



**Universidad Monteávila
Coordinación de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Procesal Constitucional**

**INCONSTITUCIONALIDAD EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN
DEL ARTÍCULO 236 (antes 250) DEL
CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL**

**Trabajo presentado para optar al grado de Especialista en Derecho
Procesal Constitucional**

Autor: Mayra A. Yemes
Tutor: Prof. Luis Melo
Fecha: marzo de 2013

Caracas, marzo de 2013

Caracas, de marzo de 2013

Carta de aprobación del tutor

**Comité Académico de la Coordinación de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Procesal Constitucional
P r e s e n t e.-**

En mi carácter de tutor del Trabajo Especial de Grado presentado por el alumno (a), MAYRA A. YEMES, portador de la C.I. N° _____ para optar al grado de especialista en Derecho procesal Constitucional, considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación y evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

Se suscribe atentamente,

Luis Melo

(Tutor del Trabajo Especial de Grado)
Nombre y Firma

DEDICATORIA

A mí familia,
que tanto significan para mí,
en especial a mí padre, un gran
penalista que durante años ha
sufrido de los abusos de nuestro
sistema penal...

AGRADECIMIENTOS

A mi tutor por la valiosa paciencia y colaboración en este trabajo académico. Profesor Dr. Luis Melo, así como a mi profesora metodológica Beatriz Martínez por su dedicación y orientación.



Universidad Monteávila
Coordinación de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Procesal Constitucional

**INCONSTITUCIONALIDAD EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN
DEL ARTÍCULO 236 (antes 250) DEL
CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL**

Autor: Mayra A. Yemes

Tutor: Prof. Luis Melo

Fecha: marzo de 2013

RESUMEN

El presente trabajo ejemplifica las trabas en el ejercicio del derecho penal; a través de una investigación documental, donde se analizaron principios constitucionales y conceptos básicos para el entendimiento del mismo; se compararon doctrinas donde se evidencian las violaciones que cometen los jueces al aceptar como constitucional una detención privativa de libertad sin una orden judicial previa, con la excusa de celeridad procesal o en la búsqueda de solventar un derecho que ha sido violado. Asimismo, se realizó un conjunto de preguntas concretas a especialistas en derecho penal, y que sufren en la práctica laboral dicha problemática. A los entrevistados también se les consultó la forma en que se podría solventar ésta problemática; todo ello con el fin de que, una vez que los ciudadanos tengamos claro de que existe tal violación, se cree una discusión al respecto en busca de la solución más acertada, ya que por vía legal hasta ahora no se ha conseguido. Del análisis de la investigación documental y las entrevistas se pudo evidenciar que en efecto en la práctica sí existe tal problemática, sí se dan dichas violaciones a los derechos humanos; y que, para poder solucionarlo, lo más importante es que el juez penal actúe como juez constitucional, siempre apegado a la ley, con libertad plena, sin miedo, ni dilaciones. Que los jueces al ver una sentencia inconstitucional se aparten de dicha sentencia, sin miedo a tener que cuidar un puesto de trabajo, asimismo los fiscales deben dedicarse a realizar una verdadera labor de investigación, entre otros.

Palabras clave: Investigación, principios fundamentales, privativa de libertad, seguridad jurídica, violación, interpretación, constitucionalidad, derechos humanos.

Tabla de Contenido

1.1	Introducción	
1.2	Tabla de Contenido	
	Planteamiento del Problema	2
	Objetivos de la Investigación	2
	i. Objetivo General	2
	ii. Objetivos Específicos	2
	Importancia y Justificación	3-7
	Marco Teórico	8-15
	Marco Metodológico	16
1.3	Capítulo I: Principios y Derechos Fundamentales, sus Objetivos Prácticos, Criterios Orientadores	23-43
	Capítulo II: Privación Judicial Preventiva de Libertad	43-59
	Capítulo III: De las medidas Cautelares	59-74
	Capítulo IV: Retardo Judicial	74-82
	Capítulo V: Principio de Presunción de Inocencia	82-83
1.4	Conclusión	84-85
	Referencias	86-89
	Anexos	90-101

INTRODUCCIÓN

A pesar de que la Constitución y la ley contempla como principio que la privación de la libertad de un ciudadano se hará con las formalidades de la ley, en la práctica de los procesos penales los ciudadanos permanecen privados de libertad en contra de ese mandato

El ciudadano que queda sometido a un proceso penal está amparado desde el momento en que se inicia éste hasta la decisión judicial definitiva, por una serie de derechos de naturaleza constitucional, de aplicación obligatoria aunque no sean invocados, no sólo por el rango jurídico que tienen, sino también porque son de orden público. Ello ha dado origen a una materia muy poco estudiada y discutida entre nosotros, el denominado “Derecho Procesal Constitucional”, una de las ramas más jóvenes del Derecho Procesal.

La interpretación de la norma juega un papel determinante y no puede desligarse del fin que persigue. En el presente trabajo he escogido un punto muy delicado y fundamental, que al mismo tiempo ha sido de gran polémica y trascendencia en el derecho penal y constitucional venezolano.

Nuestro derecho Constitucional, se nutre de una serie de instrumentos internacionales, como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, cuyos contenidos procesales son de suma importancias, dado que llenan algunos vacíos de la Constitución y mejora otros conceptos garantistas.

Su aprobación por la Asamblea Nacional lo trae a formar parte del derecho positivo interno, son leyes que se supone son conocidas por jueces, fiscales, abogados y ciudadanos en general.

La violación de una Convención o Tratado sobre derechos humanos es un hecho punible, que acarrea la responsabilidad penal de su autor, (el Estado), y tales derechos humanos pueden ser vulnerados por un sistema procesal que no proporcione garantías jurídicas adecuadas y basta que se establezca que la responsabilidad de la República Bolivariana de Venezuela la ha violado, según el Tratado o Convención de que se trate para que se perfeccione el delito.

Mi intención con el presente trabajo es que sirva de utilidad para alumbrar el camino rector por donde los jueces deben caminar, e igualmente para todos aquellos que de una u otra manera transitamos este difícil camino de la justicia y el derecho.

Espero que contribuya de alguna manera a despertar el interés por parte de todos a la protección de los derechos humanos, al principio de legalidad, y que de alguna forma surjan planteamientos, discusiones, opiniones e interpretaciones que el lector pueda tener para la solución de dicha problemática.

Tabla de Contenido

1.1. Planteamiento del Problema

¿Cumple la detención en Venezuela con el postulado Constitucional?

1.2. Objetivos de la Investigación

i. Objetivo general

Analizar el postulado legal-constitucional, y compararlo con la práctica actual en venezolana, dando a conocer las interpretaciones inconstitucionales que se han derivado de dicho postulado.

ii. Objetivos específicos:

1. Analizar los problemas jurídicos de los imputados en el proceso penal.
2. Determinar cuáles son las deficiencias o problemas que en el desarrollo del proceso penal para el momento de la detención se presentan.

1.3. Importancia y Justificación de la Investigación

La presente investigación encuentra asidero en la problemática actual en Venezuela de hacinamiento, la cual el día de hoy se ubica en el orden de aproximadamente de 45.000 reclusos, derivando en un hacinamiento del 360 % en el sistema carcelario que atestan los 35 penales del país, de los cuales más del 60% de la población reclusa de Venezuela lleva más de dos años en prisión sin haber recibido sentencia, (indicó la ministra de Asuntos Penitenciarios, Iris Varela "Agencia EFE"). Las declaraciones de Varela se producen un día después de que la ONG Observatorio Venezolano de Prisiones (OVP) asegurara que al menos 560 muertos y 1.457 heridos se registraron el año pasado en las cárceles. Asimismo indicó el director del OVP Humberto Prado que entre 1999 y el año pasado se contabilizaron 5.066 muertes y 14.460 heridos en los diferentes centros penitenciarios del país. Según, Prado, tales cifras, que revelan 124,4 fallecimientos por cada 10.000 reclusos, ubican a Venezuela "*como el país más violento del mundo*".

Este es un problema que afecta grandemente a la sociedad civil, que por un lado reclama el crecimiento de la impunidad que mantiene aterrorizada a la población ante temores de ataques a su propiedad (bienes) y a la persona, siendo que Venezuela se constituye en unos de los países de mayor grado de homicidios sin resolver.

Ahora bien, el Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 250, establece tres extremos básicos para ordenar la detención de una persona, los cuales son: a) que se acredite plenamente la existencia de un hecho punible; b) que se acredite la existencia de *elementos* de convicción (pluralidad indiciaria) y concordancia indiciaria, y c) una presunción razonable del peligro de fuga.

En orden Constitucional tenemos la limitante del artículo 44 ordinal 1ero, donde se establecen dos extremos para detener a una persona, los cuales son: a) en virtud de una orden judicial dictada previamente a la detención y b) detención en flagrancia. Este artículo establece como norma el juzgamiento en libertad.

El desarrollo de la Jurisprudencia patria, quizás basado en los altos niveles de impunidad y crecimiento del delito se ha ido apartando lentamente del postulado Constitucional y trae como consecuencia que la excepción se convierta en norma, invirtiendo dicho postulado, y hoy por hoy desde el Tribunal Supremo de Justicia hasta los tribunales de control se desvirtúa el contenido del artículo 44.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela al punto que se ordena detenciones sin que se haya comprobado plenamente la existencia de un hecho punible, es decir sin la comprobación plena del cuerpo del delito, y que muchas decisiones del tribunal de control y actas del Ministerio Público de presentación de detenidos, encontramos expresiones como: “Se *presume* la existencia de un hecho punible”, “Se *presume* la comisión de un hecho punible”, cuando como se dijo que la existencia de un hecho punible debe estar totalmente acreditado (comprobado).

Asimismo como violación de la norma Constitucional encontramos, en muchos casos, en todo el territorio nacional, decisiones que ordena la privación de libertad sin que se cumpla el extremo de la pluralidad indiciaria, sin que existan elementos de convicción.

De manera que en la actualidad hay una gran cantidad de jóvenes detenidos los cuales han sido llevados a juicio sin la pluralidad indiciaria requerida por el Código Orgánico Procesal Penal; con el agravante que una vez detenido resulta casi imposible sustituir la medida de privativa por una menos gravosa que implique el juicio de libertad ya que la mayoría de los

jueces que ordenan la medida privativa de libertad, alegan que **“no han variado las circunstancias que provocaron su decreto”**.

Aunado a todo lo anterior, se presenta el hecho de que, el Código Orgánico Procesal Penal, establece un lapso perentorio para realizar las audiencias preliminares (un lapso no menor de 15 ni mayor de 20 días); es público y notorio que en la mayoría de los casos, las audiencias son diferidas al punto que muchos procesados esperan hasta más de dos años para que se realice la audiencia preliminar. No sólo eso, sino que muchos de los que cumplieron su pena aún permanecen presos porque no han recibido la notificación que les acredite su libertad.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, el presente trabajo busca poner de relieve que la problemática actual se debe en parte a la indebida aplicación de normas penales que han sido establecidas como fundamento de las garantías para el desarrollo del debido proceso penal por parte de las autoridades, ocasionando problemas legales de gran repercusión tales como; el hacinamiento, el retardo procesal, grave violaciones a los derechos humanos y en algunos casos hasta la detención de inocentes por largos períodos de tiempo; y que no garantiza la seguridad social sino por el contrario lo que hay es una total permisividad y una impunidad galopante que nos está poniendo en riesgo y que coloca a Venezuela en el banquillo de los acusados en materia de los derechos humanos.

La evidente violación que hacen los jueces de las normas constitucionales inherentes al estado de libertad en ella establecida por cuyo conducto se ordenan un sinnúmero de privaciones de libertad convirtiendo la privación en una norma cuando que la Constitución la establece por vía excepcional bajo estrictos parámetros en ella contenidos.

Es importante ahondar en la presente investigación porque lo que se pretende es la estricta aplicación de la Constitución y la ley y poner un obstáculo a los jueces y magistrados que por vía de erróneas interpretaciones u aplicaciones se constituyen en legisladores negativos, violando la reserva legal, olvidándose del carácter restrictivo de la aplicación e interpretación de la ley penal.

Se pretende que los jueces no utilicen la privativa de libertad como vía o medio para realizar política criminal o para atacar la impunidad de manera indiscriminada, y coadyuvar a una estricta interpretación de la Constitución, de los tratados y del Código Adjetivo en la materia penal.

El presente trabajo ayuda a solucionar los problemas prácticos porque si se aplica debidamente y con el carácter restrictivo enunciado, el Ministerio Público por su parte se verá obligado a cumplir con la ley que lo rige, con el Código Orgánico Procesal Penal, con la Constitución y con la ley de los órganos de investigación criminal, profundizando en la investigación para llevarle a el juez verdaderos elementos de convicción (plurales) que comprometan la responsabilidad penal de una persona; haciendo su aporte para impedir la impunidad, ello por una parte, y por la otra permitir al juez la toma de decisiones fundadas en los elementos presentados por el Ministerio Público con estricta sujeción a la Constitución y las leyes, ya que en la práctica la falta de la debida investigación por parte del Ministerio Público busca ser suplida por el juez con la excusa de hacer justicia aun apartándose del derecho y haciendo interpretaciones extensivas de la ley penal, convirtiendo el proceso más inquisitivo que acusatorio.

Con ello se remarcan las potestades de cada quien, por una parte, se enarbola el principio de confianza debida para el justiciable, el de transparencia, y se evita la arbitrariedad.

El presente trabajo tiene como objeto hacer reflexionar a los magistrados del TSJ y muy especialmente a la Sala Constitucional para que sean más restrictivos en la aplicación del derecho penal en lo concerniente al decreto de medidas de privativas de libertad, ajustándose estrictamente y sin vacilación al principio de la legalidad.

Realizando interpretaciones basadas en la Constitución dejando a los órganos competentes a la realización de la política criminal (al ejecutivo); y digo esto, porque en las decisiones del Máximo Tribunal en Sala Constitucional, se evidencia sentencias disímiles que tienen diferentes interpretaciones que denotan una especie de realización por parte del cuerpo judicial de la política criminal, cuando intentan hacer justicia aun por encima del derecho.

1.4 Marco Teórico

Muchos estudiosos del derecho han manifestado preocupación por el tema de la libertad individual; entre ellos Vivas (2005), considera que los derechos fundamentales constituyen la base del estado para dar seguridad y esperanza a la sociedad, y de acuerdo con él, la libertad es uno de sus pilares.

Ahora bien, los principios penales previstos en nuestra Constitución, también conocidos como derechos fundamentales o principios generales del derecho penal y para algunos principios rectores, representan una finalidad filosófica de gran interés, ya que dichos principios son orientadores en la aplicación de las normas, y a su vez determina la naturaleza del proceso; razón por la cual, al invocarse un derecho constitucional o principio rector debe tenerse por norte la norma constitucional, su enunciado y su finalidad como punto de partida en el análisis o interpretación del caso.

El Tribunal Supremo de Justicia venezolano en sus decisiones ha interpretado el Código Procesal Penal, llenando los vacíos existentes, tales decisiones no se limitan a la mera aplicación o integración del derecho para el caso en concreto, sino que, va más allá del caso analizado, trasciende el mismo y llegan a crear valores de interpretación sobre el derecho y fundamentalmente sobre la justicia y la equidad, supliendo actividades propias del poder legislativo.

Por consiguiente, la carencia de cultura jurídica democrática permite apreciar serias dificultades en el proceso de aplicación de la ley, según Rosales (2007) en la tarea interpretativa que debe realizar el juzgador para aplicar la ley, se percibe el desconocimiento o conocimiento muy superficial de los principios básicos del Derecho Penal, de tal manera que muchas de las decisiones judiciales al no utilizar o mal interpretar los principios penales

en la labor interpretativa, generan efectos contrarios a los que realmente se aspira dentro de la sana aplicación de la ley.

Es por lo que, el estado democrático en ese anhelo de una sociedad democrática, y en consecuencia el disfrute de los derechos humanos, se tropieza con la emergencia generada por problemas, reales o contruídos, coyunturales o permanentes que aquejan y preocupan a la sociedad o al menos, tienen la capacidad de atemorizarla, al extremo que presa de miedo, reclame mano dura contra el hampa o esté dispuesta a ceder libertades y derechos para protegerse, es decir para ganar “seguridad”.

Lo que realmente no tiene claro la comunidad atemorizada debido a la construcción o sensibilización ante los miedos reales, contruídos o tergiversados es que el incremento de la represión no forma parte de una ecuación que se traduzca en una disminución de la criminalidad y por ello, en mayor seguridad. La realidad es otra nada alentadora: cuando la política penal es pura represión temblorosa que no está articulada a la construcción de una política pública de protección de los derechos y libertades, sino que nublada por la “emergencia” arremete con operativos policiales y otras medidas efectistas que alardean la presencia en la calle de fuerzas policiales y hasta militares, lo que culmina con la presentación de ciudadanos ante los tribunales sin haberse realizado las debidas investigaciones que son resueltas de manera ligera por los jueces de control con la aplicación de medidas de privativas de libertad que es el tema de marras.

Supuestos éstos que forman parte de la problemática al momento de la detención en Venezuela, como consecuencia de los abusos y extralimitaciones en la aplicación y cumplimiento de la norma Constitucional y la norma adjetiva, puesto que en su actividad profesional enseña que la práctica policial y fiscal no se ajusta a la expresión constitucional de la forzosa formalidad escrita (la ley), requerida para detener, toda vez que en

Venezuela no se investiga para apresar, sino que se apresa para investigar, con lo cual evidentemente el sentido didáctico constitucional, se ve roto ante la progresiva actuación transgresora, que se erige como lesión, para la ciudadanía por actitudes o excesos que a veces no es posible entender en un sistema social de derecho y de justicia.

La ordenación de la idea citada sólo está esbozando el concepto de un derecho del imputado a la conversión de la instrucción sumaria en instrucción formal, entendida ésta como una de las garantías de su derecho de libertad, como lo expresa el Magistral Carnelutti (1961).

En este orden de ideas, paso a establecer en qué momento procede la detención. Observando lo establecido en la Constitución, que en su artículo 44 consagra que la libertad se restringe mediante orden judicial, "*a menos que concurran los requisitos de la flagrancia*".

Entonces, se desprende de lo anterior que la detención por flagrancia es una excepción a la exigencia de la orden judicial. Siendo la flagrancia un delito que ha sido presenciado, que exige la efectiva ejecución de un hecho punible, es decir la inmediatez como elemento principal, pues no puede detenerse a una persona por un particular, o por funcionario a menos que tenga una orden judicial.

En flagrancia a priori y flagrancia a posteriori, expone que el primer supuesto se refiere a un estado de sospecha fundada a consecuencia de cierta actitud corporal asumida por alguien, en fin, y de manera rotunda rechaza este tipo de flagrancia apoyado en la moderna doctrina del derecho penal, que proclama la no punibilidad de los actos preparatorios.

Obviamente, no debería tener cabida en la casuística procesal del sistema acusatorio este tipo de flagrancia, ya que su molde es inquisitivo, donde la "sospecha" es el primer eslabón de la cadena probatoria, pero la

realidad es otra; siendo que nuestro sistema adjetivo tiene establecido un sistema acusatorio, en la práctica se puede decir que hemos vuelto al sistema inquisitivo.

En consecuencia, la detención practicada sin el cumplimiento de los extremos mencionados (ex artículo 44.1 CRBV) menoscaba el derecho a la libertad ambulatoria, y mucho más todavía si es practicada por un particular sin investidura judicial, o por un funcionario que no posee orden judicial de captura.

La restricción de la libertad física de una persona en condiciones de flagrancia, los elementos de convicción recolectados en el sitio, la declaración del testigo presencial si lo hubiere, permite prima facie, formar una relación de causalidad entre el detenido y el hecho punible flagrante, en consecuencia, sobre esa base probatoria descansa la “Imputación Material” in situ, que servirá para celebrar, ante el juez de control, el acto de “Imputación Formal o Instructiva de Cargos” en la presentación del detenido y calificar la detención.

Ahora bien, la detención constituye un estado de privación físico de la libertad que está comprendido entre el momento de la aprehensión material de la persona, hasta la notificación de la providencia mediante la cual el funcionario judicial competente define su situación, disponiendo el regreso a la libertad o dictando en su contra la medida de aseguramiento de la detención preventiva.

