

**Revisión del concepto de “Debido Proceso” en su relación con el proceso penal venezolano.-**

Ángel Zerpa Aponte<sup>1</sup>

“...En este momento, el Rey, que había estado muy ocupado escribiendo apretadamente en su libreta de notas, exclamo: ‘¡Silencio!, y leyó a continuación lo que acababa de anotar: ‘ Regla Número Cuarenta y Dos: Todas las personas que midan *mas de una milla de altura* *habrán de abandonar la Sala* ‘ Todos miraron a Alicia.  
‘ Pero ¡si yo no mido una milla de altura!’ , dijo Alicia.  
‘ ¡Ciertamente que sí!’ declaró el Rey.  
‘ Casi dos millas ‘ , añadió la Reina.  
‘ Pues lo que es yo no me marcharé en ningún caso ‘ , anunció Alicia; ‘ Además, esa regla no vale porque se la acaba de inventar usted ‘ . (Lewis Carroll, Alicia en el país de las maravillas, Capitulo 12)

-----o-----

“...Entre 1250 y el año 1800 el procedimiento usual era así: el juez debía decretar la tortura si no existía plena prueba pero si existían indicios contra un acusado en particular. La decisión del juez podía apelarse. Una vez confirmada la decisión la tortura era practicada. El juez debía acudir al sitio en donde se practicaría la tortura e interrogar al testigo o acusado sometido a tortura en presencia de un notario y de un médico en caso de tortura severa. El torturador y sus asistentes se encuentran presentes, pero no un abogado del testigo o acusado. El propósito de la tortura es obtener una confesión y las preguntas que formula el juez no pueden ser sugerentes. La confesión debe ser ratificada posteriormente, ya no torturando (pero sí el acusado se retracta se le puede torturar nuevamente). La duración de la tortura es también regulada: en algunos textos se señalaba, por ejemplo, que determinada tortura debía ser aplicada por el tiempo que le tomara al juez rezar una determinada plegaria. La intensidad de la tortura también quedaba al criterio del juez” (Edward Peters, Torture, 67-69)

---

<sup>1</sup> Abogado, Universidad Central de Venezuela. Magíster en la Universidad de Glasgow, Reino Unido. Tesista del Doctorado en Derecho en la U.C.V. . Profesor allí de Derecho Procesal Penal, en Pre y Post-Grado. Juez Superior Titular (por Concurso de Oposición) en la Corte de Apelaciones de Caracas.

El ser enjuiciado bajo un “*debido proceso*” debe ser asumido como un *derecho sustantivo* en si mismo, y a la vez, como una *garantía*, ya que si entendemos a ésta, como el mecanismo a través del cual se ejercita un derecho subjetivo, entonces, el alegar la garantía a un proceso justo se constituye en el medio, en el vehículo, para ejercitar de manera practica, una serie de derechos instrumentales: defensa, alzada, audiencia, no confesión coactiva, etc. Ello permite idear una relación de continente a contenido de manera sistémica: el *proceso justo* es un gran continente que encierra un sustrato de derechos, cuya inaplicación en el procesamiento de alguien, conduce a identificar la violación de la garantía respectiva.

Expresaba quien participó en el proceso constituyente venezolano de 1999, el Dr. Ricardo Combellas, que “*La Constitución tiene en los derechos humanos su razón de ser*”...<sup>2</sup>, y no en balde la regulación que instruye la exigencia a un debido proceso en el Artículo 49 del Texto Supremo, se ubica en un titulo constitucional de realce, cual es su Título III, “*De los derechos humanos y garantías, y de los deberes*” (a partir del Artículo 19 del vigente Texto Supremo). Esa denominación del mencionado titulo constitucional es paradójica en su vinculación con el citado Artículo 49 *Ej sudem*, el que norma el debido proceso, ya que dicha exigencia es, en si mismo: (a) un “*derecho humano*”, (b) una “*garantía*” que sirve de vehículo para alegar un derecho instrumental, y (c) es también un *deber* . Y lo es al estar ubicada dicha consagración a un proceso justo dentro de la Constitución de un Estado que se denomina “*...social de Derecho y de Justicia*”... (Artículo 2 de la Constitución de 1999), con lo cual ubica al debido proceso como un “*Deber de Estado*”, que no solo se *reconoce* (que es afín a las constituciones de los llamados *estados liberales*), sino que debe ser *promovido* (lo que es afín a las constituciones de los llamados “*estados sociales*”, tal cual se postula el nuestro)

---

<sup>2</sup> Derecho Constitucional, 57.

Pero además de las anteriores categorizaciones frente a la noción de debido proceso, su regulación en los 8 numerales del Artículo 49 Constitucional no bastan para definirlo, para enumerarlo, toda vez que existen una serie de preceptos y principios constitucionales que se ubican distinto a esa norma, a lo largo del Máximo Texto, que sería un sinsentido admitir que no forman parte de la sistémica noción al proceso justo. Razón por la cual creemos que hay fundada razón para hablar de un “**debido proceso propio**” y un “**debido proceso extensivo**”.

Así, *el debido proceso constitucional*, o simplemente, *el debido proceso*, conforma una serie de derechos y principios tendentes a proteger a la persona humana frente al silencio, el error o a la arbitrariedad, no solo de los aplicadores del derecho, sino también -bajo las pautas de lo que se ha llamado *el debido proceso sustantivo* o *sustancial*<sup>3</sup>, para diferenciarlo del *adjetivo*- del propio legislador.

En Venezuela, la garantía no es nueva: lo novedoso es la sistematicidad en su concepción integradora tal como está descrito en el Artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Pero, como se dijo, en dicho Artículo no se encierra de manera única el referido Derecho Humano, sino que, por el contrario, dicha norma no es más que el punto de partida de una más global concepción de la garantía: el proceso, para ser *debido*, debe ser *justo*, como atribución inherente de un concepto de Estado al que no le basta ser catalogado como *de Derecho*, sino que le importa más ser entendido como un *Estado de Justicia*.

---

<sup>3</sup> Equivaliendo esto al llamado *Principio de Razonabilidad de las leyes*.

Ahora bien, empero la simpleza expresiva (y por ende, *cognoscitiva*) de la frase inicial del Artículo 49 de nuestra Constitución,...

*“El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia”...*

no pocos son los problemas interpretativos, de extensión del concepto y de aplicación concreta de sus pautas, si instrumentamos la garantía en relación a variados actos procesales normados a partir del Código Orgánico Procesal Penal. Y las circunstancias críticas de tal aplicación se incrementan más con cierta interpretación jurisprudencial (vinculante o no) que ha surgido, de algunos de los institutos procesales sustentados en la garantía, de parte del Tribunal Supremo de Justicia.

Por otra parte, la necesaria relación entre las diferentes garantías procesales contempladas en la Constitución, fundamentalmente, las categorías de (a) *debido proceso* (Artículo 49), (b) *tutela judicial efectiva* (Artículo 26), y (c) *carácter instrumental del proceso* (Artículo 257), conduce a nos pocas disquisiciones sobre la aplicación de estos conceptos en la realidad procesal penal venezolana.

Asomémonos un tanto en estas interrelaciones, para tratar de revisar la mencionada garantía procesal bajo un sentido académicamente crítico, pero prácticamente invocable.

### **ANTECEDENTES.-**

La garantía, así concebida, obviamente, tiene su antecedente tanto a nivel nacional como a nivel mundial. Dicha historicidad del concepto cuenta con hitos:

- **La Carta Magna Inglesa del Siglo XIII.**

En un primer momento se atribuyó valor y efecto constitucionales al principio del debido proceso legal -como aún se conoce en la tradición británica y norteamericana: ***due process of law*** (1215), o el ***law of the land...***

*“Ningún hombre libre deberá ser arrestado, o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad, o de ninguna forma molestado; y no iremos en su busca, ni enviaremos por él, salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación”*

- **La Declaración de los Derechos del Pueblo de Virginia**, a raíz de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, de 1776;
- **La Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano**, con ocasión a la Revolución Francesa de fines del Siglo XVIII; y en la propia...
- **“Declaración de los Derechos del Pueblo de Venezuela”**, en ocasión de la Declaración de Independencia de 1811;

*“Artículo 16. Ninguno debe ser juzgado ni castigado, sino después de haber sido oído legalmente, y en virtud de una ley promulgada anterior al delito. La ley que castigue delitos cometidos antes que ella exista será tiránica. El efecto retroactivo dado a la ley es un crimen”,*

y

- **Las diferentes constituciones nacionales promulgadas en el Siglo XIX y XX<sup>4</sup>.**

---

<sup>4</sup> Por ejemplo, se estableció en algunas de ellas, como signos distintivos de la garantía, la siguiente normativa que nos interesa resaltar aquí:

- En la de **1811**: 160: “...*Toda persona en semejantes casos tendrá derecho para pedir el motivo de la acusación intentada contra ella y conocer de su naturaleza para ser confrontada con sus acusadores y testigos contrarios*”...
- **1819**: 8: “...*Todo acto ejercido contra un hombre fuera de los casos y formas de la ley es un acto arbitrario, opresivo y tiránico, y cualquiera que lo haya solicitado, expedido, firmado, ejecutado o hecho expedir, firmar o ejecutar es culpable y debe ser castigado conforme a la ley*”.
- **1857**, 103: “*Ningún venezolano dará testimonio con juramento contra si mismo en causa criminal, ni tampoco lo darán recíprocamente entre si los ascendientes y descendientes y los parientes*”...
- **1858**, 19: “*Ningún venezolano podrá ser preso, arrestado o detenido sino en virtud de orden firmada por autoridad competente en que se exprese el motivo y de la cual se dará copia al arrestado, a menos que sea encontrado en fragante delito, pues en este caso cualquiera puede aprehenderlo*”...
- **1864**, 14: “...*ningún venezolano podrá...ser obligado a recibir militares en su casa en clase de alojados o acuartelados*”...; siendo que, por otra parte, el Código de Procedimiento Criminal de 1873, en su Artículo 1º, establecía que “*Los objetos del procedimiento criminal son investigar los delitos, descubrir los delincuentes, castigar al culpado y dar seguridad al inocente*”
- **1874**, 14: “...*ningún venezolano podrá...ser condenado a pena corporal por más de diez años*”...
- **1881**, 14(1): “*La inviolabilidad de la vida, quedando abolida la pena capital, cualquiera que sea la ley que la establezca*”
- **1891**, 14(15 -1-): “*Todos deben ser juzgados por unas mismas leyes y sometidos a iguales deberes, servicios y contribuciones*”

Tratando de aproximarnos a una vinculación más directa en la manera como es concebida la Garantía en el ordenamiento jurídico actual, tenemos que el

- 
- **1893**, 14: En caso de causas políticas “...no podrá ser confundido en la misma prisión con los reos de delitos comunes, ni seguir preso una vez restablecido el orden”...
  - **1901**, 14: “...Ningún venezolano podrá...ser condenado a pena corporal por más de quince años”
  - **1904**, 7: “Los Estados...se obligan...A organizar sus tribunales y Juzgados para la Administración de Justicia y a tenor todos una misma legislación sustantiva civil, mercantil y penal, así como la de procedimiento”
  - **1909**, 25: “La presente enumeración de derechos no debe entenderse como una negación de cualesquiera otros derechos que puedan corresponder a los ciudadanos y que no estén comprendidos en este Título”
  - **1914**, 3: “...El sumario no podrá en ningún caso prolongarse por más de treinta días después de la detención”...
  - **1925**, 32 (15, h): “Ni ser condenado a pena corporal por más de veinte años y a penas infamantes. Tampoco habrá penas perpetuas, aunque no sean corporales”; siendo que, por su parte, en el Artículo 11 del Código de Enjuiciamiento Criminal de 1926 se estableció que: “En toda causa de acción penal el procesado será representado por uno o más defensores, que nombrará en la oportunidad legal y, en caso de negativa o silencio, por el que al efecto le designe el Juez”
  - **1936** (32,6): “Se considerarán contrarias a la independencia, a la forma política y a la paz social de la Nación, las doctrinas comunistas y anarquistas...Podrá en todo tiempo el Ejecutivo...impedir la entrada al territorio de la República o expulsarlo de él...a los individuos afiliados a cualquiera de las doctrinas antedichas”...
  - **1947** (32): “A toda persona detenida o presa con violación de las garantías establecidas en esta Constitución en resguardo de la libertad individual, le asiste el recurso de Habeas Corpus. Este recurso podrá ser ejercido por el interesado o por cualquiera otra persona en nombre de aquel”...

