UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TACHIRA
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

LA DESPENALIZACIÓN DE LOS DELITOS DE ACCIÓN PRIVADA

Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al Título de Especialista en Derecho Penal

Línea de Investigación: Estado y derecho

Autora: Alvarado Andrea
Tutor: Duque Nicolás

San Cristóbal, noviembre de 2018

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA VICERRECTORADO ACADÉMICO
DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

APROBACION DEL TUTOR

En mi carácter de Tutor del Trabajo Especial de Grado presentado por la ciudadana, Andrea Alvarado, C- I V.- 19.579.423, para optar al Grado de Especialista en Derecho Penal, cuyo título es cuyo título es "**La despenalización de los Delitos de Acción Privada"**. Considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación correspondiente.

En San Cristóbal, a los 23 días del mes de noviembre de 2018

INDICE GENERAL

Aprobación del tutor ii

INDICE GENERAL iii

RESUMEN v

INTRODUCCIÓN 1

CAPÍTULO I

FUNDAMENTO POLÍTICO CRIMINAL PARA DESPENALIZAR HECHOS PUNIBLES 7

Conceptualización de los hechos punibles a Instancia de parte 7
Principios de Política criminal aplicables a la propuesta de despenalización 8
Política Criminal sobre la Acción Privada en América Latina 9
Teoría del Derecho Penal Mínimo 16
El derecho Penal Mínimo en Venezuela 17
Aplicabilidad del Derecho Penal Mínimo a la Despenalización De los Delitos de Acción Privada 18

CAPÍTULO II

BIENES JURÍDICOS TUTELADOS EN LOS DELITOS DE ACCIÓN PRIVADA EN LA LEGISLACIÓN PENAL VENEZOLANA

El Bien Jurídico 21
Delito de violencia y amenaza 24
Delito de Violación de domicilio por particulares 27
Delito de La Prohibición de hacerse justicia por Si Mismo 30
Delitos de La difamación y La Injuria 32
Delito de Abuso de Firma en Blanco 33
Delito de Daño 40
Delito de Estragos por Introducción o Abandono de animales en Fundo ajeno y Pastoreo Abusivo 41 42
Delito de Introducción Arbitraria en Fundo Ajeno 43
Delito de Caza en Fundo Ajeno sin Previa Licencia del Dueño 44
Delito de Deturpación o Mancha de Cosa Ajena 46
Delito de Adulterio 47

CAPÍTULO III
EL PROCEDIMIENTO EN LOS DELITOS DE ACCIÓN DEPENDIENTE DE INSTANCIA DE PARTE 52
El Derecho de Querella 52
La Víctima como Impulsadora y Parte en Procesos de Acción Privada 52
El Código Orgánico Procesal Penal 53

CAPÍTULO IV
INCIDENCIA JUDICIAL DE PROCESOS POR DELITOS A INSTANCIA DE PARTE 64

CONCLUSIONES 67

RECOMENDACIÓN 69

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 70

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA VICERRECTORADO ACADÉMICO
DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

Autora: Alvarado Andrea
Tutor: Duque Nicolás
Fecha: noviembre 2018

La Despenalización de los Delitos de Acción Privada

RESUMEN

. La investigación sienta bases filosófico- jurídicas prácticas que permiten plantear y presentar formas y métodos para la despenalización de los delitos de acción privada. Para lo cual se revisan los bienes jurídicos tutelados en los delitos de acción privada y se verificó en el campo forense si efectivamente en los juzgados penales cursan expedientes de enjuiciamiento por delitos de acción privada; o si resulta viable proponer eliminar el procedimiento a instancia de parte, y despenalizar esos delitos dejándoselos al ámbito civil a los efectos de la indemnización de los daños. El propósito fundamental de esta investigación fue la despenalización de los delitos de Acción Privada en Venezuela. Y para desarrollarlo se plantearon los siguientes objetivos específicos: Describir el fundamento político criminal para despenalizar hechos punibles; enumerar los bienes jurídicos tutelados en los delitos de acción privada en la legislación penal venezolana; examinar el procedimiento para el juzgamiento de los delitos a instancia de parte; revisar la incidencia judicial de procesos por delitos a instancia de parte durante año 2017. La metodología bajo el enfoque cualitativo. El nivel de la investigación es descriptivo y analítico Se utilizó la ficha como instrumento para anotar los datos obtenidos. No solo se revisó, la doctrina, la jurisprudencia y la ley, sino la opinión de informantes claves y se obtuvo información directa en los Juzgados en funciones de Juicio del estado Táchira La conclusión fue que resulta viable la despenalización porque descongestiona al aparato judicial y se adecúa la concepción constitucional y del COPP de minimizar al Derecho Penal

Descriptores: Fundamentos de Política criminal para despenalizar; Bienes Jurídicos Tutelados en delitos de Acción Privada, Procedimiento para el Juzgamiento, Incidencias de Procesos.

INTRODUCCIÓN

El derecho se actualiza con los cambios sociales, pues de lo contrario las normas pierden su vigencia con el desuso. Es por ello que con la evolución de la sociedad, los seres humanos modifican sus costumbres y modos de actuar, por lo que en el siglo XXI la sociedad se ha tecnificado y vive de acuerdo a pautas sociales cosmopolitas, universales, conectados por el mundo digital. De modo que el derecho no puede quedarse atrás y es por ello que al surgir nuevas formas de conducta, también aparecen nuevas formas de criminalidad.

Es por ello que el legislador encuentra la necesidad de tipificar nuevas conductas delictivas; pero también surge la necesidad de minimizar el derecho penal y dejarlo como la última ratio para la sanción penal de conductas verdaderamente graves que lesionen bienes jurídicos colectivos y se brinde protección penal solo a aquellos bienes jurídicos individuales que constituyan en si un hecho que atente contra la vida, contra la libertad sexual, o contra las instituciones del Estado, Lesa Humanidad, Terrorismo y Tráfico Internacional de Armas y Estupefacientes, que constituyen hechos verdaderamente graves

En este sentido debe entenderse entonces, que los códigos penales y de procedimiento penal, se van modificando adaptándose a las nuevas exigencias y tendencias. Y por ello se establecen fórmulas alternativas de prosecución del proceso, con el fin de descargar el aparato judicial y los despachos fiscales del conocimiento de hechos delictivos que solo afectan intereses individuales en menor grado.

Sin embargo, la filosofía del Código Orgánico Procesal Penal tiene como concepción el desjudicializar muchos conflictos y para ello estableció los

acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso, así como el sustituir la eventual condena por un régimen de prueba, a través de un procedimiento para delitos menos graves. No obstante, permanece el enjuiciamiento de los delitos de instancia de parte, es decir delitos de acción privada, que bien pudieran despenalizarse y dejarse solo derecho civil la indemnización de los perjuicios o resarcimiento del daño correspondiente, de tal manera que no resulten sin sanción.

Ello debería ser así, porque aunque ocurran esos hechos, su enjuiciamiento no tiene lugar sino cuando la víctima, insta un proceso jurisdiccional. Aduce esto que los particulares tienen podo interés en llevar ese tipo de situaciones al conocimiento de los jueces, y prefieren solucionar privadamente sus conflictos u obviarlos.

Conforme a lo expresado, es posible observar el poco uso que se le da en la práctica forense al procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos de acción privada por lo cual conviene indagar los casos reales juzgados por esos delitos.

El Código Orgánico Procesal Penal[1] señala que cuando un delito de acción privada se encuentre conexo con u otro de acción pública el enjuiciamiento deberá seguirse por el procedimiento aplicable a los delitos de acción pública. Y a pesar de esta disposición expresa, la Fiscalía del Ministerio Público cuando se encuentra ante tales casos, imputa o acusa únicamente por el delito de acción pública e ignora el delito de acción

[1] **CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL**. Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6078 Extraordinario. Junio 15, 2012
Art **78.** COPP
…Cuando a una misma persona se le atribuya la comisión de delitos de acción pública y de acción de instancia de parte agraviada, el conocimiento de la causa corresponderá al Juez o Jueza competente para el juzgamiento del delito de acción pública y se seguirán las reglas del proceso ordinario.

privada. Lo que hace necesario investigar la doctrina de la Fiscalía sobre la materia.

Significativo los hechos punibles originados por colisiones de vehículos donde ocurre unas lesiones o un homicidio habiendo conexidad con el delito de daño del vehículo o el objeto o vivienda contra la cual impactó al vehículo del imputado. Casos en los cuales es común observar que la Fiscalía no acusa por el delito de daño; lo que pareciera un desprecio hacia el delito de acción privada debido a que no se da importancia frente al de acción pública.

Ante tal situación discutible y cuestionable, se plantea la necesidad de revisar los delitos de acción privada y los bienes jurídicos tutelados en esos delitos, de modo de examinar su relevancia social y jurídica en la actualidad; verificar en el campo forense si efectivamente en los juzgados penales cursan expedientes de enjuiciamiento por delitos de acción privada; o si el resulta insignificante, haría viable proponer eliminar el procedimiento a instancia de parte, y despenalizar esos delitos dejándoselos al ámbito civil a los efectos de la indemnización de los daños. Lo que trata esta investigación es de sentar bases filosófico- jurídicas prácticas que permitan plantear y presentar formas y métodos para la despenalización de los delitos de acción privada.

La pregunta fundamental que pretende responder con esta investigación: ¿Es viable la despenalización de los delitos de acción privada en Venezuela? Para responder esta interrogante, la investigación se plantea responder otras preguntas:¿Cuál es el fundamento político criminal para despenalizar hechos punibles?¿Cuáles son los bienes jurídicos tutelados en los delitos de acción privada en la legislación penal venezolana?¿Cómo se desarrolla el procedimiento para el enjuiciamiento a instancia de parte?¿Cuál es la incidencia judicial de procesos por delitos a instancia de parte?

Y con base a ellas se formularon los siguientes objetivos: El objetivo general fue : Analizar la despenalización de los delitos de acción privada en Venezuela**;** y los objetivos específicos fueron: Describir el fundamento político criminal para despenalizar hechos punibles; enumerar los bienes jurídicos tutelados en los delitos de acción privada en la legislación penal venezolana; examinar el procedimiento para el juzgamiento de los delitos a instancia de parte; revisar la incidencia judicial de procesos por delitos a instancia de parte durante año 2017 en el estado Táchira.

La investigación se justificó en la medida de que es necesario no solo descargar el aparato judicial sino también contribuir a la civilización de los conflictos de modo de dejar al derecho penal que se ocupe de hechos verdaderamente graves. Lo cual representa un aporte desde el punto de vista social. La importancia de la investigación es contribuir a generar propuestas para que las leyes se adecuen a las exigencias modernas y de adapten a los cambios sociales. Igualmente se revisan los bienes jurídicos que se tutelan penalmente en los delitos de acción privada para examinar si realmente requieren de una tutela penal, y en este sentido la importancia deviene de la necesidad de evidenciar, mediante un estudio, lo que ocurre en la práctica forense sobre los juicios por procedimiento de delitos de instancia de parte para mostrar si en el medio real judicial se observa que los particulares tengan interés en mover el aparato judicial por ese tipo de hechos.

Desde el punto de vista de la política criminal la investigación resulta útil por cuanto evidenciará la poca frecuencia de ocurrencia de esos procesos en el medio judicial venezolano, lo que lleva a pensar en un nuevo lineamiento de política criminal en relación a los delitos de acción privada.

El límite geográfico de la investigación es regional, pues se obtuvo información en los juzgados de instancia del Estado Táchira para indagar

sobre la realización de juicios por el procedimiento a instancia de parte. El límite temporal es de un año, pues se revisó la incidencia de casos de acción privada durante el año 2017. El alcance es Nacional porque los resultados y conclusiones tendrán vigencia dentro del territorio nacional, ya que cada nación tiene una legislación penal propia.

En cuanto a los datos históricos de investigaciones sobre el tema se encontró como antecedentes que, en el plano internacional, Bertoni y del Campo, realizaron un estudio acerca de la despenalización que se hizo en la reforma del Código Penal, de los delitos de difamación e injuria. Consideraron que:

> El proceso de despenalización de los delitos de calumnias e injurias en Argentina lleva aproximadamente 10 años y vio como último hito la aprobación de la Ley 26.551 que modificó el Código Penal de la Nación Argentina. El referido informe evalúa el funcionamiento de la reforma a dos años de su implementación y ofrece algunas reflexiones respecto de la competencia del fuero federal para oír causas por los delitos de calumnias e injurias cuando involucren a funcionarios federales[2]

En el plano nacional se realizó un estudio a nivel de Maestría por Lozada José Ramón[3] destinado al análisis de los procedimientos especiales de juzgamiento en el Código Orgánico procesal penal, ente los cuales destaca el procedimiento de los delitos de acción privada y concluye enumerando todos los requisitos que debe contener una acusación privada. Destaca el autor que la víctima es la que decide si insta o no el proceso penal, por lo

[2] BERTONI Eduardo, DEL CAMPO Agustina (2012) Calumnias e injurias: a dos años de la Reforma del Código Penal Argentino. . disponible en: http://www.palermo.edu/cele/pdf/Calumnias-e-Injurias.pdf. Consulta: 12 octubre 2017

[3] LOZADA José Ramón (2011) Los Pprocedimientos especiales en materia penal. Trabajo especial de grado para optar al título de magister mención derecho penal y criminología Universidad Bicentenaria de Aragua . disponible en: http://conopoimaderecho.blogspot.com/2011/11/procedimiento-especiales-en-materia.html. Consulta: 12 octubre 2017

que queda a su arbitrio que el hecho se lleve al conocimiento de las instancias judiciales o se opere el perdón tácito del ofendido. Esta investigación constituyó un aporte al presente estudio en lo referente a las bases legales pues desarrolla el procedimiento en todas sus etapas.

En cuanto a la teoría en que se funda la investigación se seleccionó la teoría del derecho penal mínimo, y en especial la de la última ratio, las cuales se analizan en el capítulo I de este trabajo.

El trabajo está estructurado en tres capítulos y luego las conclusiones, cada capítulo desarrolla un objetivo específico de la investigación

CAPITULO I

FUNDAMENTO POLÍTICO CRIMINAL PARA DESPENALIZAR HECHOS PUNIBLES

Conceptualización de los hechos punibles a instancia de parte

Los delitos de acción privada son aquellos en los cuales el enjuiciamiento del sujeto activo está subordinado a la instancia de la parte agraviada. Sólo pueden accionarse por acusación, como sucede, con el delito de difamación. La parte agraviada tiene la titularidad y la disponibilidad de la acción penal; si bien, para que el perdón de la parte agraviada produzca efectos jurídicos, se requiere la aceptación del acusado. Algunas veces suele suceder que el delito de acción privada, cuando es ejecutado en determinadas circunstancias, se convierte en delito de acción pública, como ocurre con el delito de violación cuando se comete en un lugar público o expuesto a la vista del público.