La orden de aprehensión, tiene anclaje constitucional, y en efecto la Constitución en su artículo 44 textualmente reza: “Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendido in fraganti”.

Por su parte, Manzur (2008), afirma que el diligenciamiento de la orden de aprehensión tiene limitaciones constitucionales, por lo que no es suficiente que el juez de control la expida, en razón de satisfacerse los presupuestos legales requeridos, sino también es estrictamente necesario obedecer al debido proceso en su cumplimiento.

El funcionario policial debe sujetarse a las garantías constitucionales, y pone a título de ejemplo, que en la ejecución de la orden de aprehensión no se puede violar el domicilio del presunto autor del hecho punible, a menos que en ese momento, en el interior del recinto, observe la ejecución de un nuevo ilícito penal, y recomienda en todo caso solicitar orden de allanamiento.

En tal sentido, existen decisiones que golpean gravemente el orden constitucional y su debida correspondencia en el Derecho Penal democrático, tal y como sucedió con la famosa sentencia (entre los penalistas) del magistrado Iván Rincón Urdaneta⁽¹⁾, mediante la cual decide inadmitir el recurso de amparo constitucional de un decreto de privación judicial preventiva de libertad del ciudadano José Colmenares, quien fue detenido y se mantuvo detenido sin orden judicial alguna y sin que los Jueces del Circuito Judicial Penal se hubiesen pronunciado sobre la inconstitucionalidad de esa detención inicial. Pues bien, el criterio de la Sala fue el siguiente:

“La acción de amparo propuesta resulta inadmisibles toda vez que la inconstitucionalidad de la presunta detención practicada por los organismos judiciales sin orden judicial alguna, no puede ser imputada a la Corte de Apelaciones accionada, ni tampoco al Juzgado de Control que dictó el auto de privación de libertad, ya que la presunta violación a los derechos constitucionales derivada de los actos realizados por los organismos policiales tienen límite en la detención judicial ordenada por el Juzgado de Control, de

modo tal que la presunta violación de los derechos constitucionales cesó con esa orden, y no se transfiere a los organismos judiciales a los que corresponde determinar la procedencia de la detención provisional del procesado mientras dure el juicio”.

En conclusión dicha Sala consideró que las presuntas violaciones alegadas por el accionante cesaron con el dictamen judicial del Juez de Control y que, de cualquier manera, los presuntos hechos en los que el accionante funda sus alegatos no constituye una violación atribuible a la Corte accionada.

Los principios y garantías procesales expuestas en el Código Orgánico Procesal Penal venezolano, confiere una idea amplia de las modificaciones que le han realizado al sistema procesal penal. Estas garantías procesales, conforman un conjunto de elementos que protegen al ciudadano, para que el ejercicio del poder penal del Estado no sea aplicado en forma arbitraria, de allí la importancia de las Medidas Cautelares Sustitutivas, pues, son mecanismos para hacer efectivas tales garantías, que deben guardar proporcionalidad y pertinencia con lo que se pretende asegurar en cuanto al artículo 253 del mencionado código, no puede ordenarse una medida de esta última naturaleza, cuando aparezca desproporcionada con la gravedad del delito, las circunstancias de comisión y la sanción probable.

Así pues, Ferrajoli (1998) plantea la ilegitimidad de la prisión preventiva, señalando que la prisión ante iudicium choca con la presunción de inocencia, con la exigencia de que nadie puede ser detenido sino con fundamento en un juicio y que todo arresto sin juicio ofende el sentimiento común de la justicia, al ser percibido como un acto de fuerza y de arbitrio.

Ahora bien, la privación judicial preventiva de libertad según lo dispone el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, podrá ser decretada por el juez de control, a solicitud del Ministerio Público; y exige, como medida cautelar, de acuerdo a lo que ha señalado la doctrina y lo recoge la ley adjetiva penal, la concurrencia de determinadas condiciones o presupuestos que se enuncian con la referencia al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora.*, evidenciando la existencia de un derecho que deberá ser reconocido en la decisión definitiva y a la constatación de una real posibilidad de perjuicio jurídico por el retardo inherente al procedimiento, lo que justifica que de alguna manera se anticipen los efectos de la resolución que se producirá en la sentencia futura.

En este orden de ideas la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia⁽²⁾ establece que debe existir un nexo de causalidad entre el delito y el imputado, más allá de un acta policial, se debe destacar una duda razonable de la partición del sujeto activo, considerando además que el artículo 203 del Código Procesal Penal, regula la facultad coercitiva que poseen los funcionarios policiales para utilizar la fuerza pública y evitar que se ausenten las personas que pudieran presenciar el procedimiento, por otra parte, sobre la materia se ha pronunciado la Corte Superior de Adolescentes del Circuito Judicial Penal⁽³⁾, donde establece que para decretar una medida cautelar deben estar llenos los extremos de ley establecido en el artículo 250 de la referida norma, el cual se aplica por remisión expresa del artículo 537 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Por otro lado, es importante resaltar que en Venezuela la privación de libertad está establecida para garantizar la presencia del imputado al juicio es decir para garantizar que el imputado asistirá a todos los actos del proceso a los que han sido convocados; que el juez consideró al momento de decretar

la privación de libertad que ése imputado podría, estando en libertad, no cumplir o no comparecer al llamado tribunal y por eso lo detienen.

Hoy en día no encontramos con que en la práctica sucede todo lo contrario, es decir, existe mayor garantía de que el imputado juzgado en libertad asista a los actos a los que ha sido convocado a que asista estando detenido, pues actualmente se alega la falta de transporte, que no llega la boleta de traslado o que fue enviado a otro recinto penitenciario, a que hay huelga, que no había despacho, entre otros motivos, con el consabido resultado del retardo judicial. Figura detestable en un Estado de Derecho y Justicia (artículo 2 de la Constitución), situación ésta que se ha incrementado y agravado con el caso de la crisis del rodeo del año 2010 en las Circunscripciones del Área Metropolitana de Caracas y el Estado Miranda, donde se presenta casos de retardo judicial de más de 18 meses.

Pues bien, es indudable e indiscutible la violación de los derechos humanos por las ya tantas explicadas razones, muy en especial el objeto de mi presente anteproyecto; siendo no únicamente parte de la realidad venezolana, sino parte de nuestra cultura como herencia de muchos años atrás, queriendo dejar bien en claro que el problema no está en la norma adjetiva o en nuestra constitución, sino en su aplicación; pues claro está, que de nada nos sirve pregonar que tenemos la mejor constitución del mundo, si la misma no se aplica.

Independientemente que dichos detenidos sean culpables o inocentes, nada exime ni alivia pensar que el aplicar mal la ley esté bien; y que el no poseer los elementos de convicción que acredite la culpabilidad de esa persona no importa. El juez en su apuro en detener al acusado, acuerda todo lo que el Ministerio Público le solicite, en cualquier parte del proceso, cualquier tipo de prueba.

1.5 Marco Metodológico

Ahora bien, en el presente trabajo es de tipo documental, ya que su base es fundamentalmente bibliográfica, donde se pretende descubrir las soluciones jurídicas adecuadas para los problemas que plantea nuestro sistema penal al momento de la detención, lo que implica también la necesidad de profundizar en el análisis de dichos problemas, con el objeto de adecuar éstos problemas al ordenamiento jurídico. Para ésta investigación las fuentes jurídicas que se implementarán serán la ley, la jurisprudencia, la doctrina, la realidad social.

Finalmente se empleó la técnica de la entrevista con el propósito de interrogar a personas expertas en la materia, en la que se realizaron preguntas específicas, las cuales fueron previamente preparadas, y al momento de dar respuestas a las preguntas tomaré grabaciones del mismo para evitar limitar el tiempo del entrevistado si sólo tomo notas; todo ello con el fin de recoger información y analizarla a los fines del trabajo y en la procura de la solución de la problemática del mismo.

I. Derechos Fundamentales Y Su Objetivo Práctico, Criterios Orientadores:

Vivas (2005) comenta que Los derechos fundamentales se perfilan como expresión de un orden objetivo de valores, que no están todos de manera expresa previstos en la ley adjetiva, pero que surgen de la Constitución, de los Tratados y Convenios Internacionales aplicables por disposición de la misma Constitución, de la jurisprudencia de los tribunales y en especial de la jurisprudencia del Tribunales Supremo de Justicia, de su Sala Penal y de su Sala Constitucional; por lo tanto, tales derechos forman parte de la tutela judicial efectiva de los individuos.

Tales normas no constituyen una novedad de ninguna naturaleza y que sólo vienen a reiterar principios constitucionales o principios legales ya existentes, y por lo tanto el Título Preliminar del Código Colombiano las consagra con una finalidad propedéutica y pedagógica para que los intérpretes tengan una orientación filosófica y política, aun cuando todas surgen del texto constitucional, y por eso afirma "...deben guiar e iluminar toda la preceptiva procesal...", por lo que el mismo Código dispone que tales normas son obligatorias.

El proceso se presenta en consecuencia como una garantía para todos los sujetos procesales y no tan sólo para el imputado, sino también para todos aquellos que intervienen en el conflicto penal planteado como consecuencia del hecho punible; en el cual pueden intervenir el imputado, la víctima, la sociedad y el mismo Estado representado a través de cualquiera de sus órganos procesales.

-Derechos De Aplicación Inmediata:

Los derechos contemplados en la Constitución no requieren de previo desarrollo legislativo o de algún tipo de reglamentación legal o administrativa para su eficacia directa y que no contemplan condiciones para su ejercicio en el tiempo, de modo que son exigibles en forma directa e inmediata. En realidad la especificidad de estos derechos es un fenómeno de tiempo: el hombre llega a ellos de manera directa, sin necesidad de la mediación de un desarrollo legislativo.

Si bien el principio pro homine no aparece positivizado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se deduce en forma implícita por ser regulación expresa de preceptos de orden internacional humanitario prescritos en los tratados suscritos por Venezuela, y que por vía de recepción "automática" (Art 23 Constitucional) forman parte del derecho interno.

Además, se conecta con el tema de la no discriminación (punto anterior art 21 CRBV) así como con la progresión de los derechos humanos (punto siguiente art 22 CRBV) y su irreversibilidad (ídem art 22 CRBV), queda implícito (aceptado y supuesto) en los valores superiores establecidos en el artículo 2 Constitucional que establece:

Art 2: Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preminencia de los derechos humanos, la preminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Las implicaciones de este principio son fundamentalmente, que al momento de aplicar o interpretarse un precepto, tiene que formularse de la

manera más favorable al individuo/hombre, es decir acogiendo la interpretación más extensiva cuando se trate de normas que consagran derechos y prerrogativas, y la interpretación más restrictiva cuando se trate de disposiciones cuyo propósito es restringir o coartar el ejercicio de tales derechos. Esta es la pauta sugerida por Pinto M (1998) dentro de la hermenéutica.

Este principio es fundamental en la aplicación de la normativa que gira sobre el Derecho Internacional Humanitario, como siente Abregú (1998) que “no puede caber duda que la aplicación del principio pro homine debe ser el punto de partida, no solo por la vigencia de este principio en el Derecho Internacional sino también por su incorporación al ordenamiento jurídico interno con la constitucionalización de los tratados.

Ahora bien, siendo el debido proceso reconocido en pactos internacionales, y por la jerarquía dada en el art 23 Constitucional, tenemos que conforme al Proyecto Capacitación de Jueces en Derechos Humanos (2004):

En aplicación del principio pro homine, prevalecen en el orden interno, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa de los tribunales y demás órganos del poder público.

-El Carácter Irreversible De Los Derechos:

Una vez que se aceptan determinados derechos y garantías por un Estado, no pueden ser relajados, ni suprimidos del catálogo de derechos humanos; conquista que recoge nuestro artículo 22 Constitucional que establece:

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de reglamentación de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

El intérprete de la norma jamás podría entrar en disquisiciones si determinado derecho está en desuso o, dejó de existir. Ello comporta una traba/obligación también frente a los Estados, que a través de sus Gobiernos se vean tentados a reducir las prerrogativas ciudadanas.

La sentencia Nro. 06-0080, del Tribunal Cuarto (Unipersonal) de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Anzoátegui, en fecha 21 de julio de 2005, del voto salvado del Magistrado Héctor Manuel Coronado Flores, estableció lo siguiente:

Cuando se realiza la interpretación de una norma, debe atenderse a las principales reglas interpretativas que se aplican a los derechos fundamentales. Entre ellas se encuentran, las siguientes: ≤≤ Principio pro homine>> , el cual tiene dos variantes principales:

A) Preferencia interpretativa, según la cual el intérprete ha de preferir la interpretación que **más optimice un derecho** fundamental (y que se plasma en los subprincipios de favor libertatis, de protección a las víctimas o favor debilis, de prohibición de aplicación por analogía de normas restrictivas de derechos, de in dubio pro operario, de in dubio pro reo, de in dubio pro actione etcétera).

En efecto se trata de un **criterio hermenéutico** que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o interpretación extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más

restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o sus suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rango fundamental del derecho de los derechos humanos, eso es siempre a favor del hombre.

Las condiciones para la aplicación del principio pro hominis supone, *en primer lugar*, atender a la naturaleza de los derechos que se encuentran en juego, *en segundo lugar* atender los sujetos que intervienen, *en tercer lugar*, atender a la normas, de acuerdo con la cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa. La preferencia de normas más favorables.

-Posición Preferente De Los Derechos Fundamentales (Preferred Freedoms):

De acuerdo con este principio, el intérprete que se enfrenta a un caso concreto en el que dos distintos derechos pueden entrar en colisión, debe aplicar de forma preferente algunos de ellos, siempre y cuando haya realizado antes un ejercicio de ponderación entre ellos. Así por ejemplo, varios tribunales constitucionales han sostenido que la libertad de expresión y la libertad de prensa tienen un valor preferente frente a derechos como el de intimidad u honor, en virtud de que tales libertades tienen un papel esencial para la construcción de una opinión pública libre, que a su vez es condición necesaria de todo sistema democrático.

-Mayor Protección De Los Derechos:

De acuerdo con este principio, se entiende que la regulación constitucional de los derechos es solamente un estándar mínimo, que puede y debe ser ampliado por los distintos intérpretes que los aplican. Esto implica no

solamente al intérprete judicial, sino también al legislador cuando promulga leyes o a la administración pública cuando expide reglamentos o cuando diseña políticas públicas para hacer realidad los derechos. Desde luego, un primer elemento de mayor protección de los derechos se suele encontrar en los tratados internacionales, los cuales deberán ser atendidos y correctamente aplicados por los jueces.

-Fuerza expansiva de los derechos:

Este principio se puede aplicar tomando varias perspectivas. Por ejemplo en cuanto a la titularidad de los derechos (en este caso el intérprete debe extender cuanto sea posible el universo de los sujetos titulares, para que les llegue al mayor número de personas la protección de los derechos).

-Derecho a La Defensa

El tribunal viola manifiestamente el derecho a la defensa cuando niega un medio defensivo o determinado derecho a las partes, cuando impone una sanción que la ley no prevé o cuando por alguna razón no contemplada legalmente se impide a las partes actuar en juicio para defenderse, verbigracia, juzgarlo en ausencia, limitar su intervención en juicio, negar la incorporación de los medios de pruebas tales como testigos, impedir por acción u omisión la práctica de diligencias, impedir el ejercicio del derecho del contradictorio y al de recurrir de los fallos, impedir interrogar a los testigos, etcétera.

En estos supuestos extremos se excede el juez de sus competencias procesales violentando de manera directa, flagrante, manifiesta y hasta extravagante, violentando directamente el derecho constitucional a la defensa, al crear limitaciones y restricciones que la ley no contempla.

“El Estado que viola de hecho esos derechos, no puede calificarse como Estado de Derecho sino de Facto.”

-Legislador Positivo:

La Sala Constitucional en reiteradas decisiones ha venido sosteniendo que las normas constitucionales, en particular los *Derechos Humanos, los Derechos que desarrollan directamente el Estado Social, las Garantías y los Deberes*, **son de aplicación inmediata**, sin que sea necesario esperar que el legislador los regule, por lo que, en ese sentido, no actúan como normas programáticas

El artículo 335 de la Constitución ha establecido al Tribunal Supremo de Justicia como máximo garante de la supremacía y efectividad de las normas; siendo las interpretaciones de la Sala Constitucional vinculantes para el resto de las Salas con el fin de llenar los vacíos provenientes de la falta de desarrollo legislativo de las normas constitucionales (cual es el caso de las acciones fundadas en derechos e intereses difusos o colectivos artículo 26 de la Constitución), o de la existencia de una situación de desarrollo atrofiado de las mismas, producto de la ley.

Anteriormente esta llamada Jurisdicción Normativa obraba como una especie de norma restringida hasta que la Asamblea Nacional legislara sobre la materia o modificara/mejorara la ley en donde existe dicha laguna legal. Es decir eran normas provisorias, en tanto el órgano competente legislara las normas de manera más amplia y clara tomando en cuenta como vinculantes las provisorias.

Pero en la actualidad las interpretaciones de la Sala Constitucional han venido dejando sin efecto artículos de leyes que según su criterio coliden con la Constitución, jurisprudencialmente han venido sustituyendo normas

constitucionales por interpretaciones de cómo se debería actuar, convirtiéndose la Sala Constitucional de esta forma en una especie de legislador positivo, en mi opinión usurpando las funciones de la Asamblea Nacional, porque si bien es cierto que dichas interpretaciones constitucionales es una forma de garantía constitucional; La Sala Constitucional debería ordenar y garantizar que luego de dichas interpretaciones y/o criterios la Asamblea Nacional legisle al respecto.

En cambio lo que se tiene es un desorden legal, donde se observa a una Sala Constitucional cambiando de criterio continuamente, dejándonos en una especie de incertidumbre, afectando nuestra seguridad jurídica como consecuencia de un silencio legislativo.

-Principio De Legalidad:

El principio de legalidad funge como uno de los pilares fundamentales para el efectivo mantenimiento del Estado de Derecho. A mayor abundamiento, tal principio constituye la concreción de varios aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho Sancionador, y el cual se vincula con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, y con el derecho de éstos a la seguridad jurídica y a la interdicción de la arbitrariedad.

La formulación básica de este principio se traduce en que todo el régimen de los delitos y las penas, debe estar regulado necesaria y únicamente en los actos que por excelencia son dictados por el órgano legislativo del Estado, a saber, en las leyes. Por lo tanto, su configuración formal básica se traduce en el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Esta primera exigencia del principio de legalidad, referida al rango de las normas tipificadoras y constituye una garantía formal, se cristaliza en la noción de reserva legal.

En tal sentido, la figura de la reserva legal viene dada por la consagración a nivel constitucional de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango legal (sentencia n° 2338/2001, del 21 de noviembre).

Una de esas trascendentales materias es la sancionatoria, y concretamente, la materia penal, en cuyo ámbito este principio cobra una especial vigencia, al establecer que el órgano legislativo nacional sea el único legitimado para la creación de delitos; es decir, sólo la Asamblea Nacional tiene la competencia para escoger entre todos los comportamientos humanos, cuáles son los más lesivos a los bienes jurídicos más importantes y describirlos en una norma jurídico-penal, para así establecer cuál debe ser el correlativo castigo.

Aun y cuando los orígenes del principio de legalidad los podemos encontrar en la obra de ROUSSEAU, cabe resaltar que fue Beccaria C (1998) uno de los primeros pensadores que desarrolló sustancialmente dicho principio con relación a los delitos y las penas, quien sobre el particular señaló de manera lapidaria que *“...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad”*

Partiendo de lo anterior, se aprecia que de esta primera garantía se desprenden a su vez otras cuatro garantías estructurales. En tal sentido, se habla en primer lugar de una GARANTÍA CRIMINAL, la cual implica que el delito esté previamente establecido por la ley (*nullum crimen sine lege*); de una GARANTÍA PENAL, por la cual debe necesariamente ser la ley la que establezca la pena que corresponda al delito cometido (*nulla poena sine lege*); de una GARANTÍA JURISDICCIONAL, en virtud de la cual la comprobación del hecho punible y la ulterior imposición de la pena deben canalizarse a través de un procedimiento legalmente regulado, y materializarse en un acto final constituido por la sentencia; y por último, de una GARANTÍA DE EJECUCIÓN, por la que la ejecución de la pena debe sujetarse a una ley que regule la materia.