desarrollo del derecho al debido proceso en la redacción del Artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tiene una mayor semejanza con:

- **La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** (de Bogotá, 1948), donde quedó consagrado el **derecho a un proceso regular**:

*“Se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable.  
“Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos y de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas”.*

El otro instrumento internacional que deseamos recalcar al haber incluido el derecho al debido proceso es la **Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948), cuyos artículos 10 y 11, rezan:**

*“Artículo 10.*

*“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.*

*“Artículo 11.*

*1.- “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.  
2.- Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.*

Durante los años cincuenta esta evolución continuó con el **Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma 1953)**. Por su parte, Venezuela suscribió el **Pacto**



**Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (ONU 1966), entrando en vigencia nacional en Enero de 1978, cuyo Artículo 14 describe en sus 7 numerales, *in extenso*, dicho derecho, en sus vertientes fundamentales que nos interesan destacar:

- La igualdad ciudadana ante la ley (1)
- La prensa y el público podrán ser excluidos de los juicios por consideraciones morales o de seguridad nacional(1)
- La presunción de inocencia (2)
- Durante el proceso, el acusado, en plena igualdad, tendrá derecho a las siguientes garantías:

1. Información de la acusación.
2. Disponer de los medios adecuados de defensa.
3. El juzgamiento sin dilaciones.

*“A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o a ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo” (3, d)*

4. A interrogar y hacer interrogar los testigos de cargo y de descargo,
5. A la asistencia de interprete,
6. A no ser obligado a declarar en su contra,

*“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley” (5),*

7. La Indemnización por revocación de pena, y

8. La Cosa Juzgada.

En el ámbito americano, el derecho al debido proceso quedó consagrado en la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (Costa Rica, 1969, ratificada y publicada por Venezuela, en Junio de 1977), cuyo articulado garantiza el referido derecho en similares términos a los indicado anteriormente, interesándonos puntualizar la admisión de la confesión como prueba (*“...solamente es valida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”...*), reiterándose además que *“El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”*.

Es de recalcar que de acuerdo al contenido del Artículo 23 Constitucional, a dicha normativa internacional ratificada por Venezuela, se le es otorgada una jerarquía constitucional, siendo ellas relativas a los derechos humanos, prevaleciendo inclusive en el orden interno *“...en la medida en que contengan normas más favorables a las establecidas en la propia Constitución y en las leyes”*.

**LA NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONES DEL ESTADO VENEZOLANO EN MATERIA DEL DERECHO HUMANO AL DEBIDO PROCESO.-**

Son compromisos que asumen los Estados frente a los demás Estados partes, y obviamente, frente a la comunidad internacional y cuyos sujetos beneficiarios de dichos compromisos son los individuos. De ello, que:

- Aun imponiéndose a un Estado, el respeto al derecho al debido proceso, dicho proceso justo debe llevarse a cabo en la jurisdicción del Estado, sin irrespetarse la misma.
- Es irrelevante que los elementos conformadores a la garantía al debido proceso se encuentren o no establecidos en el ordenamiento interno, ya que de haberse aprobado el acuerdo internacional, se positiviza el mismo en la legislación nacional.
- De irrespetarse internamente el reconocimiento de la garantía, el perjudicado tiene el derecho de petición individual a su reconocimiento, inclusive a través del amparo internacional, una vez agotados los recursos judiciales internos (por ejemplo, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), con la consecuente obligación del Estado de cumplir y ejecutar de buena fe las decisiones reparatorias dictadas (de acuerdo al Art. 31 de la Constitución).

Esta obligación del Estado de respetar los principios del debido proceso, como se dijo, se encontraba reconocido en la normativa pre-Constitución de Diciembre de 1999; por ejemplo, en el Código Orgánico Procesal Penal que comenzó a regir plenamente a mediados de 1999. Así, en su Artículo 1 se consagra el derecho a un juicio previo “...*oral y público, realizado sin dilaciones indebidas, ante un juez **o tribunal** imparcial, conforme a las disposiciones de este Código y con salvaguarda de todos los derechos y garantías del debido proceso, consagrados en la Constitución de la República, las leyes, los tratados, convenios y acuerdos*

*internacionales suscritos por la República*” (lo resaltado es lo incorporado en la reforma del Código, de Noviembre de 2001)<sup>5</sup>

En la Constitución de 1961 se precisaban elementos conformadores de la garantía al debido proceso, pero sin la sistematicidad y el sentido de conjunto, como se estructuró en el Artículo 49 de la Constitución de 1999. En tal forma que en el Artículo 60 de la derogada Constitución, el que regulaba “*la inviolabilidad de la libertad y seguridad personal*”, se establecía por ejemplo, la existencia del sumario judicial, por lo que éste “*...no podrá prolongarse más allá del límite máximo legalmente fijado*”...

*“El indiciado tendrá acceso a los recaudos sumariales y a todos los medios de defensa que prevea la ley tan pronto se ejecute el correspondiente auto de detención”...*

y las autoridades policiales podían adoptar las medidas provisionales de aseguramiento.

Ahora, hay la necesidad de informar, inclusive, de los cargos de investigación, lo que generará el derecho a la defensa; aseguramiento aquel que ahora no se tolera salvo en el caso de comisión flagrante de hecho ilícito o previa orden judicial, orden esta que podrá ser ordenada a tenor del artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal<sup>6</sup>, y el Artículo 44, en su Numeral 1 de la Constitución, en lo que atañe al sospechoso<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Con lo cual se impone la imparcialidad de todos los integrantes del tribunal, verbigracia, secretarios, alguaciles, juez profesional y escabinos.

<sup>6</sup> “*...En caso de estimar que concurren los requisitos previstos en este artículo para la procedencia de la privación judicial preventiva de libertad, deberá expedir una orden de aprehensión del imputado contra quien se solicitó la medida.*

*“Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su aprehensión, el imputado será conducido ante el juez, quien, en presencia de las partes y de las víctimas, si las hubiere, resolverá sobre mantener la medida impuesta, o sustituirla por otra menos gravosa.*

También en aquel Artículo 60 de la Constitución de 1961 se hacía el expreso reconocimiento a la cosa juzgada, a impedir la confesión constreñida, a la necesaria notificación de los cargos de condena (permitiéndose el enjuiciamiento en ausencia de los reos de delito contra la cosa pública), a la inmediata excarcelación habiéndose cumplido la pena, a la imposibilidad de condena a penas infamantes (con similar límite de pena máxima al actual, de 30 años). Por su parte, el Artículo 69 de la Constitución de 1961, imponía el necesario juzgamiento ante los jueces naturales por penas pre-existentes.

### **LAS GARANTÍAS JUDICIALES MÍNIMAS DEL DEBIDO PROCESO.-**

Estas serían aquellas reglas que deben ser respetadas por el Estado en cualquier actuación judicial y administrativa. Ahora bien, la pregunta que surgiría de inmediato alude a identificar a quien protege la noción del debido proceso: ¿es una garantía exclusiva a favor del imputado, procesado o demandado? ¿o también rige para la víctima, el estado como accionante, y/o el demandante?

---

*“Si el juez acuerda mantener la medida de privación judicial preventiva de libertad durante la fase preparatoria, el fiscal deberá presentar la acusación, solicitar el sobreseimiento o, en su caso, archivar las actuaciones, dentro de los treinta días siguientes a la decisión judicial”*

<sup>7</sup> Retención que, inclusive, opera también frente al testigo, instrumentándose, entre otras modalidades (como la llamada “*restricción de la libertad*” regulada en la facultad coercitiva normada en el Aparte del Artículo 203 del Código Orgánico Procesal Penal), a través de la figura del “**Mandato de Conducción**”:

*“El Tribunal de Control, a solicitud del Ministerio Público, podrá ordenar que cualquier ciudadano sea conducido por la fuerza pública en forma inmediata ante el funcionario del Ministerio Público...con el fin de ser entrevistado”...*

Para Carlos M. Ayala Corao, en su “Derechos Humanos y Proceso Penal” (40) en **La Constitución de 1999**, no hay duda al respecto...

*“...las garantías del debido proceso están igualmente referidas a las víctimas de violaciones de tales derechos y/o a sus familiares, quienes deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y de actuar en las investigaciones, las acusaciones y en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables” (Sentencia de fecha 19-11-99, CtIDH, caso Villagrán Morales y otros”...*

En procura de aceptar esta tesis, deviene el Artículo 21 de la Constitución, que ordena la **“Igualdad Ciudadana Frente a la Ley”** (“Todas las personas son iguales ante la ley”...) así como el Artículo 26 *Ejusdem*, el cual propugna el acceso ciudadano a la justicia, la cual tiene que ser *“equitativa”*. También el Artículo 118 del Código Orgánico Procesal Penal, en lo que respecta al proceso penal, estipula dicho deber procesal de proteger y reparar el daño causado a la víctima del delito como *“...objetivos del proceso penal. El Ministerio Público está obligado a velar por dichos intereses en todas las fases”...<sup>8</sup>* .

Abarquemos ahora los componentes del Debido Proceso, en su descripción constitucional, de acuerdo a la redacción del **Artículo 49 de** la Constitución, haciendo la correspondiente vinculación con variados aspectos en la instrumentación de la garantía con respecto al proceso penal venezolano, a saber:

## **LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO<sup>9</sup>.-**

### **I.- El derecho a la defensa.-**

---

<sup>8</sup> La víctima puede *“Impugnar el sobreseimiento o la sentencia absolutoria”*, prescindiendo de la aquiescencia fiscal.

*“...La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso”... (extracto del Artículo 49,1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela)<sup>10</sup>*

Indudablemente que se tiende a sinonimizar, a igualar, a la totalidad de la garantía al debido proceso con este derecho, el de *defensa*, imprecisión ésta que en nada desmerita la importante jerarquía de su protección<sup>11</sup>: los actuales sistemas procesales son tan complicados que sería imposible que cualquier ciudadano pueda, con alguna posibilidad de hacer prevalecer su posición, litigar en los tribunales sin la asistencia técnica de un abogado. Y ya lo advertía Alberto Binder...

---

<sup>9</sup> Se sugiere leer esta parte del ensayo teniendo en la mano el texto constitucional vigente.

<sup>10</sup> “...! *Dichosa la nación cuyas leyes fuesen tan sencillas que su conocimiento estuviese al alcance de todos los ciudadanos, y en donde cada cual pudiese dirigir y defender su causa en justicia, como administra y dirige sus demás negocios!...*”. (Jeremy Bentham, Tratado de las Pruebas Judiciales, 18). Autor de origen inglés (1748-1832), filósofo, economista y jurista, creador de la doctrina del “*utilitarismo*”. Sus ideas tuvieron mucha influencia en la reforma de la estructura administrativa del gobierno británico, a finales del Siglo XIX, en el derecho penal y en el procedimiento jurídico. Se puede mencionar, entre otras de sus obras relevantes: “Introducción a los principios de la moral y la legislación” (1789), “Fundamento de la evidencia judicial” (1827), y “Código Constitucional” (1830).

<sup>11</sup> Es obvia la constatación que el derecho a la defensa es un derecho humano fundamental reconocido no solo en nuestra Constitución sino en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Así, ya acotábamos que la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su Artículo 3 “*el acceso a la justicia sin discriminación*”, y en su Artículo 11 consagra que “*toda persona tiene derecho a que se aseguren las garantías necesarias para su defensa.*”

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra en el Artículo 14, el derecho de defensa en materia penal, al establecer que “*toda persona acusada de un delito tiene la garantía mínima de disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección*”; específicamente en el Artículo 14, contiene como garantía mínima la incorporación del derecho de asistencia jurídica gratuita para las personas que carecieren de medios suficientes para pagarlo. En este mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8 punto c), establece el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, si el inculpado no se defendiere por sí mismo, ni nombrare defensor dentro del plazo establecido.

