

PROFA. MAGALY VÁSQUEZ GONZÁLEZ. ALTERNATIVAS A LA PROSECUCIÓN DEL PROCESO Y DELITOS INEXCARCELABLES. SITUACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO PÚBLICO. 269-303. REVISTA CENIPEC. 33. 2018-2021. ESPECIAL. ISSN: 0798-9202

PROFA. MAGALY VÁSQUEZ GONZÁLEZ

**ALTERNATIVAS A LA PROSECUCIÓN DEL PROCESO
Y DELITOS INEXCARCELABLES. SITUACIÓN DE LOS
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO PÚBLICO**

Recepción: 20/08/2022.

Aceptación: 04/10/2022.

Profra. Magaly Vásquez González
mvasquez@ucab.edu.ve
UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
CARACAS-VENEZUELA

Resumen

Las reformas efectuadas al Código Orgánico Procesal Penal progresivamente han incorporado restricciones a la aplicación de algunas de sus instituciones respecto de ciertos delitos; tal circunstancia, sumada a la indeterminación en su denominación, compromete el principio de legalidad y por tanto la seguridad jurídica, al favorecer la discrecionalidad en la interpretación. Especial mención merecen los delitos contra el patrimonio público entre los tipos penales impactados por esos cambios legislativos. *Palabras clave:* corrupción, alternativas, patrimonio público, cosa pública.

Alternatives to the continuation of the process and crimes for which release from custody is not possible. The case regarding crimes against public assets

Abstract

The reforms to the Organic Code of the Criminal Justice Process have progressively incorporated restrictions on the use of certain measures in relation to particular kinds of crime. This trend, added to the indeterminacy of its label, favours discretion in its interpretation and compromises the principle of legality and therefore legal security. Among the crimes affected by these legislative changes, special mention needs to be made of crimes against public assets.

Key words: corruption, alternatives, public assets, public interest.

Alternatives à la poursuite du processus et délits non susceptibles de libération. Situation des délits contre le patrimoine public

Résumé

Les réformes menées au Code organique de procédure pénale ont progressivement incorporé des contraintes à l'application de certaines de ses institutions en ce qui concerne certains délits ; cette situation, ajoutée à l'indétermination dans sa dénomination, va à l'encontre du principe de légalité et, par conséquent, de la sécurité juridique car elle favorise toute interprétation arbitraire. Il faut donc évoquer les délits contre le patrimoine public parmi les types d'infractions pénales affectés par ce type de modifications législatives.

Mots clés: corruption, alternatives, patrimoine public, chose publique.

Alternativas à prossecução do processo e delitos inafiançáveis. Situação dos delitos contra o patrimônio público

Resumo

As reformas realizadas no âmbito do Código Orgânico Processual Penal progressivamente têm incorporado restrições à aplicação de algumas de suas instituições a respeito de certos delitos; tal circunstância, somada à indeterminação na sua denominação, compromete o princípio da legalidade e, por tanto a segurança jurídica, ao favorecer a discricionariedade na interpretação. Especial atenção merecem os delitos contra o patrimônio público dentre os tipos penais impactados por essas mudanças legislativas.

Palavras chave: corrupção, alternativas, patrimônio público, coisa pública.

1.- Introducción

Con la inconstitucional reforma del Código Orgánico Procesal Penal realizada mediante Decreto-Ley en junio 2012, se incorporó al citado cuerpo normativo, un elenco de delitos cuya atribución impide el acceso a ciertas medidas por parte del imputado o penado, a saber, principio de oportunidad (artículo 38), suspensión condicional del proceso (artículo 43), tramitación por el procedimiento para juzgar delitos menos graves (artículos 65 y 354), duración del plazo prudencial fijado judicialmente al Ministerio Público para la conclusión de la investigación (artículo 295), ejecución inmediata de la orden de libertad dictada por el juez (artículos 374 y 430), cuota de rebaja de pena en caso de sentencia condenatoria por admisión de los hechos (artículo 375) y el régimen de progresividad dirigido al otorgamiento de la libertad condicional (parágrafo segundo del artículo 488).

Tales limitaciones puede dar lugar a calificar como inexcusable los delitos de homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro, el delito de corrupción, delitos que causen grave daño al patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad y delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra.

Si bien, como ya se indicó, las restricciones derivadas de la investigación o condena por alguno de los citados delitos aplican respecto de diversas instituciones procesales, centraremos nuestro análisis fundamentalmente en su impacto en las alternativas a la prosecución del proceso y particularmente en las dudas que emergen de la mención al "delito de corrupción" y a los "delitos que causen grave daño al patrimonio público".

2.- Fundamento y procedencia de las alternativas a la prosecución del proceso

Las distintas instituciones contempladas en los códigos que rigen el procedimiento penal aprobados fundamentalmente a partir de la década de

los noventa del siglo XX, denominadas supuestos de excepción al ejercicio de la acción penal (Código Procesal Penal de Guatemala, Código Procesal Penal de Costa Rica, Código Procesal Penal de Chile, Código Procesal Penal de El Salvador, Código Procesal Penal de Perú, Código Procesal Penal de Paraguay, Código de Procedimiento Penal de Colombia, entre otros) soluciones alternativas y formas de terminación anticipada del proceso (Código Nacional de Procedimientos Penales de México) o, como en Venezuela, alternativas a la prosecución del proceso, se insertan en el modelo de justicia restaurativa alineado con el sistema procesal penal acusatorio, en tanto que el proceso se concibe ya no con una visión aflictiva o instrumento de persecución sino como un instrumento para reestablecer el orden social quebrantado con la comisión del delito y un medio para lograr la reparación del daño causado a la víctima, lo cual explica que precisamente se declare esto último como uno de los objetivos del proceso penal.¹

Las salidas o medios alternos son "instituciones y mecanismos creados por el legislador para dar una respuesta adecuada a ciertas situaciones de transgresión a las normas legales que resulten socialmente más convenientes para los imputados y las víctimas, dentro de una nueva política criminal, que va más allá de la mera imposición de una pena...".²

Respecto de las alternativas a la prosecución del proceso, afirmaba el legislador en la Exposición de Motivos del COPP 1998, que tales innovaciones en nuestro sistema procesal penal, "se basan en criterios de economía procesal y constituyen una alternativa ante procesos largos y costosos". Ahora bien, la posibilidad de poner fin a la persecución penal en una etapa temprana del proceso, que, además de evitar los efectos estigmatizantes de la pena privativa de libertad y ahorrar al Estado el desarrollo de un proceso con todos los costos que ello implica desde el punto de vista de los recursos humanos y materiales, procura la pacificación de las relaciones entre el imputado y la víctima, aplica respecto de la denominada pequeña y mediana criminalidad, lo cual se deduce, en algunos casos, de la referencia expresa a ciertos delitos o

¹ En este sentido, artículos 23 y 120 del COPP 2021.

² Hermosilla Iriarte, cit. Por González Obregón, C. *Manual Práctico del Juicio Oral*, 4ª Edición, México, Tirant lo Blanch Manuales, 2016, p. 87.

al bien jurídico lesionado por el hecho, tal como sucede con los acuerdos reparatorios, o al quantum de la pena, como se aprecia en el caso del principio de oportunidad y en la suspensión condicional del proceso.

3.- Principio de oportunidad

El principio de oportunidad regulado en el artículo 38 del COPP (2021) y sustentado en nuestro marco constitucional,³ constituye una excepción al principio de legalidad procesal, conforme al cual el Ministerio Público, en su condición de sujeto procesal titular del "ejercicio" de la acción penal -lo cual realiza en nombre del Estado, tal como lo disponen el artículo 285.4 Constitucional y artículo 11 del COPP (2021)- previa autorización judicial, prescinde del referido ejercicio en casos taxativamente señalados en la citada norma, tratándose por tanto de supuestos de oportunidad reglados.