En el ámbito de nuestro Derecho positivo, la garantía criminal y la garantía penal del principio de legalidad penal encuentran su refugio en el artículo 49.6 de la CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA y en el artículo 1 del CÓDIGO PENAL. Por otra parte, la garantía jurisdiccional está consagrada, fundamentalmente, en el artículo 49, en sus numerales 3 y 4, y en los artículos 253 y 257 de la Constitución, y desarrollado en el artículo 1 del CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL; mientras que la garantía de ejecución se encuentra desarrollada por el Libro Quinto de la mencionada ley adjetiva penal, así como también en la normativa contenida en la LEY DE RÉGIMEN PENITENCIARIO.

Por su parte, a nivel supranacional el principio de legalidad también tiene una acentuada vigencia, pudiendo ubicarse su fuente en el artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 9 de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también en los artículos 9, 22 y 23 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Una segunda garantía genérica del principio de legalidad, ahora de carácter material, impone que la ley que desarrolle las anteriores garantías deba ser: a) previa a la realización de los hechos que se pretenden castigar (*lex praevia*), con lo cual queda proscrita la posibilidad de aplicar de forma retroactiva la ley penal; b) escrita (*lex scripta*), de modo tal que no se pueda recurrir a la analogía como fuente del Derecho Penal; y c) que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, es decir, debe describir claramente las características del hecho punible (*lex stricta* o *lex certa*), cobrando vida en este último aspecto el principio de taxatividad o mandato de certeza, con lo cual se evitan descripciones típicas indeterminadas o vagas.

Con base en lo anterior, podemos resaltar como características fundamentales de dicha institución, en primer lugar, que constituye una Exigencia De Seguridad Jurídica, en el sentido que se tome la existencia y conocimiento previo de los delitos y de las penas, como presupuesto para la imposición de un determinado castigo; y en segundo lugar, que constituye una Garantía Política, que se traduce en que el ciudadano no pueda ser sometido por el Estado a cumplir penas cuyo establecimiento no haya sido aceptado por el pueblo.

Sobre estas características del principio de legalidad, el Tribunal Constitucional español ha establecido lo siguiente:

El principio de legalidad penal es una garantía inherente al Estado de Derecho, que impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención penal, la estricta sujeción de Jueces y Tribunales al dictado de las leyes que describen delitos e imponen penas y

exige la existencia de preceptos jurídicos que permitan predecir con el suficiente grado de certeza qué conductas se hallan prohibidas y qué responsabilidad y, en su caso, qué sanción comporta su realización. El efectivo reconocimiento del principio de legalidad penal obliga en ocasiones a dilucidar si se ha traspasado la tantas veces tenue línea divisoria que separa la actividad judicial de reconocimiento del alcance y significado de la norma como paso previo a su aplicación, de la que, con ese mismo fin, rebasa sus límites y genera o modifica su propio sentido...” (STC 156/1996, de 14 de octubre).

Luego, el contenido del principio de legalidad se concreta en la creación del tipo penal (descripción precisa e inequívoca de la conducta en la norma-, cuyo contenido, dentro del edificio conceptual de la teoría del delito, cobra vida al configurarse la categoría de la tipicidad) correspondencia o adecuación de la conducta con la descripción del tipo-, materializándose de esta forma la garantía criminal y la garantía penal, ambas derivadas del principio de legalidad. En otras palabras, el legislador nacional es el único llamado a afirmar, desarrollar, completar, reforzar y concretar la garantía criminal y la garantía penal del principio de legalidad.

De lo anterior se colige entonces que la legalidad y la tipicidad se encuentran en una línea de parentesco descendente, en el sentido de que el principio de legalidad (*nullum crimen*) implica que la conducta punible esté necesariamente prevista en una ley formal, mientras que la tipicidad constituye la descripción inequívoca de tal conducta en el texto legal.

Sobre esta vinculación conceptual entre las dos categorías antes señaladas, Carlier F (1999) afirma que “... *la tipicidad es un concepto específico del género que representa el principio de reserva o de legalidad. Uno a otro se relacionan estrechamente, se contienen y hasta se nutren pero*

no son identificables. La función de la tipicidad es posterior a la legalidad. Ésta necesariamente es anterior a la tipicidad...”

El principio de legalidad, en su formulación más general se traduce en la sujeción a la Ley, ante todo de la sujeción del Poder Público al Derecho, razón la que, p. ej., ese Poder no está legitimado para perseguir y sancionar a una persona por un comportamiento que la Ley no asocia a una sanción para el momento del hecho, y, por argumento en contrario, tampoco puede desconocer y no aplicar (a menos que la estime inconstitucional y la desaplique en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad) una norma jurídica que sí está prevista en el ordenamiento jurídico.

En Sentencia N° 1065 de Sala de Casación Penal, Expediente N° C00-0626 de fecha 26/07/2000, se estableció:

...Debe precisarse que el principio de legalidad es un requisito que debe presidir toda la actividad dirigida a la consecución de las pruebas. Sólo de la forma como se establece en la ley se debe realizar tal actividad, pues son las reglas que el Estado ha aprobado para llevar a la causa aquellos elementos de convicción en relación a los hechos que se diluciden. No se puede probar de cualquier forma, sino de la forma como lo establezca la ley adjetiva, específicamente el artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal, este requisito hace por tanto declarar la nulidad de cualquier actuación que violente tal garantía procesal, sobre todo cuando a su vez viola garantías sustantivas establecidas en la Constitución...

-La Legalidad y El Debido Proceso

“El Principio de legalidad es un postulado general del estado de derecho que cubre todos los actos de la autoridad pública.”

Es necesario recordar que el Estado solo puede hacer lo que le está permitido legalmente o aquello que la Ley le obliga hacer, excederse al hacer lo indebido es un abuso de sus atribuciones y una invasión a la esfera de los derechos de las personas. Por ello, el debido proceso legal es una norma que garantiza que todos hagan un mejor y más libre uso de sus derechos, especialmente los referidos a su seguridad y libertad personales y de propiedad, los más expuestos a conflictos judiciales de naturaleza penal.

El Juez no puede cumplir su labor o ejercer funciones legales a su antojo o amaño. El modo de ejercicio de las funciones jurisdiccionales esta regulado por la ley y se conoce con el nombre de Proceso, el cual se califica como debido porque es el camino que la Ley obliga a seguir para administrar justicia en cada caso.

En el proceso penal lo debido es una justicia pronta (pero no fulminante y caliente) y el de la imperatividad de una defensa técnica letrada.- Un proceso que ofrezca muy escasas o reducidas oportunidades para la defensa adecuada con posibilidad de eficacia, no podrá reputarse debido.

El debido proceso no es en suma cualquier procedimiento legal, sino aquel en que las formalidades y los términos permitan al juez indagar por la verdad histórica y juzgar serenamente, asegurando al acusado la defensa técnica adecuada a la plenitud de sus derechos y garantías (admitir y evacuar las pruebas ofrecidas por las partes, basarse únicamente en

pruebas legales, admitir la posibilidad de la impugnación, publicidad y contradicción, libertad intraprocesal, escogencia de un defensor técnico adecuado, idóneo de su confianza con garantía de un ejercicio amplio y suficiente) que establezca para el procesado la certeza de que su situación se define sin tardanzas inútiles ni dilaciones insoportables y sin omisiones.

Se puede llamar debido proceso a aquel en el cual se evita la arbitrariedad o el desafuero, aquel que tiene en cuenta los Principios Generales del Derecho, del Estado de derecho, (legalidad formal, racional, proporcionalidad, oportunidad, igualdad, dignidad, derechos humanos internacionales etcétera).

El derecho Penal es un derecho Humanitario que tiene como punto de partida el respeto completo e incondicional de los derechos humanos internacionales cuya base la constituye la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (Costa Rica) Artículo 8 numeral 2 y la Constitución Bolivariana de la República Venezuela Art. 49 y todas las demás normas y garantías que consagra el ordenamiento constitucional y legal de la República.

Hay normas de poca importancia que se han establecido como orientación para el funcionario o los interesados. Su violación no tiene ninguna repercusión en el proceso. El funcionario debe cumplirlos, pero si no lo hace no se presenta sanción procesal.

Pero existen normas procesales determinantes o fundamentales cuya Violación acarrea nulidad absoluta, estas irregularidades deben ser sustanciales, importantes, notorias y que tengan como consecuencia el lesionar los derechos consagrados a favor a las partes, establecidas en el

proceso, es decir, estar comprobada su existencia. Se denominan constitucionalmente nulidad absolutas.

Ejemplos:

- a) La indebida calificación o la existencia de Pruebas que modifiquen la ubicación calificación.
- b) Un juez no puede dictar sentencia sin estar convencido de la responsabilidad penal del procesado y para que tenga ese convencimiento la ley lo autoriza a recoger información al respecto y ello se logra evacuando las pruebas.
- c) No celebrarse la audiencia pública el día y la hora fijados en el auto que dispuso su celebración.
- d) Errores determinantes en la resolución acusatoria que no permitan conocer con certeza el delito o la persona a la cual se acusa o que califique el hecho dentro de un título distinto al que corresponda.
- e) La ruptura de la unidad procesal cuando se afecte el derecho a la defensa: La violación al derecho a la defensa del procesado se puede manifestar de dos formas: La llamada defensa material que desarrolla el procesado y la llamada defensa técnica que corresponde al defensor. Cualquier traba significativa al desarrollo de ese derecho origina la causal mencionada. Podemos mencionar como tales: e1) la no designación de defensor para la audiencia preliminar, para la versión libre y espontánea y para las demás diligencias en que debe intervenir el procesado; e2) La no intervención del defensor en la audiencia; e3) No practicar las pruebas solicitadas oportunamente y debidamente por el procesado o su defensor; e4) La mención de cargos en forma antibiológica o contradictoria en la resolución de acusación. e5) No notificar personalmente al procesado detenido la resolución acusatoria; e6) Impedir que el procesado designe a su defensor o que designe una de su confianza para reemplazar uno público o de oficio que le hubiera

designado el juez e7) reemplazar sin consentimiento del procesado al defensor de confianza elegido por él, y nombrar uno de oficio. e8) nombrarle una persona no habilitada como abogado para que lo asista a la indagatoria u otra diligencia procesal.

La consecuencia de la nulidad absoluta es la de dejar sin validez jurídica no solo el acto o la diligencia en que se presentó, sino también todas las que se han practicado después que ella tuvo cumplimiento. El funcionario ordenará que se repitan todas las que se han efectuado posteriormente, incluyendo la viciada en todo o en parte, de acuerdo con las circunstancias o el momento procesal en que se presente la causal.

La irregularidad es sustancial, porque afecta derechos o garantías de los sujetos procesales o que desconoce los fundamentos esenciales de la instrucción o el juzgamiento y quedan mencionadas como irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso.

Se pretende facilitar así la solución de los errores o dificultades procesales mediante la revocatoria oportuna de las providencias, que generalmente son revocables. Solo se podrá intentar la nulidad cuando no exista otro remedio. La violación de esas normas si tiene repercusión procesal y su sanción es la nulidad absoluta.

El procedimiento "legal" no puede ser un pretexto para atropellar los derechos fundamentales del hombre, todo lo contrario, tiene que ser su principal armadura de defensa.

-El Habeas Corpus:

La Constitución ha creado una garantía para hacer efectiva la libertad, el Habeas Corpus, pero en la práctica la interpretación de esta institución ha sido restringida.

Hay quienes dicen que la persona sometida a un juicio penal, y contra quien existen medidas judiciales, sólo puede ejercer recursos ordinarios o extraordinarios que le ofrece el Código. Aquí hay un error conceptual, porque el Habeas Corpus no es un recurso procesal, ni está sometido al principio que rige para éstos, de que para ejercer un recurso extraordinario es necesario agotar el ordinario.

El Habeas Corpus es una Acción Constitucional, la cual la Constitución no denomina en ninguna parte "Recurso", sino "mandamiento" (o sea la decisión del Juez de Primera Instancia en lo Penal que recae con motivo de la solicitud hecha por cualquier persona a favor del ciudadano que ha sido objeto de privación o restricción de su libertad, con violación de las garantías constitucionales). Zerpa, Reinaldo (1972).

En la doctrina nos enseña el autorizado constitucionalista argentino, Viamonte, Carlos lo siguiente: "ACCIÓN DE HABEAS CORPUS, NO RECURSO" y más adelante: Por una simple razón de inercia consuetudinaria, se ha universalizado entre nosotros el calificativo de "recurso" aplicado al Habeas Corpus ampara la libertad restringida aun privadamente, y un recurso sólo procedería contra actos de autoridad.

-La Libertad Como Bien Jurídico Protegido

El abanico de libertades que el legislador ha puesto en mano de los Jueces Penales, debe ser utilizado como valioso instrumento de política criminal en la cual también el Juez esta inmerso y debe jugar papel destacado.

En este orden de ideas la interpretación de las Leyes restrictivas o limitadoras de la Libertad debe verificarse extensiva o ampliamente.

Esta exigencia podría privar en el ánimo de los Jueces Penales venezolanos, si tomamos en cuenta la grave crisis social que se localiza en el drama carcelario al cual hicimos referencia antes.

En Venezuela hoy día la detención preventiva equivale a una pena en términos materiales y humanos, si tomamos en cuenta la vergüenza, la ignorancia y la humillación en grado sumo que implica estar detenido en uno de nuestros centros carcelarios sin excepción ninguna lo que ha hecho decir a algunos de los presos hoy día, que son " menos que nada", "menos que una cosa". Si el Juez Penal también hace política criminal de lo cual no se ocupa el Estado venezolano, ello, debe guiarnos por senderos de libertad.

La libertad antes que nada, a menos que hayan intereses superiores que proteger. La propiedad en los tiempos venezolanos no puede ser un interés jurídico merecedor de una mayor y mejor tutela.

De acuerdo con el maestro Casal, Hernandez:

“Después de la vida, el bien o valor más importante para el ser humano es la libertad. Por ello, de una parte, el ordenamiento jurídico reserva las sanciones restrictivas de ese derecho para las transgresiones más graves al status ético-jurídico y, a su vez, el Estado extrema su celo para que no se atropelle al ciudadano y se limite indiscriminadamente ese atributo de su condición humana, elemento indispensable en el funcionamiento de una sociedad organizada conforme a las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho que se centra en la dignidad de la persona humana. Así mismo afirma Casal, que tras diversas vicisitudes históricas, el derecho de las personas a su libertad física se consolida como un o de los más elementales

componentes de todo Estado que merezca el apelativo de liberal y democrático.”

Si bien es cierto que por una parte la sociedad clama por una sanción cuando se ha cometido un delito y aspira que se tomen las medidas contra los culpables en el tiempo más breve, por otra parte, los investigados y sometidos a juicio demandan respeto a sus derechos, a su libertad, y al ejercicio pleno de su defensa antes de ser objeto de una sanción.

De acuerdo al maestro Arteaga Sánchez, el Código Orgánico Procesal Penal, el cual, sobre los lineamientos de la Constitución, establece la libertad como regla en el proceso y su restricción como excepción y fija criterios precisos que tienden a que no se convierta la limitación de la libertad durante el proceso en una pena anticipada y a que se preserve su esencia de medida extrema que solo se justifica en razón de las exigencias del proceso y a los fines de afianzar la justicia y no como respuesta de venganza que busca satisfacer las demandas inmediatas de la colectividad cuando se ve atacada en sus intereses más preciados.

Ferrajoli, plantea la ilegitimidad de la prisión preventiva, señalando que la prisión ante iudicium choca con la presunción de inocencia, con la exigencia de que nadie puede ser detenido sino con fundamento en un juicio y que todo arresto sin juicio ofende el sentimiento común de la justicia, al ser percibido como un acto de fuerza y de arbitrio.

Como bien lo señala Solimine, Marcelo ante las posiciones extremas que se han planteado, entre el negro y el blanco, se impone el gris que busca armonizar, de la mejor manera posible, los contradictorios intereses que llevan sociedad y procesado, aunque en el futuro habría que inclinarse hacia el blanco, hacia la abolición de la prisión preventiva, aunque ello solo podría ser posible en un sistema ideal de justicia penal que tuviese la máxima credibilidad y eficiencia para garantizar un juicio justo en breve tiempo, en el

contexto de una sociedad en la cual el Estado y sus órganos estuviesen en capacidad de ejercer un efectivo.

II-Privación Judicial Preventiva de Libertad

Arteaga sostiene que la Privación judicial preventiva de la libertad es la medida cautelar de mayor importancia y gravedad en el proceso penal, de manera tal que, en el pasado, bajo el régimen del Código de Enjuiciamiento Criminal, se erigió en la razón última del proceso, sirviendo de instrumento para la práctica del denominado terrorismo judicial, siendo ahora, asimismo, para muchos, el máximo trofeo que puede obtenerse en el curso de una investigación penal y convirtiéndose, en definitiva, en la pena anticipada impuesta sin juicio previo y a la que puede seguir una sentencia absolutoria de no culpabilidad que confirma el estado de inocencia violado.

Asimismo afirma Carnelutti (2) el aislamiento o prisión preventiva se asemeja a una de aquellas medicinas heroicas que, por ser tales, deben ser proporcionadas por el médico con suma prudencia porque “pueden curar al enfermo, pero también pueden ocasionarle un mal más grave”.

Casal, Jesús (2) ha fijado algunos criterios generales sobre esta materia que se resumen en los siguientes: no basta la solidez de la evidencias que comprometen al acusado ni la gravedad de los delitos imputados para justificar el mantenimiento de la prisión provisional; con el paso del tiempo tienden a perder fundamentación las razones justificadas de la prisión provisional; y jamás puede ser empleada la prisión provisional para “anticipar la ejecución de una pena privativa de libertad”.

En este orden de ideas, es necesario dejar claro que una medida de tan grave trascendencia no puede ser decretada sobre la base de una simple

denuncia, por lo que es imprescindible que el juez de control examine los hechos investigados y determine la necesidad de la aplicación de tal medida.

Por lo que la simple sospecha no es suficiente para determinar que un sujeto es el autor de la comisión de un delito, ni tampoco puede fundarse el dictamen del juez en un indicio aislado de autoría o participación, sino que se requiere algo más.

De esta manera, Asencio, Jose María afirma que, no puede servir de base para la adopción de una medida de privación de libertad, de alguna manera anticipo de una pena no impuesta, una simple denuncia o querrela siendo así que (como lo ha declarado el Tribunal Constitucional de España), de la misma manera que no basta la mera declaración del imputado para una sentencia condenatoria, tampoco puede servir la del sujeto pasivo del delito, para el decreto de prisión provisional, dado que la denuncia o querrela, simplemente, constituyen medios para transmitir la noticia criminis al órgano jurisdiccional y solo provocan que se inicie el proceso penal en el cual se verificarán los hechos que constituyen su contenido.

La privación judicial preventiva de libertad prevista, en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, la cual consiste en que el Juez de Control a solicitud del Ministerio Público, podrá decretar la privación preventiva de libertad del imputado siempre que se acredite la existencia de:

- Un hecho punible que merezca pena privativa de libertad y cuya acción penal no se encuentre evidentemente prescrita.
- Fundados elementos de convicción para estimar que el imputado ha sido autor y partícipe en la comisión de un hecho punible.
- Una presunción razonable, por la apreciación de las circunstancias del caso particular, de peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto de un acto concreto de investigación.

En tal sentido, la fuga o la obstaculización de la investigación podrían impedir que se concrete la realización del derecho material, no obstante con la detención “el riesgo cambia de manos y es el imputado quien corre”, de allí que se deben interpretar restrictivamente tales exigencias.

Es importante precisar, que la privación judicial preventiva de libertad sólo puede decretarse por discusión debidamente fundada que debe contener (artículo 254):

- Los datos personales del imputado o los que sirvan para identificarlo;
- Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen;
- La indicación de las razones por las cuales el Tribunal estima que concurren en el caso los presupuestos que se refieren los artículos 251 y 252.

La apelación de la medida de privación judicial preventiva de libertad no suspende su ejecución, estableciéndose una excepción al principio contemplado en el artículo 439 del Código Orgánico Procesal Penal, conforme el cual la apelación de una decisión suspende su ejecución.