*“...el derecho de defensa cumple, dentro de un proceso penal, un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal... (Introducción al derecho procesal penal, Ad Hoc, 1993, 151)<sup>12</sup>*

Pero, confundir el *proceso justo* con solamente permitir el alegato de defensa, posibilita la inadecuada conclusión que, aceptada tal defensa, aun la personal, aun la letrada, ya se daría cabida a la ausencia de reclamo a un proceso debido. Pensar así es realzar el factor formal de la garantía en detrimento de su esencia, bajo la fórmula de que si el procesable tiene defensa, entonces tiene un debido proceso, en prescindencia de si se está defendiendo, por ejemplo, ante quien no es su juez natural, o está siendo obligado a confesar...inclusive por su propio defensor, como pudiera ocurrir en ciertas desviaciones del ejercicio de institutos procesales tales como la admisión de los hechos, en los dos efectos concedibles por el Código Orgánico Procesal Penal, a saber, a los fines de la suspensión condicional del proceso (Artículo 42 del Código Orgánico Procesal Penal), o a los de la imposición inmediata de la pena (Artículo 376 *Ejusdem*).

Por ello, creemos que es importante hablar de...

#### **a) La “ilegitima defensa”.**

---

<sup>12</sup> Y no es menos elocuente la opinión de Luigi Ferrajoli, en el sentido que la defensa es “...la principal condición epistemológica de la prueba: la refutabilidad de la hipótesis acusatoria experimentada por el poder de refutarla de la contraparte interesada, de modo que no es atendible ninguna prueba sin que se hayan activado infructuosamente todas las posibles refutaciones y contrapruebas... . *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 613.



Se debe deslastrar la referencia formalista de la defensa y concebir la exigencia de inviolabilidad de aquella, como de carácter esencial...inclusive, frente al propio defensor. Esto, cuando aun contándose con él, el real ejercicio de su practica, evidencia situaciones de incriminación del defendido por ausencia de un real quehacer defensivo, o por la torpeza en la defensa técnica. Y si esta mala praxis legal es percibida por el juzgador, quien, a fin de cuenta es quien viola el debido proceso al tolerar la vulneración de algunos de los derechos conformadores de la garantía en el enjuiciamiento de una causa, entonces dicho decisor debe hacerle frente al desaguizado de defensa, aun mediando el nombramiento en confianza del asistente letrado, a tenor del Artículo 137 de la Ley Adjetiva Penal Venezolana, e ilustrar al defendible de la circunstancia que acontece.

De allí que parafraseando a una de las causas de justificación del Derecho penal material, el tolerar la “*ilegitima defensa*” en el proceso al evidenciar claramente el juez en audiencia que el acusado está admitiendo los hechos por clara presión de la defensa (inclusive, fisica, vía gestos o en contacto fisico), le posibilita al juez invocar, aun con lo paradójico que ello pueda parecer, la necesidad de una real defensa letrada, toda vez que, conforme al Artículo 195 del Código Orgánico Procesal Penal...

“...Cuando no sea posible sanear un acto, ni se trate de casos de convalidación, el Juez deberá declarar su nulidad por auto razonado o señalará expresamente la nulidad en la resolución respectiva, **de oficio** o a petición de parte”... (resaltado nuestro),

y, ciertamente, una de las hipótesis para alegar la anulabilidad absoluta de un acto procesal, la describe el Artículo 191 *Ejusdem*,...

*“Serán consideradas nulidades absolutas aquellas concernientes a la **intervención, asistencia y representación del imputado**, en los casos y formas que este Código establezca”... (resaltado propio)*

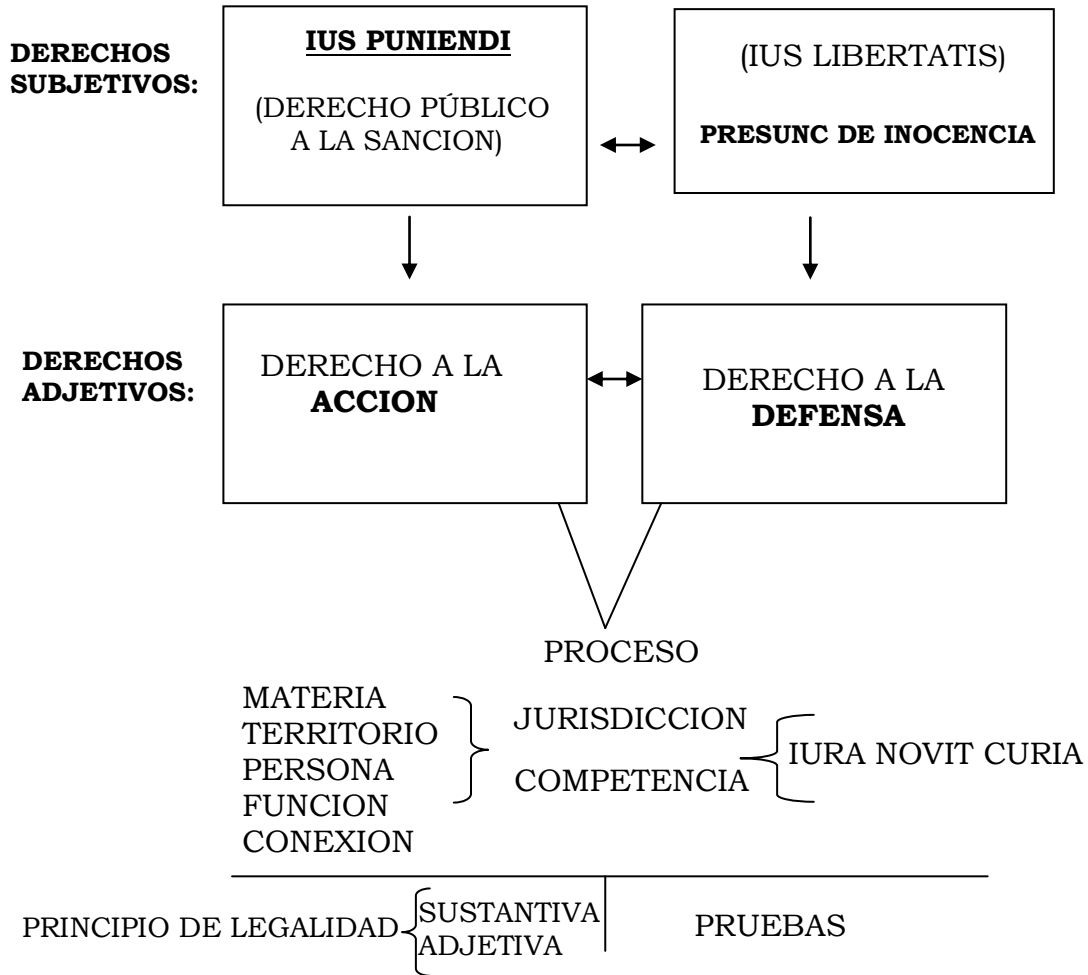
Una interpretación simplista del Encabezamiento del Artículo 132 de la Ley Adjetiva Penal Venezolana, sería la de entender que cuando se permite al imputado “...*declarar lo que estime conveniente sobre el hecho que se le atribuye*”..., ya se cubre la garantía constitucional a la defensa al realizarse en presencia del defensor. Tal circunstancia no puede entonces ramplonamente aceptarse haciéndose abstracción de la eventual mala praxis profesional al, por ejemplo, sugerir una admisión de hechos aun mediando prístinas causas de justificación, o de exclusión de la culpabilidad, o de la punibilidad, de una dimensión ostensible, en los hechos admitidos. Y de darse tal desafuero, ello es, ciertamente, una violación del *esencial* derecho a la defensa.

Por otra parte,...

**b) ¿Defensa de que? : hacia la des-subjetivización del derecho a la defensa.**

También se tiende a considerar que la invocación del derecho a la defensa, es en aras de la exclusiva defensa del imputado frente a la pretensión de sanción del Estado. Ello es desmerecer, no solamente el carácter *contradictorio* del proceso penal venezolano, sino, fundamentalmente, su carácter *acusatorio*. Así, no debe perderse de vista la razón de ser del tipo de proceso penal que tenemos y que se trata de ilustrar con la siguiente grafía:

**Visión “Forense” de la Relación Jurídico-Procesal  
(Sistema Acusatorio)**



Expliquémosla:

Desde tiempos inmemoriales en las relaciones interpersonales, deambulan casi infinitos derechos sustantivos, que al pertenecerles a alguien, al *sujeto* de ese

derecho, pasan a ser, obviamente, *derechos subjetivos*<sup>13</sup>: vida, libertad, propio nombre, identidad biológica, posesión, etc. Entendiendo a los *derechos* como *asunción de goce*, estos están concebidos para ser disfrutados, para ser efectivamente ejercidos. En la antigüedad los romanos respetaban la existencia de esos derechos en cabeza de sus titulares, por lo que su derecho, cuna de nuestra realidad jurídica, concebía que el Derecho regulaba relaciones interpersonales, y relaciones entre personas -naturales o morales-, y cosas. Por tal tipo de relaciones con quien ostentaba *capacidad jurídica* como atributo para tener derechos y contraer obligaciones, las cosas pasaban a denominarse *bienes*.

Con la extinción de Imperio Romano, en la Edad Media y a los comienzos de la Edad Moderna, no hubo mayor cambio en el reconocimiento de tales *derechos* -así, con minúscula-, a la gente. Pero era del poder público (monarquía, imperio, señor feudal, metrópolis colonial, etc.) que provenía el reconocimiento de los *derechos a las gentes*; siendo dicho poder de mando, en lo esencial, no regulado por el Derecho porque de él fundamentalmente venía, aludiéndose hasta razones teológicas. La llegada del constitucionalismo, con la desaparición paulatina y no total del Antiguo Régimen Monárquico, trajo como efecto evidente la concepción del Estado como *Sujeto de Derecho*, no solo porque en el pacto social constitucional se le atribuyó a dicho Estado capacidad jurídica, como tenedor de derechos y obligaciones, sino que, literalmente, pasaba a estar dicho poder público a ser *sujeto*, asido, tomado, por el Derecho. Por lo que, por ejemplo, desde entonces podía el ciudadano, acudir ante un tribunal, y ganarle en juicio a dicho Estado.

---

<sup>13</sup> En el ya clásico Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Guillermo Cabanellas de Las Cuevas, se define al "*Derecho subjetivo*", como "...a la facultad que las personas físicas o jurídicas tienen no solo para realizar determinados actos, sino también para exigir que otras personas de igual indole, sin excluir al Estado, no les impidan realizar lo que la ley permite o no prohíbe"... (Buenos Aires, Heliasta, 2000, 312).

Estas originarias constituciones de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX (la norteamericana, la francesa, entre otras) entendían la existencia de *Derechos Fundamentales* -que algunos autores, paradójicamente, encierran como *Derechos Humanos*<sup>14</sup> de *Primera Generación*, o de *Segunda Generación*, como si lo esencial de tales derechos, consustanciado con su exigible reconocimiento en cualquier momento, admitiera conflictos generacionales-, en su obligación de reconocerlos frente a sus titulares, los ciudadanos. *Pero hasta ahí*: no había una mayor postura de impulsarlos. Y si el nacimiento de aquellas constituciones liberales tuvo como origen las revoluciones políticas e independentistas de fines del dieciocho, otras revoluciones aguardaban en el siguiente siglo. Estas, las llamadas *Revoluciones industriales* de la decimonónica centuria siguiente, con el traslado de las grandes concentraciones humanas a las urbes y la asalarización del trabajo, trajo la promulgación de constituciones de un *Estado Social*, que no solamente *reconocía* Derechos fundamentales, sino que los *promovía*: trabajo, educación, asistencia medica,...y porque no decirlo, la existencia de un proceso justo como obligación de Estado.

Pero, por lo demás, la conceptualización de un Estado con *obligaciones*, pero también con *derechos*, racionalizó la justificación del por qué la sanción penal es un derecho cuyo titular es dicho Estado: el *Ius Puniendi*. Su tenencia como derecho sustantivo o subjetivo, en cabeza de un sujeto de Derecho público, provino del llamado *pacto social*, que le otorgó esa prerrogativa al Poder Publico

---

<sup>14</sup> Cabanellas banaliza la categoría: “Hacia 1970 empezó a circular en el lenguaje internacional esta expresión, que en principio parece superflua, por cuanto su contenido no difiere del tradicionalmente designado como *derechos de la personalidad o derechos individuales*. Tal vez, aunque con escasa conciencia en los más, se quiera aludir el espíritu y a la letra de la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*, aprobada por las Naciones Unidas en 1948”

“...se hace referencia casi siempre a un trasgresión supuesta o real del respeto que el hombre merece como individuo, como ciudadano y como integrante de la comunidad universal”...

