se erigen como mecanismos idóneos tendentes a evitar que la prolongación del proceso no devenga en la inejecutabilidad del fallo definitivo. He allí precisamente el espíritu mismo del *periculum in mora* como requisito de procedencia obligado en todo mecanismo cautelar: *que la ejecución de la resolución judicial definitiva no sobrevenga en ilusoria o de imposible cumplimiento*.

Cafferata Nores explica que la coerción personal del imputado (medida cautelar) presupone la existencia de pruebas de cargo en su contra por la comisión de un delito (*fumus boni iuris*), además de la existencia del grave peligro que, si no se impone la coerción, se frustrare alguno de los fines del proceso (*periculum mora*), y concluye que estos son los requisitos de toda medida cautelar, enfatizando, para resaltar que esa es la verdadera naturaleza de la coerción procesal, y son los que evitarán que sea ilegal o arbitraria. Añade Cafferata que la jurisprudencia supranacional ratifica la línea de los códigos procesales que reglamentan estos aspectos exigiendo su concurrencia simultánea y finaliza su opinión dejando claro que, en cuanto al *fumus boni iuris*, se establece como presupuesto de la coerción la necesidad de pruebas sobre el acaecimiento del hecho delictuoso y la participación punible del imputado⁶⁰, y sobre el *periculum mora*, razona que los códigos procesales individualizan las hipótesis en las que consideran que habrá riesgos para los fines del proceso si la coerción no se dispone tempestivamente, a la vez que instituyen y regulan las medidas coercitivas encaminadas a neutralizarlos. Deja claro que las que tienen diferente intensidad deben ser proporcionales a la gravedad del peligro, finaliza Cafferata puntualizando que para dar por existentes los riesgos procesales **deben probarse** y no presumirse.

Pero, para qué hablar de los requisitos para dictar una medida cautelar sin mencionar la necesaria motivación. En efecto, aunque la ley de violencia intrafamiliar no lo señale expresamente, toda medida cautelar debe estar debidamente motivada, y ello lo decimos, porque, aunque parezca obvio, la mayoría de las veces, por no decir “todas las veces”, la ausencia total de motivación es nota característica al momento en que los órganos receptores de las denuncias dictan sus providencias cautelares⁶¹.

Podríamos aquí continuar escribiendo sobre las medidas cautelares que establece la ley *in comento*, pero ello sólo nos llevaría a una conclusión, la cual es que sólo será el

el temor de un daño jurídico”. Chiovenda, Giuseppe. “istituzioni di diritto processuale civile”. Volumen I. 2da. Edición. Nápoles, 1935. Páginas 250 y 251.

⁶⁰ También deja claro que mientras más fuerte sea la restricción que importa la medida cautelar o mayor sea la extensión en el tiempo, mayor será la entidad probatoria que se requerirá. Por ello nosotros creemos que, en cuanto a la restricción de libertad (arresto), no es posible dictarla, aún por un tribunal, sino se tiene en cuenta lo ya dicho e insistido.

⁶¹ Esto es nota común y generalizada cuando el órgano receptor es una institución distintas al tribunal penal.

órgano jurisdiccional quien las pueda dictar. Pero como nuestra idea es de intentar hacer posible la aplicación de la ley, recomendamos a todo órgano receptor de la denuncia, que al momento de dictar “cualquier medida” tome en cuenta lo dicho.

Finalmente, creemos que jamás, y aquí somos mucho más que enfáticos, **jamás** podrá alguien distinto a un Juez Penal, dictar una medida de arresto en contra de ningún sujeto y bajo ningún supuesto, pues violaría flagrantemente la Constitución⁶². Sólo los órganos provistos de potestad jurisdiccional (potestad de administrar justicia), son los que cuentan con la competencia para acordar arrestos o detenciones⁶³, y así lo dispone la Constitución. y así lo ha sostenido el Tribunal Supremo de Justicia en el sentido de que:

“a la letra del precepto constitucional señalado, no es posible el arresto por vía administrativa-disciplinaria, ya que la detención de cualquier persona debe provenir de una orden judicial. (...) el juez en uso de la potestad disciplinaria puede ordenar el arresto, estando el mismo ajustado a la norma constitucional en virtud de emanar de una orden judicial. De allí, que el derecho a la inviolabilidad de la libertad personal consagrado en el señalado artículo 44.1 de la Constitución, no se vea menoscabado en los casos de los arrestos disciplinarios, ya que la limitación del derecho que deviene en dichos casos, se encuentra preservada por los principios de la reserva legal y la judicial” (Sala Constitucional, del 29 de agosto de 2003, con ponencia del Magistrado Jesús Cabrera Romero. Exp. 03-0158)

Si bien debemos admitir que el proceso penal nunca puede verse privado de la facultad de restringir la libertad personal del ser humano durante el proceso, debemos igualmente reconocer que resulta imposible concebir tal facultad sin establecer limitaciones.