Siguiendo esta tendencia, el legislador venezolano enumera ocho medidas que el juez puede imponer, al imputado, previa solicitud del Ministerio Público. Respecto a la ubicación de tales medidas se advierte que si lo que se perseguía era denotar la excepcionalidad de la privación de libertad aquellas debieron ubicarse antes de la medida de detención judicial dado que no proceden después de decretada la detención sino antes, justamente para evitar que aquella se decreta. Su enumeración después de la privación judicial de libertad, pudiera inducir al error de acordarla después de ejecutada la detención y como medios para hacerla cesar.

Así pues, el Derecho Penal tiende a sustituir cada vez más la pena privativa de libertad, el Derecho Procesal Penal modernamente procura evitar la privación de libertad como la medida cautelar por excelencia. Cobarrubia I (2003)

En Sentencia N° 077 de Sala de Casación Penal, Expediente N° A11-088 de fecha 03/03/2011 se estableció:

...Así pues, hoy en día la Privación Judicial Preventiva de Libertad, constituye un **decreto excepcional**, que a la luz del nuevo sistema de juzgamiento penal, sólo puede ser dictado en todos aquellos casos en los cuales, no exista razonablemente la posibilidad de garantizar las eventuales resultas del proceso penal, con otra medida de coerción personal menos gravosa y distinta la Medida de Privación Judicial Preventiva de Libertad. En tal sentido, debe señalarse, que la imposición de cualquier medida de coerción personal, debe necesariamente obedecer a una serie de criterios y juicios debidamente razonados y ponderados, que atendiendo a las circunstancias que rodean cada caso, se encamine a conseguir el debido equilibrio que exige, tanto el respeto al derecho de los procesados penalmente a ser juzgados en libertad como al derecho del Estado y la sociedad de que se resguarden los intereses sociales, mediante el establecimiento de medios procesales que garanticen las futuras y eventuales resultas de los juicios. Por ello, el análisis de todas y cada una de las circunstancias fácticas que reposan en las actuaciones y acompañan a las respectivas solicitudes de privación o cautelar substitutiva de libertad, deben ser ponderadas bajo los criterios de objetividad, magnitud del daño, cuantía de la pena, peligro de fuga y de obstaculización en la búsqueda de la verdad, lo cual permitirá

luego de un debido y motivado juicio, determinar con certeza la mayor o menor severidad de la medida a imponer....

-El arresto o privación de libertad:

Esta medida de coerción personal, debe dictarse mediante una resolución firmada y, en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, ejecutándose del modo que perjudique lo menos posible a los afectados por la medida. Esto último constituye un mandato legislativo de cumplimiento obligatorio por parte de la autoridad jurisdiccional. La prisión preventiva incide de manera indiscutida sobre una de las más importantes libertades del ser humano: su libertad personal.

De allí, que sea excepcional su aplicación y muy delicada ejecución, procediendo en supuestos muy limitados y puede generar responsabilidad estatal de indemnizar su imposición en los supuestos del artículo 262 del Código Orgánico Procesal Penal.

El imputado podrá ser objeto de una medida judicial de privación preventiva de libertad cuando apareciere fuera del lugar donde debe permanecer según el artículo 262, o cuando aun permaneciendo en el mismo lugar no comparezca, sin motivo justificado, ante la autoridad judicial o del Ministerio Público. Si no pudiera ser aprehendido, la revocatoria de la medida sustitutiva podrá dar lugar a la ejecución de la caución.

Debe resaltarse, que la prisión preventiva procede bajo tres supuestos específicos:

- Que existan elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente que el imputado es, con probabilidad, el autor del hecho punible o partícipe del mismo.

- Que exista una presunción, razonable, apreciando las circunstancias del caso específico, de que hay peligro de fuga, o de obstaculización de la investigación, o de que el individuo continuará su actividad delictiva.

- El tercer factor para que proceda la prisión preventiva es que el delito por el que sea perseguida la persona sometida a proceso sea sancionado con pena privativa de libertad.

También es importante destacar, que el Código Orgánico Procesal Penal prevé otras medidas cautelares personales en el artículo 256, las cuales se pueden aplicar siempre que las presunciones que motivan la prisión preventiva pueden ser evitadas razonablemente con estas. Estas medidas cautelares personales alternativas a la prisión preventiva son:

- El arresto domiciliario.

- La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada.

- La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que el designe.

- La prohibición de salir del país sin autorización, la localidad en la cual reside o del ámbito territorial fijado por el tribunal.

- La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o visitar ciertos lugares.
- La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
- El abandono inmediato de domicilio.
- La presentación de una caución adecuada.
- Cualquier otra medida preventiva que el tribunal estime procedente.

-Motivación y Fundamentación del Auto de Privación de Libertad:

Es necesario destacar, que conforme al artículo 246 del Código Orgánico Procesal Penal, las medidas de coerción personal solo podrán ser decretadas mediante **resolución judicial fundada**, que se ejecutará de modo que perjudique lo menos posible a los afectados; vale decir, que se trata de medidas de naturaleza estrictamente judicial, que dicta el juez en ejercicio de su función jurisdiccional, mediante resolución fundada, esto es, motivada con expresión de las razones de hecho y derecho que a su juicio hagan procedente la medida.

En cuanto a la Ley vigente, el vocablo “sentencias o autos fundados” que encontramos en el artículo 173 del Código Orgánico Procesal Penal, podría decir que el legislador lo incluyó para remarcar, contraseñar o destacar con fuerza la existencia de que todo acto procesal, especialmente cuando emana de los órganos del Estado, a saber, jueces y fiscales, deben ser motivados o fundados.

Una decisión judicial no es ni puede ser algo mecánico que nada contenga o que su contenido sea una confusa e incongruente historia, argumentos o alegatos (que tampoco expresa ni la Orden de Aprehensión ni las Actas de Entrevista ni la decisión apelada) y más por el contrario está compuesta sólo por el dicho del Ministerio Público lo cual no constituye un elemento de convicción idóneo para encarcelar a una persona.

Una decisión judicial no debe, no puede ser así, una decisión judicial es una función importantísima del Estado mediante la cual, entre otras cosas, el Juez debe convencer con argumentos lógicos ajustados a las máximas de experiencias y a la lógica.

En cuanto a la Ley vigente, el vocablo “sentencias o autos fundados” que encontramos en el artículo 173 del Código Orgánico Procesal Penal, podría decir que el legislador lo incluyó para remarcar, contraseñar o destacar con fuerza la existencia de que todo acto procesal, especialmente cuando emana de los órganos del Estado, a saber, jueces y fiscales, deben ser motivados o fundados.

Una decisión judicial no es ni puede ser algo mecánico que nada contenga o que su contenido sea una confusa e incongruente historia, argumentos o alegatos lo cual no constituye un elemento de convicción idóneo para encarcelar a una persona.

Una decisión judicial no debe, no puede ser así, una decisión judicial es una función importantísima del Estado mediante la cual, entre otras cosas, el Juez debe convencer con argumentos lógicos ajustados a las máximas de experiencias y a la lógica.

Como hemos visto, la jurisprudencia tanto de la extinta Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Supremo de Justicia tanto en su Sala Constitucional como en su Sala de Casación Penal, es abundantísima.

Todas las decisiones, ya lo sabemos, a la luz del Art. 173 del Código Orgánico Procesal Penal y del Artículo 49 de la Constitución, deben ser fundadas.

Podemos traer aquí una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional español citada por Guimori Tomás (1992), la cual se refiere a un asunto diferente, pero que trasciende por su importancia en cuanto a la motivación o fundamentación jurídica de las decisiones:

“La sola cita de los preceptos de la LEC (se refiere a la Ley de Enjuiciamiento Criminal) que apoya la inadmisión de un recurso de casación, no puede integrar la exigencia constitucional de motivación que impone el Art. 24.1 CE, y es contrario al derecho a obtener la tutela judicial efectiva”

En tal sentido, hay que decir que la motivación no es solo un deber del Juez con el que justifica jurídicamente sus decisiones, sino también una garantía que excluye la arbitrariedad.

La motivación permite distinguir una decisión dictada con apego al orden jurídico, de otra dictada como un acto personal, individual, caprichoso o arbitrario del Juez.

No basta con que el Fiscal o el Tribunal haga una afirmación sobre un hecho o una situación procesal para que la decisión esté motivada.

El deber de motivación no queda satisfecho con que el Tribunal emita una mera declaración de conocimiento privado sobre un determinado aspecto de la controversia o sobre toda ella. Se precisa de más, se requiere de una argumentación que examine, analice y contraponga todas las pretensiones de las partes. Por esta razón, vale la pena mencionar otras decisiones dictadas por el Tribunal Constitucional español. Así, mediante decisión del 26-10-1992, decidió que la motivación es “el fundamento o ratio decidendi de las resoluciones, y la garantía esencial del justiciable para comprobar si la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad”.

La motivación, sigue diciendo el alto Tribunal peninsular, “actúa, en definitiva, para favorecer un más completo derecho a la defensa en juicio y como un elemento preventivo de la arbitrariedad”. Por otra parte: “La motivación de las resoluciones judiciales es un derecho fundamental de las partes intervinientes en un proceso y deriva de los Artículos. 120,3 y 14,1 CE”.

“La motivación de resoluciones judiciales que revistan la forma de auto o de sentencia no es sólo una obligación del órgano judicial que le impone el Art. 120,3 CE, sino también un derecho de los que intervienen en el proceso que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial garantizado por el Art. 21,1 CE”. Igualmente: “la tutela judicial efectiva no consiente decisiones que merezcan la calificación de arbitrarias por carecer de explicación alguna o venir fundadas en explicaciones irrazonables”.

Finalmente, una sentencia del 24 de octubre de 1995, estableció que la función de la motivación es “hacer patente el sometimiento

del Juez al ordenamiento jurídico, convencer a las partes y facilitar el control de la sentencia por Tribunales superiores”.

La motivación de una decisión, sea en cuanto al derecho que sobre los hechos, persigue un triple propósito: A) Expresar el sometimiento del Juez al ordenamiento jurídico. Esto distingue una decisión jurídica de una decisión personal, arbitraria o interesada. B) Convencer a las partes sobre lo que se expresa y lo que se resuelve, y que ellas puedan contradecirla; y C) Someter y facilitar el control de la sentencia por las partes y por el Tribunal que conozca en grado de conocimiento.

Toda decisión inmotivada, viola el derecho a la tutela jurídica, a la cual se refiere el primer párrafo del Art. 26 de la vigente Constitución, cuando dispone: “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, inclusive los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente”. Así, el decreto de Medida privativa de libertad sin orden de aprehensión viola la Ley, la Constitución y los tratados internacionales suscritos por la República y debería declararse la nulidad por inconstitucionalidad.

Finalmente, la ausencia de motivación constituye una violación al derecho a la defensa y a la contradicción, por no saber cuál es el pensamiento del Juez, toda vez que así como una decisión menciona un artículo de ley o cualquier situación de hecho, pudo haber mencionado otro u otras, y quedaríamos en la misma actual situación.

Toda decisión carente de motivación viola el debido proceso, como garantía contemplada legal y constitucionalmente (Art. 49 Constitución de

1999), el cual podemos definir como “el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia; que le aseguran la Libertad y la Seguridad Jurídica”; seguridad jurídica a la cual se refiere el preámbulo de la vigente constitución, es decir, que debido proceso es sinónimo de seguridad jurídica, que no permite omisiones, ilogicidades y contradicciones como las plasmadas en el presente expediente, tanto por el órgano de aprehensión, el Fiscal y el Juzgador. Vásquez, Fernando

En este orden de ideas el Artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal (Presunción de Inocencia) establece:

“Cualquiera a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y a que se la trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme.”

La doctrina imperante apuntalada con el criterio de humanidad, permite sobre la base de este principio que el Juez debe hacerse mental aplicación de los Principios y usar aquel que, en el caso concreto, arroje un resultado más favorable al reo e impedir así que una persona no condenada por sentencia definitivamente firme pague una condena anticipada que es lo que representa en Venezuela la presentación periódica mientras dure el proceso.

Es obligación también de la Fiscalía cumplir con la debida motivación de su solicitud de aplicación de tan grave medida, expresando el *Fomu Boni Juri* ni el *Periculum In Mora*, que tengan la fortaleza de convencer al Juez para que pondere su decisión.

El Fiscal del Ministerio Público, a diferencia del acusador privado, debe tener a la verdad y a la justicia como norte de sus actos, ya que el Ministerio Público es el organismo mediante el cual se ejercita la representación y defensa del Estado y de la Sociedad, "Garantiza y vela por la exacta observancia de la Constitución y las Leyes" Artículo 1 y 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y 218 de la Constitución de la República de Venezuela.

Son los derechos de la persona inculpada tan dignos de protección fiscal como los propios de la sociedad en la persona ofendida, o sea que la salvaguarda es general y en el supuesto que nosotros fuésemos omisos y negligentes como defensores, la parte fiscal estará obligada a cubrir nuestras faltas e imprevisiones y como apunta el maestro Cordova "Por moral, por ley y por deber es natural protector del inocente" Dice el Profesor Altavilla "Debe ser garantía de objetividad"

A este respecto la Doctrina aplicada por el Ministerio Público dice lo siguiente:

-La Motivación Acogida

Así, la Sala de Casación Civil en su decisión n° 404/02, del 1° de noviembre (caso: *Danira Riserda España Oropeza*), cuando se refirió a la posibilidad de que se acogiera, íntegramente, la motivación del fallo apelado, cambió su criterio en los siguientes términos:

“Al respecto, se observa que, efectivamente, como bien señala la recurrida, esta Sala de Casación Civil, en sentencia de fecha: 29 de julio de 1998, con ponencia del Dr. Alirio Abreu Burelli, caso Carlos Antonio González Chirinos contra María Grazia Organtini Bartolomei, expediente 97-109, estableció respecto a la

suficiencia de los motivos de los fallos de alzada, el siguiente criterio doctrinario:

‘...La finalidad procesal de la motivación de la sentencia de alzada, consiste en permitir a la Sala de Casación Civil, al resolver el recurso de casación, el control de la legalidad del fallo, propósito que se cumple al acoger y transcribir dicha sentencia la fundamentación de la decisión apelada. Por tanto, al transcribir la recurrida las razones de primera instancia, las cuales son suficientes para conocer y controlar el criterio sobre el cual se basó el Juez para establecer los hechos y aplicar el derecho, fundamentó suficientemente su decisión...’.

Criterio el cual ha sido mantenido a través del tiempo, haciendo viable la motivación acogida como fórmula del juez de alzada para dar a conocer el proceso lógico seguido para establecer los hechos y aplicar el derecho y, que en todo caso sería el mismo que utilizó el tribunal de la causa.

Sin embargo, la Sala considerando que una de sus misiones fundamentales consiste en brindar la correcta interpretación de la ley, en este caso en particular, del ordinal 4º del artículo 243 del Código Procesal Civil, que dispone: *“Toda sentencia debe contener...4º) Los motivos de hecho y de derecho de la decisión...”*, y observando que la aplicación irrestricta del referido criterio ha degenerado en una práctica común, donde simples transcripciones o reproducciones totales de las sentencias dictadas por los tribunales de primera instancia se tienen o bastan como decisiones de alzada, considera necesario en esta oportunidad, establecer que tal pronunciamiento desde ningún punto de vista satisface el cumplimiento del precepto legal citado y, a tal fin, si bien, los fallos de alzada pueden realizar citas o transcripciones de las decisiones dictadas por los tribunales de

primera instancia donde acojan, además, la motivación de éstos, no por ello, quedan eximidos de expresar sus propias razones de hecho y de derecho para soportar la decisión, con especial mención o referencia a los motivos de apelación brindados por la parte proponente del recurso, los cuales en todo caso, deben ser claramente estimados o desestimados por el juzgador de alzada.

En consecuencia, se abandonan expresamente las jurisprudencias que hasta ahora habían prevalecido sobre la suficiencia de la motivación acogida; en lo sucesivo, con inclusión del caso bajo análisis, se reitera, la Sala tendrá como debidamente motivado, el fallo de alzada que contenga sus propias razones de hecho y de derecho respecto a lo decidido...”
(sic. Resaltado añadido).

Por su parte, la Sala de Casación Social también cambió, con idéntico razonamiento, su criterio al respecto, en reciente decisión donde señaló:

“...De la decisión antes transcrita se evidencia que el juzgado superior acoge íntegramente en todas y cada una de sus partes la motivación del a quo, y éste a su vez acoge una jurisprudencia dictada por esta Sala de Casación Social, sin efectuar análisis alguno de las probanzas cursantes en autos, así como de los alegatos de las partes, a fin de subsumir los hechos en el derecho y concatenarlos con la decisión dictada al respecto por esta Sala. Así, y previa a la decisión antes transcrita, observa esta Sala de Casación Social que la recurrida desde el folio tres (03) al catorce (14) de su sentencia transcribió íntegramente el fallo emanado por el Tribunal de la causa, de lo que se demuestra que estamos frente a un caso de motivación acogida.

Ahora bien, la Sala de Casación Civil de este máximo Tribunal, en fecha 1° de noviembre del año 2002, con ponencia del magistrado Antonio Ramírez Jiménez, con relación a la motivación acogida, dejó sentado lo siguiente:

De lo anteriormente transcrito, se deja claro que los jueces superiores deben motivar sus decisiones y no limitarse simplemente a hacer una transcripción de los fallos de los juzgados de instancia, a fin de evitar que los mismos queden viciados por inmotivación, fallo que esta Sala de Casación Social comparte y acoge en todas sus partes.

Considera esta Sala de Casación Social que el pronunciamiento por parte del sentenciador superior que se limite a transcribir totalmente la sentencias dictadas por los tribunales de primera instancia y hacerlas suyas como decisiones de alzada, sin contener sus propias consideraciones respecto a los motivos que soportan la decisión, como lo asentó la Sala de Casación Civil, incumplen lo preceptuado en el ordinal 4° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, como lo es que toda sentencia debe contener los motivos de hecho y de derecho de la decisión. Por tanto, si bien considera este alto Tribunal que los sentenciadores de alzada pueden realizar dichas transcripciones, deben expresar necesariamente sus propias razones de hecho y de derecho para sustentar la decisión, por cuanto es obligación de todo sentenciador, como antes se indicó, expresar las razones por las cuales confirma o revoca la decisión objeto de su conocimiento.

Establecido lo anterior, esta Sala de Casación Social abandona el criterio sobre la suficiencia de la motivación acogida hasta ahora manejada y en consecuencia, a partir de la publicación de este fallo incluyendo el caso examinado cambia el criterio al respecto.

teniéndose como debidamente motivada la sentencia de alzada que contenga sus propias razones de hecho y de derecho respecto a lo decidido. Así se resuelve..." (sic. s S.C.S. n° 117/04, del 17 de febrero, caso: *Consolación Del Carmen Roa Niño vs. C.A.N.T.V.*).

Ahora bien, el artículo 256 del Código Orgánico Procesal Penal establece:

Artículo 256. Modalidades. Siempre que los supuestos que motivan la privación judicial preventiva de libertad puedan ser razonablemente satisfechos con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado... (Omissis), deberá imponerle en su lugar, mediante **resolución motivada**, alguna de las medidas siguientes... (Omissis).

De la norma transcrita se infiere, que el Juez en Función de Control, a objeto de dictar una Medida Privativa de Libertad, debe valorar cada uno de los supuestos establecidos por el legislador, previstos en los dos primeros numerales del artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, para la procedencia de la misma, debiendo considerar que **tales supuestos tienen que ser aplicados de manera concurrente**, es decir, la inexistencia de uno de los supuestos en mención, impide la aplicación de la referida medida privativas; por lo que una vez analizados y debidamente fundamentados tales supuestos, que acrediten su existencia, el Juez podrá decretar la medida en cuestión.

III- DE LAS MEDIDAS CAUTELARES:

Los principios y garantías procesales expuestos en el Código Orgánico Procesal Penal venezolano, confiere una idea amplia de las modificaciones que le han realizado al sistema procesal penal. Estas

garantías procesales, conforman un conjunto de elementos que protegen al ciudadano para que el ejercicio del poder penal del Estado no sea aplicado en forma arbitraria, de allí la importancia de las Medidas Cautelares Sustitutivas, pues, son mecanismos para hacer efectivas tales garantías. Igualmente, se determinó que deben guardar proporcionalidad y pertinencia con lo que se pretende asegurar. En cuanto al artículo 253 del mencionado código, no puede ordenarse una medida de esta última naturaleza, cuando aparezca desproporcionada con la gravedad del delito, las circunstancias de comisión y la sanción probable.