Según Betancourt,⁴ en el entendido de que la prescindencia de la persecución penal atiende al reconocimiento de la limitación de los recursos, es menester que el Ministerio Público racionalice con prudencia su utilización en el seguimiento de los hechos punibles, excluyendo los asuntos de poca monta o bagatelas, por lo que los criterios de oportunidad, teóricamente deben estar limitados a dos supuestos: a) que se trate de delitos de escaso impacto o alarma social, y b) que la pena sea innecesaria o su aplicación resulte de poca importancia en términos de política criminal. Efectivamente esto se corresponde con la regulación contenida en la legislación venezolana, según la cual, el o la Fiscal del Ministerio Público podrá solicitar al Juez o Jueza de Control autorización para prescindir, total o parcialmente, del ejercicio de la acción penal, o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, en cualquiera de los supuestos siguientes:

1. Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia o por su poca frecuencia no afecte gravemente el interés público, excepto, cuando el

³ El fundamento constitucional del principio de oportunidad está contemplado en el artículo 285.4 de la Carta Magna que, al describir las atribuciones del Ministerio Público, dispone que este órgano debe ejercer en nombre del Estado la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla no fuere necesaria instancia de parte, salvo las excepciones establecidas en la ley. Precisamente estas excepciones son desarrolladas por el COPP en el artículo 38.

⁴ López Betancourt, E. *Derecho Procesal Penal*, Segunda edición (e-Book), Tercera edición impresa, México, IURE editores, 2018, p. 91.

máximo de la pena exceda de los ocho años de privación de libertad, o se cometa por un funcionario o funcionaria, empleado público o empleada pública, en ejercicio de su cargo o por razón de él.

2. Cuando la participación del imputado o imputada, en la perpetración del hecho se estime de menor relevancia, salvo que se trate de un delito cometido por funcionario o funcionaria, empleado público o empleada pública, en ejercicio de su cargo o por razón de él.

3. Cuando en los delitos culposos el imputado o imputada, haya sufrido a consecuencia del hecho, daño físico o moral grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena.

4. Cuando la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho o la infracción, de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones, o a la que se le impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

Si bien los casos descritos en los cuatro numerales del artículo 38, se adecúan a los dos supuestos que refiere Betancourt, debe advertirse que el argumento de banalidad o insignificancia del hecho punible es difícil de asimilar por las víctimas, máxime si el COPP no ha contemplado como una exigencia para su aprobación, la reparación del daño causado. En el caso venezolano se han privilegiado las ventajas de la descongestión del sistema penal para la eficiencia del sistema de administración de justicia pena, en tanto el Ministerio Público puede dedicar mayor atención a las causas por delitos lesivos de bienes jurídicos de envergadura.

Se excluye de la aplicación de esta alternativa a la prosecución del proceso el catálogo de delitos que hemos calificado como inexcarcelables, a saber, homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro, el delito de corrupción, delitos que causen grave daño al patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los

derechos humanos, lesa humanidad, delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra. El análisis de tales exclusiones se realiza más adelante.

4.- Acuerdos reparatorios

Los acuerdos reparatorios constituyen un arreglo o convenio sustentado en los valores provenientes de la justicia restaurativa, relacionados con el llamado "interés preponderante de la víctima, realizado entre ésta y el imputado en virtud del cual el mismo se obliga a reparar a la víctima el daño provocado por el delito".⁵

Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el fallo N° 785 del 6 de mayo de 2005⁶ ha sostenido que:

"... la institución de los acuerdos reparatorios, como mecanismos alternativos a la prosecución del proceso en los sistemas procesales penales modernos, tiende a simplificar el proceso a objeto de reparar integralmente el daño causado a la víctima, sin menoscabar los derechos del imputado, si éste ha admitido los hechos y ha manifestado su voluntad libre y consciente para la realización del acuerdo y obtener una sentencia condenatoria, en caso de incumplimiento, lo cual permite que se pueda prescindir del juicio oral y público.

En tal sentido, la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia en decisión número 1661 del 19 de diciembre de 2000 (Caso: Nally Rafael Hernández Jiménez) indicó que:

"El interés entre la víctima y el imputado de celebrar el acuerdo reparatorio es la resolución alternativa del conflicto surgido, indemnizándose a la víctima con una justa reparación, además de lograrse la extinción de la acción penal, que por razones de economía procesal, constituye una solución para evitar procesos largos y costosos.

⁵ Ob. Cit., p. 188.

⁶ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Mayo/785-060505-03-2841.htm>

La procedencia o no de recursos, contra las decisiones que se dicten con motivo de la aplicación del procedimiento que por acuerdos reparatorios celebren la víctima y el imputado, radica en el hecho de que dichas decisiones pudieran tener carácter de definitivas una vez que se verifique su cumplimiento, y éstas ser dictadas en violación de la ley, tanto en su forma como en el fondo, lo cual obviamente influiría en el resultado del juicio. En tal virtud, dicha decisión queda sujeta al control por parte del órgano jurisdiccional de alzada.

Este criterio contiene un aspecto fundamental, precisado con toda claridad por Alberto Binder, en su obra 'Introducción al Derecho Procesal Penal', el cual señala, que 'la impugnabilidad de la sentencia y de otros fallos importantes se vincula a las garantías judiciales mínimas; y un proceso penal garantizador debe establecer el derecho o la facultad de recurrir el fallo'.

No se puede soslayar este principio cuando es consagrado en instrumentos internacionales que comprometen a Venezuela y que inspiraron los principios garantistas rectores del Código Orgánico Procesal Penal, y es así que la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en el numeral 2 de su artículo 8, establece: 'Durante el proceso, toda persona tiene derecho a recurrir del fallo ante juez o Tribunal Superior'.

En este sentido, el artículo 40 del Código Orgánico Procesal Penal vigente⁷ establece que el Juez podrá aprobar acuerdos reparatorios entre la víctima y el imputado cuando el hecho punible recaiga sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, o cuando se trate de delitos culposos contra las personas, después de haber verificado que las partes lo cumplieron en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos.

En este orden de ideas, la tutela judicial efectiva garantiza a las partes la posibilidad de interponer los recursos establecidos en la Ley, la procedencia o no de los recursos contra la decisión que se

⁷ Actualmente artículo 38.

dicte con ocasión de los acuerdos reparatorios celebrados entre la víctima y el imputado, radica en el hecho de que la referida decisión pudiera ser dictada en violación de la ley...".

Respecto de esta alternativa a la prosecución del proceso, vigente en Venezuela desde marzo 1998 -dado que formó parte de las instituciones a las que se otorgó vigencia anticipada una vez aprobado el COPP (1998)- no contempla la ley otra limitación adicional a que el hecho punible objeto del proceso, recaiga exclusivamente sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, o se trate de delitos culposos contra las personas (artículo 41, COPP 2021). En relación con esta última regulación, se advierte que la misma no solo supone que el delito haya sido perpetrado por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia normativa, sino que también considera la naturaleza del bien jurídico lesionado, pues incluso en casos de homicidio (culposo) se podría aprobar un acuerdo reparatorio.

Si bien la mayoría de los hechos punibles recaen sobre una persona afectando su honor, propiedad, libertad, etc., debe entenderse que la exigencia de que se trate de un "delito culposo contra las personas", ante la ausencia de alguna previsión especial, solo podría aplicar respecto de los delitos contenidos en el Título IX del Libro Segundo del Código Penal, el cual precisamente describe los "Delitos contra las Personas", y en los casos en que se haya contemplado la forma culposa para el respectivo tipo penal.

5.- Suspensión condicional del proceso

La suspensión condicional del proceso, instituto proveniente de los sistemas procesales anglosajones que admiten la "*probation*" (Exposición de Motivos, COPP 1998), fue incorporada, aunque con una orientación distinta, al proceso penal venezolano hace más de cuatro décadas, con la aprobación de la Ley de Sometimiento a Juicio y Suspensión Condicional de la Pena promulgada en diciembre del año 1979 pero vigente a partir de 1980.⁸ Esa entonces novísima legislación, incorporó al sistema procesal venezolano, a través de las dos figuras que regulaba, el denominado "régimen de prueba" (la *probation*

⁸ Esta Ley estuvo vigente hasta 1993 cuando es sustituida por la Ley de Beneficios en el Proceso Penal.

anglosajona), pues tanto el procesado que optaba al sometimiento a juicio como el condenado que solicitaba la suspensión condicional de la pena, debían comprometerse a cumplir, bajo la supervisión de un delegado de prueba, con una serie de condiciones durante un período de tiempo (2 años en caso del sometimiento a juicio y de 1 a 5 en el caso de la suspensión de la pena).