Y concluimos citando nuevamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia⁶⁴ la cual refirió claramente que “de cualquier forma, en el caso de que las autoridades policiales, administrativas o incluso judiciales incurran en errores, todo ciudadano posee el derecho de demandar la indemnización de daños y perjuicios, y así lo establece la Constitución en su artículo 49”.

⁶² En igual conclusión ver a Pérez Dupuy, en “El amparo a la libertad” Livrosca. 2003. También a Carmelo Borrego, quien descarta la detención o arresto sin previa orden judicial o flagrancia, en “La constitución y el proceso penal” Livrosca. 2002. CAFFERATA Nores nos enseña que la privación de libertad en el proceso penal, sólo debe estar en manos de los órganos de administración de justicia, “única autoridad competente en el juicio previo”. Ob. cit., p. 186.

⁶³ Maier, en su obra ya tantas veces citadas, explica que la evolución dogmática que sucedió a los principios liberales del siglo pasado logró desarrollar un estatuto fundamental que gobierna la aplicación de encarcelamiento con fines preventivos, y uno de sus requisitos es la obligatoria orden judicial. Ob. Cit.

⁶⁴ Sentencia ya citada del 11 de diciembre de 2001.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilera de Paz, Enrique. “*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*”. Editorial Reus. 2da. Edición. Madrid, 1924.

Aragüena Fanego, Coral. “*Teoría General de las medidas cautelares reales en el proceso penal*”. Barcelona, España, 1991.

Arboleda Vallejo, Mario. “*Código Penal Anotado (Ley 599 de 2000)*”. Editorial Leyer. Décima Novena Edición. Bogotá, 2001.

Ariza Colmarejo María Jesús. “*Las Costas en el Proceso Penal*”. Editorial Comares, Granada, 1998.

Arteaga Sánchez, Alberto. “*Código Orgánico Procesal Penal. Trabajo monográfico*”. Mc. Graw Hill. Caracas. 1999.

Arteaga Sánchez, Alberto. “*Derecho Penal Venezolano*”. Novena Edición. Editorial McGraw-Hill, Caracas, 2001.

Arteaga Sánchez, Alberto. “*La privación de libertad en el proceso penal venezolano*”. Editorial Livrosca. Caracas, 2002.

Asencio Mellado, José María. “*La prisión provisional*”. Editorial Civitas. Madrid, 1987.

Balzán, José Ángel. “*Lecciones de Derecho Procesal Civil*”. Editorial SULIBRO, Segunda Edición. Caracas, 1986.

Bello Tabares, Humberto y Jiménez Dorgi. “*Tutela Judicial Efectiva y Otras Garantías Constitucionales Procesales*”. Ediciones Paredes, Caracas, 2004.

Biblioteca Virtual de Jurisprudencia: www.rioneroybustillos.com

Binder, Alberto M. “*Introducción al derecho procesal penal*”. Segunda Edición, Buenos Aires, 1999.

Binder, Alberto. “*El incumplimiento de las formas procesales*”. Editorial Ad-hoc. Buenos Aires. 2000.

Binder, Alberto. *“Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales”* Depalma, Buenos Aires, 1998.

Borrego, Carmelo, Simón Bello, Carlos y Rosales, Elsie. *“Constitución, principios y garantías penales”*. UCV, Caracas, 1996.

Borrego, Carmelo. *“La Constitución y el Proceso Penal”*. Livrosca. Caracas, 2002.

Borrego, Carmelo. *“Nuevo Proceso Penal. Actos y Nulidades Procesales”*. Editorial Livrosca. UCV. Caracas, 1999.

Cabanellas de Torres, Guillermo. *“Diccionario jurídico elemental”*. Editorial Heliasta S.R.L. 1998.

Cabrera Romero, Eduardo. *“Revista de Derecho Probatorio Nro. 11”*. Ediciones Homero. Caracas. 1999.