Para saber si un delito es de acción pública o de acción privada, basta consultar el Código Penal. Cuando es de acción privada, la Ley declara expresamente que "el enjuiciamiento no se hará lugar sino por acusación de la parte agraviada o de quien sus derechos represente, o en cualquier otra forma que exprese la necesidad de la instancia de la parte agraviada para poder enjuiciar al sujeto activo.[4]

[4] Derecho en venezuela *(blog) 30 agosto 2011* Clasificación de los hechos punibles. Disponible en: http://derechoenvenezuela.over-blog.es/article-clasificacion-de-los-hechos-punibles-82926408.htmll. Consulta: 12 octubre 2017

Principios de Política Criminal aplicables a la propuesta de despenalización

El juzgamiento y la aplicación de la pena es la violencia estatal ejercida contra el sujeto señalado como autor y luego declarado culpable de un delito. En opinión de Binder[5] "El sistema penal produce más violencia y abuso de poder que los que pueda evitar". Este autor propugna una política criminal minimalista y democrática. Según él:

> […]una política criminal minimalista, que busca ser eficaz y eficiente, por imperativo de la gravedad de los instrumentos que utiliza, que no da ningún margen a la improvisación y al dispendio de violencia, debe tener absolutamente claro que los jueces no forman parte de sus instrumentos. Ellos serán los encargados de autorizar el uso de la violencia estatal en virtud del conjunto del limité externo.

La constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se registra bajo este modelo, ya que prevee en su artículo 2 que Venezuela se constituye en un estado social democrático y de justicia, por una parte y por la otra, en el artículo 257 establece que :

> El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptaran un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificara de justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

Están normas contienen el diseño de la política en materia de justicia, que entendido como una política pública constituye un área de intervención de la

[5] BINDER, ALBERTO. Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática. Editorial Astrea. Buenos Aires-Bogotá 2012. p. 253

Política criminal, y por lo tanto del sistema penal. Significa que este modelo de justicia asume el modelo minimalista que propugna Binder según el cual hay que prescindir de las nociones alejadas de la realidad. Dado que el porcentaje de casos que llega a conocimiento de la Fiscalías como fase inicial del sistema penal es elevadísimo, por ello existe lo que Binder[6] denomina "una sobrecarga endémica". Esta autor sostiene que:

> Sobrecargado el sistema penal se vuelve brutal, inequitativo, violento. Es decir produce mas violencia y abuso de poder que los que se pueda evitar. Se convierte en un factor de violencia dentro de la sociedad, y además violencia selectiva hacia algunos sectores sociales[7]

Por ello hay que considerar que mientras exista esa sobrecarga en el sistema penal la política criminal debe comenzar por establecer criterios restrictivos frenando el ingreso de conflictos, que puedan ser resueltos por otros medios o en otros niveles o instancias. De modo de llegar a una política criminal de descriminalización, puesto que el derecho penal debe ser concebido como la última ratio.

La Política Criminal sobre la acción Privada en la América latina

En todos los países latinoamericanos, la acción pública es la norma, en el caso de los delitos de acción privada, tal como lo sostiene Kai Ambos[8] la víctima tiene mayor influencia sobre la marcha del proceso además de otros derechos de intervención, que adoptan formas bastante diversas.

---

[6] BINDER ALBERTO. Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática. Op cit p. 254

[7] *Idem*

[8] AMBOS Kai y WOISCHNINK Jan.(2002). Las reformas procesales penales en América Latina-Ad.Hoc Instituto Max Planck para derecho penal extranjero e internacional. p.835

Particularmente definida es la posición de la víctima en Argentina, donde el ofendido no sólo decide sobre el inicio de la acción, sino que demás puede renunciar a la persecución ya iniciada y extinguir la pena decidida en sentencia condenatoria.

Kai Ambos [9], sostiene igualmente que en Argentina en ningún momento del proceso está previsto una intervención del Ministerio del Ministerio Público, como tampoco lo está en Costa Rica ni el Perú. El panorama es distinto en Bolivia, donde el Ministerio Público posee importantes derechos de injerencia y donde el rol del ofendido queda fuertemente el relegado. En Brasil se distinguen los delitos de acción penal privada pura y delitos de acción privada subsidiaria de pública; en este caso el ofendido solo puede actuar en la medida que el ministerio público dicta la clausura de la causa. Sin embargo la posibilidad de control que ello implica es prácticamente insignificante, porque el ofendido no es informado acerca de la decisión del Ministerio Público de proceder a cerrar las actuaciones.

En Venezuela, resulta paradójico que el Legislador venezolano actual haya optado por regular la intervención del estado y optar por la Probación, al establecer el procedimiento para los delitos menos graves, sustituyendo la pena privativa de libertad para esos delitos por una régimen de prueba que permite suspender el proceso y luego de cumplido declararlo terminado por un sobreseimiento. Así mismo, la figura de los acuerdos reparatorios permite que las partes pongan fin al conflicto. Todo ello para descongestionar los despachos fiscales y judiciales. En efecto, la Fiscalía, en virtud de la suspensión del proceso o de la celebración de un acuerdo reparatorio, no prosigue la investigación, descargando así su despacho.

Ahora bien, los delitos de acción privada, no son objeto de conocimiento por las fiscalías sino en muy pocas oportunidades en las cuales la victima

[9] Idem

formula una denuncia, la cual es desestimada por el despacho fiscal. Y pudiera afirmarse que la baja incidencia de esos casos ante la jurisdicción penal no recarga al aparato judicial: pero si este sistema penal pudiera desprenderse de esa pequeña carga también aliviaría su congestionamiento. De modo que buscar otra alternativa para la solución de conflictos de interés meramente privado no solo sería un alivio para el sistema penal sino que se estaría en sintonía con la filosofía que orienta al COPP del 2012.

Por otra parte, en consonancia con la violencia a que se hizo referencia, al despenalizar los delitos de acción privada, se lograría minimalizar la violencia que se produce al verse presionado y sometido a un proceso judicial de índole penal.

Con base a lo expuesto mantener penalizados los delitos acción privada contraría la concepción minimalista adoptada por la constitución y acogida por el COPP puesto que en éste se enumeran enfáticamente los delitos que se consideran graves, dejando entonces su conocimiento a la justicia penal, y desjudicializando los delitos menos graves. Con mayor razón convendría no solo despenalizar los delitos de acción privada pues no solo entran en la categoría de menos graves sino que además le competen solo al ofendido y no causan daño social, de modo que pueden resolverse en la esfera civil.

Teoría del Derecho Penal Mínimo

Derecho Penal Mínimo

Frente a los problemas de derecho penal y la criminología tradicional especialmente relacionados con la aplicación de la ley penal surgió a finales del siglo pasado una corriente del derecho penal de una perspectiva abolicionista que criticaba severamente desde la fase de creación de la ley

hasta su aplicación, especialmente del sistema penal y la fase penitenciaria. El derecho penal hacia fines del siglo XX se planteaba su posibilidad de abolición.

Las tesis abolicionistas tomaron mucha fuerza. Louk Huslman, Zafaroni y sus seguidores propugnaban por la desaparición del derecho penal. El derecho penal se presentaba entonces como deslegitimado.

Es así como frente a estas posiciones radicales surge como alternativa el derecho penal mínimo y el derecho penal de garantías. Se trataba entonces de despenalizar muchas conductas; desjudicializar muchos conflictos; sustituir penas privativas de libertad por subrogados penales o fórmulas alternativas de cumplimiento de pena, tales como condena de ejecución condicional, trabajos comunitarios, multas, establecimientos abiertos etc. En otras palabras desprisionalizar.

Al mismo tiempo, se proponía el juzgamiento con las máximas garantías judiciales tanto para la víctima como para el acusado. Procurando en consecuencia, que la declaratoria de culpabilidad estuviera precedida por un debido proceso que ocasionara el menor daño a la persona juzgada, comenzando con la garantías de del juzgamiento en libertad y la consideración del principio de inocencia como un estado del imputado que lo acompañaba durante todo el proceso. Por supuesto que la víctima tiene un tratamiento y una protección especial donde realmente participa aunque no se haya querellado, y se le facilita la obtención de la reparación del daño o la indemnización por la lesión sufrida a consecuencia del delito.

Se impone entonces un derecho penal mínimo que propuso sus postulados y principios no solo para la creación de la ley sino para su aplicación. Y que, además, consideraba a todo el sistema penal. Es decir, no solo desde la fase de creación de la ley, dejando como punibles solo aquellas

conductas que causaran lesividad material a los bienes jurídicos, y seleccionando solo la afectación o la lesión de algunos bienes jurídicos como objeto de tutela del derecho penal, dejando la protección de otros bienes jurídicos al derecho civil.

Además, en la fase de aplicación supone un proceso acusatorio, oral, en libertad, con igualdad de las partes y debido proceso. Pero Más aún, llega a hasta la fase penitenciaria, porque quizás allí es donde el derecho penal recibía las mas severas críticas, puesto que las penas se convertían en verdaderos castigos, bajo condiciones no dignas de ningún ser humano y que trascendían a la familia del condenado.

Con base a todos estos postulados del derecho penal, la gran mayoría de los países del mundo entre ellos Colombia y Venezuela incorporaron a sus legislaciones esos principios del derecho penal mínimo y del derecho penal de garantías, al instaurar los acuerdos reparatorios como forma de poner fin a algunos conflictos, consagrándose asi la desjudicialización.

Al consagrar como principio de oportunidad para el fiscal la posibilidad de no acusar por hechos insignificantes, se consagró la antijuridicidad material, es decir el principio de lesividad material. Se consagró la libertad como regla y en lugar de privación de libertad dentro del proceso se establecieron medidas de aseguramiento o medidas cautelares. En fin, se reformaron sustancialmente los códigos en búsqueda de adecuarse a la tendencias minimizadoras y garantizadores del derecho penal. Se veía un avance hacia una abolición del derecho penal. Ciertamente la tendencia minimizadora es expresión del abolicionismo.

Ferrajioli[10] propone 4 alternativas abolicionistas como sistemas de control social 1. Los sistemas de control social salvaje que se refieren a reacción de venganza, el duelo y el precio que el homicida paga para evitar la venganza 2. Los sistemas de control estatal salvaje en los cuales la pena se aplica sobre la base de procedimientos potestativos o arbitrarios de quien la impone sin garantías que tutelen al condenado. 3. Los sistemas de control social disciplinarios que operan bajo formas auto censurantes y bajo las presiones de ojos colectivos, policías morales pasotismos sociales difundidos, linchamientos morales, ostracismos, y demonizaciones publicas 4. Sistemas de control estadal disciplinarios que se caracterizan por el desarrollo de las funciones preventivas de la policía y la seguridad pública a través de técnicas de vigilancia total y espionaje sobre los ciudadanos.

Ante la crisis del derecho penal, la descripción de su fracaso al constituir un mal mayor al bien que pregona, Ferrajioli[11] muestra lo peligroso de otro tipo de sistemas de control social, o sistemas disciplinarios que se agrupan en prevención general y venganza y que ese configuran como modelos de vigilancia y punición. Su formulación es hipotética o utópica por lo que el problema se centra en justificar el derecho penal.

El abolicionismo proponía eliminar al derecho penal y dejar los conflictos al derecho civil. Las críticas al sistema penal tradicional se resumen según Pérez[12] en que a (a) la pena es violencia institucional. (b) los organismos que actúan en los diversos niveles del sistema(legislador, policía, juez, ministerio público, ejecutor penitenciario, etc.) no representan ni tutela ni intereses comunes a todos los miembros de la sociedad sino, que , más bien,

[10] Ferrajoli, Luigui; Derecho Penal Mínimo. Disponible en: http://www.juareztavares.com/textos/ferrajoli_bens_minimo.pdf. Consulta. 2 octubre 2017

[11] Ibid.

[12] Pérez Pinzón Alvaro Orlando. Derecho Penal Mínimo y Derecho Penal de Garantías**.** **Pensamiento Penal Moderno.** p.144

preferiblemente resguardan los intereses de grupos minoritarios dominantes y socialmente aventajados (c) el funcionamiento de la justicia penal es altamente selectivo pues se dirige casi en forma exclusiva contra las clases populares y en especial contra los grupos sociales más débiles, como se comprueba con la composición social de la población carcelaria del sistema punitivo produce más problemas de cuantos pretende solucionar (e) el sistema punitivo, por su estructura organizativa y por su manera de funcionar, es absolutamente inadecuado para realizar las funciones que declara como socialmente útiles.

Fundamento:

Los principios en los que se asienta Un sistema penal son sus bases:

a. Un sistema penal puede ser justificado si el total de comportamientos violentos que logre evitar es superior a la suma de violencias constituidas por los delitos cometidos y las penas impuestas a sus autores

b. La pena se justifica si es un mal menor que otras reacciones no jurídicas

c. El monopolio estatal de la potestad punitiva se justifica si los costos que comporta el Derecho Penal son más bajos que los costos de la existencia de mecanismos de control no oficiales.

d. el sistema penal se justifica si minimiza la violencia arbitraria en la sociedad

e. Un sistema penal es racional en la medida en que sus intervenciones sean previsibles. Es decir que la intervención del Estado tenga garantías para el juzgamiento de los ciudadanos.

f. El derecho penal se justifica si tiene de al máximo bienestar de los no

desviados y al mínimo malestar de los desviados

g. El derecho penal tiene una doble función prevención general del delito y prevención general las penas arbitrarias o desproporcionadas

h. La finalidad del derecho penal es proteger al débil del fuerte

i. Una política penal de la tutela es justificada y creíble si es subsidiaria de una política no penal de tutela de tales bienes.