El otorgamiento del Sometimiento a Juicio exigía el previo cumplimiento de los extremos contemplados en el artículo 182 del Código de Enjuiciamiento Criminal, referidos al auto de detención. En este caso, en lugar de la detención el tribunal podía acordar el Sometimiento a Juicio si adicionalmente concurrían los siguientes requisitos:

a. Que el indiciado no hubiere sido previamente condenado a pena o medida correccional⁹ privativa de libertad ni haberse acogido al beneficio de Sometimiento a Juicio a menos que hubiere sido absuelto por sentencia definitivamente firme.

b. Que el hecho punible atribuido no mereciere pena privativa de libertad superior a 5 años en su límite máximo. Si se trataba de caso de concurso de delitos debía atenderse al de mayor entidad.

c. Que el procesado se comprometiera a cumplir con las condiciones que le impusiere el Delegado de Prueba (el régimen de prueba no procedía en caso de los delitos de difamación e injuria). Estas condiciones podían consistir en la obligación de no salir de la ciudad o lugar de residencia, de no cambiar de domicilio sin autorización del Delegado de Prueba, fijar su domicilio o residencia en otra parroquia, municipio o Estado siempre que ello no significare un obstáculo para el ejercicio de su profesión o trabajo o abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas.

Vencido el plazo del Sometimiento a Juicio (2 años) sin que se hubiere dictado sentencia firme, debía cesar el régimen de prueba.

En el COPP original (1998), la suspensión condicional del proceso fue inicialmente contemplada como una alternativa a la prosecución del proceso,

⁹ Si bien la Ley expresamente no lo indicaba, se refería a las impuestas conforme a la Ley sobre Vagos y Maleantes pues eran las únicas medidas correccionales contempladas en la legislación de la época.

procedente en los casos en que si se dictara una sentencia condenatoria, podía concederse la suspensión condicional de la ejecución de la pena, exigencia que tenía sentido en tanto que, como se plantea en el Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, la suspensión del proceso a prueba "tiene relación expresa con la condena condicional, la remisión de la pena o la suspensión condicional de la pena". En la misma línea, en el artículo 237 del Código Procesal Penal chileno, se establece que "la suspensión condicional del procedimiento podrá decretarse: a) Si la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad", lo que evidencia que en el COPP 1998 se asoció la suspensión del proceso al quantum de pena que podía hacer procedente la suspensión de su ejecución, por considerarse que si una vez desvirtuada la presunción de inocencia, el penado podía optar a la suspensión de la ejecución de la pena, con mayor razón, mientras estaba amparado por tal presunción, podría optar a la suspensión del proceso como mecanismo para cumplir el fin preventivo del Derecho Penal.¹⁰

La suspensión condicional del proceso, suspensión condicional del procedimiento o suspensión del proceso a prueba, denominaciones que acogen los códigos latinoamericanos que rigen el procedimiento penal, está prevista tanto en favor de la víctima -cuyo perjuicio se procura reparar, en la medida de las posibilidades del imputado-, como en beneficio del imputado -que evitará así el riesgo de ser sometido a juicio y, con ello, la posibilidad de ser condenado y eventualmente encarcelado- y en favor de la sociedad en general, que verá así incrementadas las posibilidades de integración comunitaria de las personas sometidas a proceso penal y, con ello, encontrará resueltos ciertos conflictos de una mejor manera.¹¹

Sostiene Vitale,¹² que una primera finalidad a la que directamente tiende la suspensión del proceso penal a prueba es la de "descomprimir la labor de la justicia penal (y de los demás componentes del sistema penal que, de uno u

¹⁰ Vásquez González, M. *¿Evolución o Involución del Derecho Procesal Penal Venezolano? Especial referencia a las reformas al COPP*, Primera Edición, Caracas, Abediciones, Colección Letraviva, Universidad Católica Andrés Bello, 2021, p. 50.

¹¹ Vitale, G. *Suspensión del proceso penal a prueba*, 1996, Editores del Puerto, Argentina, p. 41.

¹² Ob. Cit., p. 42.

otro modo, se ven involucrados), a fin de orientar la utilización de los escasos recursos penales hacia la investigación y eventual punición de los delitos de mayor gravedad social. Ello se procura conseguir permitiendo paralizar el proceso penal en relación a una gran cantidad de ilicitudes -que forman parte de la preocupación cotidiana de nuestros desprestigiados sistemas penales-, posibilitando, de esa manera, no malgastar esos pocos recursos con los que se cuenta en la persecución meramente represiva de ilícitos de menor importancia social, pues precisamente los conflictos que ellos representan pueden enfrentarse, de mejor modo, a través de mecanismos diferentes a la condena penal o al cumplimiento de una pena privativa de libertad", por lo que este instituto tiende "a reducir el peso que, fundamentalmente sobre los sectores sociales carenciados, produce la irracionalidad selectiva con la que opera nuestro sistema penal".

Siendo que, insiste el referido autor, la realidad muestra la existencia de un buen número de ilícitos que siempre van a quedar sin investigar ni esclarecer, es importante procurar que ellos sean los de menor gravedad social y no los que mayor daño producen a la vida comunitaria, lo cual exige una "dosis de racionalidad en los sistemas de persecución penal" para obtener "mayores cuotas de eficacia en la persecución de los delitos de mayor gravedad", pero sin recurrir "a la ilegítima vía del quebrantamiento de las valiosas garantías que los miembros de la sociedad debemos poder hacer valer frente al Estado, como límite a su poder represivo. Por el contrario, *toda interpretación legal del régimen de suspensión del proceso penal a prueba debe llevarse a cabo de conformidad con el objetivo, buscado por el instituto, de robustecer los límites al poder punitivo estatal*".¹³

Contempla la actual regulación procesal penal venezolana (COPP 2021), la misma orientación de la Ley de Sometimiento a Juicio y Suspensión Condicional de la Pena promulgada de 1979, en el sentido de distinguir entre requisitos y condiciones para la procedencia de la suspensión condicional del proceso. En tal sentido contempla el artículo 43 que, para el otorgamiento de la referida alternativa a la prosecución del proceso, deben concurrir los siguientes requisitos:

¹³ *Idem*, p. 43.

- a. El delito imputado debe merecer una pena que no exceda de ocho (08) años en su límite máximo;
- b. El imputado o imputada debe admitir plenamente el hecho que se le atribuye, aceptando formalmente su responsabilidad en el mismo;
- c. El solicitante no debe encontrarse sujeto a esta medida por otro hecho, ni haberse acogido a esta alternativa dentro de los tres años anteriores;
- d. El solicitante debe formular una oferta de reparación del daño causado por el delito; tal oferta puede consistir en la conciliación con la víctima o en la reparación natural o simbólica del daño causado;
- e. El imputado o imputada debe comprometerse a someterse a las condiciones que le fueren impuestas por el tribunal, conforme a lo dispuesto en el artículo 45 del COPP.¹⁴

¹⁴ El Juez o Jueza fijará el plazo del régimen de prueba, que no podrá ser inferior a un año ni superior a dos, y determinará las condiciones que deberá cumplir el imputado o imputada, entre las siguientes:

1. Residir en un lugar determinado.
2. Prohibición de visitar determinados lugares o personas.
3. Abstenerse de consumir drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas y de abusar de las bebidas alcohólicas.
4. Participar en programas especiales de tratamiento, con el fin de abstenerse de consumir sustancias estupefacientes o psicotrópicas o bebidas alcohólicas.
5. Comenzar o finalizar la escolaridad básica si no la tiene cumplida, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o la institución que determine el Juez o Jueza.
6. Prestar servicios o labores a favor del Estado o instituciones de beneficio público.
7. Someterse a tratamiento médico o psicológico.
8. Permanecer en un trabajo o empleo, o adoptar, en el plazo que el tribunal determine, un oficio, arte o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia.
9. No poseer o portar armas.
10. No conducir vehículos, si éste hubiere sido el medio de comisión del delito.