Cabrera Romero, Eduardo. *“Revista de Derecho Probatorio Nro. 13”*. Ediciones Homero. Caracas. 2003.

Cafferata Nores, José I. *“Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino”*. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000.

Calamendrei, Piero. *“Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”*. Italia, 1936.

Canova González, Antonio. *“Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano”*. Editorial Sherwood. Colección Contencioso Administrativo N° 1. Caracas, 1998.

Carnelutti, Francesco. *“Monografías Jurídicas”*. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogota. 1999.

Carocca Alex. *“Garantía Constitucional de la Defensa Procesal”*. J.M. Bosch Editor, 1998, Barcelona.

Casal H, Jesús M. *“Curso de Capacitación sobre el Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica”*. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas-Venezuela. 2002.

Chiovenda, Giuseppe. *“Istituzioni di diritto processuale civile”*. Volumen I. 2da. Edición. Nápoles, 1935.

Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica. (Teoría de los Derechos Fundamentales: Condiciones para la limitación de derechos fundamentales; el principio de proporcionalidad). Serie eventos Nro. 3, del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas-Venezuela. 2002.

Díaz Chacón, Freddy José. “*Doctrina Penal del Tribunal Supremo de Justicia*”. Editorial Livrosca. Publicación bimensual correspondiente a los meses *enero* y *febrero* del año 2001.

Díaz Chacón, Freddy José. “*Doctrina Penal del Tribunal Supremo de Justicia*”. Editorial Livrosca. Dedicado a las máximas de los meses *noviembre* y *diciembre* de 2001. Caracas, 2001.

Díez-Picazo, Luis. “*El Poder de acusar. Misterio Fiscal y Constitucionalismo*”. Ariel Derecho. Barcelona. 2000.

Fenech Navarro, Miguel. “*El proceso penal*”. 4ta. Edición. Madrid, 1982.

Fernández, Fernando. “*Manual de Derecho Procesal Penal*”. Mc Graw Hill. Caracas, 1999.

Ferrajoli, Luigi. “*Derecho y Razón*”. Trotta. Madrid 1995.

Frías Caballero, Jorge. “*Teoría del delito*”. Editorial Livrosca. Caracas, 1996.

Gimeno Sendra, Vicente. “*El proceso de Habeas Hábeas*”. Madrid, 1985.

Gómez Colomer, Juan-Luis. “*El proceso alemán. Introducción y normas básicas*”. Editorial Bosch. Barcelona, 1985.

Gómez Grillo, Elio. “*Las Penas y las cárceles*”. Empresa El Cojo. Caracas, 1998.

Gómez Orbaneja, Emilio. “*Comentarios de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*”. Tomo I. Barcelona, 1947.

González Pérez, Jesús. “*El derecho a la Tutela Jurisdiccional*”. tercera edición, Editorial Civitas, Madrid, 2001.

González-Cuellar Serrano, Nicolás. “*Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*”. J.M. Bosch Editor. Barcelona 1998.

González-Cuellar Serrano, Nicolás. “*Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*”. Editorial. Colex, Madrid, 1990.

Jiménez de Asúa, Luis. “*Tratado de Derecho Penal*”. Tomo III, Tercera Edición, Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1965.

Lares Martínez, Eloy. “*Manual de Derecho Administrativo*”. Tercera Edición. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1975.

Maier, Julio. “*Derecho Procesal Penal. Fundamentos*”. Segunda Edición. Editores del Puerto. Buenos Aires. 1999.

Mairal, Héctor. “*La Doctrina de los Propios Actos y la Administración Pública*” Depalma, Buenos Aires, 1994.

Martínez Garnelo, Jesús. “*La investigación ministerial previa*”. Editorial Porrúa. México. 2002.

Miranda Estrampes, Manuel. “*La mínima actividad probatoria en el proceso penal*”. J.M. Bosch Editor. Barcelona, España. 1997.

Molina Arrubla, Carlos Mario. “*Fundamentos de Derecho Procesal Penal*”. Editorial Leyer. Colombia, 2002.

Monagas, Orlando. Artículo titulado “*Detención preventiva y presunción de inocencia*”, en: “*Cuartas Jornadas de Derecho Procesal Penal*”. UCAB, Caracas, 2002.

Monagas, Orlando. Artículo titulado “*La libertad durante el proceso*”, en: “*Quintas Jornadas de Derecho Procesal Penal*”. UCAB, Caracas, 2002.

Montero Aroca, Juan. “*Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*”. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997.