-Requisitos de Procedencia de la Medida Cautelar

En relación al numeral 2, del artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, que requiere la necesidad que surjan **fundados elementos de convicción** para considerar que el imputado ha sido autor o partícipe del ilícito presuntamente perpetrado; **el Juez en Función de Control como despacho saneador, debe explicar la relación de causalidad**, que debe existir entre el sujeto activo y el hecho típico que se dice ocurrió, es decir, el fundamento serio para considerar que el imputado delinquirió.

Esta opinión de Control de Instancia se encuentra reforzada por lo establecido en el Artículo 282 del Código Orgánico Procesal Penal, que reza:

Control Judicial. A los Jueces de esta fase les corresponde controlar el cumplimiento de los principios y garantías establecidas en este Código, en la Constitución de República, tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos por la República; y practicar pruebas anticipadas, resolver excepciones, peticiones de las partes y otorgar autorizaciones.

Como podrá observarse, el legislador exige como requisito básico, fundamental y formal, **“que se compruebe plenamente la existencia de un**

hecho punible que merezca pena corporal”, y simultáneamente que se “acredite” la existencia de los fundados, plurales y concordantes elementos de convicción para estimar que el imputado ha sido autor o participe en la comisión del hecho punible, lo que no puede acreditarse de manera presuntiva o de sospecha, tiene que existir fundados, plurales y concordantes elementos de convicción, así lo exigía el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, figura que hoy se mantiene en el transcrito Artículo 250.2 del Código Orgánico Procesal Penal, en aplicación al Principio de Progresividad de los derechos y al Principio de Presunción de Inocencia.

De las transcritas normativas, podemos observar de manera clara y precisa dos (2) exigencias:

1° Que se haya comprobado plenamente la comisión de un delito.

2° Que existan fundados elementos de convicción en contra del imputado; estos fundados elementos para poder convencer a Juez deben ser plurales y concordantes.

Solo en este escenario podía decretarse o mantenerse Medida Privativa de Libertad.

Las Medidas de coerción personal fueron establecidas por el legislador como excepciones al juzgamiento en libertad, en función de asegurar la finalidad del proceso, y dada esa indicación de empleo extremo de las mismas, es decir, como último recurso, se previó la posibilidad de modificación mediante su examen y revisión, al punto de no establecerse limitaciones en este sentido; pues, el imputado puede requerirlo las veces que lo considere pertinente, imponiéndosele en contrapartida al Juez, el “deber” de examinar la necesidad de mantenerla cada tres (03) meses,

estando en ambos supuestos ampliamente facultado el juzgador para modificarlas, según su prudente apreciación.

De manera tal que, estar cautelado no es una condición estática mientras dura el proceso, ni la imposición de una medida de esa índole tiene la connotación de cosa juzgada, que no pueda ser modificada por el mismo Juzgado que la dictara. Incluso, por el mismo juez que la estimara procedente en algún momento, podría considerar lo contrario. Más que un craso error, es una terrible interpretación contraria a la naturaleza misma de tal figura jurídica procesal.

El Juez debe detenerse a ponderar la existencia de la versión policial y su respaldo probatorio para la fase procesal subsiguiente, donde debe acreditarse fehaciente y contundentemente no solo la existencia del delito sino la autoría o participación del imputado en el mismo, destacando al efecto, la coexistencia de un ciudadano constitucionalmente arropado por una presunción de inocencia, contra la cual obra solo la versión policial, que sin restarle valor a ésta, sí merece ponderación, dada la etapa procesal superada (preparatoria) y la decisiva a la que se le daría paso.

El juzgador, invocando normas y principios constitucionales y de corte adjetivo, como lo es la finalidad del proceso, entendiendo que no ha de supeditarse ésta a la mera subsunción del derecho a los hechos, sino esencialmente a la justicia en aplicación del derecho, en respaldo de su valoración, la coexistencia de presupuestos contenidos en el numeral 3 del artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, atinentes al peligro para el proceso, que le inducen a imponerle una situación menos lesiva.

En tal sentido, destaca tomar en consideración, además de lo ya arriba detallado, condiciones muy particulares atinentes al imputado, tales como su condición física, económica, lugar de residencia, entre otros; que le condujeron en conjunto a acoger válida y legalmente el colocarle en mejor condición de cara al proceso, sin colocar éste en riesgo, toda vez que al hacer aplicación de lo dispuesto en el artículo 256 del Código Orgánico Procesal Penal, le impuso medidas de aseguramiento que permiten mantenerlo sujeto al mismo, con la posibilidad para el juzgador, de optar a las herramientas igualmente dispuestas por el legislador para revocar tal mejora, en caso de incumpliendo de las obligaciones impuestas.

Ante el señalamiento fiscal de objetar la sustitución de la Privación Judicial Preventiva de Libertad en atención a la calificación jurídica por ella imputada, y la posible pena que de su aplicación pudiera proveerse, el Juez debe reiterar lo indicado en fallos precedentes, en el sentido que es contrario a la misión encomendada al administrador de justicia actual, supeditarse a denominaciones penales, o solo al quantum de la pena, y no hacer evaluación de cada caso en particular, a los efectos de la toma de sus decisiones.

A tal efecto, se cita fallo de Sala Constitucional de fecha 22/11/2002, con ponencia del Magistrado Francisco Antonio Carrasquero, donde se señala:

“... las solas características del delito y la gravedad de la pena no bastan para ese mantenimiento, sin valorar las circunstancias del caso y de la persona, por lo que las decisiones accionadas constituyen la expresión larvada de un automatismo ciego en la imposición de la medida de privación judicial preventiva de libertad, resultando tal

proceder abiertamente contrario a los principios de excepcionalidad, subsidiaridad, provisionalidad y proporcionalidad que deben informar a tal medida de coerción personal ...”

Y en Sala Penal, ha venido sosteniendo la Magistrado Blanca Rosa Mármol de León lo siguiente:

“...La Sala debe exhortar a los jueces de Instancia a ponderar las condiciones previstas en el Artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal al momento de dictar medida privativa de libertad, puesto que, por una parte, el encarcelamiento preventivo es indiscutiblemente cautelar para, en caso justificado garantizar la comparecencia del imputado o acusado a los actos del proceso siendo igualmente las medidas privativas de libertad providencias de carácter excepcional, que se apartan de la regla general, la cual es el juicio en libertad, y como colorario de ello, al efectuar el estudio del peligro de fuga o de obstaculización del proceso, deben privar, sobre los límites de la pena, los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad, atendiendo al principio de inocencia, y las posibilidades de que el proceso se realice en presencia del justiciable, de acuerdo a lo pautado en el artículo 251 del Código Orgánico Procesal Penal, lo que implica el análisis objetivo de la actitud del imputado o acusado en el proceso, que impliquen la intención de evadirlo.

En tal virtud, no debe considerarse la pena que pudiera llegar a imponerse como único y exclusivo parámetro para estimar la posible evasión del procesado (peligro de fuga), ello comportaría un análisis restringido o imperativo de la norma contenida en el artículo 251 ibídem, lo cual no es así, puesto que es dado a los jueces la potestad de rechazar la petición fiscal y otorgar una medida sustitutiva a la privación a la libertad.

“Artículo 251.- Peligro de fuga() A todo evento el juez podrá, de acuerdo a las circunstancias que deberá explicar razonadamente, rechazar la petición fiscal e imponer al imputado una medida cautelar sustitutiva”

Igual consideración merece el estudio del peligro de obstaculización de las averiguaciones, para el cual el Juez correspondiente debe estimar de manera objetiva la posibilidad de que el imputado incurra en ello.

A los fines de revisar el mantenimiento de una medida privativa de libertad deben ser analizados los supuestos de las condiciones previstas en los artículos 250 y 251 del Código Orgánico Procesal Penal, tal y como ha exhortado la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en Jurisprudencia que ha señalado:

“...No obstante la declaratoria de improcedencia de la solicitud propuesta, la sala debe exhortar a los jueces de Instancia a ponderar las condiciones previstas en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal al momento de dictar medida privativa de libertad, puesto que, por una parte el encarcelamiento preventivo es indiscutiblemente cautelar para, en caso justificado, garantizar la comparecencia del imputado o acusado a los actos del proceso siendo igualmente las medidas privativa de libertad providencias de carácter excepcional, que se apartan de la regla general, la cual es el juicio en libertad, y como corolario de ella, al efectuar el estudio del peligro de fuga o de obstaculización del proceso, deben privar sobre los límites de la pena, los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad, atendiendo al principio de presunción de inocencia y las posibilidades de que el proceso se realice en presencia del justiciable, de acuerdo a lo pautado en el artículo 251 del Código Orgánico Procesal Penal, lo

que implica el análisis objetivo de la actitud del imputado o acusado en el proceso que impliquen la intención de evadirlo...” (Exp. N° 04-0141- sent. 293 24-8-04). En ponencia de la Magistrada Blanca Rosa Marmol de Leon.

-Medidas Cautelares Sustitutivas

Uno de los aspectos más notoriamente intimidantes del proceso penal, lo determina, el carácter coactivo de las actuaciones que se producen principalmente en la fase preparatoria e intermedia del mismo y cuyo común denominador se encuentra constituido por la adopción de las medidas de coerción personal. En el funcionamiento real del sistema punitivo las Medidas Cautelares tienen una contundencia extrema, que en la mayoría de los casos exceden no solamente los límites legales, sino también los más elementales criterios de racionalidad y de proporcionalidad, con un alto contenido intimidante que muchas veces afecta el respeto a la dignidad humana.

Esta situación, hace interesante la aplicación de las Medidas Cautelares Sustitutivas hoy, cuando se inicia el nuevo sistema penal venezolano, el cual reclama, la intervención inmediata de todos los juristas involucrados con tales medidas, ya que, de esto dependerá la proporcionalidad de la medida a adoptar según las circunstancias de la sanción que probablemente sea aplicable.

Desde el punto de vista de las Políticas Criminológicas que orientan las Medidas Cautelares Sustitutivas, han surgido disparidad de criterios por parte de los jueces de control en cuanto a la aplicación discriminatoria de las mismas. La situación planteada amerita ser analizada por los sujetos procesales que se encargan de administrar la justicia en un clima espiritual

que conlleve el proceso por un sendero íntegro que garantice los valores ético-morales del proceso penal.

En el proceso penal el Juez puede ordenar medidas con las que trata de asegurar el correcto desarrollo del proceso, y también que la persona acusada esté a disposición del Juez el tiempo necesario para investigar el delito. A estas medidas se las denomina cautelares.

El juez sólo puede adoptar estas medidas si existe algún riesgo o circunstancia que pueda poner en peligro o frustrar el desarrollo del proceso penal.

En cualquier caso, un abogado podrá ofrecer asesoramiento sobre todas estas cuestiones a la vista de las peculiaridades que presente cada supuesto concreto.

-Los Tipos De Medidas Cautelares:

Las medidas cautelares pueden ser de dos tipos, personales o reales, según limiten la libertad de la persona, o la disponibilidad sobre sus bienes, respectivamente.

Las medidas cautelares personales

Con ellas se limita la libertad individual de la persona y son las siguientes:

- a. La citación
- b. La detención
- c. La prisión provisional
- d. La libertad provisional

A fin de que puedan adoptarse estas medidas, es necesario que conste la existencia del delito y de una y de una persona como probable

responsable del mismo, además de una actitud sospechosa en éste y el temor de que, con su conducta, pueda impedir el desarrollo normal del proceso (por ejemplo, si se esconde o huye) Si una vez adoptadas estas medidas, cambian las condiciones que motivaron su adopción, se podrán modificar o incluso dejar sin efecto.

-Medidas de coerción personal:

Dentro de ese marco la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el artículo 44 establece que “la libertad y seguridad personal son inviolables...”. Este derecho individual aparece además garantizado en Pactos de Derechos Humanos ratificado por Venezuela, como es el caso del artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica (1969) “toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales”.

De todas estas previsiones se deduce la libertad como regla y detención como excepción, no obstante en el caso de Venezuela según Vázquez (2001) “la forma como se ha conducido el proceso penal, ha llevado a que tal principio se invierta y la detención para después investigar, se haya convertido en el principio general”.

Una de las mayores bondades del Código Orgánico Procesal Penal la constituye el hecho de que el legislador no se ha conformado con una ración de principios como la que se hace en el Título Preliminar, sino que a todo lo largo del articulado se establecen mecanismos para hacer efectivas tales garantías, así se advierte claramente del régimen de las medidas de coerción personal. En efecto, si a toda persona imputada de la comisión de un delito se le presume inocente hasta tanto una sentencia condenatoria declare su

culpabilidad, es obvio que la privación de su libertad sólo podrá acordarse por excepción y por fines únicamente procesales.

Es importante destacar, que el legislador venezolano al referirse a las medidas de coerción personal expresa que “la privación de libertad es una medida cautelar que sólo procederá cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar la finalidad del proceso”.

Sobre este aspecto, el Código Orgánico Procesal Penal, señala igualmente, que, aun siendo procedente una medida de coerción personal, ella misma tiene limitaciones, y en consecuencia, no se puede aplicar una medida de esta naturaleza cuando la misma resulte desproporcionada en relación a la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión, y la sanción probable, no pudiendo en ningún caso sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito.

Cabe considerar que las Medidas de Coerción Personal están orientadas al aseguramiento de las finalidades del proceso penal, entre las cuales se encuentran las siguientes: (a) la aprehensión por flagrancia, (b) la privación judicial preventiva de libertad, (c) el arresto y (d) la aprehensión ordenada por el Ministerio Público en el supuesto contemplado en el artículo 318 ejusdem.

-La Proporcionalidad De Las Medidas Cautelares Sustitutivas

En el Derecho Procesal Penal, se entiende que la medida cautelar según es aplicación de la fuerza pública que coarta libertades reconocidas por el orden jurídico, cuya finalidad, sin embargo, no reside en la reacción del derecho frente a la infracción de una norma de deber, sino en el resguardo

de los fines que persigue el mismo procedimiento, averiguar la verdad y actuar la ley sustantiva o en la prevención inmediata sobre el hecho concreto que constituye el objeto del procedimiento.

Es por ello, que en el Derecho Procesal Penal, excluyendo los fines preventivos inmediatos, el fundamento real de una medida de coerción sólo puede residir el peligro de fuga del imputado o en el peligro de que se obstaculice la averiguación de la verdad: el primer fundamento es racional porque; no concibiéndose el proceso penal en ausencia del imputado o en rebeldía por razones que derivan del principio de inviolabilidad de su defensa su presencia es necesaria para, poder concluir el procedimiento hasta la decisión final, e incluso para ejecutar la condena eventual que se le imponga especial ente la pena privativa de libertad, y su ausencia (fuga) impide el procedimiento de persecución penal, al menos en su momento decisivo, y el cumplimiento de la eventual condena.

El segundo fundamento también es racional porque el principal interesado en la persecución penal el imputado u otras personas, tienen la posibilidad de influir en el resultado del procedimiento, entorpeciendo la averiguación de la verdad, destruyendo u ocultando rasgos del delito, poniéndose de acuerdo con cómplices o testigos, etc. base de la actuación correcta de la ley sustantiva. En ese sentido refiere la medida en que el logro del fin del procedimiento, y el propósito de evitar estos peligros para ese fin autorizan el cercenamiento de derechos (libertades) básicos de la persona sometida a la persecución penal es discutible y depende de principios accesorios, pero importantísimos.

Debe resaltarse, que existe una doble proporcionalidad que debe observarse en materia de medidas cautelares. Por un lado, en la prisión

preventiva debe ser proporcional la relación entre los derechos del imputado y el derecho a perseguir penalmente el Estado; el segundo plano es el fijado por el legislador: la medida cautelar debe ser proporcional a la pena que pueda imponerse al procesado según lo establecen los artículos 10 y 223 respecto a la dignidad humana y a la excepción respectivamente (Código Orgánico Procesal Penal).

Es importante destacar, que los casos en los cuales el juez impone una medida cautelar sobre el imputado, debe prevalecer el criterio de proporcionalidad para evitar que se incurra en arbitrariedad por el irrespeto de derechos del individuo. Además la medida impuesta debe guardar estrecha relación con la posible pena, de tal manera que la primera, que es una acción -instrumental para garantizar los fines del proceso, no sea más gravosa que la segunda, la cual es la manifestación extrema de la intervención estatal sobre la persona.

Por todo lo expuesto, queda evidenciado el papel que juega el principio de proporcionalidad a la hora de imponer las medidas cautelares en el proceso penal.

Aplicación discriminatoria de las medidas cautelares sustitutivas en delitos graves

El Código Orgánico Procesal Penal, no señala de manera alguna, que categoría de delitos o tipos penales quedan excluidos del otorgamiento de algunas Medidas Cautelares Sustitutivas que a “*numerus clausus*”, enuncia el artículo 256, no obstante atendiendo a la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probablemente aplicable al caso en concreto no procede y en consecuencia por aplicación del principio de

proporcionalidad, quedan excluidos entre otros de la adopción de medidas cautelares sustitutivas, los siguientes delitos:

– Delitos de traición o contra la patria, tipificados en el Libro Segundo, Título 1, Capítulo del Código Penal.

– Delitos contra los Poderes Nacionales y de los Estados y concretamente el hecho punible tipificado en el artículo 144 del Código Penal.

– Delitos contra el Derecho Internacional concretamente tipificado en el artículo 153 del Código Penal.

– Violación, robo agravado y secuestro, tipificados en los artículos 375, 460, 462 del Código Penal.

– Delito de homicidio, salvo los preterintencionales y los culposos.

– Hurto o robo sobre vehículos automotores, terrestres o marítimos; o el apoderamiento ilegítimo de los mismos.

– Los delitos tipificados en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público y en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Quedando exceptuados de esta prohibición aquellos tipos penales que conforme a la legislación o normativa especial vigente, permitan la concesión de los beneficios, de libertad provisional bajo fianza, la suspensión condicional del proceso, o la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Asimismo, quedan enmarcados en esta excepción, todos aquellos

delitos de esta misma naturaleza que merezcan pena privativa de libertad menor de tres años en su límite máximo, y el imputado carezca de antecedentes penales. Ello por aplicación del artículo 253 del Código Orgánico Procesal Penal.

Por razones de profilaxia social, cuando el imputado fuere reincidente, o registre antecedentes penales por el mismo delito, y el hecho punible que se le atribuye, contemple pena privativa de libertad que en su límite máximo exceda de cinco años, el juez competente debe negar el otorgamiento de la Medida Cautelar Sustitutiva.

Afirmación de Libertad: la libertad humana es la regla frente a un proceso penal, la cual está establecida en el Código Orgánico Procesal Penal como sigue:

Artículo 9: “Las disposiciones de este Código que autorizan preventivamente la privación o restricción de libertad o de otros derechos del imputado, o su ejercicio, tiene carácter excepcional, sólo podrán ser interpretadas restrictivamente, y su aplicación debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pueda ser impuesta. Las únicas medidas preventivas en contra del imputado son las que este Código autoriza”.

El principio de libertad no es solamente la piedra cardinal del sistema acusatorio sino de toda sociedad democrática moderna. Es importante señalar, que la garantía de la libertad durante el proceso adquirió con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) una mayor concreción al restringirse la privación de la libertad a sólo dos hipótesis: los casos de flagrancia y la detención por orden judicial (artículo 44 de la Constitución).

Dentro de ese marco, por la vía de la excepción esta norma autoriza la privación o restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o su ejercicio de manera preventiva. Toda medida de coerción personal debe descansar sobre los principios de excepcionalidad y proporcionalidad.

La presunción de inocencia y el principio de libertad son una conquista, de la sociedad civilizada, que debe ser defendida por todos los ciudadanos y muy especialmente por todos los jueces de la República, por imperativo del propio texto constitucional y aun más allá, de valores fundamentales que han sido reconocidos al ser humano por su condición de tal. Más sin embargo esto no implica que los jueces renuncien a velar por la recta tramitación y el alcance de las finalidades del proceso, pues lo contrario sería admitir una interpretación que en casos concretos podría favorecer la impunidad.