Principios del Derecho Penal Mínimo

El derecho penal mínimo tiene según Baratta[13] como fundamento los siguientes principios

a) Principio relacionados con la creación de la ley:
a.1 Principio de la legalidad: los delitos y las penas deben estar preestablecidos con antelación a la conducta.
a.2) Principio de reserva legal: solo los órganos que representan al pueblo, es decir el poder nacional legislativo pueden crear tipos y penas y no puede delegarse al ejecutivo
a.3) principio de taxatividad significa que los tipos penales deben ser claros expresos e inequívocos se excluye la analogía
a.4) Principio de representación Popular en la elaboración y ejecución de las leyes deben participar las clases populares los partidos y los movimientos políticos
a.5) Principio de des administrativización o des_ejecutización del derecho Penal. La aplicación del derecho penal debe estar en manos del poder judicial y no del poder ejecutivo
a.6) Principio de Proporcionalidad Abstracta. Solo las violaciones graves a derechos humanos deben ser objeto de criminalización
a.7) Principio de Subsidiariedad la pena debe ser utilizada cuando no exista otro mecanismo diferente para contestar las amenazas a los Derechos Humanos.
a. 8) Principio de Primacía de la víctima. Implica descriminalizar buena parte de los conflictos para llegar a la privatización de los mismos; sustituir el derecho Penal por el Derecho sustitutivo; ampliar las

[13] Baratta Alessandro. **Principios del derecho Penal Mínimo. Criminología y Sistema Penal.** Editorial B de F, Buenos aires, Argentina 2004. p.305-307

facultades de las partes para restablecer el contacto turbado por el delito; asegurar la indemnización a la victima
a.9) Descriminalización: reducción de la figura delictiva
a.10) Principios de la antijuricidad material o lesividad real: Significa no penalizar los delitos de bagatela o hechos insignificantes.
a.11) Principio de respeto por la autonomía cultural: Toma en cuenta las subculturas y el respeto por los mecanismos y valores de las minorías étnicas y grupos de culturas diferentes en las sociedades.

b) Principios relacionados con la aplicación de la ley
b.1) irretroactividad de la Ley Sustancial, procesal y ejecutiva
b.2) Principio de Primacía de la ley sustancial
b.3) Principio de Proporcionalidad
b.4) Principio de Imputación personal o principio de personalidad
b.5) Principio de Responsabilidad por el acto
b.6) Principio de exigibilidad social

El derecho Penal Mínimo en Venezuela

Al examinar los principios del derecho penal mínimo que se mencionaron, resulta congruente reflexionar sobre su adopción en Venezuela. Desde la promulgación en 1998 del Código Orgánico Procesal Penal, se puede afirmar que fue al final del siglo XX cuando Venezuela se acogió al derecho penal mínimo al incorporar estos principios en la ley procesal penal. El COPP consagró el modelo acusatorio par el juzgamiento, y como principios rectores las garantías judiciales de juzgamiento establecidas en la Convención Americana sobre derechos humanos: Debido proceso oral y sin dilación: Celeridad; con Juez natural; derecho a defensa: a ser oído, notificado; igualdad de las partes, proveerlo de abogado, no confesión forzada, no al secreto de la investigación. Derecho a recurrir (apelar).a tener interprete; presunción de inocencia Ord 2 del art 49 de la Constitución (Principio In dubio pro reo);libertad como regla (principio in favor libertatis),non bis in idem (cosa Juzgada).

Se consagran los acuerdos reparatorios como forma de desjudicializar los conflictos, el principio de oportunidad para no acusar en casos insignificantes o de mínima participación, las fórmulas alternativas al cumplimiento de penas privativas de libertad, suspensión condicional del proceso a cambio del cumplimiento de un régimen de prueba.

Sin embargo ya el Código Penal (1964) contenía el principio penal de acto, la irretroactividad de la Ley penal y el principio de la Legalidad. También la Ley de Sometimiento a Juicio y Suspensión Condicional de la Pena (1979) reformada en el año 1993, se sustituyó por otra denominada Ley de Beneficios en el Proceso Penal. Ambas leyes consagraban la sustitución de penas privativas de libertad inferiores a 8 años por suspensión condicional de la pena, es decir por un subrogado consistía en un régimen de probación. Estas leyes y la Ley de Libertad Provisional Bajo Fianza (1992), también preveían el juzgamiento en libertad para delitos menos graves.

Luego al promulgarse la Constitución de la República Bolivariana, se incorporan las garantías judiciales de juzgamiento establecidas en COPP y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Se convierte el derecho penal venezolano en un derecho penal de garantías.

Aplicabilidad del Derecho Penal Mínimo a la Despenalización de los Delitos de Acción Privada

Con base a los principios que sustentan esta doctrina minimizadora del derecho penal es posible observar que incide principalmente sobre los aspectos procesales es decir de juzgamiento. De modo que la minimización incluye la desjudicialización de conflictos, permitiendo a las partes solucionar su caso. Lo cual a criterio de quien aquí investiga resulta aplicable en lo referente al enjuiciamiento de los delitos de acción privada. Pero mas aún la civilización de conflictos penales representa una tendencia a despenalizar

conductas que generen conflictos que puedan ser resueltas por el derecho civil.

En este sentido podría considerarse que la víctima resultaría satisfecha con la indemnización civil. Y que ello es posible por las siguientes razones:

1.- Los delitos de acción privada previstos en el Código Penal Venezolano, contemplan penas de privación de libertad inferiores a 8 años en su límite máximo, lo cual es considerado en el COPP (2012) como delitos menos graves, que no ameritan privación de libertad durante el proceso.

2.- Igualmente todos los delitos de acción privada contemplan penas inferiores a 5 años de prisión, por lo cual en el supuesto de condena la pena máxima sería inferior a 5 años y por lo tanto gozaría de la fórmula alternativa de cumplimiento de condena denominada suspensión condicional de la pena. Esto significa que ninguna persona juzgada y condenada por un delito de acción privada cumplirá efectivamente una pena privativa de libertad, pues cuando se otorga la suspensión condicional de la pena, ésta se cumple de manera sustituta por un régimen de prueba.

De modo que si la pena prevista para estos delitos no se cumplirá de manera efectiva, la condenatoria solo dará derecho a una indemnización civil. Por lo que resulta más efectivo acudir a la jurisdicción civil, a efectuar la reclamación por los daños y/o perjuicios derivados de la conducta lesiva al bien jurídico y omitir el acudir a la jurisdicción penal.

Al despenalizar estos delitos de acción privada, se podría considerar la conducta lesiva como hecho ilícito pero no punible. Y procederse de conformidad con lo establecido en el Código Civil.

> El que con intención, o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.

> Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho (Art 1185)[14]

Conforme a lo expuesto precedentemente, hay que recordar que la decisión de despenalizar le corresponde al estado y que es el legislador el que califica un hecho como de acción pública o como de acción privada.

[14] CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO Gaceta Oficial de la República de Venezuela **N°** 2.990 Extraordinario. 26 de julio de 1982

CAPITULO II

BIENES JURÍDICOS TUTELADOS EN LOS DELITOS DE ACCIÓN PRIVADA EN LA LEGISLACIÓN PENAL VENEZOLANA

El Bien Jurídico

Para examinar los bienes jurídicos tutelados en los tipos penales de acción privada del Código Penal venezolano, objeto central de esta investigación, se parte de revisar la concepción actual de bien jurídico.

En cada constitución se listan los derechos que se consagran en el país respectivo. Es contenido de derechos civiles, políticos, culturales, educativos, sociales, económicos, ambientales, indígenas, se desarrollan a través de leyes; aunque su no desarrollo no implica que no se encuentren tutelados. Se asimila entonces los derechos consagrados en la constitución, a la noción de "bienes Jurídicos", puesto que su juridicidad deviene de su tutela constitucional. El legislador selecciona de ese listado a cuales bienes jurídicos le dará tutela penal y tipifica como delitos las conductas que lesionen o atenten contra los bienes jurídicos seleccionados. De este modo se le asigna mayor tutela a esos bienes puesto que de todo delito o falta nace una acción penal para el castigo del culpable y una acción civil para la indemnización de la víctima. Ello se traduce en que la tutela penal abarca también la tutela civil del bien jurídico; por una parte y por la otra, que muchos bien jurídicos tienen solo tutela civil y no penal.

Lo anterior tiene relevancia en este estudio porque la despenalización de que propone de las conductas tipificadas como delitos de acción privada deja tutelados civilmente a esos bienes jurídicos.

El concepto del bien jurídico en materia penal está ligado con la prevención en el sentido que el tipo penal constituye una forma de prevención general a la sociedad para que se abstenga de lesionar el bien jurídico pues será penado si lo hace. Por ello se puede afirmar que el tipo penal es una forma de protección del bien jurídico.

Roxin sostiene que:

> La misión del Derecho penal está en asegurar a sus ciudadanos una convivencia libre y pacífica, garantizando todos los derechos establecidos jurídico-constitucionalmente. Si esta misión es denominada, a modo de síntesis, protección de bienes jurídicos, por bienes jurídicos han de entenderse todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad.[15]

El problema es que en el Código Penal venezolano, a criterio de esta investigadora, algunos de los bienes jurídicos se presentan en sentido amplio, por lo que el concepto del bien jurídico resulta vago o impreciso. Tal es el caso de los delitos contra las buenas costumbres y el buen orden de las familias, en cuyo desarrollo se especifican delitos en los que realmente se protege es la libertad sexual.

Hay tipos penales que contienen conductas que lesionan varios bienes jurídicos y son llamados delitos pluriofensivos. No sucede así con los delitos de acción privada en los cuales la conducta está refería a un solo bien jurídico.

Ahora bien, el objeto de este capítulo no es presentar la discusión doctrinaria acerca del tema del bien jurídico, pero si señalar que el derecho penal debe ser un instrumento de control de los graves problemas sociales y

[15] Roxin Claus El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen Traducción de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid/RAJL) Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2013

por ello debe ser prudente en la penalización de conductas que realmente sean lesionadoras de asuntos perturbadores reales a la sociedad, porque se corre el riesgo de convertirse en un derecho penal simbólico que no cumple la tarea de una política criminal y disminuye la confianza en la administración de justicia. De ahí que como se verá en el siguiente análisis las penas correspondientes a los tipos penales hacen que se sustituyan por fórmulas alternativas y que no resulten efectivas en cuanto privar de libertad por lo que crean en las víctimas falsas expectativas. Resultan entonces desfasados con respecto a la realidad procesal que prevé el juzgamiento en libertad y la suspensión condicional de la pena; esta última para las condenas menos a cinco (5) años, como son los tipos penales que se analizarán continuación, cuyo enjuiciamiento solo procede a instancia de parte.

El Código Penal venezolano contiene expresiones que dan cuenta de que el delito es de acción privada; así por ejemplo establece en la parte infine de algunos tipos penales lo siguiente: “el enjuiciamiento no se hará lugar sino a instancia de parte agraviada”, o “no se procederá sino a instancia de parte”, o “se procederá por acusación de parte agraviada”; así mismo en algunos tipos se exige “requerimiento de parte”, lo que basta éste, sin necesidad de acusación. No aparecen en forma separada sino que dentro de los tipos se establece el que sea de acción privada. Para esta propuesta de despenalización resultó conveniente revisar cada uno de los tipos penales emblemáticos de acción privada con el fin de evidenciar cual es el bien jurídico que se tutela, en que consiste la conducta, de modo de mostrar cuánto es la afectación real del bien jurídico que se pretende proteger.

Tipos Penal de Acción Privada en el Código Penal Venezolano

Delito de violencia y amenaza

Como delito de acción privada la ley exige que solo se enjuicie previa querella. Es un delito contra la libertad individual. El bien jurídico tutelado es la libertad. Está tipificado en el artículo 176 del Código Penal:

> **Art. 176.-** Cualquiera que, sin autoridad o derecho para ello, por medio de amenazas, violencias u otros apremios ilegítimos, forzare a una persona a ejecutar un acto a que la ley no la obliga o a tolerarlo o le impidiere ejecutar alguno que no le está prohibido por la misma, será penado con prisión de quince días a treinta meses.
>
> Si el hecho ha sido con abuso de autoridad pública, o contra algún ascendiente o cónyuge, o contra algún funcionario público por razón de sus funciones, o si del hecho ha resultado algún perjuicio grave para la persona, la salud o los bienes del agraviado, la pena será de prisión de treinta meses a cinco años.
>
> El que, fuera de los casos indicados y de otros que prevea la ley, amenazare a alguno con causarle un daño grave e injusto, será castigado con relegación a colonia penitenciaria por tiempo de uno a diez meses o arresto de quince días a tres meses previa la querella del amenazado.

El citado artículo contiene dos delitos completamente diferenciados. El primero se conoce como “violencia privada” y se caracteriza por el empleo de la amenaza, violencia u otros apremios ilegítimos para forzar a una persona a ejecutar un acto que la Ley no la obliga o a tolerarlo o impedirle ejecutar alguno que no le está prohibido por la misma, siempre que el agente no tenga autoridad o derecho para ello.

El segundo, que es el de acción privada que interesa a esta investigación está contenido en el último aparte del artículo y está referido solo al anuncio de un daño grave e injusto y cuya actuación depende de la voluntad del agente. Por tanto de la configuración de este delito queda

excluida la violencia física o cualquier otro apremio ilegítimo; de modo que se diferencia del anterior en que en aquel se fuerza a hacer algo y en este solo se anuncia que se haría. La violencia no se realiza sino solo la amenaza.

Sobre esto Febres[16] comenta que el delito de violencia privada es presupuesto esencial el que el hecho no esté previsto específicamente por otra disposición legal, bien como delito autónomo o como circunstancia agravante de otro delito. Y que por estas razones algunos autores lo consideran como un delito subsidiario.

En el Código Penal Venezolano y en la Ley de violencia de género[17] se tipifican varios delitos donde aparece la violencia y las amenazas como medio de comisión. Así, por ejemplo, en el homicidio, las lesiones personales, el secuestro de personas, la violación de domicilio, la violencia carnal, el rapto, el robo, la extorsión, el hostigamiento, el acoso. Es presupuesto de este delito, el que la amenaza de causar un daño grave e injusto no constituya otro hecho delictuoso.

Con base a lo expuesto se puede afirmar que cuando este elemento de la amenaza o de la violencia forma parte de otro delito excluye entonces la aplicación de este tipo de acción privada pues el tipo de acción pública lo absorbe.[18] Ejemplo cuando la amenaza constituye un elemento del tipo como en el delito de extorsión.

Las amenazas consisten en la manifestación de la voluntad de causar un daño grave e injusto, el anuncio de un mal futuro e injusto. Explica Febres[19]

---

[16] Febres Cordero Derecho Penal Especial. Tomo I p. 122. Cita de Carrara Programa de derecho Criminal Nº 1.563 .Tomo 2 p. 732

[17] Ley sobre el Derecho de la Mujeres a una vida libre de violencia Gaceta Oficial Nº 40.548, de fecha 25 de noviembre de. 2014

[18] **Artículo 98.** El que con un mismo hecho viole varias disposiciones legales, será castigado con arreglo a la disposición que establece la pena mas grave.