A proposición del Ministerio Público, de la víctima o del imputado o imputada, el Juez o Jueza podrá acordar otras condiciones de conducta similares, cuando estime que resulten convenientes.

En todo caso, el imputado o imputada deberá cumplir con la oferta de reparación acordada por el Juez o Jueza, y someterse a la vigilancia que determine éste o ésta.

El régimen de prueba estará sujeto a control y vigilancia por parte del delegado o delegada de prueba que designe el Juez o Jueza, y en ningún caso, el plazo fijado podrá exceder del término medio de la pena aplicable.

Al igual que como se establece en el caso del principio de oportunidad, se excluyen de la aplicación de esta alternativa a la prosecución del proceso, las causas que se refieran a la investigación de los delitos de homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro, el delito de corrupción, delitos que causen grave daño al patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad y delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra.

6.- Delitos inexcusable

El establecimiento de delitos inexcusable, característica común en los sistemas inquisitivos previos, que había sido superada, es la primera tendencia normativa identificable en la realidad actual de la regulación de la prisión preventiva en América Latina,¹⁵ constituyendo el caso más extremo de cambio ya que produce la supresión de la lógica cautelar que debe regir como principio básico y del carácter excepcional de la prisión preventiva.¹⁶

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁷ ha señalado que "en ningún caso la ley podrá disponer que algún tipo de delito quede excluido del régimen establecido para el cese de prisión preventiva o que determinados delitos reciban un tratamiento distinto respecto de los otros en materia de libertad durante el proceso, sin base en criterios objetivos y legítimos de discriminación, por la sola circunstancia de responder a estándares como "alarma social", "repercusión social", "peligrosidad" o algún otro" (párrafo 91).

Contraviniendo tal criterio, la reforma del COPP de 2012 amplió el elenco de delitos inexcusable incorporado en la reforma del 4 de septiembre de

¹⁵ Prisión Preventiva en América Latina: Enfoques para Profundizar el Debate, 2013 Centro de Estudios de Justicia de las Américas. CEJA, Canadian International Development Agency, Providencia Santiago, Chile, p. 69.

¹⁶ *Idem*, p. 70.

¹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas 2017, pp. 64-65. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/prisionpreventiva.pdf>

2009, la cual, en los artículos regulatorios de las instituciones del principio de oportunidad (artículo 37), suspensión condicional del proceso (artículo 42) y duración de la fase preparatoria (313), había incorporado la siguiente restricción:

Quedan excluidas de la aplicación de esta norma, las causas que se refieran a la investigación de delitos de lesa humanidad, contra la cosa pública, en materia de derechos humanos, contra el sistema financiero o asociados a éstos, crímenes de guerra, narcotráfico y delitos conexos.

Efectivamente, en la reforma de 2012 la antes referida restricción se amplió a un mayor número de delitos, en los siguientes términos:

Quedan excluidas de la aplicación de esta norma, las causas que se refieran a la investigación de los delitos de: homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro, el delito de corrupción, delitos que causen grave daño al patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad y delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra.

En la última reforma al COPP en septiembre 2021, se mantuvo sin cambios el aludido catálogo de delitos.

Ciertamente la mayoría de los tipos penales contenidos en el aparte antes citado, provocan un importante impacto social o merecen una pena de gravedad; sin embargo, al tratarse de excepciones a la posible aplicación de un criterio de oportunidad o de la suspensión condicional del proceso, su improcedencia debe interpretarse restrictivamente.

En relación con la determinación de la gravedad de un delito en función de la pena establecida legalmente, es pertinente traer a colación el criterio vinculante plasmado en el fallo N° 1859 emanado de la Sala Constitucional del Tribunal

Supremo de Justicia en fecha 18 de diciembre de 2014, oportunidad en la que conoció de la decisión dictada por un Juzgado de Primera Instancia en Funciones de Ejecución que desaplicó por control difuso la decisión emitida por una Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, mediante la cual revocó el fallo emitido por el Tribunal de Ejecución que negó la Fórmula Alternativa de Cumplimiento de la Pena consistente en Destacamento de Trabajo, a un ciudadano condenado por la comisión del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas y en el que la referida Sala, al considerar la distinción que entre tráfico de drogas de mayor y menor cuantía realizó la reforma del COPP de 2012 en los artículos 38, 43, 374, 375, 430, parágrafo único, y 488, Sala, estimó:

“... que no es posible dar el mismo trato a todos los casos, en razón de que no todos los supuestos de los delitos que corresponden a esta sensible materia son iguales, ni el daño social -consecuencias sociales- que ellos generan es de igual naturaleza. Sin embargo, existen situaciones cuyas consecuencias jurídicas y sociales son de mayor magnitud que otras, y es allí en donde el legislador por medio de la normativa vigente impone un orden para evitar que iguales conductas se realicen de nuevo.

Para esta Sala, el hecho de que los delitos de tráfico de mayor cuantía de drogas, de semillas, resinas y plantas tengan asignadas penas mayores se fundamenta en una razón objetiva: la magnitud de sus consecuencias jurídicas y sociales, en virtud de lo cual a los condenados se les pospone la posibilidad de obtener las fórmulas para el cumplimiento de la pena, solo para cuando el recluso haya cumplido las tres cuartas (3/4) partes de la misma, conforme lo previsto en el ordenamiento jurídico, toda vez que existe primacía de los derechos e intereses colectivos sobre los individuales, como consecuencia de la proclamación en la Constitución, de un Estado como social y democrático de Derecho.

En tal sentido, esta Sala estima oportuno citar lo establecido por la Sala de Casación Penal en su sentencia n.º 376, de fecha 30 de julio de 2002, caso: "Felina Guillén Rosales", respecto de la aplicación en los procesos por delitos de drogas del principio de proporcionalidad en el sentido siguiente:

(...) hacer distingos entre quienes operan con una gran cantidad de drogas y quienes lo hacen con una ínfima cantidad. Es paladino que el desvalor del acto es muy diferente en ambos supuestos, así como también el desvalor del resultado y a tenor del daño social causado. (...) En suma, hay que tomar en consideración que habría un minimum de peligrosidad social -siempre en relación con la muy alta nocividad social de tal delito- si una actuación criminosa con drogas fuera sin un ánimo elevado de lucro o, por lo menos, sin una posibilidad real de lograr un elevado beneficio económico: esto puede inferirse de una cantidad muy baja de droga y que, por lo tanto, representaría un ataque no tan fuerte al muy alto y trascendente bien jurídico protegido. La fuerza del ataque a dicho bien debe influir en el criterio de peligrosidad, pues de eso dependería en principio el peligro social implícito en la conducta delictuosa".

En tal virtud, declaró que se "debe considerar **como tráfico de menor cuantía de drogas, semillas, resinas y plantas los supuestos atenuados del tráfico previstos en los artículos 149, segundo aparte, y 151, primer aparte, de la Ley Orgánica de Drogas**" y estableció con carácter vinculante, "la posibilidad de conceder a los imputados y penados por el delito de tráfico de drogas de menor cuantía, fórmulas alternativas a la prosecución del proceso y a la ejecución de la pena, y a los condenados por el delito de tráfico de drogas de mayor cuantía se les pospone la posibilidad de obtener las fórmulas para el cumplimiento de la pena, solo para cuando el recluso haya cumplido las tres cuartas (3/4) partes de la misma, conforme lo previsto en el ordenamiento jurídico...".