IV- Retardo Judicial:

En sentencia 28 de abril de 2011, Decisión N° 1M-035-11, Causa Nro. 1M-052-09 del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Penal en Función de Juicio

De acuerdo al artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, argumentando que en el referido artículo se lee que el juez podrá decretar el decaimiento de la medida cautelar privativa de libertad cuando dicha medida exceda del plazo de dos años, siendo que su defendido se encuentra a merced del Estado desde el 24-04-09 y hasta la presente fecha han transcurrido más de dos años desde el momento en que les fuera decretada la MEDIDA DE PRIVACION JUDICIAL PREVENTIVA DE LIBERTAD, y advierte de que de actas se aprecia que la medida de coerción personal

que recae sobre su defendido, los dos (02) años de plazo máximo que establece el legislador en el referido artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal se han vencido, sin que se haya efectuado el correspondiente Juicio Oral y la correspondiente sentencia definitiva, por lo que se observa que la medida fue dictada conforme a derecho, pudiera convertirse en ilegítima al vulnerar un derecho de rango constitucional, como lo es el Derecho y Garantía Constitucional de la Libertad Personal, consagrado en el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; este Tribunal Primero de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial del Estado Zulia, antes de resolver sobre el particular hace las siguientes consideraciones:

El artículo 9 del Código Orgánico Procesal Penal expresa que: “Las disposiciones de este Código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad o de otros derechos del imputado, o su ejercicio, tienen carácter excepcional, solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pueda ser impuesta.”

Esta norma procesal hace referencia al principio de afirmación de la libertad, según el cual, las disposiciones contenidas en dicho código, que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad o de otros derechos del imputado, o su ejercicio, tienen carácter excepcional.

Así, el artículo 244 del COPP, dispone:

“Proporcionalidad. No se podrá ordenar una medida de coerción personal cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con

la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable.

En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de dos años; si se tratare de varios delitos se tomara en cuenta la pena mínima del delito más grave.

Excepcionalmente, cuando existan causa graves que así lo justifiquen para el mantenimiento de las medidas de coerción personal que se encuentren próximas a su vencimiento, el Ministerio Público o el querellante podrán solicitar al Tribunal que esté conociendo de la causa, una prórroga, que no podrá exceder de la pena mínima prevista para el delito imputado y cuando fueren varios delitos imputados se tomará en cuenta la pena mínima prevista para el delito más grave.

Igual prórroga se podrá solicitar cuando dicho vencimiento se deba a dilaciones indebidas atribuibles al imputado, acusado o sus defensores.

Estas circunstancias deberán ser debidamente motivadas por el Fiscal o el querellante.

En este supuesto, si el caso se encuentra en la Corte de Apelaciones se recibirá la solicitud y se remitirá de inmediato con los recaudos necesarios al el Juez de Primera Instancia que conoce o conoció de la causa, el Tribunal que este conociendo de la causa deberá convocar al imputado o acusado y a las partes a una audiencia oral, a los fines de decidir, debiendo tener en cuenta, a objeto de establecer el tiempo de la prórroga, el principio de proporcionalidad”.

El artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, hace referencia a un plazo para el mantenimiento de las medidas cautelares, o de sus prórrogas, debe estimarse que dicho tiempo no sólo se circunscribe al transcurso inexorable de los días, con prescindencia de la valoración de las circunstancias procesales ocurridas en el caso concreto.

Del análisis de la norma antes transcrita (artículo 244 COPP) y del hecho cierto y objetivo de que el acusado de autos ha permanecido detenido por un tiempo mayor a dos años, podría concluirse, que en el presente caso sería procedente el decaimiento de la medida impuesta, por haberse excedido el plazo de dos años de que nos habla la norma precitada; sin embargo, a tal conclusión podría arribarse, de no hacerse un estudio del ordenamiento jurídico venezolano en su integridad, y muy en especial, en lo que respecta al contenido del artículo 55 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este orden de ideas; este Juzgador como director de este proceso y como principal garante de la actuación de la Ley y de sus propios mandatos normativos, hacer valer permanentemente los principios asociados al valor Justicia, y en este sentido se hace necesario citar el artículo 2 de la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela donde se configura a Nuestra República como un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia cuyos valores supremos son entre otras la vida, la libertad y la supremacía de los Derechos humanos.

En este sentido es preciso destacar lo dispuesto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 656 DEL 30/06/00 con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera, que tal

concepción “significa que dentro del derecho positivo actual y en el derecho que se proyecta hacia el futuro, la Ley debe adaptarse a la situación que el desarrollo de la sociedad vaya creando, como resultados de las influencias provenientes del Estado o externas a él.

Son estas influencias las que van configurando la sociedad, y que la Ley y el contenido de Justicia que debe tener quien la aplica, deben ir tomando en cuenta a fin de garantizar a los ciudadanos una calidad integral de vida. El Estado constituido hacia ese fin, es un Estado Social de Derecho y de Justicia, cuya meta no es primordialmente el engrandecimiento del Estado sino el de la sociedad que lo conforman, con quien interactúa en la búsqueda de tal fin. Un Estado de esa naturaleza, persigue un equilibrio social que permite el desenvolvimiento de una buena calidad de vida y para lograr su objeto, las Leyes deben interpretarse en contra de todo lo que perturbe esa meta...”.

El artículo 55 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dispone que: “Toda persona tiene derecho a la protección por parte del Estado a través de los órganos de seguridad ciudadana regulados por ley, frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes”.

Con relación al señalado artículo y el levantamiento de la medida privativa de libertad, la Sala Constitucional expresó: “...declarar automáticamente la libertad sin restricción una vez que el lapso de dos años anteriormente citado se haya vencido, atentaría contra la propia ratio de las medidas cautelares, toda vez que éstas constituyen un medio para asegurar los fines del proceso, que son lograr la búsqueda de la verdad y la aplicación de la ley penal sustantiva al caso concreto, siendo dichas medidas un

mecanismo para neutralizar los peligros que puedan obstaculizar la consecución de tales fines.

De igual forma, tal proceder, acarrearía consecuencias político-criminales sumamente negativas, toda vez que conllevaría a la impunidad; pudiendo implicar a su vez un alto costo individual, especialmente con relación al peligro que ello pueda implicar para la víctima del delito (tomando en cuenta que el artículo 30 de la propia Constitución establece el deber del Estado de brindarle protección) y para la parte acusadora, así como también un alto costo social.

Por lo que el juez penal, debe garantizar la seguridad común integrada por la víctima y la sociedad cuyo propósito es que su derecho sea inviolable, por ello el estado ejerce el ius puniendi, a través del Ministerio Público como titular de la acción a fin de garantizar que se cumpla con la finalidad del proceso penal, es por lo que el derecho a la víctima consagrado en el artículo 55 de la CRBV se equipara con el derecho a la libertad personal previsto en el artículo 44-1 ejusdem, tal como lo ha expresado la Sala Constitucional en sentencia N.- 1212 de fecha 14 de junio del 2005 cuando manifestó:

“...En tal sentido, y siguiendo al maestro argentino Jorge Moras Mom, debe indicarse que la jerarquía constitucional de la seguridad común (consagrado en el artículo 55 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) que se aspira a proteger a través del proceso como instrumento de la función penal del Estado, es de igual rango que la libertad individual del hombre a quien se le imputa haber conculcado aquélla. Este último es autor de un delito, aquélla es su víctima. Así, en el proceso penal, en forma permanente, están presentes en estas dos garantías, debiendo atender la Ley a ambas, y por ello el equilibrio entre ellas debe ser consultado y regulado paso a paso. Ninguna debe estar por encima de la otra, sino sólo en la medida

indispensable, excepcional, adecuada a la finalidad del proceso penal, y con la exigencia ineludible de que se cause el menor daño posible (MORAS MOM, Jorge. Manual de Derecho Procesal Penal. Quinta edición actualizada. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1999, p. 286). De lo anterior se desprende una consecuencia lógica, y es que ante estos casos el Juez debe llevar a cabo una ponderación de intereses...”

En tal sentido, respecto de la interpretación del artículo 55 de la CRBV y 244 del COPP, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 25-03-2008, con Ponencia de la Dra. Deyanira Nieves Bastidas, expediente N° 07-0367, al citar dos sentencias de la Sala Constitucional ha señalado:

“... En relación con lo estipulado en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, esta Sala Constitucional en reiterada jurisprudencia (vid. Casos: Rita Alcira Coy, del 24 de enero de 2001 e Iván Alexander Urbano, del 15 de septiembre de 2004) ha señalado que la medida de coerción personal que es decretada contra un imputado o acusado decae, previo análisis de las causas de la dilación procesal, cuando han transcurrido más de dos años de su vigencia, contados a partir del momento en que fue dictada, siempre y cuando, no se haya proveído la prórroga establecida en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, dado que, en ese caso, deberá esperarse que culmine la misma para que pueda existir dicho decaimiento. No procederá el decaimiento de la medida, aunque hayan transcurrido los dos años, en aquellos casos en los cuales dicho lapso haya transcurrido por causas imputables al procesado, o cuando la libertad del imputado se convierte en una infracción del artículo 55 de la Constitución vigente, todo lo cual debe ser debidamente examinado por el juez de juicio”. (Subrayado del Tribunal)

De la lectura del extracto de sentencia que antecede, se evidencia, que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, justifica el mantenimiento de la medida de privación judicial preventiva de libertad, por un lapso mayor al límite de dos años de que trata el artículo 244 del COPP, cuando la causa del retardo procesal, sea imputable al procesado, pero también, cuando el decaimiento de las medidas puedan constituir una infracción al artículo 55 constitucional.

En este sentido es imperioso destacar lo dispuesto por la Sala Penal en sentencia proferida el 18 del mes de junio del 2009 Exp. N° 2009-125, la cual ha dejado sentado: “Como es sabido, tal y como lo ha sostenido la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal (Sent. N° 2198-091101-01-1089, ponente: Dr. Delgado Ocando), dilación indebida:

“... es un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido concreto deberá ser obtenido media ante la aplicación, a las circunstancias específicas de cada caso, de los criterios objetivos que sean congruentes con su enunciado genérico. Podrían identificarse como ejemplo de tales criterios objetivos: la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, la conducta procesal del interesado y de las autoridades implicadas y las consecuencias que de la demora se siguen para los litigantes. Así pues, criterios de razonabilidad pesarán sobre la decisión que se tome en cada caso concreto”...
(Omissis) (Resaltado del Tribunal)

Además es pertinente citar, sentencia N° 626 de Sala Constitucional, con ponencia de Carmen Zuleta de Merchán, de fecha 13 de abril del 2007, que en relación al decaimiento de la medida de privación preventiva de libertad alegada por la defensa, según el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, estableció:

“Cabe recalcar que en el proceso pueden existir dilaciones propias de la complejidad del caso debatido, por lo que el simple transcurso del tiempo no configura íntegramente el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, pues de lo contrario, la comprensible complejidad que pudiera llegar a tener un caso se convertiría en un mecanismo que propenda a la impunidad. Tal circunstancia, es un razonamiento lógico, conduce a concluir que la norma per se excluye los retrasos justificados que nacen de la dificultad misma de lo debatido.”

V-Principio de Presunción de Inocencia:

El principio de Inocencia es una garantía procesal según la cual todo procesado es inocente mientras no sea condenado por una sentencia, Se dice que toda persona es inocente mientras no se demuestre lo contrario.

Este principio tiene validez desde el instante en que le sea atribuido a una persona un hecho punible hasta que se declare legalmente responsable penalmente mediante una sentencia ejecutoriada. Opera, pues en todo grado y estado del proceso.

La sentencia Número 397, de la Sala de Casación Penal, Expediente N° C05-0211 de fecha 21 de junio de 2005 establece:

Está prohibido dar al imputado o acusado un tratamiento de culpable como si estuviera condenado por sentencia firme; por lo que no se le puede hacer derivar las consecuencias de una condena antes de que ésta haya recaído en el proceso y adquiera firmeza. Igualmente, se traduce en el hecho de que la carga de la prueba corresponde al Estado y por tanto es a éste a quien corresponde demostrar la existencia del hecho, la infracción a una

norma penal, la autoría, culpabilidad, y responsabilidad penal del imputado o acusado.

El principio de presunción de inocencia es un derecho humano, y como tal aparece consagrado en declaraciones y pactos universales sobre estos derechos.

Es una garantía o un principio rector del proceso penal que se deriva del reconocimiento de la Dignidad de la persona humana, y por ello constituye una limitación al poder punitivo del Estado.

Pero la doctrina se encuentra dividida en cuanto a la naturaleza de éste Principio. Así por ejemplo, se ha sostenido que no es una presunción *juris et de jure*, pues admite prueba en contrario; y en consecuencia es una presunción *juris tantum*, que prevalece mientras no sea desvirtuada. Puede desvirtuarse durante el proceso, y es contraria a la presunción de culpabilidad. Una vez que el sujeto imputado es culpable así se establece en la sentencia y queda destruida la presunción de inocencia.

Éste mismo autor sostiene que, la realidad de la justicia penal venezolana nos evidencia en la práctica, que los jueces penales se limitan a las pruebas del sumario (pruebas proporcionadas por la policía judicial) y sólo con ellas se pronuncia la sentencia. Y como las actuaciones de la policía están encaminadas precisamente a buscar pruebas de culpabilidad de los agentes, resulta que la sentencia que se dicta es de condena. En efecto observamos como, a pesar que la misma disposición legal ordena evacuar otras pruebas y en los actos de cargos se usa una fórmula sacramental: “se ordena evacuar durante el plenario cualquier diligencia sumarial que hubiere pendiente”, no se establece cuáles son las diligencias que se van a practicar y de hecho en la generalidad de los casos no se practican”.

CONCLUSIONES

No basta con que se cambie el sistema procesal ni que se reformen las leyes del aparato judicial, sino se inicia desde ahora un proceso de cambio social en el que las actitudes y el comportamiento humano se abran hacia nuevas formas de desenvolvimiento en sociedad.

No puede existir una política criminal sin un marco de garantías procesales. En efecto, el Estado Constitucional de Derecho exige que todas las políticas públicas, especialmente, en el campo penal deben adaptarse al marco de garantías constitucionales de los derechos fundamentales.

La salvaguarda jurídica de tales derechos, son anteriores y superiores al Estado de Derecho, reconocidos como inalienables, imprescriptibles, innegociables e inviolables, al patentizarlos e incorporarlos por vía del articulado y la firma y aprobación de Tratados Internacionales en la materia.

Entender que el Derecho Procesal Penal es una derivación directa del Derecho Constitucional, y no se trata de un seguimiento de conceptos y prácticas separadas de la Ley Fundamental. Si esto ocurre estaríamos incurriendo en un grave error conceptual, con enormes y perjudiciales consecuencias para quienes se encuentren procesados sin garantías.

La legalidad, la igualdad y la libertad personal constituyen la base triangular del Estado de Derecho o Constitucional. Sólo la constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público y a ellos debe sujetarse su ejercicio.

Cuando el juez penal, antes que nada, actúe en sede como un juez constitucional, quien garantiza los derechos fundamentales. Cuando

entiendan que cada juez penal es un juez constitucional y que el mayor atributo de los jueces es la defensa de la constitución, será cuando Venezuela viva en un Estado de derecho y de Justicia y que éste tipo de problemática como la que he expuesto en el presente trabajo dejen de existir.

Pero para ello, todos los ciudadanos debemos también entender que somos corresponsables, y que no sólo queda de parte del juez actuar en apego a la constitución sino que nosotros, todos los venezolanos tenemos la responsabilidad de exigirlo, de velar por ello, y de recurrir a todas las instancias posibles hasta que se subsane dicha inconstitucionalidad; todos y cada uno de nosotros somos salvaguarda de la Constitución y no nos podemos hacer la vista gorda ante atropellos y violaciones como en el que hoy les expongo.

REFERENCIAS

- Abregú, M (1998). *La Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los Tribunales Locales*. (2da Edición). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Asencio, M, La prisión Provisional, cit., p. 121.
- Asúa, L. (1980). *La Ley y El Delito*. (3era edición). Buenos Aires: Editorial Sudamericana, Sociedad Anónima.
- Barreto, J. (1982). *El Auto de detención*. (2da edición). Caracas: Grafiunica.
- Beccaria, C (1998). *De los Delitos y las Penas*. (4ta edición). Santa fe de Bogotá: Ediciones Nuevo Foro.
- Carnelutti, F. (1961). *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. (3ra edición). Caracas: Egea. Buenos Aires.
- Carnelutti, F, (1950) Lecciones sobre el Proceso Penal, Vol. II, Editorial EJE, B.Aires, p. 75. (2)
- Carlier, E, (1999). *Estructura De La Tipicidad Penal*. (3era Edición). Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Casal, M, (1998) Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 25.
- Casal, M., Derecho a la libertad, cita, p. 102 (2).
- Cobarrubia, I. (2003). *Discriminación de las Medidas Cautelares Sustitutivas en los Delitos Graves*. (Volumen 31). Caracas: Editorial Sentido.
- Ferrajoli, L. (1998). *Derecho y Razón*. (2da edición). Madrid: Editorial Trotta.

Ferrajoli, L, (1998) Derecho y Razón; Editorial Trotta, Madrid, p. 557 y ss.

Guimori, L (1997) “Jurisprudencia Constitucional 1981-1995 Estudio y reseña completa de las primeras 5.052 sentencias del TC”, N° 481, Editorial CIVITAS, S.A., Madrid, (sentencia del 29-04-1992).

Manzur, H. (2008). *La Imputación Formal o Instructiva de Cargos*. (2da edición). Caracas: Vadell hermanos.

Petit, L. (2011). El Debido Proceso como Derecho Fundamental y Humano. Disponible en: <http://www.univali.br/periodicos>.

Pinto, M (1998). *El Principio Pro Homine*. (2da edición). Buenos Aires: Editores del Puerto.

Rosales, E. (2007). *Sistema Penal, Ley Penal y Estado Constitucional*. (18va edición). Caracas: Colección Estudios Jurídicos TSJ.

Savioli, F. (2002). Un Análisis desde el Principio Pro Persona Sobre El Valor Jurídico De Las Decisiones De La Comisión Interamericana De Los Derechos Humanos. La Plata. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar>.

Stein, F (1999). *El Conocimiento Privado del Juez*. (2da edición). Santa fe de Bogotá: Editorial Temis S.A.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 9 de abril de 2001, con ponencia del Magistrado Iván Rincón Urdaneta, expediente Nro. 00-2294.

Sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Angulo Fontiveros de fecha 19 de enero de 2000.

Sentencia de la Corte Superior de Adolescente del Circuito Judicial Penal, en fecha 4 de noviembre de 2007, expediente Nro. 749.

Sentencia del Tribunal Cuarto (Unipersonal) de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Anzoátegui, en fecha 21 de julio de 2005, voto salvado del Magistrado Héctor Manuel Coronado Flores.

Sentencia de la Sala de Casación Penal, en fecha 26 de julio de 2000, Nro 1065, Expediente Nro. C00-0626.

Sentencia de la Sala de Casación Penal, en fecha 03 de marzo de 2011, Nro 077, Expediente Nro A11-088.

Sentencia del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Penal en Función de Juicio, en fecha 28 de abril de 2011, sentencia Nro 1M-035-11, expediente Nro M-052-09.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 30 de junio de 2000, sentencia Nro 656, magistrado Jesús Eduardo Cabrera.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 14 de junio de 2005, Nro 1212.

Sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 25 de marzo de 2008, expediente Nro 07-0367, con ponencia de la Dra. Deyanira Nieves Bastidas.

Sentencia de la Sala Penal, en fecha 18 de junio de 2009, expediente Nro 2009-125.

Sentencia de la Sala Constitucional, en fecha 13 de abril de 2007, sentencia Nro 626, con ponencia de Carmen Zuleta de Merchán.

Sentencia de la Sala de Casación Penal, en fecha 10 de agosto de 2010, sentencia Nro 364, expediente Nro. A10-118.

Sentencia de la Sala de Casación Penal, en fecha 16 de diciembre de 2008 Nro 714, expediente Nro A08-129.

Sentencia de la Sala de Casación Penal, en fecha 26 de diciembre de 2008, sentencia Nro.295, expediente Nro 129.