“Lo notable es que los que más recuerdan los *derechos humanos* en países ajenos son los que sistemáticamente y desde su misma instauración los han atropellado de fronteras para adentro para con sus súbditos, y, más allá de sus límites fronterizos, en invasiones ocasionales o en las enquistadas en sus zonas de influencia...que se prevalecen de su poderío bélico potencial para impedir toda investigación acerca de la materia”... *Ibid.*, 330.

en aras de la protección de derechos comunes, de la comunidad, de la víctima como ofendida por la comisión delictiva<sup>15</sup>. Por ello, siguiendo a los Iluministas -penalistas como César Bonesana (Beccaria), o filósofos políticos como Rousseau y Montesquieu-, la asunción del concepto de *bien jurídico* y el de división de poderes, hizo prosperar la tesis de la diferenciación, en lo que atañe al ámbito penal, de dos categorías de derechos, *los sustantivos*, que se debaten dialécticamente, se enfrentan, porque el ejercicio de uno indudablemente afecta el otro, de quien persona diferente con capacidad jurídica es titular. De allí que tenemos (a) la existencia del derecho subjetivo del Estado al *Ius Puniendi* -o derecho a la sanción penal- en un sistema acusatorio en el que se exige la presencia de un tercero decisor que resuelve las pretensiones de partes, enfrentado a (b) la *presunción de inocencia* como otro derecho sustantivo del que es titular el imputado. O para usar el mismo tipo de latinismo para identificar dicha categoría de derecho sustantivo, el *Ius Libertatis* se enfrenta al derecho público a la sanción.

Ahora bien, la constatación de la existencia de derechos sustantivos en conflicto, en si mismo, no pasa de ser un saludo a la bandera si el goce efectivo de tales derechos no se aproxima por la vía del ejercicio de las garantías para su

---

<sup>15</sup> La referencia que hace nuestra Constitución sobre la tenencia pública del derecho a la sanción deviene de su Artículo 30:

*“El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables, o a su derecho habiente, incluido el pago de daños y perjuicios.*

*“El Estado adoptará las medidas legislativas y de otra naturaleza para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en este artículo.*

*“El Estado protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados”...*

razón por la cual conforme al Artículo 156, 32, *Ejusdem*:

*“Es de la competencia del Poder Público Nacional:*

*(...)*

*32. La legislación en materia...penal, penitenciaria, de procedimientos”...*

disfrute pleno. Y es un concepto básico del Derecho que las garantías son mecanismos a través de los cuales se permite el ejercicio de derechos sustantivos<sup>16</sup>. De allí que es menester separar la esencia del *derecho sustantivo* con sus correspondiente *derecho adjetivo*. Uno para cada uno. Sendos<sup>17</sup> derechos: la plena vigencia del derecho público a la sanción se ejercita a través de la interposición de (c) la acción, el *derecho a la acción*; de la misma manera entonces que la ejercitación del derecho a la reafirmación de la presunción de inocencia acude al vehículo de (y d) el *derecho a la defensa*. Pero la bandera del saludo sigue ondeando, aun con esta precisión en la diferenciación entre *sanción* y *acción*, enfrentada a la dualidad *presunción de inocencia* como sustrato del adjetivo derecho a la *defensa*. Y siguen siendo categorías no asibles, si no hay un escenario preciso, un ámbito en donde tal categoría de derechos sustantivos y adjetivos se debatan. Y este escenario no puede ser otro que *el proceso*<sup>18</sup>.

Y el proceso como ámbito para el ejercicio dialéctico se asume como una obligación de Estado, como un *Deber Público*<sup>19</sup>. De allí que si el órgano de

---

<sup>16</sup> Cabanellas define a las “Garantías constitucionales” como “Las que ofrece la Constitución en el sentido de que se cumplirán y respetarán los derechos que ella consagra, tanto en lo que se refiere al ejercicio de los de carácter privado como al de los de índole pública”... . *Ibid.*, 453.

<sup>17</sup> “...Uno o una para cada cual de dos o más personas o cosas”... . DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA DE LA REAL ACADEMIA DE LA...

<sup>18</sup> “El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales” (Artículo 257 de la Constitución de 1999, norma ésta que denominamos “El carácter instrumental del proceso”. Nótese que de acuerdo a su primera frase “El proceso constituye **un** instrumento fundamental para la realización de la justicia”... (Resaltado nuestro), **...pero no el único.**

<sup>19</sup> Toda vez que conforme al Encabezamiento del Artículo 136 Constitucional, el Poder Judicial es uno de los poderes que constituyen el “El Poder Público Nacional”..., y así, conforme al Artículo 253 *Ejusdem*...,

“La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.

dirección de tal proceso es la instancia jurisdiccional porque en su seno se debate el conflicto y son los tribunales que deben decidir el reconocimiento del derecho, entonces el proceso ha de ser *jurisdiccional*, en el entendido que la potestad de administrar justicia descansa en tribunales. Y esta facultad de acudir al Derecho para otorgar razón a uno de los duales titulares de derechos sustantivos que lo reclaman, ese *administrar el Derecho* a tal fin, indudablemente ha de competenciarse: (i) *materialmente*<sup>20</sup>, atribuyéndose la especificidad de una materia, en este caso la penal, para establecer la eventual responsabilidad del imputado; (ii) *territorialmente*<sup>21</sup>, para encontrar el juzgado

---

*Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias. El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio”.*

Ahora bien, nótese que a pesar de la exacta ubicación del Poder Judicial como una de las ramas del Poder Público Nacional, nuestra Constitución parece dar oportunidad para que, en algún momento futuro de su vigencia, se vuelva a un sistema de judicialización federal, como lo establecen países tales como Argentina y los Estados Unidos de Norteamericana, a tenor de su Artículo 269...

*“La ley regulará la organización de circuitos judiciales, así como la creación y competencias de tribunales y cortes regionales a fin de promover la descentralización administrativa y jurisdiccional del Poder Judicial.”* (Resaltado nuestro)

<sup>20</sup> **“Artículo 54. Jurisdicción penal.** *La jurisdicción penal es ordinaria o especial.*

**“Artículo 55. Jurisdicción ordinaria.** *Corresponde a los tribunales ordinarios el ejercicio de la jurisdicción para la decisión de los asuntos sometidos a su conocimiento, conforme a lo establecido en este Código y leyes especiales, y de los asuntos penales cuyo conocimiento corresponda a los tribunales venezolanos según el Código Penal, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.,*

obviamente confundiendo el legislador del Código Orgánico Procesal Penal, *jurisdicción penal con competencia material penal.*

<sup>21</sup> **Artículo 57. Competencia Territorial.** *La competencia territorial de los tribunales se determina por el lugar donde el delito o falta se haya consumado.*

*En caso de delito imperfecto será competente el del lugar en el que se haya ejecutado el último acto dirigido a la comisión del delito.*



apto en razón del lugar de realización de, al menos, el ultimo acto ejecutivo llevado a cabo en la procura de agotamiento del delito; (iii) *personalmente*, preguntándonos si hay un fuero personal del accionado que conduzca su juzgamiento a un juez natural (sistema de responsabilidad penal del adolescente, enjuiciamiento del altos funcionarios públicos, justicia militar, etc); (iv) *funcionalmente*, existiendo una división del trabajo jurisdiccional en sistemas acusatorios como el nuestro (tribunales de *control*, de *juicio*, de *ejecución*; y alzadas de apelación y de casación); o inclusive, la penalmente especifica (v) competencia por *conexión*, tratando de evitarse sentencias contradictorias frente a los mismos hechos imputados a una persona, o frente a la circunstancia que varias personas participaron en el mismo hecho, entre otras causas.

Ahora bien, tal jurisdicción competencial no es un asunto formalista, en el que basta el simple nombramiento de un juez después de haber participado en un concurso con posibilidad de oposición pública. No. Es un asunto, repetimos, más esencial. Y es que el ejercicio natural y competente de la jurisdicción es el resultado de demostrar día tras día, en la motivación de sus sentencias, en la falibilidad decisoria cuestionada por recursos declarados sin lugar, que el juez conoce el Derecho, toda vez que, ciertamente, y comparándolo con otros detentores del Poder Publico, al Presidente de la República lo legitima el sufragio con el que llegó a dicha posición, al igual que a los parlamentarios o representantes de poderes públicos regionales. Pero la legitimidad jurisdiccional es un asunto de tutelar pretensiones como un quehacer de motivación idónea de los fallos. Es ese exigible *Iura novit curia* que le otorga la sapiencia especifica al

---

*En las causas por delito continuado o permanente el conocimiento corresponderá al tribunal del lugar en el cual haya cesado la continuidad o permanencia o se haya cometido el último acto conocido del delito.*

*En las causas por delito o delito imperfecto cometidos en parte dentro del territorio nacional, será competente el tribunal del lugar donde se haya realizado total o parcialmente la acción u omisión o se haya verificado el resultado.*

juzgador para resolver conflictos tan extremos como el reconocimiento del derecho a una sanción penal, en el caso venezolano, privativa de la libertad. O la reafirmación de inocencia, aun con la constatación de un resultado aflictivo, sobre la base que en el moderno Derecho penal no se pregunta *quien causó el resultado, sino a quien se le imputa*. Y la exigencia de tal conocimiento jurídico, ciertamente, mas que ser *asumido*, debe *presumirse*, siendo la existencia de los recursos la objetivización plena del carácter presuntivo de dicho conocimiento jurídico de la instancia, al poder la alzada cuestionar tal *iura novit curia* en la aplicación del Derecho.

La explicación del anterior esquema se sustenta obviamente en dos soportes fundamentales: 1) el *principio de legalidad* y 2) el *quehacer probatorio*, toda vez que accediendo a dicha directriz de legalidad, bien sea la *sustantiva* (la que demarca la procedencia del derecho a la sanción o el de la libertad), o la *adjetiva*, (el ejercicio de la acción y de la defensa como actuaciones reguladas por las leyes procesales), estas permiten canalizar la respuesta jurisdiccional sobre la base de la aceptación del *silogismo* comparativo de las premisas *mayor y menor, la norma y los hechos* (o el acto procesal), que así se *subsumen*.

Es indudable que todo este esquema clásico de la relación jurídico procesal (penal acusatoria) expresado en la grafía de arriba, ha de ser barnizada completamente con la existencia de las garantías constitucionales del proceso, que dejan en un segundo plano dicho esquema chovendiano o carnellutiano -si se excusa la adjetivización- de la relación procesal, para adentrarla en un ámbito de *Derecho Fundamental*, así, con mayúscula, que lo realza del simple derecho procesal que el esquema deriva. Diciéndolo con un ejemplo: el concepto de *jurisdicción* no se basta con la simple potestad de *administrar justicia*, sino que la jurisdicción se acopla con el concepto de *tutela judicial efectiva*, en el sentido que el real ejercicio de la jurisdicción es aquella que tutela una respuesta forense después de un tramite procesal (aunque no se conceda el

derecho sustantivo o adjetivo reclamado), que debe ser equitativa, razonable, idónea, expedita, tal cual lo ordena el Aparte del 26 Constitucional.

Es así entonces que el *derecho a la defensa* que postula el Numeral 1 del Artículo 49 Constitucional, **no** es exclusivamente el derecho a la defensa del imputado ante la pretensión pública que se impone en su contra (aunque fundamentalmente la defensa frente a la imputación se asoma como unos de los fines de la Garantía al Debido Proceso). Por ello, el invocar el 49,1 Constitucional también está en mano de los pretensores de la acción, **en defensa de sus correspondientes derechos de sanción o de acción** si, por alguna patología procesal, ellos se ven menoscabados por la aceptación jurisdiccional a tal menoscabo. El no pensar en la extensión y des-subjetivización del derecho a la defensa en estos términos, sería aceptar una nueva fórmula de discriminación no tolerada por el Principio de Igualdad Ciudadana ante la Ley que regulado en el Artículo 21 Constitucional, parte de su Numeral 2 postula que “*La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva*”... .