[19] Febres Cordero. Derecho Penal Especial. Op. Cit.p. 123

que para la existencia del delito es irrelevante que la amenaza sea real, verbal o escrita. Puede hacerse por cualquier medio: palabras, escritos (firmados anónimos o seudónimos), actos, gestos, signos, etc., incluso usando un arma. La amenaza debe ser de causar daño grave e injusto. La gravedad debe determinarse en cada caso concreto y no implica que la amenaza sea de realizar un delito como por ejemplo amenaza de muerte, pues puede ser rebelar un secreto que conoce de la persona a quien se amenaza, y que esa revelación le produciría un daño familiar.

El Código venezolano exige no solamente que el daño sea grave, sino que también se requiere que sea injusto. El elemento de injusticia necesario para el delito de amenaza debe referirse al daño, al mal amenazado. Grisanti[20] sostiene que no es injusto el anuncio del ejercicio legítimo de un derecho: anunciar la iniciación de demandas o querellas, el cobro de un crédito, llamar a la autoridad. Si la amenaza va acompañada de una exigencia injusta por excesiva, habrá, en su caso, extorsión.

Como se observa, este tipo penal de la sola amenaza está considerado como un delito contra la libertad individual, pero la lesión que le puede causar a ese bien jurídico de la libertad individual resulta muy débil, toda vez que el delito se consuma con solo proferir la amenaza, de modo que no admite tentativa, ni la frustración, pues es un delito perfecto de resultado, pues se consuma aunque la víctima no llegue a intimidarse realmente; además en el mayor de los casos lo amenazado puede ser que nunca se dé. Es decir el autor puede que no cumpla su amenaza. Aunque Grisanti[21] cita a Carrara en cuanto a que éste considera que si cabria la tentativa si la amenaza va en una carta que no llega a su destino. Sin embargo, quien escribe este trabajo opina que si la víctima no se siente realmente

[20] Grisanti Aveledo Hernando y Grisanti Franceschi Andres. Manual de derecho Penal Parte especial 17 Ediciones Vadell Hermanos Editores. Caracas- Valencia 2005i p.606
[21] Idem . 607

amedrantada o intimidada no se vulnera el bien jurídico que se tutela y el sujeto pasivo no intentaría querella si la amenaza no logró efecto alguno.

Con base a lo expuesto, podría considerarse que la víctima efectivamente amenazada es la única que podría afirmar el efecto que le produjo la amenaza en concreto, de ahí que ella es la decide si formula una querella y bien podría solucionarse el caso con una mera caución ante un ente administrativo. Es decir en bien podría despenalizarse podría sustituirse la sanción penal por una sanción administrativa.

Por otra parte hay que considerar que en la actualidad no existen colonias penitenciarias donde relegar al condenado por amenaza. Y la pena de arresto de un máximo de tres (3) meses, nunca se cumpliría efectivamente ya que toda pena inferior a cinco años se cumple bajo régimen de prueba bajo la fórmula alternativa de cumplimiento de pena denominada suspensión condicional de la pena.

Delito de Violación de domicilio por particulares

Es un delito contra la libertad en el cual se protege la inviolabilidad del domicilio. El Bien jurídico tutelado es la inviolabilidad del domicilio.

> **Artículo 183.** Cualquiera que, arbitraria, clandestina o fraudulentamente, se introduzca o instale en domicilio ajeno, o en sus dependencias, contra la voluntad de quien tiene derecho a ocuparlo, será castigado con prisión de quince días a quince meses. Si el delito se ha cometido de noche o con violencia a las personas, o con armas, o con el concurso de varios individuos, la prisión será de seis a treinta meses. El enjuiciamiento no se hará lugar sino por acusación de la parte agraviada

La noción de domicilio ha de entenderse como lugar de morada y no el concepto civil de domicilio. En este caso el ocupante legítimo puede ser

según opina Grisanti[22] un huésped de una habitación de un hotel o de un camarote de un barco, e incluso una tienda de campaña o una carpa o hasta una cueva cuya ocupación tiene una persona o grupo.

Lo que se protege es la privacidad de la vida en el hogar o domicilio, cuya inviolabilidad está consagrada en la Constitución:

> Artículo 47. El hogar doméstico, el domicilio, y todo recinto privado de persona son inviolables. 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, respetando siempre la dignidad del ser humano.[23]

La conducta punible consiste en introducirse o instalarse arbitraria, clandestina o fraudulentamente en domicilio ajeno o en sus dependencias. Según describe Grisanti[24]: Introducirse "significa pasar desde fuera a dentro". Considera este autor que debe haber ingresado la totalidad del cuerpo, y no se configura con solo introducir una mano un pie o la cabeza pues eso sería tentativa, y este delito no admite tentativa por ser de resultado. En cuanto al vocablo "Instalarse" debe entenderse que la persona ingresó con consentimiento del dueño o de un ocupante legítimo, o un dependiente, pero que éste no le autoriza permanecer allí, sino que el autor del hecho no sale de la vivienda, sino que por capricho se queda o se oculta dentro de ella permaneciendo en ella de modo subrepticio. Y según Grisanti[25], se viola el domicilio si solo se le permitió estar en la sala y la persona se introduce en una habitación sin permiso.

El citado autor Grisanti hace una interpretación extensiva al considerar que si colocan cámaras o micrófonos y se invada la privacidad, también se

[22] Grisanti Aveledo Hernando y Grisanti Franceschi Andres. Manual de Derecho Penal Parte Especial. Op cit p. 623
[23] Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial
[24] Idem. p. 622
[25] Idem. p. 623

incurre en violación de domicilio[26]. En cuanto a las dependencias se entiende no solo las habitaciones y espacios de una casa o apto sino los garajes, jardines, anexos.

Hay circunstancias que justifican el ingreso arbitrario a una vivienda como para apagar un incendio, para impedir un suicidio, o cuando bien huyendo de una situación de peligro y se introduce para refugiarse. En tales casos no hay delito, pues no se da la antijuridicidad. El tipo penal también contiene agravantes cunado se hace con violencia, con armas, de noche o con varias personas

Ahora bien, no debe confundirse la violación de domicilio con el delito de invasión, pues en este último el que invade aprovecha que la vivienda se encuentra desocupada, y en la violación de domicilio se interpreta que la vivienda está ocupada.

Por otra parte hay que considerar que la mayoría de las ocasiones la violación de domicilio ocurre como acto preparatorio de otro delito y queda subsumido dentro de esté. Por ejemplo se introduce en una casa para hurtar. En tal caso opera la regla citada del artículo 98 del Código Penal, es decir el concurso ideal de delitos donde el delito menor queda subsumido en el mayor. En consecuencia, tratándose de delitos de acción pública que involucran una sanción más severa que presupone en si mismo la introducción en el domicilio, pierde fuerza la consideración de este delito de violación de domicilio como delito autónomo, por lo que bien cuando ocurre solo sin concurrir otro hecho bien podría ser considerado una mera contravención y despenalizarse.

[26] Ídem p. 624

Delito de La Prohibición de Hacerse Justicia Por Si Mismo

Es un Delito Contra la Administración de Justicia

> **Artículo 270.** El que, con el objeto solo de ejercer un pretendido derecho, se haga justicia por si mismo, haciendo uso de violencia sobre las cosas, cuando podía haber ocurrido a la autoridad, será castigado con multa de doscientas cincuenta unidades tributarias (250 U.T.) a dos mil unidades tributarias (2.000 U.T.).
> Si el culpable se valiere de amenaza o violencia contra las personas, aunque no haya empleado violencia sobre las cosas será castigado con prisión de uno a seis meses o confinamiento de tres meses a un año.
> Si la violencia se ha cometido con armas, será castigado con el duplo de la pena establecida.
> Y si resultare cometida lesión corporal o algún otro delito, será castigado con la pena correspondiente a estos hechos punibles.
> Si el hecho no fuere acompañado de otro delito enjuiciable de oficio, no se procederá sino a instancia de parte.
>
> **Artículo 271.** Cuando el culpable del delito previsto en el artículo precedente, compruebe la existencia del derecho con que procede, se disminuirá la pena de un tercio a la mitad.

En lo que respecta a la naturaleza de acción privada de este tipo penal conviene resaltar que aunque en todo los casos en que concurren hechos de acción privada con hechos de acción pública debería procederse como si fuese de acción pública[27], en este delito expresamente el legislador ordena no procederse sino a instancia de parte cuando no concurra un delito de acción pública. Sin embargo, en opinión de esta investigadora no debería

[27] COPP: **Artículo 78.** Si alguno de los delitos conexos corresponde a la competencia del Juez ordinario o Jueza ordinaria y otros a la de jueces especiales, el conocimiento de la causa corresponderá a la jurisdicción penal ordinaria.
Cuando a una misma persona se le atribuya la comisión de delitos de acción pública y de acción de instancia de parte agraviada, el conocimiento de la causa corresponderá al Juez o Jueza competente para el juzgamiento del delito de acción pública y se seguirán las reglas del proceso ordinario.

imputarse este delito de prohibición de hacerse justicia por sí mismo cuando se priva de libertad al sorprender a la persona en flagrancia, en el caso de un ladrón que está cometiendo un hurto o un robo pues ahí la víctima no solo se defiende sino que aprende al ladrón, y pretende recuperar la cosa hurtada o robada; en cambio cuando no hay flagrancia la recuperación del objeto y la aprehensión del autor comete a los órganos del Poder Público a y no a la víctima.

Pero, la justificación del derecho con el que se procede el autor de autojusticia, no configura una eximente en la ley pues se prevé que cuando compruebe la existencia del derecho con que procede, solo se disminuirá la pena del hecho punible contemplado en el artículo 270 de un tercio a la mitad (Art. 271).

Sobre este delito Febres[28] considera que dos formas de presentación: La primera es la de hacerse justicia por sí mismo por medio de violencia sobre las cosas; y la segunda, valiéndose de amenazas o violencias contra las persona. El tipo tiene dos presupuestos esenciales, que son: el solo objeto de ejercer un pretendido derecho, y que se trate de un caso en el cual el agente podía haber ocurrido a la autoridad

Agrega Febres[29] que para la existencia de un pretendido derecho seguido de acción, es suficiente que el agente crea de buena fe que ese derecho le pertenece hasta ser objeto de una pretensión jurídica. No puede hablarse de pretensión jurídica cuando ésta tiene carácter delictuoso o está ligada, de alguna manera, a un delito cometido por el agente. La naturaleza del pretendido derecho es indiferente, y por tanto, puede referirse a un derecho real (propiedad, copropiedad, usufructo, servidumbre, etc.), como

[28] Febres Cordero Febres Cordero. Derecho Penal Especial. Op Cit p.322 tomo I
[29] Idem

también a un derecho de obligación (pago de una deuda, devolución de un objeto, etc.).

Si la pretensión no está provista de acción y por consiguiente no se puede hacer valer en forma judicial, el delito no se realiza y puede configurar el hecho previsto en el artículo 175, es decir el de amenazas privadas ya comentado

Delitos de la Difamación y de la Injuria

Ambos son Contra las Personas, aunque su denominación no es la apropiada, pues como se verá el bien jurídico tutelado es el honor. A continuación se trascriben primero los artículos que regulan estas figuras delictivas para analizarlos mas adelante

> **Artículo 442.** Quien comunicándose con varias personas, reunidas o separadas, hubiere imputado a algún individuo un hecho determinado capaz de exponerlo al desprecio o al odio público, u ofensivo a su honor o reputación, será castigado con prisión de un año a tres años y multa de cien unidades tributarias (100 U.T.) a un mil unidades tributarias (1.000 U.T.).
>
> Si el delito se cometiere en documento público o con escritos, dibujos divulgados o expuestos al público, o con otros medios de publicidad, la pena será de dos años a cuatro años de prisión y multa de doscientas unidades tributarias (200 U.T.) a dos mil unidades tributarias (2.000 U.T.).
>
> Parágrafo único: En caso de que la difamación se produzca en documento público o con escritos, dibujos divulgados o expuestos al público o con otros medios de publicidad, se tendrá como prueba del hecho punible y de la autoría, el ejemplar del medio impreso, o copia de la radiodifusión o emisión televisiva de la especie difamatoria.

La exceptio veritatis en la difamación

> **Artículo 443.** Al individuo culpado del delito de difamación no se le permitirá prueba de la verdad o notoriedad del hecho difamatorio, sino en los casos siguientes:

1. Cuando la persona ofendida es algún funcionario público y siempre que el hecho que se le haya imputado se relacione con el ejercicio de su ministerio; salvo, sin embargo, las disposiciones de los artículos 222 y 226.

2. Cuando por el hecho imputado se iniciare o hubiere juicio pendiente contra el difamado.

3. Cuando el querellante solicite formalmente que en la sentencia se pronuncie también sobre la verdad o falsedad del hecho difamatorio.

Si la verdad del hecho se probare o si la persona difamada quedare, por causa dela difamación, condenada por este hecho el autor de la difamación estará exento de la pena salvo el caso de que los medios empleados constituyesen, por si mismos, el delito previsto en el artículo que sigue.

La Injuria

Artículo 444. Todo individuo que en comunicación con varias personas, juntas o separadas, hubiera ofendido de alguna manera el honor, la reputación o el decoro de alguna persona, será castigado con prisión de seis meses a un año y multa de cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) a cien unidades tributarias (100 U.T.).

Si el hecho se ha cometido en presencia del ofendido, aunque esté sólo, o por medio de algún escrito que se le hubiere dirigido o en lugar público, la pena podrá elevarse en una tercera parte de la pena a imponer, incluyendo en ese aumento lo referente a la multa que deba aplicarse, y si con la presencia del ofendido concurre la publicidad, la pena podrá elevarse hasta la mitad.

Si el hecho se ha cometido haciendo uso de los medios indicados en el primer aparte del artículo 442, la pena de prisión será por tiempo de un año a dos años de prisión y multa de doscientas unidades tributarias (200 U.T.) a quinientas unidades tributarias (500 U.T.).

Parágrafo único: En caso de que la injuria se produzca en documento público o con escritos, dibujos divulgados o expuestos al público o con otros medios de publicidad, se tendrá como prueba del hecho punible y de la autoría el ejemplar del medio impreso o copia de la radiodifusión o emisión televisiva de la especie injuriante.

Artículo 445. Cuando el delito previsto en el artículo precedente se haya cometido contra alguna persona legítimamente encargada de algún servicio público, en su presencia y por razón de dicho servicio, el

culpable será castigado con arresto de quince a cuarenta y cinco días. Si hay publicidad la prisión podrá imponerse de uno a dos meses.

Artículo 446. Cuando en los casos previstos en los dos artículos precedentes, el ofendido haya sido la causa determinante e injusta del hecho, la pena se reducirá en la proporción de una a dos terceras partes. Si las ofensas fueren recíprocas, el juez podrá según las circunstancias, declarar a las partes o alguna de ellas, exentas de toda pena.
No será punible el que haya sido impulsado al delito por violencias ejecutadas contra su persona.