Noguera Ramos, Iván. “*El Juez Penal. Aportes Procesales y Criminalísticos*”. Editorial Librería Portocarrero. Perú, 2002.

Ortells Ramos, Manuel. “*Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal*”. R.G.L.J. Madrid, 1978.

Osman Maldonado, Pedro. “*Derecho procesal Penal Venezolano*”. Edición ampliada al Código Orgánico Procesal Penal de noviembre de 2001. Caracas, 2002.

Pérez Dupuy, María Inmaculada. “*El amparo a la libertad*”. Livrosca. 2003.

Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo. “*Manual de Derecho Procesal Penal*”. 2da Edición. Caracas, 2002.

Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo. “*Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*”. Editorial Vadell Hermanos. 2º edición. Caracas. 1998.

Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo. “*Comentarios del Código Orgánico Procesal*”. Vadell Hermanos. Caracas, 2002.

Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo. “*La investigación, la instrucción y la flagrancia*”. Editorial Vadell Hermanos. Caracas. 1999.

Puig Peña, Federico. “*Comiso*”. Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo IV. Editorial Francisco Seix. Barcelona, 1993.

Rengel-Romberg, Arístides. *“Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano”*. II Tomo. Editorial Arte, Caracas, 1995.

Rionero&Bustillos. *“Instituciones Básicas en la Instrucción del Proceso Penal”*. Editorial Livrosca. Caracas, 2003.

Rionero&Bustillos. *“El Desacato. Desobediencia a la Autoridad en el Ordenamiento Jurídico Venezolano”*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2004.

Rionero&Bustillos. *“Maximario Penal”*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2005.

Rionero&Bustillos. *“Maximario Penal. 2do. Semestre 2005”*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2006.

Rionero&Bustillos. *“El Proceso Penal. Instituciones Fundamentales”*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2006.

Rosa Mármol, Blanca. *“Temas Actuales de Derecho Procesal Penal”*, Sextas Jornadas. UCAB. 2003.

Roxin, Claus, *“Derecho Procesal Penal”*. Ediciones El Puerto, Buenos Aires, 2000.

Roxin, Claus. *“Derecho Penal. Parte General”*. Tomo I. Editorial Civitas. 1997.

Rubianes, Carlos J. *“Derecho Procesal Penal”*. Tomo III, Ediciones Depalma, Buenos Aires.

Schonbohm, Horst y Losing, Norbert. *“Sistema Acusatorio. Proceso Penal. Juicio Oral en América Latina y Alemania”*. Fundación Konrad Adenauer. Caracas. 1995.

Segundas Jornadas de Derecho Procesal Penal llevadas a cabo en la Universidad Católica Andrés Bello, titulada *“Suspensión Condicional del Proceso”*. Para su revisión remitimos a la publica *Vigencia Plena del Nuevo Sistema”*. UCAB, Caracas, 2001.

Silva Silva, Jorge Alberto. *“Derecho Procesal Penal”*. Segunda Edición. Editorial Harla. México. 1997.

Tamayo Rodríguez, José Luis. *“Manual Práctico comentado sobre la reforma del Código Orgánico Procesal Penal”*. Venezuela, 2002.

Tamayo Rodríguez, José Luis. *“Medidas Cautelares o de Coerción Real en el COPP”*. Caracas, 2002. Sin editar.

Tamayo Rodríguez, José Luis. *“Proposiciones para reformar el Código Orgánico Procesal Penal”*. Monografía presentada a la consideración de la Asamblea Nacional. Ediciones de la Asamblea Nacional. Caracas, 2001.

Vásquez González, Magaly en “*El Ministerio Público y la disponibilidad de la acción penal*”. Cuartas Jornadas de Derecho Procesal Penal. UCAB. 2001.

Vásquez González, Magaly. “*La aplicación efectiva del COPP. Terceras Jornadas de Derecho Procesal Penal en homenaje al R.P. Pérez Llantada*”. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2000.

Vásquez González, Magaly. “*Nuevo derecho procesal penal venezolano*”. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1999.

Vecchionacce E, Frank I. “*Los principios del Derecho Penal (sustantivos y adjetivos) en materia de drogas. Posición crítica*”. Maracay, 1990.

Vecchionacce E. Frank I. “*Procedimiento especial por flagrancia y práctica judicial*”. Mimeografía. 1999. Sin editar.

Vitale, Gustavo. “*Suspensión del proceso penal a prueba*”. Editores del Puerto. Buenos Aires, 1996.