De allí que no reconocerse, por vía del Numeral 1 del Artículo 49 Constitucional, *el derecho a la defensa de la defensa penal* en si misma a favor del imputado (aunque suene cacofónico), pero también el derecho a defender la posibilitación de la acción (en aras de fines tales como la protección de la víctima, en base al Artículo 30 de la Constitución), sería reconocer la existencia de partes procesales de primera, y otras de segunda categoría. Frente a ello, hay que recordar la igualdad que postula en el Artículo 12 del Código Orgánico Procesal Penal, en el sentido que la defensa es un derecho que al exigirsele “...a los jueces garantizarlo sin preferencias ni desigualdades”..., está aludiendo, ostensiblemente, que dicho derecho a la defensa es el medio para reclamar tanto defensa frente a la imputación, como la obstrucción de la imputación misma.

Concebir esta realidad dual es la explicación frente a la aparente contradicción en los conceptos “*imposibilidad de enjuiciamiento en ausencia*”, y “*ejercicio del derecho a la defensa*” del que no se ha puesto a derecho y cuenta con su asistente letrado para actuar en proceso. Así, hay una suerte -o desgracia- de simplificación de esta aparente contradicción sobre la base de lo preceptuado constitucionalmente, en parte del Numeral 3 del Artículo 49 de nuestra actual Carta Magna, “*Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso*”..., concibiéndose entonces, casi maniqueamente, que como es eso, un “*derecho*”, no puede ser entonces una obligación o deber, el acudir a ser oído personalmente, dada la inminencia, por ejemplo, de una coerción privativa de libertad que inevitablemente se derive de dicha presentación para el *auditare*.

Asumir entonces que el enjuiciamiento en ausencia es posible bajo el expediente de lo supremo de la defensa, y ella se ejerce en ausencia ante la proximidad de una inminente detención, no es solo volver a la superada concepción de la igualación de *debido proceso* con *derecho a la defensa*, sino que es menoscabar los similares derechos de parte, derivados de la aceptada relación jurídico procesal penal de tipo acusatorio, toda vez que hay una parte necesitada de tal presencia, siquiera para el irregular desconocimiento al derecho al juzgamiento en libertad, o a la interpretación cautelar restrictiva, sino hasta para hacer desvanecer la pretensión imputatoria inicial del Ministerio Fiscal por vía del poder conocer de los elementos de exculpación que necesariamente dicho Ministerio Público debe *hacer constar* en su acto conclusivo, del porque si o no dichos elementos lo convencieron para des-imputar, o lo convencieron para acusar, por ejemplo.

## **2. El derecho a ser notificado de los cargos de investigación.**

“...Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga”...;

En la aparente simpleza de la frase anterior, se encierra no pocos paradigmas interpretativos, en relación con el sistema procesal penal de corte acusatorio que se deriva de la aplicación del Código Orgánico Procesal Penal. *En primer lugar*, no por ser un investigador penal en un momento en el que formalmente no ha acaecido un *acto de imputación*<sup>22</sup> -entendido éste como la materialización en el procesado de una persecución penal-, se es excluido de la obligación de notificación de la investigación, toda vez que la escueta redacción de la frase le otorga su contundencia: el resultado de la investigación debe inevitablemente participarse, toda vez que, *en segundo lugar*, dicho resultado no es ornamental, poco importante, insignificante: la notificación del resultado de investigación deviene porque dicha investigación es consecuencia de un *cargo*, es decir, de un hallazgo que reflejó la existencia de una causa penal por haber muestra de la ofensa contra un bien jurídico, y porque dicha ofensa se sospecha como atribuible al investigado.

Banalizar la notificación del resultado de investigación a quien se ha individualizado al menos como investigado, es negar la instrucción que se deriva del otro componente de este derecho a la defensa, descrito en la parte inicial del analizado Numeral 1 del Artículo 49 Constitucional: el derecho a defenderse aun en los “*grados*” iniciales de investigación, ya que el carácter inviolable de la defensa frente a la imputación (hacemos el hincapié porque, como se dijo, hay el otro ejercicio de la defensa, ya de parte de los accionantes, invocando sus respectivos derechos sustantivos y/o adjetivos), de acuerdo a la mencionada parte inicial alude a la perennización de este derecho “...*en todo estado y grado de la investigación*”... . Así, es importante que la Constitución reconozca la existencia de “*grados en la investigación*”, o lo que es lo mismo, que puede haber variadas etapas de la pesquisa. Bajo esta graduación, habrá una investigación

---

<sup>22</sup> Artículo 124 del Código Orgánico Procesal Penal: “**Imputado.** Se denomina imputado a toda persona a quien se le señale como autor o partícipe de un hecho punible, por un acto de procedimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal conforme lo establece este Código”.

inicial para individualizar a un imputado, y una investigación que sobrevive al propio acto de imputación.

Por eso es absolutamente conveniente aceptar que a la luz de la Constitución y la Ley Adjetiva Penal Venezolana, más allá a darle cabida a los diferentes objetos de la llamada *Fase Preparatoria*, de acuerdo a los Artículos 280 (que instruye la necesidad de la investigación para sustentar un eventual convencimiento fiscal *positivo*, o acusación) y 281 del Código Orgánico Procesal Penal (que instruye la necesidad de la investigación para sustentar un eventual convencimiento fiscal negativo, o solicitud fiscal de *sobreseimiento*), debe compartimentalizarse los actos de investigación de acuerdo a su oportunidad procesal, habiendo entonces, (a) actos de investigación pre-imputatorios y (b) actos de investigación post-imputatorios. Pero cualquiera sea el momento de la indagación en recabación de elementos que convenzan una eventual imputación o su descarte, la necesidad de la notificación investigativa se asume como un componente prístino del derecho a la defensa, y por ende, reclamable a través de la garantía suprema al debido proceso. Y ello porque constitucionalmente se ha jerarquizado el resultado investigativo como la *consecuencia* de la existencia de una causa para procesar. Dicho en palabras más policiales: se investiga porque hay *un caso*.

El rechazar este planteamiento sería hacer inútil la necesidad de defensa que, además de puntualizarse como perenne, aun desde la investigación, conforme a la citada Parte Inicial del Numeral Constitucional comentado, lo precisó aun mas parte del Numeral 3 del Artículo 125 del Código Orgánico Procesal Penal, cuando impone que es un derecho del imputado...

*“Ser asistido, desde los actos iniciales de la investigación, por un defensor”...*

con lo cual hay una demostración legal de la irrelevancia del momento investigativo, prescindiéndose de si éste fue anterior a la identificación del imputado como sospechoso, o anterior o posterior al acto de imputación.

Reconocemos que la definición de lo que debe entenderse como “*acto de imputación*” sobre la base de la genérica descripción del Artículo 124 del Código Orgánico Procesal Penal, nos conduce a hablar de hipótesis de imputación *formal u ortodoxa*; y la posibilidad de una imputación *esencial o heterodoxa*, si se permite el termino. Ejemplos de las primeras sería la admisión de la querrela, la imposición cautelar que se derivó de una audiencia de presentación, o la orden de aprehensión librada en contra del requerido en aprehensión. Pero indudablemente que hay esencial imputación cuando un tribunal penal ordena una prohibición de enajenar o gravar en contra de quien formalmente no ha sido imputado, irrelevantemente que dicha medida pueda ser atacada, precisamente, por la ausencia de cumplimiento de los requisitos exigidos en el Encabezamiento del Artículo 256 de la Ley Adjetiva penal. Pero la verificación de la imputación que hace generar el derecho de defensa se patentiza, a pesar de la falencia de los elementos constitutivos del acto de imputación en si mismo.

Así, ejemplifiquémoslo en la libertad plena del presentado decretada tras la realización de la respectiva audiencia -regulada en los Artículos 250 y/o (porque puede ser que el presentado no se le imputó la comisión flagrante de un hecho) el 373 del Código Orgánico Procesal Penal-, en la cual no se encontró conforme la pretensión fiscal cautelar por no estar acreditado en autos, los tres numerales de la primera norma citada o siquiera el Encabezamiento del Artículo 256 *Ejusdem*. En nuestro ejemplo, en el fallo concedente de la libertad (¡como si ella requiriere ser decretada!) se puntualizó en la necesidad de que se abra el “*procedimiento ordinario*” o que la “*causa sea conocida por el procedimiento ordinario*”. En un caso como éste, en principio, se haría inadmisibile la invocación del liberado a que el Ministerio Público presenté algún acto

conclusivo de la fase preparatoria, a rigor del Artículo 313 de la Ley Adjetiva Penal Venezolana. Y ello, sencillamente, porque no ostenta la formal condición de *imputado*, al no operarse en su contra, conforme a parte del citado Artículo 124 del Código Orgánico Procesal Penal, la condición de “...*autor o participe de un hecho punible, por un acto de procedimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal*”... .

Pero es que si en la hipótesis descrita, el Ministerio Fiscal no solo investigó el resultado aflictivo ocurrido por el delito sin sospechoso, sino que en aras a parte del Numeral 3 del Artículo 285 Constitucional, siguió -lo cual naturalmente debe hacer- investigando la perpetración del hecho punible “...*para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir*”..., re-imputándose en consecuencia al otrora liberado, en base al citado Numeral 1 del Artículo 49 Constitucional, la imposición del conocimiento investigativo debió anteceder a la propia imputación sobrevenida, que se presentó como respuesta a la invocación del mencionado Artículo 313 de la Ley Adjetiva Penal.

Obviamente, se debe hacer la precisa distinción entre *actos de investigación* y *actos de prueba* (y más prudentemente el propio Numeral 1 del Artículo 49 Constitucional, a renglón seguido, aborda de manera expresa la invocación a las *pruebas* como categoría diferenciada a los llamados “*cargos por los cuales se le investiga*”), asumiéndose los primeros como actos de conformación de un convencimiento fiscal realizados sin que medie la contradicción en *debate*<sup>23</sup>, de los elementos de demostración; y asumiéndose los segundos, los *actos de*

---

<sup>23</sup> Si conforme al Artículo 18 del Código Orgánico Procesal Penal, todo “*El proceso tendrá carácter contradictorio*”, un componente de esa contradicción es el *debate*, y éste se hará frente a las pruebas, siendo que a todo lo largo de las diferentes fases procesales se podrán contradecir argumentaciones, pretensiones, puntos de derecho y hasta la cualidad de un acto de investigación para convencer a un pretensor de acción; pero se debaten pruebas en su oportunidad específica. Hay una suerte de relación de *genero* (la contradicción)-*especie* (el debate). Y es en esta precisión que se explica el Aparte Final del Artículo 329 del Código Orgánico Procesal Penal: “*En ningún caso se permitirá que en la audiencia preliminar se planteen cuestiones que son propias del juicio oral y público*”



*prueba*, como aquellos que en el fragor del debate hacen transformar un *medio de prueba* admitido, en la *prueba* de un convencimiento decisorio a través de su evacuación y contradicción en audiencia. De allí que las oportunidades procesales en que actúan ambos tipos de actos, demarca la idoneidad de la defensa frente a ellos en el sentido que, fundamentalmente, en las fases iniciales del proceso, la *preparatoria* y la *intermedia*, el cuestionamiento por la defensa a la materialidad demostrativa del accionante tiende a su descalificación por vía de (i) la ilegitimidad en su obtención o incorporación, o (ii) por su falta de idoneidad, o (iii) por la ausencia de argumentación del acusador sobre su necesidad; siendo que en la fase probatoria, propiamente dicha, lo esencial para la defensa es restarle fiabilidad al medio probatorio al evidenciarse su ausencia de *actitud*<sup>24</sup> para demostrar un hecho.