Sentencia de la Sala de Casación Civil de este máximo Tribunal, en fecha 1° de noviembre del año 2002, con ponencia del magistrado Antonio Ramírez Jiménez.

Sentencia de la Sala de Casación Social n° 117/04, del 17 de febrero, caso: Consolación Del Carmen Roa Niño vs. C.A.N.T.

Sentencia N° 404/02, del 1 de noviembre, caso Danira Riserda España Oropeza.

Sentencia Número 397, de la Sala de Casación Penal, Expediente N° C05-0211 de fecha 21 de junio de 2005.

Sentencia Número 293 en fecha 24 de agosto de 2004, expediente N° 04-0141. Con ponencia de la Magistrada Blanca Rosa Marmol de Leon.

Sentencia de la Sala Constitucional de fecha 22/11/2002, con ponencia del Magistrado Francisco Antonio Carrasquero.

Solimine, M, "*Libertad bajo caución y situación procesal*", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998, p.XXVII.

Vásques, F (1994) "*Los derechos fundamentales y su desarrollo jurisprudencial*", Bogotá, Editextos J.U, p. 169.

Viamonte, C. "El Habeas Corpus-Garantía de la Libertad", en el capítulo intitulado "Derechos y Garantías", pag 19-20.

Vivas, P. (2005). *El imputado en la Constitución y la Justicia*. (2da edición). Caracas: Diseño y diagramación: Zabala.

Zerpa, R (1972). "*Constitución y Proceso Penal*" (Legislación venezolana e Internacional), Editorial La Torre, caracas.

ANEXOS

ANEXO "A"

Entrevista:

- 1.- ¿Qué opinión le merece el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal?
- 2.- ¿Qué opinión le merece el artículo 44, ordinal 1ero de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela?
- 3.- ¿Tiene usted conocimiento de la sentencia de Iván Rincón Urdaneta de la Sala Constitucional, en fecha 9 de abril de 2001, expediente Nro. 00-2294, mediante la cual decide inadmitir un recurso de amparo constitucional de un decreto de privación judicial preventiva de libertad del ciudadano José Colmenares, quien fue detenido y se mantuvo detenido sin orden judicial alguna?
- 4.- ¿Qué opinión le merece dicha sentencia?
- 5.- ¿Cree usted que la mencionada sentencia es inconstitucional? ¿Por qué?
- 6.- ¿De ser positiva su respuesta, diga por qué cree usted que los jueces la siguen aplicando?
- 7.- ¿Si usted fuese juez y tuviese un caso donde una persona ha sido detenida sin orden judicial, qué haría?
- 8.- ¿Cómo cree usted que se podría solventar ésta problemática en el derecho penal?

ANEXO “B”

Nombre: Alejandro Rodolfo Yemes

Especialista en Derecho Penal (Litigante)

En materia penal es en el código orgánico procesal penal donde vamos a encontrar una figura jurídica que permite la detención de una persona , por supuesto que existe en la legislación administrativa facultades para arrestar , para aplicar sanciones disciplinarias que son atacables por vía administrativa; la privación de libertad de una persona solamente puede ser ordena por un juez con competencia en materia penal, dicho esto debemos entender el artículo 250 del COPP como la normativa que viene a sustituir el artículo 182 del derogado código de enjuiciamiento criminal que estuvo vigente hasta el año 1999, fecha que entra en vigencia el Código Orgánico Procesal Penal con todas sus reformas, el artículo 250 cambiará de denominación a partir del año próximo, pero es el artículo que nos permite a nosotros detener a una persona. Éste artículo tiene unos extremos que son de obligatorio cumplimiento, el artículo nos habla de que siempre que se acredite la existencia de un hecho punible, y utiliza la palabra acreditar; al utilizar la palabra acreditar, no es otra cosa que dejar por sentado, probar plenamente que se ha cometido un hecho punible que es lo que el Código de Enjuiciamiento Criminal del artículo 182 catalogaba como el cuerpo del delito, el artículo 250 establece que el juez o jueza de control a solicitud del Ministerio Público podrá decretar la privación de libertad de una persona o de un imputado siempre que se acredite la existencia, esto es muy importante porque el Código habla de que se acredite la existencia de:

1.- Un hecho punible que merezca pena de privativa de libertad y cuya acción penal no se encuentre evidentemente prescrita; entonces habla el legislador de que se acredite la existencia de un hecho punible, que ya esté previamente definido como delito, debe estar acreditado, eso no es otra cosa que la plena comprobación de que se cometió un delito o sea no se puede presumir la comisión de un hecho punible, tiene que acreditarse plenamente la existencia de un hecho punible, de que se ha quebrantado la norma penal, de que se cometió un delito, éste extremo tiene que quedar plenamente comprobado y acreditarse su existencia, no valen en este primer supuesto, suposiciones, presunciones, sospechas, tiene que estar acreditado.

2.- De que existan fundados elementos de convicción (indicadores), elementos capaces de obrar en la psiquis del juez, de que tengan la potestad para señalarle de que existe la posibilidad cierta para estimar que una persona, en este caso, imputado o imputada, una persona individualizada, ha sido el autor o autora partícipe de alguna manera en la comisión de un hecho punible, que quede comprometida la culpabilidad de una persona a título de sospecha, a título de presunción, pero que exista una conexión que en el Código de Enjuiciamiento Criminal se exigía más de un elemento, que se llamaba más de una presunción, hablaba de fundados indicios y el doctor Jesús Barreto en su obra El Cuerpo del Delito decía que no solamente fundados sino plurales y concordantes o sea que los indicios bajo aquella legislación tenían que ser plurales, porque no puede ser 1 sólo indicio sino varios, pero no sólo plurales sino concordantes que reflejen que indiquen que una persona está comprometida su responsabilidad criminal con el hecho.

3.- Una presunción razonable por la apreciación de las circunstancias del peligro de fuga o de la obstaculización de la búsqueda de la verdad respecto de un acto concreto de la investigación, esas son las premisas que exige el legislador penal para detener a una persona que no ha sido sorprendida en

flagrancia o sea para que un juez a solicitud del Ministerio Público decrete la medida de privativa de libertad de una persona tiene que darse estos extremos porque el artículo 49 de la Constitución dice que son dos formas como se puede detener a una persona, una que sea sorprendida en flagrante delito acabado de cometer o a poco tiempo de haberlo cometido o que sea a través de una orden judicial para que haya una orden judicial deben existir éstas condiciones.

Si hay una flagrancia se puede detener a una persona que se presume tiene conexión con el delito, se pone a la orden del juez, y el juez judicializará o no la detención, dirá si procede los extremos del 250 y decretará la medida de privativa de libertad o si no procede no la decreta; esos son los extremos que exige el legislador.

Ahora bien, como quiera que nuestro legislador también establece que toda persona sometida a juicio debe ser juzgada en libertad, porque la libertad es la regla y la privación de libertad es la excepción, para detener a una persona debe existir una presunción razonable de que esa persona no va a encarar el juicio, de que se presume se va a fugar o de que se presume que esa persona va a obstaculizar los actos de procedimientos de la investigación, esos tres extremos tienen que estar dados, debería, es el deber ser, es lo que exige la Constitución, es lo que exige el Código Orgánico Procesal Penal, pero en la práctica todo esto ha venido siendo distorsionado al punto de que muchos, pero muchos jueces, salvo honrosas excepciones, privan de su libertad a ciudadanos solamente con presumir la comisión de un hecho punible, cuando que ya como dije antes tiene que estar probado que se cometió un delito, aquí hay jueces que en sus decisiones interlocutorias de privación de libertad dicen se presume la comisión de un hecho punible, pero también hay jueces que, sin que el fiscal le compruebe la comisión de un hecho punible detienen a la persona con la existencia de un solo elemento, por lo general un acta policial, un acta de

funcionarios que llegaron después de haberse cometido el hecho, o de la presencia de un testigo único, la víctima, con eso detienen aquí en Venezuela a las personas.

Se ha dado el caso que se detiene a una persona en flagrancia, no existen elementos, el juez anula la detención realizada por los órganos de la policía y judicializa en la audiencia de presentación, judicializa la detención, declara nula la detención y ordena la privativa de libertad en audiencia y esa sentencia de Iván Rincón Urdaneta es la que ha permitido que se distorsione, que se relaje el artículo 44.1 y el artículo 250 y que se haya atentado de manera directa contra el sagrado derecho a la libertad porque cuando anulan las detenciones arbitrarias cometidas por los órganos de la policía o por la policía administrativa no aplican las sanciones por el abuso del derecho o por los delitos de la privación preventiva de libertad de una persona, aun cuando judicialicen la detención de una persona en sede judicial en la audiencia de presentación si usted declara nula la detención debería quedar en libertad la persona, el juez busca los elementos para detener a la persona convirtiendo los elementos más en inquisitorios que en acusatorios.

ANEXO “C”

Nombre: Rodolfo Nava

Especialista en Derecho Penal (Litigante)

1.- ¿Qué opinión le merece el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal?

R= Es un artículo muy extenso. Creo que tu pregunta está dirigida al último aparte. Y con respecto a eso. Queda muy claro que para privar de libertad a una persona es necesario que llenen los extremos de ley y entre ellos es necesaria una orden de aprehensión emitida por un juez.

2.- ¿Qué opinión le merece el artículo 44, ordinal 1ero de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela?

R= Es muy claro al señalar que solo se puede detener a una persona si existe orden de captura emitida por un juez. En cuanto a las detenciones flagrantes son las excepciones. Por lo tanto si existe investigación que haga presumir que una persona es autora o partícipe en un ilícito penal. Es necesario que los funcionarios hagan una solicitud motivada al Juez de control para que el mismo libere orden de aprehensión.

3.- ¿Tiene usted conocimiento de la sentencia de Ivan Rincón Urdaneta de la Sala Constitucional, en fecha 9 de abril de 2001, expediente Nro 00-2294, mediante la cual decide inadmitir un recurso de amparo constitucional de un decreto de privación judicial preventiva de libertad del ciudadano José Colmenares, quien fue detenido y se mantuvo detenido sin orden judicial alguna?

R= Considero que es una decisión inconstitucional. No pueden ni deben los jueces ni magistrados decidir con amañó ni pasar por encima de normas legales y constitucionales. Solo para convalidar una mala e indebida actuación policial. Ya que si existe una investigación previa a la detención tienen que solicitar una orden de aprehensión. Los jueces al mantener a una persona detenida que no fue aprehendida flagrante lo que generan es el alto porcentaje de privados de libertad que son inocentes y que se les ordena una medida privativa de libertad sin una investigación previa.

4.- ¿Qué opinión le merece dicha sentencia?

R= Que es absolutamente inconstitucional y que se dictó para justificar indebidos procedimientos policiales

5.- ¿Cree usted que la mencionada sentencia es inconstitucional? ¿Por qué?

R= Absolutamente inconstitucional. Porque pasa por encima del artículo 44 de la Constitución y no le permite a las personas intervenir en la investigación. Si existe una investigación en contra de una persona. Antes de privarla de libertad es necesario imputarlo para que pueda defenderse y colaborar con la investigación. No se logra ubicarlo para que se defienda. Es cuando los funcionarios tienen que solicitarle a un juez de control que ordene la aprehensión. Dicha solicitud debe ser motivada.

6.- ¿De ser positiva su respuesta, diga por qué cree usted que los jueces la siguen aplicando?

R= Por temor a que los destituyan. Y alegan que es una sentencia vinculante. Y con su aplicación subsanan errores y excesos de los funcionarios policiales.

7.- ¿Si usted fuese juez y tuviese un caso donde una persona ha sido detenida sin orden judicial, qué haría?

R= Aplicar la constitución y abrir un procedimiento a los funcionarios que practicaron la detención.

8.- ¿Cómo cree usted que se podría solventar ésta problemática en el derecho penal?

R= En primer lugar aplicando las normas constitucionales y legales y no estar inventando normas a conveniencia. Que los jueces dejen de trabajar con miedo y protegiendo solo tu sueldo y que apliquen la norma.

“ANEXO D”

Nombre: Arquímedez Gatás

Especialista en derecho penal (Litigante)

El 250 del Copp tiene la particularidad que para que pueda ser efectivo ese artículo, se necesita una serie de requisitos, como el peligro de fuga y obstaculización de la investigación, ahora bien, la única forma que opere ese artículo es que estén dados esos requisitos, sin embargo dicen que si el delito que está imputado pasa de 10 años es una causal adicional como para que opere ese artículo.

Ahora bien, a mí juicio considero que deja a discreción del intérprete de decir cuál es el peligro de fuga, se ha presentado la situación de que personas se acerca directamente a resolver el problema directamente ante fiscalía o la policía para resolver su situación y queda detenido, porque supuestamente la pena del artículo imputado es mayor de 10 años; yo considero que realmente no se aplica debidamente, ¿por qué?, porque por ejemplo te están señalando a ti que tú estas incurso en un delito, entonces la persona llega y se acerque y lo dejan detenido y eso no debe ser, entonces comienza las penurias del detenido, no se dan las audiencias ni los autos consiguientes de eso.

Es una discrecionalidad abismal, porque simplemente por un rumor que una persona la hayan señalado que esté incurso en un delito y se presenta con el ánimo de solventar la situación, entonces se queda detenido; sin haber sido en condición flagrante y sin orden judicial, entonces me parece que es demasiado abuso detener a una persona bajo esas condiciones.

La situación correcta es que una orden de aprehensión es porque supuestamente una persona puesto que no se ha presentado o no ha dado

pie a los llamados de la justicia, entonces le libran una orden judicial, aquí no pasa así, aquí pasa que lo detienen y sacan a la torera ese paso, esa es una detención ilegal; le dicen tú estas incurso en esto, tú estas detenido y después investigamos; detienen y después investigan, cuando la cosa debería ser al revés, cosa que yo pienso que le hace un daño al ciudadano, ¿por qué?, porque su estado de derecho esta siendo pisoteado; entonces para empezar tiene que haber una persona que está siendo solicitada dos veces y no comparece, entiendo que caracas es una ciudad complicada para llevar las ordenes judiciales, pero hay unos medios, por lo menos para notificarle que comparezca ante una institución del estado, por ejemplo, por vía telefónica, si una persona tiene teléfono, deberían llamarla, pasarle un mensaje y comunicarle que está siendo solicitado, aquí no, aquí te dejan detenido y después investigan; entonces ha presentado situaciones que detienen personas y después investigan y después resulta que no tiene nada que ver con el delito y resulta que se muere o lo matan en la cárcel, porque esa es otra cosa, las instituciones del estado no garantiza la vida a nadie; pienso que debería aplicarse correctamente, porque aquí no es así.

Yo no estoy de acuerdo con la sentencia de Iván Rincón Urdaneta, eso viola el principio de legalidad, la jurisprudencia debe ser aplicada cuando haya alguna duda, pero menos en materia penal, ésta norma es contraria, a los principios procesales penales, por ejemplo en cuanto a una duda debe aplicarse lo que se llama indubio pro reo, debe aplicarse lo más que le favorezca al detenido, en este caso no, entonces justifican una omisión o un vacío que tiene la misma ley, se rompe la privativa de libertad y pasan a aplicar los pasos consiguientes del proceso, y no debe ser así, porque a esa persona no la detuvieron, si una persona no ha sido detenida con una orden judicial y ni ha sido en una condición flagrante, por qué lo van a dejar detenido; ellos se basan en unas actas policiales que dicen una gran cantidad

de cosas, y eso verdaderamente no esta siendo soportado, entonces caen en el mismo asunto de vamos a detenerte para después averiguar, cosa que no es correcto. Entonces eso es legislar desde el punto de vista jurisprudencial, y no es correcto, porque está usurpando atribuciones del poder legislativo, no debe ser.

Este es un proceso que debe ser garantista y no lo es, la garantía es que la persona se queda detenida y hacen con ella lo que quieran, eso es lo que pasa.

Yo pienso que los jueces no operan realmente con decisión propia, son más bien funcionarios cuida cargos, para mí están muy lejos de que los jueces apliquen la justicia correctamente, están cuidando el cargo, su comida, su trabajo, sus ingresos, entonces tal vez por eso, llegan a cometer esos errores que al no hacer como le exigen en otras instituciones, los jueces hacen que actúen de ésa manera.

Si yo fuera juez, primero vería las actas procesales, para ver qué tan comprometido está, entonces lo dejo detenido preventivamente unos 45 días, yo tengo la decisión de tomarlo dentro de 3 días, eso es más garantista porque no es una privación de libertad, mientras se investiga, cosa que tampoco hacen los fiscales, aquí no averigua nadie, aquí te aperturan un expediente arbitrariamente.

El que tiene el ejercicio de la acción penal es el fiscal, que es el que debe dirigir la investigación, y es el que debe instar, controlar los atropellos, porque si un policía te instruye un expediente y dice que una persona está involucrada en cierto delito, ¿cómo tú puede debatir eso?, te están cocinando a espaldas tuya; entonces yo no creo que eso es correcto. Porque además el fiscal debería corroborar si lo que dicen las actas es verdad o si está ajustado a derecho o no.

Insisto es un atropello, puesto a que están actuando a espaldas de la ley, están actuando deliberadamente, tienen 45 días ahí que supuestamente es para investigar y lo menos que hacen es investigar, ¿cómo es eso?.

La cura, el remedio jurídico para ésa situación es, obligar al fiscal, comprometerlo de una manera tal de que si no presenta los debidos soportes, elementos, que realicen sus actos de investigación y no dejarlo a discreción, no es presentar una orden de inicio de investigación, eso no es. El fiscal tiene todos los elementos para realizarlo pero eso no se hace, seguimos en el sistema inquisitivo, ene l código de enjuiciamiento criminal, no realizan los actos de investigación, eso no es estado derecho, en este país no; en los países desarrollados tal vez.

ANEXO “E”

Nombre: Dra. Rita Hernández Tineo

**Juez del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas
(Corte de Apelaciones, Sala 6)**

Me parece que el artículo 250 del COPP (236) le da las facultades a los órganos jurisdiccionales para que libren una orden de aprehensión la cual no tiene otro objeto sino que ubicar, retener y presentar ante su juez natural a una persona que sea señalada como un presunto partícipe u autor de un hecho punible.

Dentro del derecho siempre existe una regla general y existe una excepción, todo no puede ser bello y todo no puede ser malo, ¿qué significa esto? Que el artículo 44 de la constitución consagra el derecho a la libertad personal, que nadie puede ser privado de su libertad sino por una orden judicial o porque sea sorprendido en flagrancia, esas son las normas generales pero resulta ser que si una persona con un arma de fuego le quita la vida a otro, que es un hecho grave, y se está violando una garantía constitucional como es el derecho a la vida, entonces resulta ser que como tenemos que resguardar la garantía de la libertad individual no le hacemos nada a la persona, lo dejamos que se vaya para su casa, no, tenemos que utilizar el mecanismo que otorga la misma ley para que justamente la persona se le imponga unas medidas para asegurar las resultas del proceso; así como cuando Ud. va a demandar a otra persona en materia civil se le exige una fianza que Ud. asegure que Ud. está actuando de buena fe, entonces Ud. toma la precaución de solicitar que se dicte una prohibición de enajenar y gravar, que se dicten las medidas nominadas o si no las innominadas, para asegurar las resultas en el proceso civil, en el proceso penal, nosotros tenemos que asegurar también la presencia del imputado.

Cuando se habla de fundados elementos no significa que sean 5, 6 u 8 puede ser uno (1) solo, por ejemplo, puede ser un acta policial, donde el acta policial se establece que Pedro Pérez mató a una persona, que el testigo se fue para el hospital porque resulta ser que la mamá fue la fallecida, pero resulta ser que lo único que tiene el fiscal para presentar la persona es el acta policial, donde dice todo eso; y bueno eso es 1 solo elemento, entonces uno no lo ve cuantitativamente, entonces uno dice, bueno entonces ¿qué hacemos? Mataron a una persona, y ¿qué hacemos?, como hay 1 solo elemento, desde el punto de vista literal, no se pueden interpretar las normas así, hay que saber gerenciar, tener flexibilidad, porque lo importante es lograr el objetivo que es la justicia; entonces ¿qué tenemos que hacer? Vamos a verificar el acta, el acta no le veo nada que pueda decirme a mí que fue forjada o es una cuestión rampeada, entonces yo digo bueno, le doy crédito, pasó de verdad, aparentemente esto; porque no estamos en la fase de juicio, necesitamos 100% de certeza que la persona fue culpable, con un 98% tenemos que soltarla; y no se trata de si tenemos 1 o 2 elementos, supongamos que tenemos 10 elementos, pero resulta ser que esos elementos fueron inventados, nunca ocurrió, el juez se da cuenta, el juez dice: esto no tiene ni pie ni cabeza, de qué me valen ese pocotón de elementos si no le dan credibilidad al juez, lo importante es que el juez por sus conocimientos el pueda arribar a la conclusión momentánea de que la persona participó en el hecho porque después se verá, para eso es el juicio, para saber si fue o no, pero ahorita se necesita olfato, para saber o no si está involucrada, algo material que esté en el expediente.