Artículo 447. No producen acción las ofensas contenidas en los escritos presentados por las partes o sus representantes, o en los discursos pronunciados por ellos en estrados ante el juez, durante el curso de un juicio; pero independientemente de la aplicación de las disposiciones disciplinarias del caso, que impondrá el tribunal, aquella autoridad podrá disponer la supresión total o parcial de las especies difamatorias, y si la parte ofendida la pidiere, podrá también acordarle, prudentemente, una reparación pecuniaria al pronunciar sobre la causa.

Artículo 448. En caso de condenación por alguno de los delitos especificados en el presente Capítulo, el juez declarará la confiscación y supresión de los impresos, dibujos y demás objetos que hayan servido para cometer el delito; y si se trata de escritos, respecto de los cuales no pudiere acordarse la supresión, dispondrá que al margen de ellos se haga referencia de la sentencia que se dicte relativamente al caso. A petición del querellante, la sentencia condenatoria será publicada a costa del condenado, una o dos veces, en los diarios que indicará el juez.

Artículo 449. Los delitos previstos en el presente Capítulo no podrán ser enjuiciados sino por acusación de la parte agraviada o de sus representantes legales.
Si esta muere antes de hacer uso de su acción, o si los delitos se han cometido contra la memoria de una persona muerta, la acusación o querella puede promoverse por el cónyuge, los ascendientes, los descendientes, los hermanos o hermanas, sobrinos, los afines en línea recta y por los herederos inmediatos.

En el caso de ofensa contra algún cuerpo judicial, político o administrativo, o contra representantes de dicho cuerpo, el enjuiciamiento no se hará lugar sino mediante la autorización del cuerpo o de su jefe jerárquico, si se trata de alguno no constituido en colegio o corporación.

En estos casos, se procederá conforme se ordene en el artículo 225.

Artículo 450. La acción penal para el enjuiciamiento de los delitos previstos en el presente Capítulo, prescribirá por un año en los casos a que se refiere el artículo 442, y por seis meses en los casos que especifican los artículos 444 y 445.
Cualquier actuación de la víctima en el proceso interrumpirá la prescripción.

Para que exista difamación, es necesario que el agente se comunique con varias personas reunidas o separadas. Se quiere también, que el sujeto activo impute al pasivo un hecho determinado, individualizado con sus circunstancias de tiempo, de lugar, y modo que resulte capaz de exponer a la víctima al desprecio o al odio públicos, u ofensivo a su honor o reputación.

Ahora bien, no se exige que el hecho determinado, por el que se difama constituya un delito, Sobre esto Grisanti[30] pone como ejemplo se le podría tildar a una persona de homosexual, lo cual en el penal ordinario no configura delito como si lo es en la justicia militar. Finalmente, se exige que el hecho determinado sea idóneo para exponer a la víctima al desprecio u odio públicos, u ofensivo a su honor o reputación. Agrega Grisanti[31] que el desprecio implica un sentimiento peyorativo respecto a otra persona, y el odio entraña un sentimiento de antagonismo u hostilidad.

Por su parte Febres[32] considera que la determinación del hecho imputado, es lo que diferencia este delito de la injuria, porque, en ésta, es suficiente que se irrogue una ofensa o se atribuya un vicio o una mera cualidad inmoral a la persona. Si se dice que un individuo es un ladrón, un alcahuete o un invertido, se le está injuriando; pero si se dice que es un ladrón porque le robó una cantidad determinada de dinero a una persona, se le está difamando. Considera que el elemento subjetivo del delito está

[30] Grisanti Aveledo Hernando y Grisanti Franceschi Andres. Manual de Derecho Penal Parte Especial. Op Cit.p.
[31] Idem
[32] Febres Cordero. Derecho Penal Especial. Op Cit. Tomo II p. 242

constituido por la intención específica de exponer al sujeto pasivo al desprecio o al odio público o de defenderlo en su honor o su reputación. Es el *animus diffamandi*, distinto del simple animus *nocendi,* o sea, la conciencia de que se está violando la Ley.

Como se comprueba con las citas jurisprudenciales que se comentan mas adelante, el concepto de honor puede tener una connotación interna o subjetiva que se relaciona con la dignidad de la persona humana; y desde el punto de vista objetivo o externo, el honor se entiende como la reputación de la persona en la sociedad. Este es el honor estricto en sentido objetivo, que interesa al derecho penal: y ésta es la concepción que sirve de fundamento para considerar que las personas jurídicas tienen honor y pueden ser sujeto pasivo del delito de difamación

La concepción que se utiliza para definir al honor desde la dignidad humana, no resulta válida en el derecho penal, actual, pues ahora el honor solo se dimensiona desde el punto de vista social. Y modernamente se ha discutido el tema de la libertad de prensa y los delitos contra el honor. Conviene entonces citar lo que señalan Bulnes y Castillo[33]

> Podemos identificar de este modo una función personal y una función social del honor. La primera se reconoce al destacar al honor como la imputación laudatoria de una persona. Esta imputabilidad meritoria se da socialmente; así, si es que predominan los comportamientos imputables negativos habrá deshonor. Cabría plantearse si es que existe una relación entre la dignidad humana y honor. Para responder a esto señalaremos que como parte de la dignidad de la persona, existe una capacidad inherente para tener honor pero de la capacidad no se deduce el estatus. Teniendo esto claro, nadie podría afirmar, por ejemplo, que de la capacidad para ser propietario se deduce necesariamente la efectiva propiedad.

[33] Bulnes Jiménez Luis Mauricio y Castillo Medina Gaby. Reformulación de los delitos contra el honor desde el funcionalismo jurídico: análisis de los delitos de injurias, calumnia y difamación . Disponible en: http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2015/05/BULNES-JIMENEZ.pdf Consulta: 24 de noviembre 2017

> Bajo este supuesto es posible, como ya se indicó, encontrar personas carentes de honor aunque no podemos negar la capacidad abstracta de cada uno para poseerlo o recuperarlo. Asimismo, el contenido del honor debe guiarse por el contexto social existente en cada momento.
>
> El problema se soluciona aceptando que no cualquier comportamiento puede castigarse como un delito contra el honor, sino solo aquel que ha infringido una función social. Así la difusión formaría parte de la tipicidad, por lo que tampoco se requeriría verificar animus. Es necesario aclarar que el carácter deshonroso de unos determinados hechos debe determinarse socialmente.

Sentencia Nº 497 de Sala de Casación Penal, Expediente Nº CC08-300 de fecha 02/10/2008

...En este tipo penal, el elemento subjetivo es, el animus difamandi, que no es más que la voluntad consciente de difamar, el querer dañar la honorabilidad de la persona, atribuyéndole hechos determinados que afecten su reputación, así mismo, el elemento del tipo es la comunicación con personas reunidas o separadas y se considera agravada la acción, si se realiza por medio de documento público, dibujos, escritos o cualquier medio de publicidad. En el caso bajo estudio, la presunta violación se apoyó en manifestaciones escritas (libellus famosus) que fueron divulgadas y puestas al alcance del público[34].

Sentencia Nº 240 de Sala de Casación Penal, Expediente Nº 97-1971 de fecha 25/02/2000

La Doctrina ha sido uniforme y constante en admitir que el sujeto activo, puede ser cualquier persona, por supuesto natural, ya que no se admite responsabilidad penal de las personas jurídicas en ningún hecho punible. Respecto al sujeto pasivo del delito de Difamación, es obvio que en nuestra legislación no cabe discusión al respecto, habida cuenta que en el texto del ya transcrito artículo, se establece al sujeto pasivo de la difamación dentro de la categoría de "individuo"[35].

[34] http://historico.tsj.gob.ve/jurisprudencia/extracto.asp?e=5230

[35] http://historico.tsj.gob.ve/jurisprudencia/extracto.asp?e=958

Sentencia Nº 240 de Sala de Casación Penal, Expediente Nº 97-1971 de fecha 25/02/2000

La difamación es un delito que atenta contra la honorabilidad de las personas en dos aspectos: subjetivo y objetivo. El aspecto subjetivo supone, como se expresó con anterioridad, el sentimiento de la propia dignidad. Y este aspecto de la honorabilidad de las personas es el que se ha considerado como el honor o reputación subjetiva u honor en sentido amplio. El aspecto objetivo contempla de modo específico la reputación. Y este aspecto de la honorabilidad de las personas es el que se ha considerado como la reputación en sentido estricto u honor objetivo[36].

Sentencia Nº 240 de Sala de Casación Penal, Expediente Nº 97-1971 de fecha 25/02/2000

Las personas jurídicas tienen una reputación y en consecuencia tienen perfecto derecho a que el Derecho Criminal les dé la debida protección respecto a esa reputación[37].

Sentencia Nº 497 de Sala de Casación Penal, Expediente Nº CC08-300 de fecha 02/10/2008.

El momento consumativo del delito de difamación, es el instante cuando se materializa la comunicación con el animus difamandi, pero, cuando el acto difamatorio se realiza por medios escritos, su consumación no se perfecciona al momento de redactar el texto, sino al momento en que ese texto se divulgó, se extendió y se puso al alcance del público.[38]

Delito de Apropiación Indebida simple

Es un delito contra la Propiedad**.** El artículo 466 del Código Penal establece:

> El que se haya apropiado, en beneficio propio o de otro, alguna cosa ajena que se le hubiere confiado o entregado por cualquier título que comporte la obligación de restituirla o de hacer de ella un uso determinado, será castigado con prisión de tres meses a dos años, por acusación de la parte agraviada.

[36] http://historico.tsj.gob.ve/jurisprudencia/extracto.asp?e=959

[37] http://historico.tsj.gob.ve/jurisprudencia/extracto.asp?e=960

[38] http://historico.tsj.gob.ve/jurisprudencia/extracto.asp?e=5231

El sujeto activo recibe del pasivo una cosa mueble, por un título legítimo que entraña para aquél la obligación de restituirla o de hacer de ella un uso determinado. Tiene la cualidad de tenedor legítimo de la cosa. El agente no cumple tal deber por el contrario, se adueña de la cosa mueble *(animus remsibi habendi*). El propietario es la víctima del delito. De ahí que se encuentra ubicado el tipo dentro de los delitos contra la propiedad.

Febres[39] considera que cuando el agente hubiese manifestado claramente su intención de quedarse definitivamente con la cosa recibida, o cuando la hubiese traspasado a un tercero en venta, donación, permuta, etc., es cuando se puede afirmar que ha puesto de manifiesto e *animus rem sibi habendi.* Y agrega que las expresiones confiar o entregar no son sinónimas pero expresan dos conceptos aproximados. La primera significa, en el presente caso, encargar la vigilancia de la cosa sin pasar materialmente a poder de quien luego se la apropia.

Cuando la apropiación indebida es calificada el delito es de acción pública (art 468 del C:P). Las siguientes son denominadas apropiaciones indebidas menores porque el legislador ha considerado levísimo el daño y son también de acción privada.

> **Artículo 469.** Por acusación de la parte agraviada, será castigado con prisión de quince días a cuatro meses o multa de veinticinco unidades tributarias (25 U.T.) a quinientas unidades tributarias (500 U.T.):
>
> 1. El que encontrándose una cosa pérdida, se adueñe de ella sin ajustarse a las prescripciones de la ley, en los casos correspondientes.
> 2. El que hallando un tesoro se apropie, con perjuicio del dueño del fundo, más de lo que le corresponde por la ley.
> 3. El que se apropie de la cosa ajena que hubiere ido a su poder por consecuencia de un error o de caso fortuito. Si el culpable conocía al dueño de la cosa apropiada, la prisión será de tres meses a un año.

[39] Febres Cordero. Derecho Penal Especial. Op Cit. Tomo II p. 198

Delito de Abuso de Firma en Blanco

Es un delito contra la propiedad

El artículo 467 del Código Penal dispone:

> El que abusando de una firma en blanco que se le hubiere confiado, con la obligación de restituirla o de hacer con ella un uso determinado, haya escrito o hecho escribir algún acto que produzca un efecto jurídico cualquiera, con perjuicio del signatario, será castigado con prisión de tres meses a tres años, por acusación de la parte agraviada.

La conducta consiste abusar de una firma en blanco, escribiendo o haciendo escribir algún acto jurídico, con perjuicio del signatario. El delito se perfecciona con el uso del documento. Es concebible la tentativa, pero no la frustración. El bien jurídico tutelado es la propiedad. A criterio de esta investigadora, la confianza entre las partes es un bien espiritual no jurídico y por ellos no es lo que se tutela.

En opinión de Febres [40] la firma en blanco puede ser por tanto una hoja de papel simple o sellado, un esqueleto o modelo de una letra de cambio, un cheque o cualquiera otro documento en que se hubieren dejado de llenar espacios destinados a tal fin. Pero es obvio que el abuso cometido llenando los espacios debe producirse después de estampada la firma, pues si ocurriere que, en una letra por ejemplo, se llenan los espacios antes de haber sido firmada, podría configurarse una estafa o una extorsión según fuere el medio utilizado, pero no apropiación indebida por firma en blanco.

[40] Febres Cordero. Derecho Penal Especial. Op Cit Tomo III p.

El Delito de Daño

> **Artículo 473.** El que de cualquier manera haya destruido, aniquilado, dañado o deteriorado las cosas, muebles o inmuebles, que pertenezcan a otro, será castigado, a instancia de parte agraviada, con prisión de uno a tres meses.
>
> La prisión será de cuarenta y cinco días a dieciocho meses, si el hecho se hubiere cometido con alguna de las circunstancias siguientes:
>
> 1. Por venganza contra un funcionario público, a causa de sus funciones.
> 2. Por medio de violencias contra las personas, o por alguno de los medios indicados en los numerales 4 y 5 del artículo 453.
> 3. En los edificios públicos o en los destinados a algún uso público, a utilidad pública o al ejercicio de un culto; o en edificios u obra de la especie indicada en el artículo 349, o en los monumentos públicos, los cementerios o sus dependencias.
> 4. En diques, terraplenes u otras obras destinadas a la reparación de un desastre público o en los aparatos y señales de algún servicio público.
> 5. En los canales, esclusas y otras obras destinadas a la irrigación.
> 6. En las plantaciones de caña de azúcar, de café, cacao, de árboles o arbustos frutales o sementeras de frutos menores.