Siendo que el delito de tráfico de menor cuantía a que se refiere el segundo aparte del artículo 149 de la Ley Orgánica de Drogas merece una pena de ocho a doce años de prisión y el contemplado en el primer aparte del artículo 151 ejusdem, la pena de seis a diez años de prisión, tales quantums punitivos deben servir de referencia respecto de delitos que no producen el daño social propio del tráfico ilícito de drogas y que por ello son sancionados con menor severidad por el legislador sustantivo, tal es el caso de los delitos contra el patrimonio público tipificados en la Ley contra la Corrupción (LCC).

7.- Inexcarcelabilidad de los delitos contra el patrimonio público

Preceptúa la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (artículo 271) que no puede negarse la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables, entre otros, de los delitos de "drogas" y "hechos contra el patrimonio público de otros Estados". Al mismo tiempo dispone que no prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos "contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes", ordenando, previa decisión judicial, la confiscación de "los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o con el tráfico de estupefacientes" y reconociendo la facultad de "la autoridad judicial competente para dictar las medidas cautelares preventivas necesarias contra bienes propiedad del imputado o de sus interpuestas personas, a los fines de garantizar su eventual responsabilidad civil".

La referencia realizada precedentemente a los delitos de "drogas" o el "tráfico ilícito de estupefacientes", a la par de los que atentan contra el patrimonio público, obedece a la necesidad de adoptar como referente, el criterio sentado en el fallo N° 1859 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, citado líneas atrás, en el que desarrolló la diferencia entre tráfico de mayor y menor cuantía contemplada en el COPP reformado en 2012, pues también esa reforma cambió el tratamiento de los delitos contra la **cosa pública** a que se refería el COPP de 2009, por el delito de **corrupción** y delitos que causen **grave daño al patrimonio público**.

En consecuencia, cobra importancia analizar la naturaleza y gravedad de los delitos que conllevan a un tratamiento distinto, particularmente en lo que respecta a los previstos en la LCC, dados los cambios verificados en la materia, pues en la reforma de 2009 se excluían de la aplicación del principio de oportunidad, de la aprobación de la suspensión condicional del proceso y de la fijación de un plazo prudencial para la conclusión de la fase preparatoria a solicitud del imputado o la víctima una vez transcurridos seis meses desde la individualización del primero.

Llama la atención que no obstante que para la fecha de incorporación de tal limitación en el Código adjetivo penal, se encontraba vigente la LCC del 7

de abril de 2003, la cual, dentro del Título relativo a los delitos, regulaba el enriquecimiento ilícito, los demás delitos lesivos del patrimonio público y los atentatorios contra la administración de justicia en la aplicación de dicha Ley, el COPP (2009) siguiera empleando la denominación de la extinta Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (LOSPP), que entre los artículos 58 y 80, tipificaba los "delitos contra la cosa pública".

En efecto, bajo el Título "**De los Delitos contra la Cosa Pública**", regulaba la LOSPP de 1982, los delitos de peculado doloso propio e impropio (artículo 58), peculado culposo (artículo 59), malversación genérica simple y agravada (artículo 60), malversación específica (artículo 61), concusión (artículo 62), utilización ilegítima de información (artículo 63), obtención ilegal de utilidad en actos de la administración pública (artículo 64), corrupción impropia (artículo 65), enriquecimiento ilícito (artículo 66), corrupción propia (artículo 67), exacciones ilegales (artículo 68), abuso de autoridad (artículo 69), concierto con postores (artículo 70), obtención de lucro por pago de bienes y servicios públicos, aprovechamiento fraudulento de fondos públicos, obtención de lucro por certificaciones falsas en la realización de obras, incorporación patrimonial ilegal de bienes o valores públicos, peculado de uso y cobro ilegítimo de utilidades en entes públicos (numerales 1, 2, 3, 4 y 5 y 6 del artículo 71, respectivamente); tráfico de influencias (artículo 72), ocultamiento o falsedad de declaración jurada (artículo 73), falsa expedición o forjamiento de certificado médico (artículo 74), expedición o uso de documento falso (artículo 75), sustracción o destrucción de documentos (artículo 76), suposición de valimiento con funcionarios (artículo 77), enriquecimiento derivado del despilfarro, pagos fraudulentos y certificaciones falsas (numerales 1, 2 y 3 del artículo 78, respectivamente), manejo ilegítimo de cuentas bancarias (artículo 79) y denuncia falsa o maliciosa (artículo 80).

Siendo que en líneas generales la regulación antes citada se mantuvo en la LCC del 7 de abril de 2003 que derogó la LOSPP, podía entenderse que cuando los artículos 37, 42 y 313 del COPP 2009 se referían a las causas por delitos contra la cosa pública, se trataba de las causas por los delitos de peculado doloso propio e impropio (artículo 52), peculado culposo (artículo 53), peculado de uso (artículo 54), malversación genérica simple y agravada (artículos 56 y 57, respectivamente), evasión de licitaciones (artículo 58),

malversación específica (artículo 59); concusión (artículo 60); corrupción impropia (artículo 61), corrupción propia (artículo 62), inducción a la corrupción (artículo 63), soborno (artículo 64), utilización ilegítima de información (artículo 66), abuso de autoridad (artículo 67), favorecimiento o perjuicio electoral (artículo 68), exacciones ilegales (artículo 69), concierto con postores (artículo 70), tráfico de influencias (artículo 71), obtención ilegal de utilidad en actos de la administración pública (artículo 72), enriquecimiento ilícito (artículo 73), aprovechamiento fraudulento de fondos públicos (artículo 74), cobro ilegítimo de utilidades en entes públicos (artículo 75), ocultamiento o falseamiento de documentos (artículo 76), forjamiento o expedición de certificaciones falsas (artículo 77), sustracción o destrucción de documentos (artículo 78), suposición de valimiento con funcionarios (artículo 79), enriquecimiento derivado del despilfarro, pagos fraudulentos y certificaciones falsas (numerales 1, 2 y 3 del artículo 80, respectivamente), manejo ilegítimo de cuentas bancarias (artículo 81) y denuncia falsa o maliciosa (artículo 82).

Sin embargo, la interpretación propuesta no podía aplicar a partir de la reforma del COPP del 12 de junio de 2012, pues este texto normativo si bien amplió el elenco de delitos que daban lugar a un trato más restrictivo, ya sea respecto del juzgamiento en libertad, el acceso a alguna alternativa a la prosecución del proceso, el plazo prudencial que judicialmente se podía fijar al Ministerio Público para la conclusión de la investigación o el quantum de rebaja de pena en caso de admisión de los hechos, entre otras instituciones, al mismo tiempo sustituyó la expresión delitos contra la cosa pública por "**el delito de corrupción**" y "**delitos que causen grave daño al patrimonio público y la administración pública**", lo que lleva a concluir que no todos los delitos contra el patrimonio público, denominación que, como ya se ha indicado, contemplaba la legislación especial vigente para la época (LCC, 2003), debían ser incluidos en esa categoría de delitos inexcusables, sino solo el delito de corrupción. Dado que el COPP no estableció diferencia alguna podría entenderse que se trataba de los delitos de corrupción impropia y corrupción propia, tipificados, respectivamente, en los artículos 61 y 62 de la LCC y no así la inducción a la corrupción descrito en el artículo 63 ejusdem, por cuanto este último sancionaba la sola conducta de persuadir o inducir a la corrupción sin que se consiguiera el objeto.

Por otra parte, la entonces nueva regulación de 2012, suponía que las limitaciones anotadas además de aplicar al delito de corrupción, se extendían a otros delitos contemplados en la legislación especial "que causaran grave daño al patrimonio público y la administración pública".

Ahora bien, la nueva LCC de 2022, mantiene la misma denominación y regula, al igual que la legislación precedente, tres grupos de delitos: a) enriquecimiento ilícito; b) otros delitos contra el patrimonio público; y c) delitos contra la administración de justicia en la aplicación de esa ley.