Quizás con un ejemplo se perciba la distinción: la declaración libre y espontánea de la madre del investigado, incriminándolo, no excluye su incorporación como elemento de investigación para lograr un convencimiento fiscal con miras a la imputación, toda vez que dicha espontaneidad declarativa se adecua al Numeral 5 del Artículo 49 Constitucional. De allí su legitimidad, su legalidad, su pertinencia -porque cuenta con aptitud demostrativa al haber estado presente en el sitio del suceso-, su necesidad (al requerirse demostrar el hecho imputado con una prueba testimonial no referencial, sino presencial). Ahora bien, aun la oferta testimonial en la acusación por la espontánea entrevista de la testigo en sede fiscal y la consiguiente presentación de la entrevista como elemento de convicción, ello no legitima la comparecencia

---

<sup>24</sup> Un medio probatorio podrá ser apto para demostrar un hecho al haber estado el sujeto de prueba presente en el sitio de los hechos; pero dicho medio no es fiable cuando, a pesar de tal natural *aptitud* debido a su relación de fuente directa de conocimiento, la *actitud* del sujeto de prueba le resta la exigida fiabilidad, al dejar traslucir de su información una cercanía tan estrecha con el accionante, con el accionado o con la víctima, que hace “*partializar*” (si se permite la expresión como asunción de carga procesal de las partes) al sujeto de prueba, en lugar de su natural intervención como un deber procesal, en aras a la llamada finalidad procesal de establecimiento de la verdad.

coactiva del sujeto de prueba familiar consanguíneo del acusado, en juicio. Pero si la ofertada testigo, sin coacción, comparece al fragor del debate en el juicio oral y público, allí podrá operar la *crítica del testimonio* de parte de la defensa: ésta no es el criticar el dicho a posteriori, en el cierre conclusivo después de haberse recepcionado la totalidad de las pruebas; sino en la propia evacuación testimonial, para que mediando la pregunta de la defensa se haga derivar de la respuesta, por ejemplo, alguna manifestación de desavenencia familiar entre madre inculpante e hijo inculpado. Ello le hará restar fiabilidad a un dicho que, si se asumiere el instrumento de la *lógica* para valorarlo, en base al Artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal, precisamente tal cercanía de consanguinidad haría objetiva la fiabilidad del testimonio a los fines demostrativos de una certeza de culpabilidad.

El hecho de existir estas notables diferencias de fines y oportunidades procesales entre los llamados actos de investigación y actos de prueba, para nada excluyen que, respetando la garantía al conocimiento de los actos de investigación, todo resultado inicial de los mismos o ulterior de ellos, si se ha inclusive *des-imputado* al originalmente sospechoso, debe notificarse, dada la jerarquía que la Constitución le ha conferido a aquellos actos, como precisión de “*cargo*<sup>25</sup>”, ergo, de caso que requiere ser investigado.

El hecho que el Numeral 5 del Artículo 125 del Código Orgánico Procesal Penal, le otorgue el derecho al imputado de “*pedir al Ministerio Público la practica de diligencias de investigación destinadas **a desvirtuar las imputaciones** que se le formulen*”... (resaltado propio), no excluye que antes de la formalización de tal imputación, hubo una investigación que debió ser notificada. Y es que la instrumentación del mandato constitucional la cumplió a cabalidad el legislador procesal penal cuando afirmándose en el Encabezamiento del Artículo 304 del

---

<sup>25</sup> Apelamos al siempre consultable Cabanellas: “**Cargo**. Responsabilidad que se atribuye a alguien”... . *Ibíd.*, 159.

Código Orgánico Procesal Penal que hay “*actos de investigación*”, sin discriminar su oportunidad (bien pre-individualización del imputado, o bien post a tal individualización), estos, conforme a parte del Primer Aparte de la norma citada, “*..podrán ser examinadas por el imputado*”..., guardándose su reserva, los investigadores.

Ahora bien, el conocimiento del imputado de “*...todo estado y grado de la investigación*”..., conforme al Numeral 1 del Artículo 49, obviamente, tiene su contención. Y tal limite no puede explicarse sobre la base de la simple invocación del instituto procesal de la reserva de las actuaciones, en conformidad con el Aparte Tercero del Artículo 304 del Código Orgánico Procesal Penal, sino en la esencial explicación del carácter dual de los derechos sustantivos que se debaten en un sistema acusatorio (como se trató *ut supra*), que alude a la dialéctica de reconocimientos de sendos derechos sustantivos y adjetivos en cabeza de los pretensores.

**Ello impone, entonces, que el conocimiento del investigado sobre lo investigado no puede dar cabida a la destrucción de lo investigado.**

Así, la necesaria relación determinista entre actos procesales-*causa* y actos procesales-*efecto*, siguiendo la definición del proceso como una relación de actos que ubicados subsiguientes y coetaneamente persiguen una finalidad de reconocimiento de un derecho sustantivo, hace advertir que en este caso que, siendo el *acto procesal causa* la necesaria notificación de investigación, éste debe aguardar el específico devenir procesal exhaustivo en la ley, *ergo*, el *acto procesal efecto*. Y éste no es otro que el descrito de seguida en el analizado Numeral 1 del Artículo 49 Constitucional: la notificación del cargo investigativo es el sustrato para, oportunamente, ser el medio “*...adecuado para ejercer su defensa.*”

---

De allí que, cuando la norma constitucional refiere un “*tiempo*” y unos “*medios adecuados*” para defenderse, no alude a una noción de prontitud, de inmediatez en la contradicción del resultado de investigación, sino que el mandato al conocimiento investigativo da cabida a una “*disposición de tiempo*” adecuado, idóneo, para que, con la ventaja que da el conocimiento oportuno de algo, se prepare también, *oportunamente*, una defensa.

### **3.El derecho del acceso a las pruebas y el permitir su correspondiente defensa frente a ellas.**

*“...Toda persona tiene derecho...de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso”...* (Extracto del Numeral 1 del Artículo 49 Constitucional)

Como se evidencia de lo que ha venido analizándose de este Numeral 1 del Artículo 49 Constitucional, el constituyente casi reglamentó el derecho a la defensa, en su variante de (a) exigencia de defensa personal conjuntamente con la letrada, (b) el conocimiento investigativo, (c) el respeto al quehacer probatorio y (d) el ulterior derecho a la alzada. Pero no lo hizo bajo una noción de *conjunto*, es decir, de elementos agregados en un gran continente que no se relacionan entre sí, sino, abiertamente, en una noción *sistémica*, en el que todos sus componentes se imbrican, siendo que el desagregado de alguno rompe todo el sistema, haciendo inviable la integridad de la garantía. De allí que en el específico derecho frente a la idoneidad probatoria, prácticamente se estrena el Constituyente de 1999 con un *ítem*, el de las pruebas, que jamás había sido regulado en la Carta Magna, en la larga historia constitucional del país<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Revísese, en trabajo en conjunto en donde intervino el autor, Procesos Constituyentes y Reformas Constitucionales en la Historia de Venezuela, 1811-1999. 2 Tomos. Caracas,

**a) La oportunidad probatoria.-**

Y no en balde debe elogiarse que es partir del actual Texto Supremo que se hicieron precisiones vinculadas a la prueba en proceso jurisdiccional<sup>27</sup>, lo cual, por cierto, no es exclusivo en la descripción de los elementos conformadores a la garantía al debido proceso, toda vez que en otra norma constitucional, que la incluimos en el bloque del que creemos, conforma el que catalogamos como *debido proceso extensivo*, el Artículo 24 *Ejusdem*, se ocupa hasta de precisarnos cual debe ser el régimen valorativo de la prueba...

*“..en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o la rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron”...*

Ahora bien, volviendo al tratamiento de las pruebas en el tantas veces citado Numeral 1 del Artículo 49 Constitucional, la necesidad de su conocimiento y la idoneidad procesal para que las enfrente él que a través de dichas pruebas se ve imputado, traduce indefectiblemente que la cognición probatoria es el sustrato

---

UCV, 2005. También en la obra cuya compilación y estudio preliminar correspondió al profesor Allan Brewer, Las Constituciones de Venezuela, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1997, 1210.

<sup>27</sup> No se pretende desconocer que la Constitución es un documento *político* que concibe un determinado tipo de Estado con una precisa razón ideológica. Muestra de ello, por ejemplo, es el tipo de órgano parlamentario de la República Bolivariana de Venezuela, con una sola cámara, a diferencia de la concepción de un legislativo bicameral, de aceptación casi mayoritaria a nivel mundial; o el hecho de concebir a la democracia no solo *representativa*, sino *participativa*, lo cual, aun siendo inusual en el espectro constitucional mundial, no deja de ser francamente encomiable por lo que representa como muestra del real ejercicio del poder popular concebido como *poder constituyente originario*. Ahora bien, distanciándonos del obvio carácter de documento político que representa toda Constitución, la de 1999 permite su evidente uso *forense*. Y nos atrevemos a decir que como nunca, ella representa una fuente, no solo genérica, sino abiertamente reglamentaria, de Derecho Procesal, específicamente el penal. Así, ante noticias de reforma constitucional, y como recomendación de *legem ferenda*, si hay tal reforma, debería mantenerse la importante sistemática de las llamadas garantías constitucionales del proceso, actuales.

adecuado para defenderse frente al uso de los medios de prueba como único elemento viable para desvirtuar la presunción de inocencia, toda vez que, conforme al Numeral 2 del citado Artículo 49 de nuestra Carta Magna...

*“...Toda persona se presume inocente **mientras no se pruebe lo contrario**”... (resaltado propio)*

Esta jerarquización del conocimiento probatorio como causal expresa para invocar la violación al debido proceso, tiene una trascendencia que hace requerir ilustrar algunos aspectos sobre el quehacer probatorio en un sistema procesal acusatorio como el nuestro.

La Constitución reafirma que hemos superado abiertamente la concepción que el convencimiento decisorio es un convencimiento de exclusiva sapiencia juzgadora<sup>28</sup>, de conocimiento privado del juez, para establecer que debe ser un *convencimiento por acreditación*, por la adecuada demostración del hecho

---

<sup>28</sup> *“...En aquel tiempo vinieron al rey dos mujeres ramera y se presentaron ante él. Una de ellas dijo: -¡Ah, señor mío! Yo y esta mujer habitábamos en una misma casa, y yo di a luz estando con ella en la casa. Aconteció que al tercer día de dar yo a luz, esta dio a luz también, y habitábamos nosotras juntas; ningún extraño estaba en la casa, fuera de nosotras dos. Una noche el hijo de esta mujer murió, porque ella se acostó sobre él. Ella se levantó a medianoche y quitó a mi hijo de mi lado, mientras yo, tu sierva, estaba durmiendo; lo puso a su lado y colocó al lado mío a su hijo muerto. Cuando me levanté de madrugada para dar el pecho a mi hijo, encontré que estaba muerto; pero lo observé por la mañana y vi que no era mi hijo, el que yo había dado a luz.*

*Entonces la otra mujer dijo: -No; mi hijo es el que vive y tu hijo es el que ha muerto. -No; tu hijo es el muerto, y mi hijo es el que vive --volvió a decir la otra.*

*Así discutían delante del rey.*

*El rey entonces dijo: «Esta afirma: "Mi hijo es el que vive y tu hijo es el que ha muerto"; la otra dice: "No, el tuyo es el muerto y mi hijo es el que vive"». Y añadió el rey: -Traedme una espada.*

*Y trajeron al rey una espada.*

*En seguida el rey dijo: -Partid en dos al niño vivo, y dad la mitad a la una y la otra mitad a la otra.*

*Entonces la mujer de quien era el hijo vivo habló al rey (porque sus entrañas se le conmovieron por su hijo), y le dijo: -¡Ah, señor mío! dad a esta el niño vivo, y no lo matéis.*

*-Ni a mí ni a ti; partidlo --dijo la otra.*

*Entonces el rey respondió: -Entregad a aquella el niño vivo, y no lo matéis; ella es su madre. Todo Israel oyó aquel juicio que había pronunciado el rey, y temieron al rey, pues vieron que Dios le había dado sabiduría para juzgar.” (Reyes 3:16-28)*

imputado, como uno de los elementos conformadores de la idónea motivación de los fallos. Y decimos “*uno de los elementos*”, porque el otro, la aplicación del Derecho al hecho demostrado por tal acreditación, por tal prueba, subsiste como necesidad motivatoria, exigiéndosele al decisor la aplicación del *iura novit curia* que hace esencial su función juzgadora. La acreditación por la demostración probatoria, y la aplicación del silogismo, como sustrato de la motivación, conduce a que su insatisfacción en el fallo, haga afirmar que estamos en presencia de una *omisión injustificada* del juzgador, cuestionable por vía de la invocación del Numeral 8 del mencionado Artículo 49 Constitucional.

Revisando la redacción del Artículo inicial del Código Orgánico Procesal Penal, su Artículo 1, es un principio y garantías procesal el allí establecido, en el sentido de instruir la necesidad de un...