La acción consiste en destruir, aniquilar, dañar o deteriorar las cosas muebles o inmuebles pertenecientes a otro. Esa condición de bien ajeno es importante. En la segunda parte se prevén circunstancias que hacen que el daño sea más grave, a concurrir alguno de los elementos indicados en la misma

El bien jurídico que se tutela es la propiedad pues la lesión a un bien afecta el uso y las disposición del mismo que son atributos del derecho de propiedad y es por ello que Febres[41] considera que se tutela la incolumidad de las cosas muebles o inmuebles, pertenecientes a otro, contra las acciones que supriman o disminuyan la integridad, la utilidad o el valor de dichas

[41] Febres Cordero. Derecho Penal Especial. Op Cit .Tomo II p.224

cosas. Ya que según Febres el hurto, la apropiación indebida, y la estaba llevan consigo no solo el apoderamiento de la cosa sino el ánimo de aprovecharse u obtener un lucro con ella. En cambio el daño un bien ajeno no podrá obtener provecho alguno del bienes. En efecto opina Febres que:

> El delito de daño, se distingue de los demás delitos contra la propiedad, porque los actos que lo constituyen están desprovistos del animus lucrandi, que es indispensable en aquellos. Como bien lo dice Eusebio Gómez, comentando la equivalente disposición argentina (Art. 183), el daño responde a una sola intención: la de causar perjuicio en las cosas muebles o inmuebles ajenas, sin que el agente procure beneficio con ello. Este autor nos cita a Pessina como el tratadista que fijó con precisión admirable la noción del daño, al decir que él tiene de común, con los demás delitos contra la propiedad, las tres notas de recaer sobre la propiedad ajena, verificarse contra la voluntad del dueño y la conciencia de estos dos elementos objetivos, distinguiéndose, empero, porque, en los primeros hay una causa motriz, el lucro ilegítimo que en el daño no aparece. De ahí la denominación *damnun injuria data*, con que los antiguos designaban al daño[42]

Delito de Estragos por introducción o abandono de animales en fundo ajeno y pastoreo abusivo.

Es un Delito Contra la Propiedad

> **Artículo 475.** El que haya ocasionado estragos en fundo ajeno, por introducir en él sin derecho o por dejar allí animales, será castigado según las disposiciones del artículo 473.
>
> Por el solo hecho de haber introducido o abandonado abusivamente los animales para hacerlos pacer, el culpable a instancias de la parte agraviada, será penado con arresto de ocho a cuarenta y cinco días o multa de cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) a doscientas cincuenta unidades tributarias (250 U.T.)

La conducta punible puede darse de dos maneras la primera, consiste en el hecho de ocasionar estragos en fundo ajeno, por introducir en él sin derecho o por dejar allí animales, lo cual implica el daño en el fundo ajeno.

[42] Febres Cordero. Derecho Penal Especial. Op Cit .Tomo II p.224

La primera conducta de ocasionar estragos significa ruina, daño, asolamiento. No se puede confundir con el incendio de dehesas, sino esto alude a destrucción de pastos, o de cercas. Y la segunda, consiste en introducir de manera abusiva los animales para hacerlos pacer., lo que implica que lo haya hecho sin consentimiento del dueño; estos animales pueden haberse abandonado o solo llevados a pastar pero sin derecho para ello. El uso indebido del fundo ajeno es lo configura el delito. De modo que el bien jurídico tutelado es la propiedad. Sobre el tema Febres considera que "si el fundo no es apto para pastar, no puede haber delito, pues el fin no tendría entonces importancia jurídica por la imposibilidad material de servir para el pastoreo". [43] Pero esta investigadora opina que ese concepto no tiene cabida en la actualidad, toda vez lo relevante es la perturbación o lesión al derecho de propiedad.

Como se trata de daños materiales éstos bien pueden ser indemnizados por vía civil y de ahí que no ameritan protección penal, por lo cual se recomienda su despenalización

Delito de Introducción Arbitraria en Fundo Ajeno

Es un **d**elito Contra la Propiedad

> **Artículo 476.** El que arbitrariamente se hubiere introducido en fundo ajeno, cercado de fosos, setos vivos, zanjas, calzadas artificiales, vallados de piedra o de madera, o de otro modo, será penado, a instancia de la parte agraviada, con multa de diez unidades tributarias (10 U.T.) a veinticinco unidades tributarias (25 U.T.); y, en caso de reincidencia, se aplicará al culpable arresto de ocho a quince días.

[43] Idem p.226

Se tutela el derecho de propiedad en uno de sus elementos: la posesión de los fundos contra las entradas abusivas de las personas que no tienen derecho a ello. Se tiene entonces que la conducta punible es la introducción arbitraria en un fundo ajeno que esté cercado, es decir, cerrado por todas partes, bien sea por fosos, setos vivos, zanjas, calzadas artificiales, vallados de piedra o de madera o de cualquiera otro modo.

Este delito lo que sanciona es alguna persona transite dentro de un fundo ajeno sin autorización. Por ejemplo que una persona pase a caballo o en bicicleta. Es una forma similar a la violación de domicilio pero en un fundo. En realidad ni siquiera se causa un daño al fundo; razón por la cual el legislador lo considera un delito de acción privada, y la lesión al bien jurídico resulta "insignificante", de ahí que no debiera ameritar una sanción de naturaleza penal sino una indemnización civil al propietario del fundo.

Delito de Caza en Fundo Ajeno sin Previa Licencia del Dueño

Es un delito contra la propiedad

> **Artículo 477.** El que sin previa licencia del dueño, entre a cazar en fundo ajeno, será penado por acusación de la parte agraviada, con multa de diez unidades tributarias (10 U.T.) a veinticinco unidades tributarias (25 U.T.). En el caso de reincidencia, se aplicará al culpable arresto de ocho a quince días.
>
> Si el fundo estuviere cercado, la pena será de arresto de quince días a un mes.

La conducta punible está circunscrita a solo entrar a cazaren un fundo ajeno. Por ende es el abuso del cazador al meterse arbitrariamente en un fundo ajena fundo ajena lo que configura el delito y no el daño que pudiera

causar. Ya que si causa un daño habría un concurso de hechos punibles. La circunstancia de que el sitio esté cercado constituye una agravante.

La caza no está referida a animales ajenos que se encuentran en el fundo sino otros que corran por el fundo o aves que vuelen sobre él. Lo que se sanciona es que se use el fundo para cazar sin que el dueño lo autorice, por el hecho de usar una propiedad ajena, lo cual es también de acción privada por la insignificante lesión al derecho de propiedad. Es por ello que esa lesión al bien jurídico es meramente formal y no material por lo que no hay una real antijuridicidad material y bien puede indemnizarse por via civil y no amerita estar penalizada esa conducta.

Delito de Muerte o Daño de Animales Ajenos

Es un Delito Contra la Propiedad

> **Artículo 478.** El que sin necesidad haya matado un animal ajeno o le haya causado algún mal que lo inutilice, será penado por acusación de la parte agraviada, con arresto de ocho a cuarenta y cinco días. Si el perjuicio es ligero, podrá aplicarse solamente multa hasta por ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.).
> Si el animal tan sólo hubiere disminuido de valor, la pena de arresto será, a lo más, de quince días o la multa, de ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.) como máximum
> No se impondrá ninguna pena al que haya cometido el hecho contra animales volátiles hallados dentro de su propio fundo, en el momento de causar algún estrago o perjuicio

.

Hay que revisar si en el caso concreto no se está incurriendo en uno de los delitos de la Ley de Protección de la actividad ganadera[44] la cual

[44] Ley Penal de Protección a la Actividad Ganadera Gaceta Oficial N° 5.159 Extraordinario de fecha 25 de julio de 1997

sanciona a los que se apoderen de animales, los beneficien y/o se apoderen de sus productos, pues tales delitos son de acción pública. Por lo que a criterio de esta investigadora lo que lo diferencia es que aquí se sanciona la acción de matar sin ánimo de lucrarse del animal muerto. Pues cuando se benefician animales para aprovecharse de carne o pieles se debe tipificará por la ley especial de Protección a la actividad ganadera. El delito es de daño y se consuma una vez que se haya producido el resultado previsto por la disposición: muerte, inutilización o perjuicio. Y no importa si un solo animal o varios animales.

Si se toma en consideración al matar un animal se causa un daño económico cobra fuerza la propuesta que el hecho debe resolverse por la vía civil de indemnización por el daño.

Delito de Deturpación o Mancha de cosa Ajena

Es un Delito Contra la Propiedad

> Artículo 479. El que fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, deturpe o manche una cosa ajena, de alguna manera, sea mueble o inmueble, será penado, por acusación de la parte agraviada, con multa de veinticinco unidades tributarias (25 U.T.) a doscientas unidades tributarias (200 U.T.).
>
> Si ha ocurrido alguna de las circunstancias indicadas en el artículo 474, la multa podrá imponerse hasta por quinientas unidades tributarias (500 U.T.) y el enjuiciamiento será de oficio

Describe Febres que “el delito consiste en deturpar o manchar una osa ajena. “De turpar” (del latín *deturpare*), es afear, manchar, estropear. “Manchar”, es ensuciar, emporcar. El delito es de daño y por consiguiente

puede darse la tentativa" [45]. Es también subsidiario y por tanto se configura de los casos previstos en demás delitos de daños.

Aunque el tipo es de acción privada, si ha ocurrido alguna de las circunstancias indicadas en el artículo 476, o sea cuando se ha cometido con ocasión de violencias o resistencias a la autoridad, o en reunión de diez o más personas, se considera agravado y en tal caso la multa podrá imponerse hasta por quinientos unidades tributarias y el enjuiciamiento será de oficio.

A manera de conclusión en lo que respecta a estos delitos de acción privada donde el bien jurídico tutelado es la propiedad, queda claro que se trata de una afectación meramente económica, que bien puede satisfacerse por la vía civil. Y dado que en el Código Orgánico Procesal Penal se prevén los acuerdos reparatorios para resolver esos conflictos por hechos punibles que lesionan exclusivamente bienes patrimoniales y así poner fin al proceso penal, debe entenderse que la tendencia del legislador es que ese tipo de hechos se resuelvan civilmente

Lo que se propone es descongestionar los despachos judiciales penales y resolver esta clase de hechos o este tipo de lesiones al derecho de propiedad por la vía civil.

Delito de Adulterio

Es un Delito Contra las Buenas Costumbres y Buen Orden de las Familias

> **Artículo 394.** La mujer adúltera será castigada con prisión de seis meses a tres años. La misma pena es aplicable al coautor del adulterio.

[45] Febres Cordero. Derecho Penal Especial. Op Cit..Tomo II p. 231

Artículo 395. El marido que mantenga concubina en la casa conyugal, o también fuera de ella, si el hecho es notorio, será castigado con prisión de tres a dieciocho meses. La condena produce de derecho la pérdida del poder marital. La concubina será penada con prisión de tres meses a un año.

Artículo 396. Si los cónyuges estaban legalmente separados, o si el cónyuge culpable había sido abandonado por el otro, la pena de los delitos a que se refieren los dos artículos anteriores, será, para cada uno de los culpables, prisión de quince días a tres meses.

Artículo 397. En lo que concierne a los delitos previstos en los artículos precedentes, el enjuiciamiento no se hará lugar sino por acusación del marido o de la mujer. La querella comprenderá necesariamente al coautor del adulterio o a la concubina.
La instancia o querella no es admisible si ha transcurrido un año desde la fecha en que el cónyuge ofendido tuvo conocimiento del adulterio cometido.
La acusación no será tampoco admisible si procede del cónyuge por cuya culpa se hubiere pronunciado sentencia de separación de cuerpos.

Artículo 398. El culpable de alguno de los delitos previstos en los artículos precedentes quedara exento de pena:

1. En el caso de acusación o querella del marido, cuando la mujer pruebe que el también en el año anterior al hecho, había cometido el delito especificado en el artículo 395, o había obligado o expuesto a su mujer a prostituirse o excitado o favorecido su corrupción.
2. En el caso de acusación de la mujer cuando el marido compruebe que ella también, durante el tiempo arriba indicado, ha cometido el delito a que se contrae el artículo 394.

Artículo 399. El desistimiento puede proceder eficazmente aun después de la condenación, haciendo que cesen la ejecución y las consecuencias penales. La muerte del cónyuge acusador produce los efectos del desistimiento.

El bien jurídico tutelado debería ser la estabilidad de la familia, pero la doctrina desde antaño ha considerado que los que se protege es la fidelidad conyugal, la familia, los hijos y la sociedad. El código lo contempla como contra las buenas costumbres y el buen orden de las familias

Sobre este delito, Febres cita al maestro Carrara quien hace consistir la lesión ocasionada por el adulterio, al deber de fidelidad conyugal impuesta por las normas reguladoras del matrimonio, y esto hace que el hecho sea reprochable no sólo frente a la ley moral sino también frente a la ley jurídica, y "constituye adulterio según sus propias palabras tanto si la infidelidad es cometida por la mujer en perjuicio de los derechos maritales, como si lo es por el marido en perjuicio de la consorte"[46].

Grisanti también cita a otros autores acerca de la definición de adulterio:

> No define este precepto legal el adulterio, como lo hacía el artículo 415 del primero de nuestros códigos penales, el de 1873, el cual establecía al respecto: Comete adultero la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada aunque después se declare nulo el matrimonio. Maggiore lo define como la infracción dolosa del vínculo matrimonial, cometida por la mujer casada que concede su propio cuerpo a un hombre distinto del marido. Para Rodríguez Devesa cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio[47]
>
> Conviene anotar sin embargo, que en la actualidad venezolana, la sociedad ve con otros ojos la situación del adulterio. Inclusive en lo referente al marido que mantiene una concubina dentro o fuera de la casa conyugal. Pues el Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia de interpretación Constitucional dijo que la unión estable de hecho no requiere que habiten o convivan en una misma casa, porque las uniones modernas se constituyen aun no conviviendo juntos sino permaneciendo cada quien en su casa[48]

En opinión de esta investigadora ya expresada con respecto a despenalizar esas conductas, conviene resaltar que este delito de adulterio

---

[46] Carrara Francesco Programa Criminal N 1872 citado por Febres Ob cit p. 221 Tomo IV

[47] Grisanti Aveledo Hernando y Grisanti Franceschi Andres Manual de Derecho Penal Parte Especial Op. Cit. p 460

[48] La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia interpretó el artículo 77 de la Constitución, en decisión Nº 1682, de fecha 15 de julio de 2005 (caso: "Carmela Mampieri Giuliani). SALA CONSTITUCIONAL Magistrado-Ponente Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero Sentencia N° 1682 De Fecha 15/07/2005. http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1682-150705-04-3301.htm

ya fue despenalizado por sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En efecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), anuló los tipos penales establecidos en los artículos 394 y 395 del Código Penal venezolano, por considerar que los mismos dan un trato injustificadamente desigual a la mujer respecto de los hombres, lo que vulnera los principios de respeto a la dignidad humana e igualdad ante la Ley, establecidos en los artículos 3 y 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La sentencia explica que los preceptos anulados, los cuales permanecían en nuestra legislación desde el Código Penal de 1863, establecían que la "mujer adultera" era castigada con prisión de 6 meses a 3 años, mientras que el hombre casado que incurría en relaciones extramatrimoniales, sólo era penado cuando mantenía una concubina en la casa conyugal o fuera de ella, si el hecho era notorio, lo que le implicaba pena de 3 a 18 meses.