Dentro del segundo grupo, la Ley reformada tipifica los delitos de Apropiación o distracción del patrimonio público (artículo 59), Extravíos, pérdidas, deterioros y daños a bienes del patrimonio Público (artículo 60), Uso indebido de bienes del patrimonio público (artículo 61), Beneficio por restitución de lo apropiado o distraído (artículo 62), Destino diferente a fondo o rentas públicas (artículo 63), Aplicación diferente a fondo o rentas públicas (artículo 64), Evasión de procedimientos, controles o restricciones en licitaciones (artículo 65), Excesos para contraer gastos o deudas (artículo 66), Constricción para obtener sumas de dinero (artículo 67), Retribuciones o utilidades (artículo 68), Retraso u omisión intencional de funciones (artículo 69), Persuasión e inducción a delinquir a funcionarias públicas o funcionarios públicos (artículo 70), Soborno (artículo 71), Uso indebido de información o datos reservados (artículo 73), Acto arbitrario (artículo 74), Favorecimiento o perjuicio electoral (artículo 75), Cobranza de impuestos o tasas por medios no autorizados (artículo 76), Concierto para celebración de contratos (artículo 77), Ventaja o beneficios económicos de funcionarias públicas o funcionarios públicos (artículo 78), Utilidad ilegal por actos de la administración (artículo 79), Incremento injustificado de patrimonio (artículo 80), Provecho o distracción de dinero, valores o bienes públicos (artículo 81), Ausencia o disconformidad de balances (artículo 82), Falseamiento u ocultamiento de datos en la declaración jurada de patrimonio (artículo 83), Expedición de falsas certificaciones (artículo 84), Ocultamiento, inutilización o alteración de libros (artículo 85), Alardeamiento (sic) o valimiento de relaciones o influencias (artículo 86), Utilidad, ventaja o beneficio económico (artículo 87), Apertura de cuentas indebidas (artículo 88), Denuncia o acusación falsa (artículo 89) y Promesa de soborno a funcionaria pública o funcionario público (artículo 90).

Es decir, actualmente en la ley especial que rige la materia, no hay una regulación específica del delito de corrupción, siendo improcedente, por exigencia del principio de legalidad, presumir que la restricción aplica a todos los delitos descritos en la Ley.

Por otra parte, el COPP emplea dos conceptos jurídicos que no son necesariamente equivalentes: patrimonio público y administración pública. En relación con el primero, la LCC en su artículo 4 dispone que:

“... Se considera patrimonio público, todos los bienes, derechos, recursos e instrumentos jurídicos y económicos que, por cualquier título, corresponden a:

1. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional.
2. Los órganos y entes a los que incumbe el ejercicio del Poder Público estatal.
3. Los órganos y entes a los que incumbe el ejercicio del Poder Público en los distritos y distritos metropolitanos.
4. Los órganos a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Municipal y en los demás entes locales previstos en la Ley Orgánica del Poder Popular.
5. Los órganos y entes a los que incumbe el ejercicio del Poder Público en los territorios y dependencias federales.
6. Los institutos autónomos nacionales, estatales, distritales y municipales.
7. El Banco Central de Venezuela.
8. Las universidades públicas.
9. Las demás personas de Derecho Público: nacionales, estatales, distritales y municipales.
10. Las sociedades de cualquier naturaleza en las cuales las personas a que se refieren los numerales anteriores tengan participación en su capital social, así como las que se constituyen con la participación de aquellas.
11. Las fundaciones y asociaciones civiles, instituciones y otras formas asociativas, de derecho público o privado, incluidas las instancias y organizaciones de base del Poder Popular, que estén

constituídas con fondos públicos o que sean dirigidas por las personas a que se refieren los numerales anteriores,¹⁹ o en las cuales tales personas designen sus autoridades, o cuando los aportes presupuestarios o contribuciones efectuadas en un ejercicio presupuestario por una o varias de las personas a que se refieren los numerales anteriores represente el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto.

Igualmente, se considera patrimonio público, los recursos entregados a particulares, por los entes del sector público mencionados en el artículo anterior, mediante transferencias, aportes, subsidios, contribuciones, o alguna otra modalidad similar para el cumplimiento de finalidades de interés o utilidad pública, hasta que se demuestre el logro de dichas finalidades. Los particulares que administren tales recursos estarán sometidos a las sanciones y demás acciones y medidas previstas en esta Ley y en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal...”.

En relación con la expresión "administración pública", ha sostenido Brewer Carías²⁰ que la misma tiene al menos dos significados: "por una parte, con ella se identifica a un conjunto de órganos del Estado, o más propiamente de las personas jurídicas estatales que como sujetos de derecho actúan en el mundo de las relaciones jurídicas; y por la otra, con dicha noción se identifica también a un conjunto de actividades que resultan de la gestión del interés general (actividad administrativa) realizada generalmente por esos mismos órganos. Hay, por tanto, al menos un concepto orgánico y un concepto material de la Administración Pública; . . . desde el punto de vista orgánico, la Administración Pública se identifica siempre como un conjunto de órganos de las personas jurídicas que, como sujetos de derecho, conforman el Estado, es decir de las personas jurídicas estatales. Por tanto, las nociones de Administración Pública

¹⁹ Los definidos a los efectos de la Ley como funcionarias y funcionarios o empleadas públicas y empleados públicos.

²⁰ Brewer Carías, A. Trabajo elaborado para el Libro Homenaje al Manual de Derecho Administrativo (1964) del Profesor Eloy Lares Martínez, Universidad Monteávila, Caracas 2004, pp. 1-2, disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/08/526-488.-EL-DERECHO-ADMINISTRATIVO-Y-LA-ADMINISTRACION-PUBLICA-10-2004.pdf>

y de personas jurídicas estatales siempre están indisolublemente vinculadas, ya que son los órganos de éstas los que constituyen la primera".

Continúa señalando Brewer Carías²¹ que, sin embargo, no todos los órganos de las personas jurídicas estatales son parte o constituyen la Administración Pública, sino sólo aquellos de las personas jurídicas político-territoriales que derivan de la forma federal del Estado, es decir, de la República, de los Estados, de los Municipios y de las demás entidades políticas que la componen y que ejercen el Poder Ejecutivo, el cual comprende a la Presidencia de la República y a los Ministerios a nivel nacional (Ejecutivo Nacional), a las Gobernaciones de los Estados (Ejecutivo Estatal) o a las Alcaldías Municipales (Ejecutivo Municipal), es decir, lo que se denomina en general, la "Administración Central", pero también integran la Administración Pública los órganos de la "Administración Descentralizada", esto es, las personas jurídicas estatales descentralizadas de las mencionadas personas estatales político-territoriales, que actúan adscritas y bajo el control de tutela de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, sea que hayan sido constituidas mediante ley con forma jurídica de derecho público, como por ejemplo, los institutos autónomos, o con forma jurídica de derecho privado, como por ejemplo las empresas o fundaciones del Estado.

Pero, precisa Brewer,²² la anterior descripción de la Administración Pública en sentido orgánico, podría considerarse como insuficiente en el régimen constitucional venezolano, pues si bien todos los órganos del Estado que ejercen el Poder Ejecutivo están integrados en la Administración Pública, no todos los órganos que conforman la Administración Pública ejercen el Poder Ejecutivo del Estado, por tanto no dependen jerárquicamente del Presidente de la República, de los Gobernadores ni de los Alcaldes, sino de otros Poderes Públicos distintos del Poder Ejecutivo toda vez que conforme al sistema de penta división del Poder Público establecido en el artículo 136 de la Constitución, el Poder Público Nacional se divide en cinco ramas: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral, por lo que los órganos estatales que los ejercen son, respectivamente, autónomos e independientes entre sí.

²¹ *Idem*, p. 2.

²² *Idem*, p. 3.