**“Juicio previo y debido proceso.** *Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, oral y público, realizado sin dilaciones indebidas, ante un Juez o tribunal imparcial, conforme a las disposiciones de este Código y con salvaguarda de todos los derechos y garantías del debido proceso, consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República”*,

con lo cual las aguas se separan, se niega la confusión de conceptos: una cosa es la exigencia de un “*debido proceso*” como pauta de cumplimiento de garantías constitucionales tendentes a igualar la intervención procesal de las partes; y un asunto diametralmente distinto, es la necesidad de la probanza eficiente de una culpabilidad. Y ello se aclara, porque pudiera propiciarse la inadecuada idea que, el cumplimiento al pie de la letra de todos los derechos conformadores a la garantía al debido proceso, en si mismo otorga convencimiento decisorio justo. Esto es francamente inexacto, ya que el aspecto estrictamente procesal y demostrativo de una tesis de acción, se distancia del enmarcaje constitucional del escenario y proceso en el que la labor probatoria se lleva a cabo como único medio para el otorgamiento de razón a través de un fallo.

Así, la existencia de un debido proceso se separa del hecho que el juicio es el escenario propicio para el debate sobre las pruebas. Ahora bien, la reminiscencia constitucional a las pruebas en dicho Numeral 1, al igual que su mención en el Numeral 5 *Ejusdem* -frente a un tipo de prueba, la confesión- estructura la idea de que la legitimidad obtentiva o incorporativa de la prueba, no le da en sí mismo fiabilidad. Dicho en mejores términos y parafraseando parte del Aparte del Numeral 5 del Artículo 49 Constitucional, la circunstancia, por ejemplo, que la confesión se valida “...*si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza*”, lo que alude es al mecanismo de obtención o incorporación de aquella al proceso, pero nunca dicha mención de validez atañe a la circunstancia de incontrovertible eficiencia de ella para demostrar un hecho. Así, por ejemplo, pudiera operarse la circunstancia -nada imposible- de la falsa auto incriminación en salvaguarda de un cercano, con lo cual la validez mencionada constitucionalmente, solo es un requisito de ingreso probatorio y no de eficiencia de la singular prueba única para certeza de culpabilidad, en aras al respeto de la finalidad de búsqueda de la verdad.

En un sistema acusatorio como el nuestro -y si interpretamos adecuadamente los Artículos del 197 al 199 del Código Orgánico Procesal Penal-, la llamada *libertad probatoria* con *licitud de la prueba* no es una contradicción. Ello significa que, a diferencia de los sistemas de prueba tarifada, en uno de libertad demostrativa, ***todo puede ser probado con todo***...pero una vez que se ha decidido demostrar un hecho, circunstancia, o acto procesal (por ejemplo, los apartamientos, Artículo 96; o en la prueba de un juicio, Penúltimo Aparte del Artículo 456, ambos del Código Orgánico Procesal Penal, cuando se apela el resultado de dicho juicio aduciendo errores *in procedendo*), la obtención e incorporación del medio debe hacerse en respeto del Principio de Legalidad Procesal, que contenido en el Segundo Aparte del Artículo 253 Constitucional, le hace corresponder...



*“...a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias”...*

De allí que la regulación incorporativa de las pruebas en el proceso penal venezolano se ubica en tres grandes bloques normativos de nuestra ley adjetiva penal, a saber:

- a) El primero, el que se regula en el Título Preliminar del Código Orgánico Procesal, sus primeros 23 artículos, hay realmente confusión entre los *finés y medios* de dicho proceso penal: distinto a lo establecido en el Artículo 13 *Ejusdem* y concatenado con el Artículo 8 del mencionado Código, la verdadera finalidad del proceso penal es la presente en el *in fine* del Artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal, la verificación de la *“...culpabilidad mediante sentencia firme”*..., y para llegar ese fin ulterior de todo el Derecho procesal penal, no puede acudirse a otro medio que el contemplado en el citado artículo de falsa finalidad, es decir, que la llamada *“vía jurídica”* para tal establecimiento culpabilístico, es *probando*;
- b) El presente en el Título VII del Libro Primero del Código, es decir, el llamado *“Régimen Probatorio”*, que distinto a descartar libertad de prueba, lo que hace fundamentalmente las disposiciones que van del Artículo 202 al 242 es darle cabida a las exigencia de obtención de las *fuentes de prueba*; y
- c) El Articulado que oscila entre los Artículos 332 y el 360 del Código Orgánico Procesal Penal, atinente a la producción probatoria en el juicio oral y público.

De tal manera que el sistema probatorio nuestro se separa del llamado sistema inquisitivo en materia de pruebas. En este último hay una doble concepción del llamado *régimen tarifado*: *primero*, porque existe un *numerus clausus* de medios probatorios, y no otros, cuyo catálogo es el que debe ser aceptado para demostrar algo; y *segundo*, porque la manera de valorar tal catálogo exhaustivo de medios de prueba, también es predeterminado en precisión absoluta en el texto adjetivo. Ejemplificando: en un sistema inquisitivo de prueba tarifada, el reconocimiento expreso del testimonio lo incluye como lícito medio de prueba, pero además la pauta de valoración ex profesa de dicha ley, requerirá como valoración de fiabilidad del testimonio suficiente para la inculpación, el hecho que provenga de dos personas que digan exactamente lo mismo sobre un acontecimiento. *Ergo*, que sean *contestes*, para así en dicha similitud descriptiva del hecho, concederle su valor de fiabilidad.

De allí que el sistema es radicalmente distinto en la premisa acusatoria porque basta la prueba singular *eficiente* para demostrar culpabilidad, dejando atrás la suficiencia probatoria como un problema de cantidad, y no de aptitud y actitud del medio para conceder fiabilidad demostrativa. Volvamos a ejemplificar: en un sistema como el que se deriva del Artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal, es perfectamente idóneo probar un homicidio con el testimonio de un menor de quince años (*“libertad de prueba”*), pero para incorporar procesalmente este testimonio, su deposición debió haberse realizado en base a las pautas del Artículo 228 del Código Orgánico Procesal Penal (*“Los menores de quince años de edad declararán sin juramento”*), lo que es una muestra de *“licitud de la prueba”*.

De allí que lo que enseña el Numeral 1 del Artículo 49 Constitucional, es que la demostración para convencer no se estructura sobre la simple prueba aportada, sino sobre la prueba criticada: el ejercicio pleno del contradictorio como tamiz necesario por donde deberá pasar la prueba evacuada en juicio. Así, es importante puntualizar que aludiendo el principio de *mínima actividad*

*probatoria*<sup>29</sup> (entre muchas otras significaciones), al no existir en cabeza del imputado el *deber* de probar nada, y ello si es un *derecho-deber* en cabeza del pretensor fiscal, el ejercicio de la oportunidad probatoria que antagonice las pruebas de imputación, debe conducir al accionante el dejar establecido en su acto conclusivo de la fase preparatoria, si este es la acusación, el por qué no le convencieron los elementos de exculpación cuyo resultado debe constarse en autos, toda vez el mandato del Artículo 281 del Código Orgánico Procesal Penal...

**“Alcance. El Ministerio Público en el curso de la investigación hará constar<sup>30</sup> no sólo los hechos y circunstancias útiles para fundar la inculpación del imputado, sino también aquellos que sirvan para exculparle. En este último caso, está obligado a facilitar al imputado los datos que lo favorezcan”.** (resaltado nuestro),

Y la materialidad de dicha constatación negada no pude estar presente en otro instrumento más que en la acusación.

Otro aspecto importante a entresacar de la previsión constitucional a que toda persona tiene derecho *a disponer de los medios adecuados para ejercer su defensa*, es que en el carácter genérico de la noción “*medio adecuado de defensa*” se verifica una percepción de eficiencia del medio defensivo, de *adecuación* como dice la norma, más que de restricciones formales al esencial

---

<sup>29</sup> Fundamentalmente acuñado por el español Manuel Miranda Estrampes, La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Barcelona (España), Bosch, 1997, 674.

<sup>30</sup> Y por exclusión, en la acusación, conforme al Numeral 3 del Artículo 285 Constitucional, es allí donde el Ministerio Público hará constar su convencimiento a que hubo una comisión delictiva, “...*con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores*”..., “*circunstancias*” éstas de las que mejor ejemplo, no pude haber otro más que en las llamadas “*circunstancias modificativas de la responsabilidad penal*”, atenuantes y agravantes entre otras, conforme a los Artículos 74 y siguientes del Código Penal; razón por la cual nos adscribimos a la tesis del decaimiento de la oportunidad procesal a señalar agravantes, con posterioridad a la acusación, en aras de una adecuado respeto al Numeral 1 del Artículo 49 Constitucional que exige oportunidad de conocimiento (*el derecho al conocimiento inculpatario*, como lo nominan algunos autores), no solo de las pruebas, sino de los cargos imputatorios.

ejercicio de defensa, *con* las pruebas de exculpación o *contra* las pruebas de inculpación. Esta noción de adecuación probatoria sinonimizando su eficiencia en contra de la desvirtuación de inocencia, tiende a igualarse a la noción de libertad de prueba que se inscribe en el Artículo 198 del Código Orgánico Procesal Penal que, en lo que respecta al imputado, la limitación al uso de una prueba libre se ubica exclusivamente si las hipótesis de ilicitud descritas en el Artículo precedente, el 197 *Ejusdem*, acaecen contra la voluntad del procesado, porque éste, por ejemplo, renuncie a la protección que le otorgue la garantía.

Explicuemos: en el plano formal sería execrable que si espontáneamente el imputado quiere, sin coacción alguna, que se le someta al suero o a la maquina de la verdad, se pudiese permitir porque ellos son medios que “*menoscaban la voluntad*”, lo cual prohíbe el Aparte del citado Artículo 197 de la Ley Adjetiva Penal Venezolana. Ahora bien, extrememos el ejemplo: se enjuicia a alguien por la imputación de un delito francamente clandestino, donde se apocan los medios de prueba al nivel del simple dicho de la victima, victima que por lo demás también es acusadora privada y que ella misma valora la existencia del delito porque refiere el efectivo sufrimiento de la afectación contra su honor por la comisión del ilícito. El procesado está absolutamente convencido de su inocencia al afirmar siquiera haber estado en el sitio del hecho, y tan seguro está de ello, que prefiere someterse voluntariamente a dichas practicas de revelación de verdad. Hay una *espontánea voluntad a renunciar al menoscabo de voluntad* con miras a posibilitarse “*un medio adecuado de defensa*”. Lo anterior, visto en estos términos, tendería a aceptar tal practica de prueba, bajo un sistema de libertad probatoria como el nuestro.

Pero, indudablemente, el inconveniente estribaría en que, obviamente, hay un *margen* de resultado contrario al aludido por el voluntario promovente de la hipnosis, y ante ello, la fiabilidad de la fuente de la prueba se impondría como resultado de (a) la aquiescencia anterior del sujeto de prueba a la obtención de

verdad y (b) el factor, *científicidad* de la referida técnica (como instrumento de apreciación de las pruebas permitido de acuerdo al Artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal). Así, se volvería al plano formal de negar la prueba, toda vez que la verdad fue producto de un menoscabo, no anterior, pero si en la exacta producción de la prueba. Muchos aducirán que si se permite la admisión de los hechos como casi singular prueba para condenar en el supuesto del Artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, por qué no permitirse la voluntaria prueba de la verdad o, por ejemplo, el careo entre testigo e imputado conforme al Artículo 236 *Ejusdem*, si se sabe el procesado en capacidad de refutar el hecho o circunstancia afirmado por el testigo. Y la respuesta es la misma: en la probabilidad de obtención de una información sobre los hechos o la participación que inculpe al voluntario, *ex antes*, de la prueba, dicha verdad es insustentable de una decisión porque contrario a “...las reglas del testimonio” impuesta en el *in fine* de la última norma citada para el careo, el imputado tiene el derecho a decir la verdad<sup>31</sup>, pero no la obligación de decirla.