Señala el TSJ, con fundamento en los artículos 3 y 21 Constitucional, que ningún individuo puede ser discriminado, ni colocado en un plano de desigualdad respecto de aquellos aspectos en los que, por su condición de ser humano, es igual frente al resto de los individuos de la colectividad.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, se impulsa el fortalecimiento de los derechos humanos, económicos, sociales y culturales de la mujer, así como el trato igualitario, lo que constituye uno de los principios cardinales que sustenta el Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, por lo cual, la presente decisión judicial, busca erradicar la exclusión social y librar una lucha que suprima la discriminación.

El máximo tribunal del país considera que, en todo caso, el ilícito de adulterio debería darse en similares condiciones tanto para el hombre como para la mujer; ya que el bien jurídico tutelado no es otro sino el deber de

fidelidad conyugal, el cual tiene necesariamente que ser recíproco entre ambos, por lo que no debe establecerse diferencia alguna en la configuración de dicho ilícito y su grado de sanción, conforme lo sustenta el artículo 77 Constitucional.[49]

[49] TSJ Noticias. http://www.tsj.gob.ve/-/tsj-anula-articulos-del-codigo-penal-que-discriminan-a-las-mujeres

CAPITULO III

El Procedimiento en los delitos de acción dependientes de instancia de parte

El derecho de querella

El derecho de acusar es el poder que la ley concede al particular, cuando sólo él tiene un interés comprometido en la persecución penal. La querella es el acto por el cual el particular ejerce su derecho de acusar, por el cual el agraviado acusa a la persona a quien le atribuye responsabilidad penal. Esa querella es el primer acto del ejercicio de la acción privada.

La Victima como impulsadora y parte en procesos de acción privada

Se entiende por víctima la persona directamente ofendida o afectada por el delito. Pero un concepto más extensivo es el del COPP que considera además víctimas al cónyuge y al concubino que tenga una unión de más de dos años, a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo por afinidad, incluso los parientes por adopción; en caso de personas jurídicas, los socios tienen el carácter de víctima y actúan por la compañía.[50]

Solo el que tenga el carácter de víctima puede actuar como querellante o acusador en un proceso penal. Aun cuando una denuncia puede ser interpuesta por cualquiera que tenga conocimiento de la comisión de un delito, el denunciante no es parte en el proceso. El denunciante puede ser, o no ser, la víctima del hecho. En cambio el querellante tiene que ser víctima.

---

[50] Código Orgánico Procesal Penal (COPP) Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 6.078 Extraordinario 15 de junio de 2012

En consecuencia, para actuar dentro de un proceso de acción privada, el accionante debe tener la cualidad de víctima. Pues la característica principal del procedimiento de acción privada es que la titularidad de la acción le pertenece en forma exclusiva la víctima y no al estado. Y es que el carácter privado de la acción significa que su acción es exclusiva de la parte agraviada directa o indirectamente por el delito, y que la acción depende de la instancia de esa parte. O lo que es lo mismo es la parte agraviada, a quien se le denomina víctima o sujeto pasivo del delito, a la única que le compete la acción jurisdiccional. Por lo que acción depende de que esa parte la inste.

La víctima es pues quien pone en movimiento la jurisdicción, ella impulsa el proceso y hace que se inicie. De modo que es potestad de la víctima instaurar el proceso o dejar que el hecho no resulte sancionado. La víctima es la parte que acciona. Ella puede conciliar y puede desistir de la acción.

Conviene entonces aclarar que por el contrario cuando el hecho es de acción pública resulta irrelevante que la víctima se haga o no parte, ya que, en tales caso se procede de oficio, pudiendo preceder o no denuncia ya sea de la parte o de un tercero. La causa o el proceso seguirán aun cuando la víctima no se haga parte.

El Código Orgánico Procesal Penal[51]

Procedencia. Formalidades de la Querella: Artículo 400 y 401

El enjuiciamiento por delitos de acción dependiente de instancia de parte agraviada, sólo puede iniciarse por acusación privada de la víctima presentada ante el tribunal de juicio. En la acusación debe indicarse la identificación y domicilio o residencia del acusador y el acusado; la indicación

[51] [51] Código Orgánico Procesal Penal (COPP) Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 6.078 Extraordinario 15 de junio de 2012

del delito imputado y una relación especificada de todas las circunstancias esenciales del hecho; los elementos de convicción en los que se funda la atribución de la participación del imputado en el delito; la justificación de la condición de víctima; la firma del acusador o de su apoderado con poder especial. Si el acusador no supiere o no pudiere firmar, debe concurrir personalmente ante el juez y en su presencia, estampar la huella digital.

En todo caso el acusador debe concurrir personalmente ante el juez para ratificar su acusación y el Secretario debe dejar constancia de este acto procesal. El Código Orgánico Procesal Penal admite la posibilidad de intervención de más de un acusador, no así la admisión de más de una acusación privada, por tanto, si varias personas pretenden ejercer la acción penal con respecto a un mismo delito, deben ejercerla conjuntamente por sí o por medio de una sola representación.

La acusación privada deberá formularse por escrito directamente ante el tribunal de juicio y deberá contener:

1. El nombre, apellido, edad, estado, profesión, domicilio o residencia del acusador privado, el número de su cédula de identidad y sus relaciones de parentesco con el acusado;

2. El nombre, apellido, edad, domicilio o residencia del acusado;

3. El delito que se le imputa, y del lugar, día y hora aproximada de su perpetración;

4. Una relación especificada de todas las circunstancias esenciales del hecho;

5. Los elementos de convicción en los que se funda la atribución de la participación del imputado en el delito;

6. La justificación de la condición de víctima;

7. La firma del acusador o de su apoderado con poder especial;

8. Si el acusador no supiere o no pudiere firmar, concurrirá personalmente ante el juez y en su presencia, estampará la huella digital.

Auxilio Judicial: Articulo. 402

Dado que la víctima carece del poder de investigación que se otorga al fiscal respecto de los delitos de acción pública, si fuere necesario llevar a cabo una investigación preliminar para identificar al acusado, determinar su domicilio o residencia, para acreditar el hecho punible, o para recabar elementos de convicción, la víctima puede solicitar a un juez de control la práctica de una investigación preliminar, es lo que se conoce como Auxilio Judicial. La solicitud que formule la víctima debe contener:

1. Su nombre, apellido, edad, domicilio o residencia y número de cédula de identidad.

2. El delito por el cual pretende acusar, con una relación detallada de las circunstancias que permitan acreditar su comisión, incluyendo, de ser posible, lugar, día y hora aproximada de su perpetración.

3. La justificación acerca de su condición de víctima, y,

4. El señalamiento expreso y preciso de las diligencias que serán objeto de la investigación preliminar.

Si el Juez de Control considera que se trata efectivamente de un delito de instancia privada, y luego de verificada la procedencia de la solicitud, ordenará al Ministerio Público la práctica de las diligencias expresamente solicitadas por quien pretenda constituirse en acusador privado.

Una vez concluida la investigación preliminar, sus resultas serán entregadas en original a la víctima, dejando copia certificada de la misma en el archivo. La decisión del Juez de Control que niegue la práctica de la investigación preliminar, puede ser apelada por la víctima dentro de los cinco días hábiles siguientes a su publicación.

Inadmisibilidad de la Querella

El tribunal de juicio deberá declarar inadmisible la acusación cuando: el hecho no reviste carácter penal, en concordancia con lo previsto en el Artículo 318, debe entonces decretarse el sobreseimiento; la acción esté evidentemente prescrita, en concordancia con el Artículo 108 del Código Penal, es decir, opere la prescripción del delito bien sea por prescripción ordinaria o bien por prescripción judicial (Artículo 871 CRBV); verse sobre hechos punibles de acción pública; o falte un requisito de procedibilidad, en concordancia con lo previsto en el Artículo 401 del Código Orgánico Procesal Penal. En caso de que los requisitos fueren subsanables, el juez debe dar un plazo de cinco días para corregirlos. En caso contrario, debe archivar la acusación.

La declaratoria de inadmisibilidad no impide que la víctima pueda proponer nuevamente la acusación privada, por una sola vez, corrigiendo sus defectos, si fuere posible, con mención de la desestimación anterior. Cuando la Ley señala “en caso contrario” debe entenderse que está referido al hecho que no se corrijan los errores subsanables**.** En efecto**,** un defecto de forma. Ahora bien, con base al principio de la doble instancia podría apelarse de la declaratoria de inadmisibilidad.

Audiencia de Conciliación

Si la acusación fuere admitida, el tribunal debe fijar la celebración de una audiencia de conciliación para un plazo no menor de diez días ni mayor de veinte. En caso de que ésta no prospere, continuará el juicio oral y público.

Admitida la acusación privada, con la cual el acusador será tenido como parte querellante para todos los efectos legales, el tribunal de juicio ordenará la citación personal del acusado mediante boleta de citación, para que designe defensor, y, una vez juramentado éste, deberá convocar a las partes, por auto expreso y sin necesidad de notificación, a una audiencia de conciliación, que deberá realizarse dentro de un plazo no menor de diez días ni mayor de veinte, contados a partir de la fecha de aceptación y juramentación del cargo por parte del defensor del acusado.

Transcurridos cinco días desde la comparecencia del acusado al tribunal para imponerse de la admisión de la acusación, y cuando el acusado requiera un defensor de oficio, el tribunal le asignará uno. A la Boleta de Citación se acompañará copia certificada de la acusación y de su auto de admisión.

Todo juicio es una litis, un conflicto de intereses. Un juicio nace como consecuencia directa de la negación que hace el acusado de los hechos que se le atribuye haber cometido.

De no prosperar la conciliación debe dejarse constancia en acta, de forma expresa, ya que las decisiones futuras del Juez se darán en virtud del hecho de no haber llegado a ningún acuerdo. El Juez debe pronunciarse sobre las pruebas que admite, todas y cada una de ellas, ya que a partir de ese momento es que adquieren la cualidad de prueba.

Venezuela. N° 6.078 Extraordinario 15 de junio de 2012

De no prosperar la conciliación, el juez pasará inmediatamente a pronunciarse acerca de las excepciones opuestas, las medidas cautelares y la admisión o no de las pruebas promovidas. En caso de existir un defecto de forma en la acusación privada, el acusador, si ello fuere posible, podrá subsanarlo de inmediato.

La decisión que declare sin lugar las excepciones opuestas o declare inadmisible una prueba, sólo podrá ser apelada junto con la sentencia definitiva. Si se hubiere declarado con lugar la excepción o se hubiere decretado una medida de coerción personal, el acusador o el acusado, según sea el caso, podrán apelar dentro de los cinco días siguientes. El recurso de apelación, en caso de decreto de una medida de coerción personal, no suspenderá el procedimiento.

Trámite por Incomparecencia del Acusado Artículo 410

En caso de no lograrse la citación personal del acusado, el tribunal, previa petición del acusador, y a su costa, ordenará su citación, mediante la publicación de tres (3) carteles en la prensa nacional, en caso de que la acusación haya sido incoada en la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, y de dos (2) carteles en la prensa nacional y uno (1) en la prensa regional, en caso de que la acusación haya sido incoada en otra Circunscripción Judicial, con tres días de diferencia entre cada cartel, que deberán contener mención expresa acerca de todos los datos que sirvan para identificar al acusado, la acusación incoada en su contra, la fecha de admisión de la misma, el delito imputado y la orden de comparecer al tribunal a designar defensor dentro de los diez días siguientes a la fecha en la cual conste en autos la consignación del último de los tres carteles publicados.

~~Si transcurrido este~~ lapso aún persiste la incomparecencia del acusado, el tribunal de juicio, previa solicitud del acusador, podrá ordenar a la fuerza

pública su localización y traslado a la sede del tribunal para que, el juez lo imponga de la acusación en su contra y del derecho que tiene de designar defensor

Facultades y Cargas de las partes: Artículo 411

Tres días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia de conciliación, el acusador y el acusado podrán realizar por escrito los actos siguientes:

1. Oponer las excepciones previstas en el Código Orgánico Procesal Penal (en concordancia con Artículo 28 COPP), las cuales sólo podrán proponerse en ésta oportunidad;

2. Pedir la imposición o revocación de una medida de coerción personal;

3. Proponer acuerdos reparatorios o solicitar la aplicación del procedimiento por admisión de los hechos; y

4. Promover las pruebas que se producirán en el juicio oral, con indicación de su pertinencia y necesidad.

Celebración del Juicio Oral y Público Artículo 413 COPP

Caso de no haber prosperado las excepciones, o cuando éstas no hubieren sido interpuestas, el juez convocará a las partes a la celebración del juicio oral y público, que deberá celebrarse en un plazo no mayor de diez días, contados a partir de la celebración de la audiencia de conciliación.

Procedimiento por admisión de los hechos: Artículo 414

En caso de que el acusado solicite la aplicación del procedimiento por admisión de los hechos, el juez procederá conforme a lo establecido en el Código Orgánico Procesal Penal (Artículo 376 COPP)

Poder para representar al querellante en el proceso

El poder para representar al acusador privado en el proceso debe ser especial, y expresar la persona contra quien se dirija la acusación y el hecho punible de que se trata. Debe además constituirse con las formalidades de los poderes para asuntos civiles.

Desistimiento

Acorde a lo establecido en el artículo 416 Código Orgánico Procesal Penal se tiene que si el acusador, mediante escrito, manifiesta su voluntad de desistir del procedimiento, entonces se estará en presencia de un desistimiento voluntario.

De igual forma se establece en este artículo responsabilidad para el acusador privado cuando los hechos en que funda su acusación privada sean falsos o cuando litigue con temeridad, respecto de cuyas circunstancias deberá pronunciarse el juez motivadamente. En tal caso se considera temeraria la acusación, lo cual genera responsabilidad civil e incluso pudiera configurar el delito de calumnia.

Fuera de acto expreso, la acusación privada se entenderá desistida, con los mismos efectos señalados anteriormente, cuando el acusador no promueva pruebas para fundar su acusación, o, sin justa causa no comparezca a la audiencia de conciliación o a la del juicio oral y público.