En consecuencia, "el universo de la Administración Pública en sentido orgánico en mucho más amplio que el tradicional que la reducía a los órganos estatales que ejercían el Poder Ejecutivo, y ello se confirma por la misma ubicación de la Sección Segunda relativa a "De la Administración Pública", en el Capítulo I relativo a "De las disposiciones generales", del Título IV sobre "El Poder Público" de la Constitución de 1999".²³

Por su parte, también la jurisdicción contencioso administrativa²⁴ ha delimitado la conformación de los órganos del Poder Público y la aplicabilidad de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, al observar que:

"... El término "República" es la personificación jurídica del Estado que actúa a través de los órganos del Poder Público, el cual, de acuerdo con el Texto Constitucional se distribuye verticalmente entre el Poder Nacional, Poder Estatal y Poder Municipal y, horizontalmente, entre el Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Electoral y Ciudadano. No obstante, dicho concepto resulta muy amplio a los fines requeridos, por lo que debe esta Corte adentrarse más en la esfera del Derecho Administrativo y precisar que, en el ámbito interno del Estado, la República personifica un sólo sector denominado Poder Público Nacional.

En el caso que nos ocupa, resulta necesario establecer que el Poder Público Estatal se encuentra enmarcado en los Estados, que son entidades políticas territoriales que poseen -en los términos de la Constitución-, total autonomía, así como personalidad jurídica plena y actúan de acuerdo a las competencias que de manera exclusiva le han atribuido la Constitución y las Leyes.

Por lo tanto, cuando la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece la institución de la Consulta, se está refiriendo exclusivamente al Poder Público Nacional y no al Poder Público Estatal o Municipal...".

²³ *Idem*, 4.

²⁴ Véase en: http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2006/octubre/1477-19-AP42-R-2006-000869-2006-2597.html

Siendo evidente la extensión de las nociones de "patrimonio público" y "administración pública", se hace imperativo establecer qué se entiende por delitos que causan "grave daño al patrimonio público y la administración pública", para lo cual podría considerarse no solo la pena prevista para el tipo penal de que se trate, sino que la perpetración del mismo devenga en un grave daño al patrimonio público o administración pública, circunstancia esta que podría determinarse a partir del daño estimado por el Ministerio Público al ejercer la acción civil, tal como le obliga el artículo 96 de la LCC,²⁵ visto que la ley declara de orden público "la obligación de restituir, reparar el daño o indemnizar los perjuicios inferidos al patrimonio público", por quienes resultaren responsables de las infracciones allí previstas, obligando al juez a pronunciarse en la sentencia definitiva, sobre la responsabilidad civil del o de los enjuiciados.

En consecuencia, tal como se ha interpretado en materia de tráfico ilícito de drogas, procede ponderar la gravedad del daño en orden a que opere o no la limitación establecida en el COPP respecto de la aplicación del principio de oportunidad y la suspensión condicional del proceso en los delitos contra el patrimonio público.

8.- Situación de la admisión de los hechos

No solo por la circunstancia de que en algún momento el Tribunal Supremo de Justicia erróneamente calificó la admisión de los hechos como una alternativa a la prosecución del proceso, sino porque además, la suspensión condicional del proceso contempla como requisito de procedencia la admisión de los hechos imputados y el incumplimiento de las condiciones establecidas para su otorgamiento, puede conducir a la imposición de la condena sobre la base de los hechos admitidos, mismo efecto que surge frente al

²⁵ "... **Artículo 96.-** La o el Fiscal del Ministerio Público, en capítulo separado del escrito de acusación, propondrá la acción civil que corresponda para que sean reparados los daños, efectuadas las restituciones, indemnizados los perjuicios o pagados los intereses que por los actos delictivos imputados al enjuiciado hubieren causado al Patrimonio Público, observándose al respecto los requisitos establecidos en el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil.

Los intereses se causarán desde la fecha de la comisión del acto de enriquecimiento ilícito contra el patrimonio público o desde el inicio de dicho acto, si fuere de ejecución continuada, y se calcularán conforme a la tasa o rata que fije el Reglamento de la Ley, pero en ningún caso será inferior al doce por ciento (12%) anual..”.

incumplimiento con las obligaciones derivadas del acuerdo reparatorio aprobado en la fase intermedia, resulta pertinente referirse a este procedimiento especial regulado en el artículo 375 del COPP.

Mediante fallo N° 108 del 23 de febrero de 2001, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia²⁶ había considerado la admisión de los hechos como una alternativa a la prosecución del proceso, al decidir que:

“... En un estado de Derecho de modo alguno podría decirse, como lo afirma la Corte de Apelaciones, que la circunstancia de que el Juez de Control informe a las partes sobre las medidas alternativas a la prosecución del proceso constituya "un mero ritual sin trascendencia", o que tan sólo deba informarse de las medidas alternativas cuando previamente se "hayan planteado o solicitado".

La importancia del cumplimiento, por parte del Juez de Control, de dicha información a las partes radica en que el imputado o su defensa, teniendo conocimiento de tales medidas opte o no acogerse a las mismas obteniendo, en caso de optar, los beneficios en ellas contemplados. (...)

Pero es el caso que existe una medida alternativa a la prosecución del proceso, que no se encuentra prevista en el Capítulo III del Título Primero del Código Orgánico Procesal Penal, y que de ser aplicada sustituiría todo el proceso por la imposición inmediata de la pena. Efectivamente el artículo 376 [actualmente 375] del Código Orgánico Procesal Penal establece:

"Solicitud. En la audiencia preliminar, el imputado, admitidos los hechos objeto del proceso, podrá solicitar al tribunal la imposición inmediata de la pena. En estos casos, deberá el juez rebajar la pena aplicable al delito desde un tercio a la mitad de la pena que haya debido imponerse atendidas todas las circunstancias, tomando en consideración el bien jurídico afectado y el daño social causado. Sin embargo, si se trata de delitos en los cuales haya habido violencia

²⁶ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/febrero/0108-230201-C001301.HTM>

contra las personas, el juez sólo podrá rebajar la pena aplicable hasta en un tercio".

No sólo "las alternativas a la prosecución del proceso" son aquellas que se agrupan en el Capítulo que lleva tal nombre, (artículos 31 al 44), sino que puede asumir esta condición toda institución procesal que produzca esos efectos: evitar el proceso conjuntamente con otros propios de su naturaleza.

En el caso de la admisión de los hechos el procesado podría ser beneficiado con una rebaja de pena, institución que fue reformada por una última reforma judicial; pero que sin embargo al imputado (y a su defensa) se le debe informar de dicha institución, puesto que es su derecho conocerla y es obligación del juez corroborar o asegurarse de tal conocimiento...".

Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 78 del 25 de enero de 2006²⁷ sostuvo que:

"... el procedimiento por admisión de los hechos es una de las formas de autocomposición procesal, mediante la cual el legislador creó una manera especial de terminación anticipada del proceso, con prescindencia del juicio oral y público, que, a pesar de no estar incluida dentro de las alternativas a la prosecución del proceso previstas en el Capítulo III, Título I del Libro Primero del Código Orgánico Procesal Penal (como lo son el principio de oportunidad, la suspensión condicional del proceso y los acuerdos reparatorios), cumple la misma función, es decir, pone fin al proceso, toda vez que se trata de una "negociación procesal" que asume voluntariamente el acusado, con el objeto de terminar la causa penal.

Se trata, además, de un mecanismo establecido en el Texto Penal Adjetivo que le permite al acusado obtener una rebaja de pena, cuando declara en forma anticipada su culpabilidad, lo que trae como consecuencia un ahorro económico para el Estado, en virtud

²⁷ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/78-250106-04-2228.HTM>

de que se evita la celebración del juicio oral y público, el cual, por su propia naturaleza, contiene una serie de gastos de índole pecuniario. Permite, igualmente, la obtención de una justicia expedita, la cual es originada por la propia voluntad del acusado, al aceptar los hechos que le son atribuidos, estando ello en concordancia con la tutela judicial efectiva establecida en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...”.