Si estamos en la fase investigativa lo que necesito es olfato, y con toda seguridad dicto una medida privativa, porque lo que se busca es tener una conexión, que esté involucrado, que esté relacionado con el hecho punible. El juez le tiene que dar crédito a todas esas actuaciones, el derecho no hay que verlo desde posiciones, sino desde el punto de vista de la justicia, si lo vemos

desde el punto de vista del fiscal, de los litigantes, o el juez, entonces se pierde la objetividad, al derecho hay que verlo en todo su contenido, y no cerrarse y ponerse a discutir si son 1, 2 o más elementos. No, porque como dicen hay que tener cierta flexibilidad, algo que vincule a la persona, algo, no se necesita que sea mucho o poquito, algo, sino que le de crédito al juez.

Los hechos que se están sucediendo actualmente en el país, son hechos de gravedad, es decir, homicidio calificado, homicidio simple, secuestro, secuestro breve, legitimación de capitales; ninguno de ellos puede tener beneficios, no procede una medida cautelar; ahora si todos los hechos que sucedieran ahorita fueran simples, hurtos simple, se robaron una gallina, nadie tuviera detenido, porque le mismo código establece que para ciertos delitos corresponde una medida cautelar.

Que se dé o no la audiencia es circunstancial, siempre voy a decir que si a Ud. le dan un arma, también tienen que darle las balas, ¿qué significa esto? Que si Ud. es juez y Ud. sabe cumplir sus funciones, jamás podría Ud. como juez dejar que pasan por ejemplo 4 años perdidos porque no hay traslado, porque no vino el fiscal; porque Ud. tiene los mecanismos para obligar a todo el mundo que haga su trabajo. Incluso a veces los mismo abogados recomiendan, no vayas para el tribunal para obtener un beneficio, hay muchas cosas que tienen que ver principalmente con la moral de cada quien, la moral, o sea hacer las cosas bien.

La sentencia de Iván Rincón Urdaneta me parece constitucional, absolutamente, antes que saliera esa decisión, yo soy del criterio, que no se puede colocar la justicia en una camisa de fuerza, ¿qué significa eso? Que el juez tiene que ser gerente, vuelvo otra vez con el mismo ejemplo, si una persona te es presentada, tú siendo juez, por el delito de secuestro y como consecuencia a ello la muerte de una persona, esos no son hechos de gravedad? Entonces frente a esos hechos de gravedad, vamos a suponer,

como también siempre lo he dicho, el juez es responsable de la constitucionalidad; si una persona comete un hecho punible hoy y pasan dos y tres días ya dejó de ser flagrante, si la persona la detienen 3 o 4 días después, el juez debe decretar la nulidad de la detención porque tiene que sanear, tiene que limpiar el proceso, entonces, cuando el juez decreta la nulidad de la aprehensión, porque lo detuvieron, eso nada más; y el proceso está impregnado de principios, uno de ellos es la oralidad documentada, bueno, Ud. está aquí en la audiencia, Ud. está con su defensor, el fiscal lo está imputando en esta audiencia, bueno entonces vamos a seguir hacia adelante, ya se saneó el acto viciado, y bueno aquí podemos decretar la medida privativa o la medida cautelar y no estamos haciendo nada incorrecto o ilegal, porque justamente la actuación policial llega hasta el momento que el juez decretó la nulidad; como se ha quebrantado la norma constitucional, el juez debe decretarla nulidad, y el tribunal la decreta una vez que sepa de la información que es al momento de presentarlo, cómo lo va a saber antes si ni siquiera le ha llegado el expediente? Por adivinanza no se puede hacer, él se percató sin que nadie se lo diga. Pero insisto si el proceso es oral, la audiencia de presentación sirve para imputar a una persona, que es una condición de legitimidad del proceso, que la persona esté informada de qué se le está imputando, entonces si en ese momento se le está imputando el juez decide lo que él crea y está actuando conforme a derecho porque él ya saneó; el saneó la conducta irregular y eso no viola ninguna norma constitucional, porque lo que importa es la justicia, hay que seguir para adelante con el proceso, no vamos a estar echando para atrás y esperar que cometa otro delito para poder imputarlo, ya lo tenemos aquí frente a frente, está con su defensor. En cualquier momento el juez penal tiene potestades para decretar medida de privación de libertad. No hay formalismos, desde el punto de vista de la constitución.

ANEXO “F”

Nombre: Dra. Alegría Belilty Benguigui

Juez del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas

(Corte de Apelaciones, Sala 5)

La crítica central de la privativa de libertad sería el lapso de detención, si tomamos en consideración que después de la vida el bien jurídico más importante es la libertad, el hecho de extenderse ese período de una persona en reclusión lesiona esa garantía fundamental, por otra parte si nosotros analizamos la concepción en el Código de Procedimiento Criminal que tantas críticas tenía, los privados de libertad sólo se mantenían 16 días previo momento del sumario, hasta que se le dictara el auto de detención, entonces fundamentalmente es eso, si tomamos en cuenta que las función del derecho penal conforme a la teoría del funcionalismo teleológico la tutela de bienes fundamentales para el desarrollo armónico de la sociedad, ello también implica una garantía no solamente para la sociedad en sí sino también para los justiciables, que se respete esa máxima del derecho de defenderse en libertad.

Hay que analizar todos los factores, pero el hecho que no tengamos seguridad en el país, no quiere decir que dejemos a todo el mundo detenido, si bien es cierto encontramos en el derecho penal actualmente, tenemos una crisis en el derecho penal, que han llevado a tomar diferentes criterios de la doctrina, uno de ellos es el derecho penal mínimo, otro más extremista es el abolicionismo y otros que toman una posición de reprimir, yo creo que hay que buscar el equilibrio entre todos estos aspectos y una idea fundamental sería aplicar el derecho penal mínimo, ¿qué quiere decir eso? Despenalizar algunas conductas, que algunas conductas previstas en el código penal, dejen de tener su aplicación en el derecho penal y abordar otras políticas

sociales, entonces yo creo que permitiría una mejora en el sistema penitenciario, y que regule todo, y analizarlo, cuál es su origen y sus factores, la situación actual de la sociedad, pero son varios factores. ¿Puede una persona defenderse inclusive de un homicidio estando en libertad? Como pasó con el caso de Michael Jackson, el médico se presentó durante esa etapa investigativa, cuando fue para el juicio estando en libertad y en el momento de imponerle la condena, ¿qué fue lo que le planteó el juez? Mire Ud. ha venido siempre, ha estado al día en el proceso, ha estado al día con esa situación pre-cautelativa, asistiendo a las audiencias, sin embargo Ud. mató a una persona, entonces al momento de la condena que ya se desvirtúa esa presunción de inocencia es que la persona puede estar ya en esa situación intra muro, con todas las críticas que desde el punto de vista dogmático se le pueda hacer a la prisión.

La norma nos establece que tiene que estar plenamente comprobado que se cometió un delito y fundados elementos de partición de que una persona cometió ese delito, es decir, se refiere a la presunta comisión de una persona en un hecho punible, en caso contrario, sería terrorismo judicial, entonces no se justifica, yo no creo que la solución sea reprimir, creo que la idea es buscar la paz, la conciliación entre los miembros de la sociedad y buscar otras medidas.

Hay que analizar, son una serie de factores, no todos los delitos son iguales, hay que analizar cuáles son los procesos por el cual se puede garantizar las resultados del proceso.

Con forme a lo que ha establecido la Constitución, la Sala Constitucional es la que establece la constitucionalidad de las normas, y la sentencia de Ivan Rincón ha sido reiterada por la Sala Constitucional, entonces cuando hablamos de las fuentes del derecho penal, la jurisprudencia es fuente indirecta entonces se nos plantea la situación de que si bien es cierto que la

jurisprudencia de la Sala de Casación Penal que es una fuente indirecta, la jurisprudencia de la Sala Constitucional se nos presenta el problema de es o no es vinculante, entonces hay diversas posiciones que dicen que deben ser aplicadas y acatadas por los jueces, es un criterio y así ha sido asentado por la Sala Constitucional porque caso contrario implica una situación para los jueces de que sean señalados porque no acatan las sentencias de la Sala Constitucional, que es el máximo intérprete de la ley. Un Juez No puede apartarse de un criterio de la Sala Constitucional, es el máximo intérprete y un juez no puede apartarse de ése criterio. Nosotros debemos acatar las decisiones de la Sala Constitucional; ¿Qué puedes hacer? No decir que te parece inconstitucional, pero analizar una serie de factores, por ejemplo, y lo han dicho jueces, analizar la situación, ver la situación en virtud por la cual fue privada esa persona, entonces analizarlo, si la persona fue privado por una orden de aprehensión y hubo un error allí en el decreto de esa orden de aprehensión, por ejemplo, un error con relación con el nombre, un error en la identificación de la persona, una situación en la cual no se podría acreditar efectivamente que esa persona cometió un delito como tal, cada caso tiene su particularidad, y cada caso tiene un matiz distinto y en un caso debes aplicarlo y en otros no, tenemos que acatar las decisiones de la Sala Constitucional pero no implica que nosotros vamos a ser autómatas, tenemos esa decisión y no podemos decir que nos parece inconstitucional esa decisión, sino analizar el caso en concreto ver si se ajusta o no a esa interpretación que nos aporta la Sala Constitucional en relación con esa norma.

La flagrancia puede tomar diversos matices, habría que analizar qué implica en ese contexto, si efectivamente es flagrancia o no lo es y cuáles son los casos que podrías aplicar lo que establece la sentencia de la Sala Constitucional. Nosotros somos humanos, los actos que juzgamos son de seres humanos y ello implica que no podemos en todos los casos aplicar tajantemente un supuesto y el otro caso no, eso puede variar.

No puedo decir que esa sentencia es inconstitucional, habría que analizar en el supuesto que se presenta, pero no puedo decir que es inconstitucional, quien considere que es inconstitucional tendría que agotar las vías internacionales por considerar que es inconstitucional esa decisión, no podemos decir que es inconstitucional las decisiones de la Sala Constitucional, eso contraría el principio del intérprete de la ley, no estoy de acuerdo con esa posición y si lo consideras tendrías que agotar los recursos por los organismos internacionales, porque la Sala Constitucional es nuestra máxima instancia. Inclusive interprete de las revisión de las otras Salas, puede revisar una decisión de la Sala de Casación Penal, pero ningún otro tribunal puede revisar las decisiones de la Sala Constitucional.

Éste es un criterio que se planteó y se ha seguido desde el 2001 y se ha reiterado, ésa ha sido la base. La Sala Constitucional como dicen los españoles es una Súper Sala, porque le corresponde la Constitución, la norma rectora, le corresponde hacer la interpretación de esa norma, claro hay tribunales de instancia pero como último y máximo intérprete es la Sala Constitucional.

Y la persona afectada por esos mecanismos constitucionales tiene mecanismos, y uno de los mecanismos es el Amparo, verificar si es una decisión lesiva de sus garantías constitucionales.

¿Qué es la interpretación? Es buscar el espíritu, propósito y razón de las normas, uno va a interpretar la ley no lo que dijeron los legisladores y en el momento de interpretar la ley el juez cumple una función de creador de posibilidades de aplicación de una norma, eso lo decía Jimenez de Azúa, un tratadista español.

ANEXO “G”

Carlos Andrés Pérez, profesor de postgrado de la Universidad Santa María, de la Universidad Fermín Toro en Derecho Procesal Constitucional y Procesal Penal.

Para empezar acuérdate que los principios están por encima de las garantías, y dentro de la Constitución en el Capítulo Primero, tenemos nueve artículos, esos nueve artículos son nueve principios de rango constitucional, y uno de los más importantes para mí es el artículo 2. Entonces dentro del Derecho Procesal Constitucional, nosotros tenemos todos los procedimientos que hay dentro de la Constitución, lo que es Amparo, avocamiento, la revisión Constitucional que es una acción (336.10).

El artículo 250 del Copp te establece todo lo referente a la detención de los imputados dentro de la fase preparatoria, una vez que aprehenden a una persona, y que el fiscal del ministerio Público tiene los elementos de convicción, serios, concordantes, suficientes, pertinentes y útiles como para dictar una privativa de libertad con relación a un presunto hecho punible que le haya atribuido el Ministerio Público, ahorita actualmente tenemos la imputación regular, ordinaria cuando una persona lo denuncia, se querella, el fiscal hace una investigación de oficio, después que el fiscal ordena la apertura del procedimiento que recaba los elementos de convicción del acto de investigación, entonces va a citar esta persona para que comparezca con su abogado debidamente juramentado a los efectos legales de llevar a cabo el acto de imputación fiscal en sede fiscal, ése en un primer supuesto.

El otro supuesto que tenemos, es cuando agarran a una persona cometiendo un presunto hecho punible, cometiendo flagrancia pues, que lo aprehenden y lo presentan a las 48 horas al tribunal y allí hay una imputación judicializada

porque el fiscal ante el juez de control si el delito es grave se le va a leer la cartilla de lo que cometió y es allí donde se cometen violaciones que tienen que ver con la Constitución Nacional por ejemplo, violaciones al debido proceso, el artículo 49, el derecho a la defensa numeral 1ero, la presunción de inocencia numeral 2do, el numeral 5to en relación que los hechos tienen que estar establecidos previamente y establecidos en una norma, y a veces agarran personas con procesos netamente violados, violatorios a las garantías constitucional, no lo agarran en flagrancia, no lo agarran en nada, los montan, los siembran y los presentan en los tribunales de control y cuando el abogado viene y plantea las ilicitudes de los elementos de convicción recabados y la violación de los derechos fundamentales, la violación de la libertad, el juez de control toma en cuenta una decisión del año 2001 de Iván Rincón Urdaneta que ha sido reiterado hasta ahorita, bueno y cuando el abogado le plantea en plena audiencia al juez de control que se violaron garantías de rango Constitucionales que amparan a esa persona, bueno el juez simplemente dice que sí se violaron pero como decreta la nulidad en ese acto pero sigue la persona detenida y le da la palabra a la fiscalía y el fiscal aprovecha ahí en ese momento y pide la privativa de libertad y lo deja detenido, eso realmente es una violación de rango constitucional porque viola el derecho al libre tránsito, art 44, la tutela judicial efectiva, el debido proceso, el derecho a la defensa, la presunción de inocencia, etc.

Y también ahora con la vigencia del Copp tenemos también la imputación judicializada ante los jueces municipales por los delitos menores de 8 años, que también pudieran ocurrir esas violaciones de rango constitucional, en mi opinión cuando se ha cometido una violación de rango constitucional, eso es nulo de toda nulidad, y debe proceder la libertad plena de la persona.

Aquí en Venezuela y con todo el respeto, yo tengo desde en la Santa María ya desde el año 92 dando clase, tengo doctorado, fui juez penal, doy clase de ésta materia, y el problema está en que muchas veces los jueces no saben

distinguir entre un principio y una garantía, y no solamente muchos jueces sino muchos abogados y estudiantes, incluso muchos profesores de postgrado, no le explican a los alumnos ¿qué es una garantía? ¿qué es un principio? ¿Cuál de los dos está por encima cuál? Y yo te advierto aquí que el principio está por encima de las garantías, y por eso es que está en el primer capítulo de la Constitución en los primeros nueve artículos, y te reitero que también hay otros principios regados dentro de la Constitución como es el artículo 257 que para mí es un principio-garantía. Entonces muchos jueces de control, que son los jueces llamados a velar porque se cumplan con los principios y garantías constitucionales y con los principios y garantías legales, salvo a lo establecido en la Constitución como la Carta Máxima y lo establecido en el Copp, no saben distinguir eso, hay algunos que no tienen ni postgrados y lo que hacen realmente es convalidar todo ese tipo de violaciones y ésa decisión que dictó el Magistrado Iván Rincón Urdaneta con todo el respeto que se merece, ésa es una decisión totalmente desfasada y no acorde con lo que establece el artículo 2 de la Constitución como principio máximo, que Venezuela se constituye en un estado democrático, social de justicia y de derecho, ésa jurisprudencia dictada por la Sala Constitucional que no tiene carácter vinculante de paso, ni fue publicada en gaceta oficial, lógicamente los jueces lo toman como una bandera para ellos vulnerar los derechos fundamentales a los imputados, ¿Por qué lo hacen? Porque desconocen el derecho, sobre todo el derecho procesal constitucional.

Si yo fuera juez decretara inmediatamente la nulidad plena de todas las actuaciones y le doy la libertad plena de la persona que no es imputado, la persona investigada en ese momento y ordeno al fiscal a que continúe con su investigación, y no me importaría nada, ni la sentencia, o sea siendo YO juez, lo haría y de alguna manera desaplico por el control constitucional que tienen todos los jueces 334 const, lo desaplico porque ésa norma va en contra de todas las garantías constitucionales del proceso y de la tutela judicial efectiva,

o sea la desaplico y mando una copia certificada a la Sala Constitucional para que revise mí criterio, si lo quiere confirmar bien y si no bueno allá ellos, y no pueden decir que caigo en desacato porque primero la sentencia no tiene ningún carácter vinculante y no fue publicada en gaceta oficial y ni ha creado ningún precedente, simplemente se creó eso ahí y lo usan de bandera incluso la reforma del código cuando la hicieron debieron colocar eso para que ¿para qué los jueces manejan todos los casos en base a jurisprudencia? Que incluso no tiene carácter vinculante, te pongo un ejemplo, hay una decisión por allí de la Sala Constitucional la 1313 del 20 de junio del 2005 el exponente es el magistrado Dr. Jesús Cabera Romero, aunque ya no es magistrado, está jubilado, ésa sentencia estableció que todas las pruebas documentales incluyendo las actas policiales debían ser ratificadas dentro del desarrollo, del debate oral y público; ok, se ordenó que se publicase en gaceta oficial, y que además de esto era vinculante, y hay muchos jueces que no le hacen caso, aplican una de la Sala Penal, la 352 del 10 de junio del 2005, justamente ése mismo año del exponente el Dr. Fontiveros que dice que las experticias, en este caso una prueba documental se basta por sí sola. No se puede bastar por sí sola porque es un irrespeto ratificar esa experticia dentro del debate oral y público tal y como dijo la Sala Constitucional, todas las pruebas documentales deben ser ratificadas y lo desacatan y ¿qué le hacen? Nada.

Una manera de solventar ésta problemática sería con una reforma del Copp, porque la reforma que se le hizo al copp tiene cosas buenas pero hay cosas que quedaron chucutas, o sea, al código hay que hacerle una reforma con tiempo con mesura, buscar todos los profesores de las universidades de Venezuela, de la Central de la Católica, de Metropolitana, José María Vargas, todos los profesores, y hacerle una buena reforma, aquí las reformas las hacen de hoy para mañana, buscan algunas personas que más o menos conocen el derecho y otros que ni siquiera saben cuántos códigos hemos tenido, ni siquiera cuál fue el primero código procesal que se creó en

Venezuela, ni se ponen a buscar el derecho comparado, porque pare eso es el derecho comparado, la ordenanza procesal alemana, el código francés, los códigos de américa latina, el de Costa Rica que está excelente, el de República Dominicana, sino que sacan la reforma de hoy para mañana, hay que hacer una buena reforma y colocar todos esos casos, establecidos como de nulidad plena, de pleno derecho, que al juez sin que se lo pidan, de oficio diga, se violó aquí el principio y garantías constitucionales, ver que la detención fue ilegal, que le están sembrando pruebas, es decir una buena reforma y con personas que sepan de derecho y con tiempo, porque éste código es bueno, lo malo es, las personas que han hecho las reformas apresuradas.