La acusación privada se entenderá abandonada si el acusador o su apoderado deja de instarla por más de veinte días hábiles, contados a partir de la última petición o reclamación escrita que se hubiese presentado al juez, excepción hecha de los casos en los que, por el estado del proceso, ya no se necesite la expresión de voluntad del acusador privado. El abandono de la

acusación deberá ser declarado por el juez mediante auto expreso, debidamente fundado, de oficio, o a petición del acusado.

Declarado el abandono, el juez tendrá la obligación de calificar motivadamente, en el mismo auto que la declare, si la acusación ha sido maliciosa o temeraria. Contra el auto que declare el abandono y su calificación, y el que declare desistida la acusación privada, podrá interponerse recurso de apelación dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su publicación.

De todo lo anterior se concluye que el desistimiento puede ser expreso tácito, pues se considera desistida por la falta de impulso procesal.

Muerte del querellante

Si el acusado fallece antes de concluir el juicio oral y público, cualquiera de sus herederos, quienes a tenor de lo dispuesto en el Art. 119 del COPP también tienen la condición de víctima, pueden asumir el carácter de acusadores si comparecen dentro de los treinta días siguientes a la muerte.

Sanción para el que ha desistido de una querella o la ha abandonado

Como sanción para el acusador que insta al aparato jurisdiccional y posteriormente desiste o abandona el proceso, se le conmina al pago de las costas que haya ocasionado. Ese desistimiento puede ser expreso si el acusador manifestare su voluntad en ese sentido o tácito. Esta última posibilidad se concreta cuando el acusador sin justa causa, no comparece al juicio oral y público. El desistimiento o abandono de la acusación privada impide intentarla de nuevo.

Con base a lo establecido en el COPP sobre el procedimiento especial descrito, se tiene en resumen que: el poder debe ser especial; que el proceso puede terminar por desistimiento del querellante; que antes de aperturar el juicio se celebra una audiencia de conciliación que puede dar fin al proceso y que para el ejercicio de la acción se exige una querella que debe contener una serie de requisitos formales.

A manera de conclusión de este capítulo resulta importante observar en la práctica forense con base a la realidad que conoce esta investigadora por su experiencia como abogada litigante se puede afirmar que la justicia es lenta, los juzgados demoran para fijar las audiencias, y cuando son fijadas, llegado el día son diferidos. Por ello las víctimas terminan por cansarse de acudir a los juzgados y abandonan sus querellas. En general, puede afirmarse que muchas de las víctimas no ejercen su acción privada porque saben que los trámites son lentos y engorrosos.

Un aspecto relevante es que en estos procedimientos la víctima debe estar asistida por un abogado cuyos honorarios debe pagar ella misma porque no existen abogados gratuitos para las víctimas. Y por ello le resulta mejor que el abogado que contrate obtenga el resarcimiento por la vía civil, en cuyo caso la sentencia condenatoria ordenará al demandado a pagar los honorarios del abogado de esa víctima.

Despenalizar esos delitos de acción privada ciertamente contribuirá al descongestionamiento de los juzgados en funciones de juicio que tienen una gran carga judicial, lo que a su vez servirá para que los jueces en esas funciones apliquen un único procedimiento: el ordinario, evitando confusiones en cuantos a los actos y sus lapsos, por lo que su actividad se circunscribirá a solo a enjuiciamiento por delitos de acción pública. Puesto que para los delitos menos graves cunado pasen eventualmente a fase de juicio cunado

no se opte por fórmula alternativa a la prosecución, se juzgarán por el procedimiento ordinario conforme al artículo 370 del COPP

CAPITULO IV

INCIDENCIA JUDICIAL DE PROCESOS POR DELITOS A INSTANCIA DE PARTE

Como una muestra intencionada a criterio de la investigadora, sobre la realidad judicial acerca de la cantidad de proceso que cursan por ante los Juzgados, se escogieron la totalidad de los Juzgados en Funciones de Juicio del Estado Táchira, que son los competentes para conocer en los hechos cuyo procedimiento sea dependiente de Instancia de Parte.

El resultado fue el siguiente:

1.- En la extensión del Circuito Judicial Penal de San Antonio del Táchira existen 2 Juzgados en Funciones de Juicio.

2.- En San Cristóbal, capital del Estado Táchira existen en Funciones de Juicio permanentes y Itinerantes.

Indagado sobre el Número de procesos o de expediente en curso durante el año 2017 se obtuvo que cursaron 9 causas en San Cristóbal.

Juzgado de Primera Instancia Penal en funciones de Juicio Número: 1 cursaron 2. Hubo conciliación

Juzgado de Primera Instancia Penal en funciones de Juicio Número 4 cursaron 3 Hubo conciliación

Juzgado de Primera Instancia Penal en funciones de Juicio Número 9 cursó 1 hubo juicio y sentencia condenatoria.

Juzgado de Primera Instancia Penal en funciones de Juicio Número 1 Itinerante cursaron 2. Hubo conciliación

En los demás 0 (cero).. Todos en San Cristóbal. Todos por el delito de Difamación. No se encontraron causas pendientes por adulterio, lesiones levísimas en accidentes de tránsito, uso de firma en blanco, apropiación indebida simple

Juzgado de Primera Instancia Penal en funciones de Juicio numero 1 extensión de San Antonio 2 procesos en 2017 por delito de Difamación. Hubo conciliación

Los datos obtenidos evidencian que es mínimo el número de casos que se juzgan por estos delitos de acción privada y por ende es posible afirmar que en el Estado Táchira la incidencia judicial de procesos por delitos a instancia de parte es ínfima.

Además se aplicó una entrevista a un Juez de Juicio a un Defensor Público, a un Fiscal del Ministerio Público y aun abogado en ejercicio (litigante). Todos fueron seleccionados por la investigadora de forma intencionada, como informantes claves, cuyo anonimato se mantiene.

A los cuatro informantes entrevistados se les aplicó una entrevista abierta con dos preguntas abiertas: 1.- cuál ha sido su experiencia en el conocimiento de procesos por delitos de acción privada. 2.- Recomendaría la despenalización de los delitos de acción privada?

Los resultados de las entrevistas fueron:

El juez opinó, que con base a su experiencia solo ha tendido dos casos de acción privada los cuales han finalizado mediante realización de un juicio. Manifestó tener una antigüedad de quince años en el ejercicio de su cargo, y que puede afirmar que los demás casos que llegaron su conocimiento fue abandonada la querella, por lo que operó el desistimiento. Opinó que en su

percepción, las víctimas esperan que el imputado sea encarcelado, mas allá de obtener un indemnización; y desisten cuando son informadas que por esos delitos procede el enjuiciamiento en libertad bajo medida cautelar, y en caso de condena procede su cumplimiento bajo suspensión condicional de la pena, es decir no cumplirán condena en la cárcel.

El Fiscal opinó que ha recibido en su despacho denuncias que han sido desestimadas por ser de acción privada, lo que evidencia que existe desconocimiento del procedimiento por parte de las víctimas e incluso de los abogados, por cuanto algunas denuncias iban firmadas por abogados. También informó que Ha tramitado indagaciones en procesos de acción privada, por mando de Jueces de Control para la práctica de diligencias por el llamado “auxilio fiscal”.

El abogado litigante, expuso en su entrevista haber atendió en su oficina consultas por delitos de acción privada pero que no ha asumido ninguno como acusador por cuanto cuando le explicó a los clientes: 1.- el tiempo que podía tardar el proceso; 2.-que el imputado no iría preso; 3.-que económicamente no tenía bienes con que responder (ante una posible indemnización), y 4.- el monto de los honorarios que cobraría por asistir a todas las audiencias y trámites los clientes desistieron de su intención de acusar.

La Defensora Pública, expuso que a ella sí le ha correspondido asistir como defensora de imputados a los que se les ha acusado por el delito de difamación, en tres casos y ningún caso por otros delitos de acción privada. Narró que en ninguno se llegó a una condenatoria en juicio por cuanto dos fueron terminados por desistimiento de las víctimas y en el tercero se celebró una conciliación.

Todos opinaron favorablemente en cuanto a despenalizar esos delitos.

CONCLUSIONES

En general puede afirmarse que la investigación permitió evidenciar que en los juzgados penales del Estado Táchira, que los procesos penales que cursan por ante los Juzgados en funciones de juicio son por delitos de acción pública y que la incidencia de casos referida a delitos de acción privada es ínfima y consiste únicamente en delitos de difamación.

No se encontraron causas pendientes por adulterio, lesiones levísimas en accidentes de tránsito, uso de firma en blanco, apropiación indebida simple

Las entrevistas efectuadas a abogados en ejercicio, jueces y Fiscales arrojaron como resultado opinión favorable a despenalizar estos delitos por considerar que las víctimas al ser orientadas por los abogados comprenden que los costos en tiempo y en dinero aunado al desgaste psicológico de asistir a un sin número de audiencias, resuelven desistir de iniciar proceso penales por esos delitos.

En especial en lo que se refiere al delito de adulterio, se puede concluir que ni siquiera en los juzgados con competencia civil y /o de familia cursan causas de divorcio fundamentadas en la causal de adulterio, pues las partes optan por escoger otras causales o realizar un divorcio exprese consensuado y no un litigio. Por lo cual el adulterio no es utilizado como causal para demandar civilmente el divorcio, y mucho menos como fundamento para una acusación o querella penal, por cuanto la investigación permitió establecer que la Sala Constitucional anuló esos tipos penales y con ello despenalizó la conducta de adulterio

Se propone despenalizar los delitos de acción privada, pues se lograría minimalizar la violencia que se produce al verse presionado y sometido a un proceso judicial de índole penal.

Con base a lo expuesto se pudo concluir que mantener penalizados los delitos acción privada contraría la concepción minimalista adoptada por la Constitución y acogida por el COPP puesto que en éste se enumeran enfáticamente los delitos que se consideran graves, dejando entonces su conocimiento a la justicia penal, y desjudicializando los delitos menos graves. Con mayor razón convendría despenalizar los delitos de acción privada pues no solo entran en la categoría de menos graves, sino que además le competen solo al ofendido y no causan daño social, de modo que pueden resolverse en la esfera civil.

En lo que respecta a estos delitos de acción privada donde el bien jurídico tutelado es la propiedad, queda claro que se trata de una afectación meramente económica, que bien puede satisfacerse por la vía civil. Y dado que en el Código Orgánico Procesal Penal se prevén los acuerdos reparatorios para resolver esos conflictos por hechos punibles que lesionan exclusivamente bienes patrimoniales y así poner fin al proceso penal, debe entenderse que la tendencia del legislador es que ese tipo de hechos se resuelvan civilmente

Lo que se propone es descongestionar los despachos judiciales penales y resolver esta clase de hechos oeste tipo de lesiones al derecho de propiedad por la vía civil.

En cuanto al delito de adulterio ya fue despenalizado por sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En efecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), anuló los tipos penales establecidos en los artículos 394 y 395 del Código Penal venezolano, por considerar que los mismos dan un trato injustificadamente desigual a la mujer respecto de los hombres, lo que vulnera los principios de respeto a la dignidad humana e igualdad ante la Ley, establecidos en los artículos 3 y 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

RECOMENDACIONES

Con base a lo expuesto en el presente trabajo investigativo la primera recomendación es despenalizar las conductas tipificadas como delitos de acción privada y por lo tanto eliminar el Procedimiento especial del COPP para el enjuiciamiento en los delitos dependientes de instancia de parte.

En segundo lugar, la investigadora considera que la víctima de un hecho de esta naturaleza, debe intentar la acción civil para que el victimario al ser condenado a indemnizar perciba ello como sanción a su conducta lesiva; es decir que el hecho no quedará impune y autor deberá indemnizar a la víctima. El procedimiento para esta clase de demandas bien podría ser el de intimación, de modo que siendo breve la víctima no encuentre engorroso su trámite judicial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS Kai y WOISCHNINK Jan.(2002). Las reformas procesales penales en América Latina- Ad.Hoc Instituto Max Planck para derecho penal extranjero e internacional.

BARATTA Alessandro. (2004). Principios del derecho Penal Mínimo. Criminología y Sistema Penal. Editorial B de F, Buenos aires, Argentina 2004.

BERTONI Eduardo, DEL CAMPO Agustina (2012) Calumnias e injurias: a dos años de la Reforma del Código Penal Argentino. . disponible en: http://www.palermo.edu/cele/pdf/Calumnias-e-Injurias.pdf.

BINDER, Alberto (2012) Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática. Editorial Astrea. Buenos Aires-Bogotá 1

BULNES Luis y CASTILLO Gaby. (203) Reformulación de los delitos contra el honor desde el funcionalismo jurídico: análisis de los delitos de injurias, calumnia y difamación Disponible en: http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2015/05/BULNES-JIMENEZ.pdf Consulta: 24 de noviembre 2017

CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO Gaceta Oficial de la República de Venezuela N^{o} 2.990 Extraordinario. 26 de julio de 1982

CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL. Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6078 Extraordinario. Junio 15, 2012.

CODIGO PENAL VENEZOLANO Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Nº 5.768, Extraordinario. Abril 13, 2005

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela febrero 19, 2009 N°5.908 Extraordinario

DERECHO EN VENEZUELA (blog) 30 agosto 2011 Clasificación de los hechos punibles disponible en http://derechoenvenezuela.over-blog.es/article-clasificacion-de-los-hechos-punibles-82926408.html

FEBRES Cordero Hernando (2015) Curso de Derecho Penal Parte Especial. Tomo I y II Colección Justitia et Jus ULA Mérida . Reimpresión. 2015.

GRISANTI Hernando y GRISANTI Franceschi. (2005) Manual de derecho Penal Parte especial 17 Ediciones Vadell Hermanos Editores. Caracas- Valencia

LOZADA José Ramón (2011) Los Procedimientos especiales en materia penal. Trabajo especial de grado para optar al título de magister mención derecho penal y criminología Universidad Bicentenaria de Aragua . disponible en: http://conopoimaderecho.blogspot.com/2011/11/procedimiento-especiales-en-materia.html.

LEY SOBRE EL DERECHO DE LA MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA Gaceta Oficial Nº 40.548, de fecha 25 de noviembre de. 2014

LEY PENAL DE PROTECCIÓN A LA ACTIVIDAD GANADERA Gaceta Oficial N° 5 159 Extraordinario de fecha 25 de julio de 1997

PÉREZ, Álvaro (1991). Derecho Penal Mínimo y Derecho Penal de Garantías. Pensamiento Penal Moderno. Universidad Externado de Colombia. Edición Homenaje al V Centenario del Descubrimiento de América.