En nuestro criterio, tal criterio judicial no se ajusta a la naturaleza jurídica de las instituciones involucradas, por cuanto no es cierto que la admisión de los hechos cumple la misma función que las alternativas a la prosecución del proceso, pues estas últimas tienen por finalidad poner fin al proceso a través de la extinción de la acción penal evitando los efectos estigmatizantes de la pena privativa de libertad, mientras que la admisión de los hechos, por el contrario, procura una sentencia condenatoria (definitiva), aunque la adelanta a un estadio previo al del juicio, no obstante que a partir de la reforma realizada al COPP en el año 2001 el incumplimiento por parte del imputado de las condiciones fijadas para la aprobación de un acuerdo reparatorio o de la medida de suspensión condicional del proceso, acarrea el dictado de una sentencia condenatoria conforme al procedimiento por admisión de los hechos.²⁸

Pocos meses más tarde, la misma Sala nuevamente se pronuncia en torno a la admisión de los hechos a través de la sentencia N° 911 del 5 de mayo²⁹ reiterando su criterio, el cual ha sido posteriormente ratificado, entre otros, en sentencia N° 997 de fecha 27 de junio de 2008 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y en fallo N° 235 del 16 de junio de 2016 emanado de la Sala de Casación Penal de ese mismo órgano judicial.

Ahora bien, el COPP 2009 disponía respecto de la rebaja de pena con ocasión de la admisión de los hechos,³⁰ que si se trataba de delitos en los cuales había habido violencia contra las personas, y en los casos de delitos **contra el patrimonio público** o de los previstos en la ley que regulaba la

²⁸ Vásquez González, Magaly. *Procedimientos Penales Especiales*, Caracas, Colección Letraviva, UCAB ABediciones, 2016, p. 97.

²⁹ Véase en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Mayo/911-050506-04-2805.htm>

³⁰ Según el artículo 376.

materia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, cuya pena excediere de ocho años en su límite máximo, el juez o jueza solo podía rebajar la pena aplicable hasta un tercio, es decir, se empleó la expresión "patrimonio público" a diferencia de lo contemplado para el principio de oportunidad y la suspensión condicional del proceso, en las que, como ya se ha señalado, se empleó la expresión delitos "contra la cosa pública"; no obstante, en la reforma de 2012 y así se mantiene en el código adjetivo de 2021, igualmente se limitó la rebaja de pena hasta un tercio, además de los delitos en los cuales haya habido violencia contra las personas y cuya pena exceda de ocho años en su límite máximo, en los casos de delitos de homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro, delito de corrupción, delitos que causen grave daño al patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra.

9.- Delitos inexcusables y régimen abierto

No obstante que las instituciones objeto de análisis están dirigidas a evitar la prosecución del proceso, resulta importante referir una figura aplicable en la fase de ejecución penal respecto de la cual también la reforma de 2012 contempló exclusiones derivadas del delito que motivó la condena y que se mantienen en el código adjetivo penal vigente.

En tal sentido, el parágrafo segundo del artículo 488 del COPP (2021), dispone que si el delito que dio lugar a la pena impuesta, se trata de homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra, el otorgamiento de las fórmulas alternativas consistentes en el trabajo fuera del establecimiento el destino a régimen abierto y la libertad condicional, solo

procederán cuando se hubiere cumplido efectivamente las tres cuartas partes de la pena impuesta, restricción con la cual excluye el régimen de progresividad que pretende preparar al interno para el retorno a la vida libre a través de medidas previas a la concesión de la libertad condicional pero al mismo tiempo privilegia el otorgamiento de esta última, pues la ley exige para que sea acordada, el cumplimiento de "por lo menos, las tres cuartas partes de la pena impuesta."

Ahora bien, si se revisa detenidamente el elenco de delitos a que se refiere el párrafo antes referido, puede advertirse que en el mismo, después de incluirse el secuestro, se contempla el tráfico de drogas de mayor cuantía, **omitiéndose toda mención a el delito de corrupción y los delitos que causen grave daño al patrimonio público** y la administración pública, lo que implica que el condenado por alguno de esos delitos puede acceder al régimen abierto una vez haya cumplido dos tercios de la pena impuesta. Tal situación conduciría entonces a la conclusión absurda según la cual el condenado por un delito de esta naturaleza, es decir, la persona cuya presunción de inocencia fue desvirtuada, podría obtener la libertad a través de las fórmulas alternativas de cumplimiento de la pena, al igual que el penado por un delito no incluido dentro de los denominados delitos inexcusablees, pero mientras rige su presunción de inocencia estaría impedido de acceder a diversos institutos procesales en los que el COPP mantiene la restricción.

Como se puede apreciar, no es coherente la regulación que en relación con las limitaciones derivadas de la imputación o condena por la comisión de un delito contra el patrimonio público contempla el COPP, por lo que se impone la aplicación de lo establecido en el artículo 233, dispositivo según el cual, todas las disposiciones que restrinjan la libertad del imputado o imputada o limiten sus facultades, deber ser interpretadas restrictivamente, máxime en el entendido de que como se refiere en el Informe sobre Prisión Preventiva en América Latina,³¹ las legislaciones que establecen los llamados delitos inexcusablees, "lo que hacen en la práctica es negar toda vigencia a la

³¹ Prisión Preventiva en América Latina: Enfoques para Profundizar el Debate, 2013 Centro de Estudios de Justicia de las Américas. CEJA, Canadian International Development Agency, Providencia Santiago, Chile, p. 241.

presunción de inocencia y por lo tanto resultan completamente inaceptables desde el punto de vista de los estándares del debido proceso" y, por otra parte, "no existe evidencia empírica que demuestre que las políticas que se sustentan en mayores restricciones al derecho a la libertad personal, tengan una incidencia real en la disminución de la criminalidad y la violencia, o resuelvan en un sentido más amplio los problemas de inseguridad ciudadana".³²

10.- Conclusiones

Del análisis realizado a las reformas del COPP y su articulación con la vigente LCC (2022), puede concluirse:

1. La ausencia de regulación específica del delito de corrupción en la Ley que rige la materia, impide, por exigencia del principio de legalidad, afirmar que todos los delitos descritos en la LCC se incluyen en el catálogo de delitos inexcusables que hacen improcedente la aprobación de las alternativas a la prosecución del proceso.
2. La extensión de las nociones de "patrimonio público" y "administración pública", hace imperativo establecer qué se entiende por delitos que causan "grave daño al patrimonio público y la administración pública", en orden a la aplicación de las limitaciones para la aprobación de una alternativa a la prosecución del proceso.
3. Tal como se ha interpretado en materia de tráfico ilícito de drogas, procede ponderar la gravedad del daño en orden a que opere o no la limitación establecida en el COPP respecto de la aplicación del principio de oportunidad y la suspensión condicional del proceso en los delitos contra el patrimonio público.
4. El establecimiento de delitos inexcusables en las reformas del COPP, en tanto característica propia del sistema inquisitivo, constituye un claro retroceso en la garantía del derecho a la libertad y al debido proceso.

³² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas, 2017, p. 61, párrafo 86.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Brewer Carías, A. (2004). *Trabajo elaborado para el Libro Homenaje al Manual de Derecho Administrativo (1964) del Profesor Eloy Lares Martínez*, Universidad Monteávila, Caracas, disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/08/526-488.-EL-DERECHO-ADMINISTRATIVO-Y-LA-ADMINISTRACION-PUBLICA-10-2004.pdf>
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas. CEJA, Canadian International Development Agency. *Prisión Preventiva en América Latina: Enfoques para Profundizar el Debate*, 2013 Providencia Santiago, Chile.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*, 2017, Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/prisionpreventiva.pdf>.
- González Obregón, C. (2016). *Manual Práctico del Juicio Oral*. (4a ed.). Tirant lo Blanch Manuales, México.
- López Betancourt, E. (2018). *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición (e-Book), Tercera edición impresa, IURE editores, México.
- Tribunal Supremo de Justicia: <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones>
- Vásquez González, M. (2021). *¿Evolución o Involución del Derecho Procesal Penal Venezolano? Especial referencia a las reformas al COPP*. UCAB ABediciones, Colección Letraviva, Universidad Católica Andrés Bello. Caracas.
- _____ (2016). *Procedimientos Penales Especiales*. UCAB ABediciones, Colección Letraviva, Caracas.
- Vitale, G. (1996). *Suspensión del proceso penal a prueba*. Editores del Puerto. Buenos Aires.