**b) La Constitución como fuente de nulidad procesal taxativa.**

Conforme al sistema de nulidades absolutas de los actos procesales que se deriva del Artículo 190 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal -claro heredero de similar sistema que se instauró a partir del Artículo 206 del Código de Procedimiento Civil de 1987-, el Derecho procesal penal admite la existencia del taxativo, del expreso, efecto de nulidad de aquellos actos, por la simple y gramatical imposición de ley; y también el efecto de nulidad porque la falencia del acto procesal es tan esencial que le impide a éste cumplir la finalidad para la cual está concebido, asumiéndose el *Principio de Trascendencia*, y el de *Finalidad*

---

<sup>31</sup> Por ello, cuando quiere, confiesa.

de los actos procesales, ya que estos no son ornamentales, no son un rito. Es por lo que ha acuñado una clasificación<sup>32</sup> de las nulidades entre nulidades taxativas y nulidades esenciales. Ejemplo de las primeras, de origen legal, serían las contempladas en el Artículo 167 del Código Orgánico Procesal Penal, porque el acto procesal se realizó en idioma extranjero; o en el 169 *Ejusdem*, porque se omitió la fecha del acta, “...cuando ella no pueda establecerse con certeza, sobre la base de su contenido o por otro documento que sea conexo”...; o el 173 *Ibidem*, porque hubo decisión de un tribunal, que no siendo de mera sustanciación, no se emitió “...mediante sentencia o auto fundados”... .

De las otras, de las *esenciales*, las hipótesis se concretan en el Artículo 191 del Código Orgánico Procesal Penal a situaciones de: (a) violación de las pautas de *intervención, asistencia y representación* del imputado, y b) la violación de derechos y garantías *fundamentales*, con lo cual, este tipo de fallas en el acto procesal orienta a la necesidad de la demostración de la ausencia del cumplimiento de algunos de los derechos conformadores de la garantía al debido proceso.

Ahora bien, no deja de ser un tema álgido, con mucho de confusión y de posiciones no conclusivas, identificar cuando nos encontramos en la presencia de una hipótesis para la nulidad esencial de un acto procesal penal ya que ello requiere no solo la identificación de lo fundamental de la violación, sino también la argumentación de parte del solicitante que la falta del acto se adscribe a una determinado derecho o garantía; pero también le es exigible al pretensor de la nulidad la invocación y demostración del llamado “*perjuicio anulatorio*”,

---

<sup>32</sup> Porque hay muchas otras: nulidad como efecto necesario de un recurso y nulidad como solicitud autónoma; nulidad absoluta y nulidad relativa; nulidad solicitada y nulidad oficiosa, etc. Vease a Carmelo Borrego, Procedimiento penal ordinario (Actos y nulidades procesales). Caracas, UCV, 2006, 448.

concebido en los penúltimos apartes del Artículo 195 del Código Orgánico Procesal Penal...

*“...sólo podrán anularse las actuaciones fiscales o diligencias judiciales del procedimiento que ocasionaren a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaratoria de nulidad.*

*“Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento”...*

Frente a lo anterior, lo relevante del efecto de nulidad descrito en el Numeral 1 del Artículo 49 Constitucional, frente a “...*las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso*”..., es que tal hipótesis, más que una hipótesis de nulidad esencial, hace expreso, taxativo el efecto de nulidad, sin más miramiento, dado el origen constitucional del efecto anulatorio, frente a algo tan importante en la definición de la relación jurídico procesal, como son las pruebas.

Entonces, en la invocación de la Constitución como fuente del taxativo efecto de nulidad, no se está aludiendo exclusivamente dicho efecto por la existencia de las variadas patologías policiales y procesales que se describen en el Artículo 197 del Código Orgánico Procesal Penal, a saber, si los elementos de convicción no fueron “...*obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este Código*”..., o conforme con su Aparte, porque la información que se derivó de la fuente de prueba provino de...

*“...tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, en la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni la obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas...[o provino] directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícitos”...*

sino porque la prueba, se obtuvo “...mediante violación del debido proceso”..., con lo cual aun cuando las patologías procesales descritas obviamente son un rompimiento a la exigencia de un proceso justo, hay formas no tan extremas de violar a este debido proceso, a partir de la propia conformación de la garantía en el Texto Constitucional.

Así, repasando los numerales del Artículo 49 Constitucional, si la prueba se obtuvo en una audiencia en la que no se permitió ser oído al imputado, por ejemplo, en la audiencia para evacuar una prueba anticipada; o si el mandato de conducción se libró en contra de quien formalmente el acta refiere como un testigo, pero sobre el cual ya se había materializado una imputación, quizás heterodoxa, pero de rasgos netamente persecutorios en contra del mandado a conducir, entonces, el efecto de nulidad de la prueba con la consecuencia de su imposibilidad absoluta de re-utilización, es lo que se impone a partir del Numeral 1 del Artículo 49 Constitucional

Nótese que son contadas las veces que el Texto Constitucional hace referencia a la anulabilidad de cualquier acto del Poder Público, por lo que la jerarquía de tal efecto frente a la prueba indebidamente obtenida, no es de poca monta y permite deducir la importancia del asunto probatorio en el ámbito de las garantías constitucionales.



#### **4. El derecho a la doble instancia.-**

*“...Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley”...(Parte in fine del Artículo 49,1 Constitucional)*

Procesalmente, toda facultad atribuida a las partes en un proceso para oponerse válidamente a las actuaciones de la contraparte o del órgano jurisdiccional, con expectativa racional de resultado positivo, más allá de las posibilidades ordinarias de alegación y promoción de pruebas, se denomina, de una manera genérica, un “*remedio procesal*” . De allí que lo serán entonces:

- la regulación de competencia,
- la recusación,
- la oposición a la incorporación de un medio probatorio al proceso,
- las solicitudes de nulidad de los actos procesales,
- la oposición a la admisión del querellante,
- las objeciones a las preguntas de la contraparte en juicio oral,
- la solicitud de aclaratoria de las decisiones, pero obviamente, también...
- los recursos.

La doctrina ha establecido que hay un “*Derecho Humano a cuestionar el criterio de un juez*” y según Cafferata Nores, este concibe el recurso como, “... *un medio de control de la corrección fáctica y jurídica de las resoluciones jurisdiccionales, acordado con sentido bilateral y con un sentido de equidad*” (Proceso Penal y Derechos Humanos, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, S.R.L, Argentina, 2000, p. 157).

En tal sentido el sustrato del cuestionamiento decisorio ha sido brillantemente expresado en la jurisprudencia internacional y así, por ejemplo, en la Sentencia del 2-3-87 del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, se interpretaba que en el ejercicio del recurso se procuraba constatar...

*“... la ilegalidad, la irracionalidad y la irregularidad procesal. La ilegalidad es la aplicación errónea o indebida del derecho que regula la facultad de resolver y, en especial, la infracción o el incumplimiento de las normas legales aplicables; la irracionalidad se refiere a una resolución que prescinda hasta tal extremo de la lógica o de los principios morales generalmente admitidos que ninguna persona razonable las habría tomado después de considerar la cuestión; la irregularidad procesal consiste en el incumplimiento de los preceptos procesales, en la denegación de la justicia natural o en una injusticia procesal”...*

Ahora bien, el derecho a recurrir, a pesar de ser fundamental, es un derecho fundamental...*pero de contenido legal*. Así, el literal “H” del Numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, establece, como garantía judicial el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, y aunque considera que dicha norma no acepta limitación alguna, la parte final del Numeral 1 del Artículo 49 de nuestra Constitución, es preciso en cuanto a que el *derecho a recurrir del fallo*, se ejerce...

*“... con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley”.*

De allí que, siguiendo al Principio de la Igualdad Ciudadana ante la Ley regulado en el Artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, si un tipo de decisión es recurrible, entonces todas las partes **contra las que obre** ese tipo de decisión tendrán el derecho al recurso. De allí que en la emblemática y vinculante (y publicada en la Gaceta Oficial de la República) Sentencia 1303 del 20-6-05, de la Sala Constitucional de nuestro Máximo Tribunal, se interpretó que...

*“...la última parte del artículo 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se ha consagrado...garantizarle a los ciudadanos que un tribunal superior controle la corrección del proceso...”*

*“Debe aclararse que la consagración de este derecho en el artículo 49.1 de la Constitución, no implica que en el proceso penal sólo pueda apelar la persona condenada, toda vez que ello conduciría al absurdo de aceptar que la parte acusadora no pueda impugnar el fallo absolutorio, y más aún, podría conllevar a que el propio imputado o acusado, según la fase en la cual se encuentre el proceso, no pueda apelar de otras decisiones distintas a las que tienen naturaleza condenatoria y que le causen un gravamen irreparable, todo lo cual estaría en franca contradicción con la garantía del debido proceso y con la tutela judicial efectiva, y en el caso de la parte acusadora, además, con el principio procesal de igualdad de las partes”,*

lo cual no quiere decir, que la existencia de un gravamen decisorio solo puede ser remediado por la vía de un recurso, específicamente el de apelación, cuando o (a) frente a un específico agravio, de manera expresa, el ordenamiento procesal concede un remedio distinto al del recurso, o (b) cuando el ordenamiento procesal pareciera conceder un determinado tipo de remedio para una parte, y otro tipo de solución para la contraparte, lo cual resultaría inaceptable a tenor, no solo del citado Artículo 21 Constitucional, sino fundamentalmente sería contrario al Artículo 2 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que tal curso de acción diferenciada es una clara muestra de aflicción al debido proceso como medio de igualdad y no de discriminación.

Así, en su Sentencia del 15-3-00 (Caso:“Los Tres Rebeldes”), la citada Sala Constitucional interpretó que...

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

pero en ocasión de los recursos, en el Fallo de dicho Máximo Interprete de la Constitucionalidad del 23-10-01( Caso: “Promotora 14469”), se precisó el criterio que...

*“...Las excepciones a la doble instancia vienen establecidas por el legislador al atribuirle la competencia exclusiva a un tribunal colegiado, como el Tribunal Supremo de Justicia, para conocer en única y última instancia de ciertas materias (competencia *ratione materiae*), o de determinados asuntos que involucren a ciertas personas o instituciones (competencia *ratione personae*), cuya importancia jurídico-política y su relevancia procesal exigen sacrificar el principio de doble instancia.”*

Así, hay una limitación legal del Derecho a la Alzada, toda vez que conforme a la Sentencia 2661 del 25-10-02, de la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia...

*“...el derecho a recurrir supone, necesariamente, la previa previsión legal de un recurso o medio procesal destinado a la impugnación del acto. No toda decisión judicial dentro del proceso puede ser recurrida. Ello atentaría, también, contra la garantía de celeridad procesal y contra la seguridad jurídica y las posibilidades de defensa que implica el conocimiento previo por los litigantes de las reglas procesales. El derecho a la doble instancia requiere entonces del preestablecimiento legal de la segunda instancia, así como del cumplimiento por quien pretende el acceso a ella, de los requisitos y presupuestos procesales previstos en la ley aplicable.”...*

Ejemplifiquemos. El supuesto sería: si conforme al Encabezamiento del Artículo 78 del Código Orgánico Procesal Penal, “...se hubiere declinado el conocimiento del asunto y el tribunal en el cual haya recaído la declinatoria se considere competente”..., ¿dicha asunción de competencia puede ser apelada por el Ministerio Público? Lo primero que habría de dilucidarse es si dicha Fiscalía ostenta la titularidad, no del derecho procesal a recurrir por la vía de la apelación, sino del derecho sustantivo alegable por aquel recurso. Y dicho derecho subjetivo no puede ser otro que, ciertamente, y por llamarlo de alguna forma, “*El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*”. Así, si este es el derecho invocado, ergo, este es el gravamen causado por el fallo cuestionado, derecho éste que se percibe personalísimo como atribución en cabeza de las

partes que se enfrentan en un proceso y que se deriva fundamentalmente del Numeral 4 del Artículo 49 Constitucional, porque se estaría hablando de un debido proceso si la pretensión de parte es conocida por -y en este caso el pronombre posesivo de la tercera persona refiere un contenido bien preciso-...

“...sus jueces naturales”...(resaltado propio)

Tal delimitación del derecho a un juez, el natural, se instrumentaliza también en el Artículo 7 del Código Orgánico Procesal Penal, y es también un derecho reclamable por el Ministerio Público. De allí que en su Sentencia 730 del 5-4-06, la Sala Constitucional del Máximo Tribunal interpretó que...

*“...la competencia es un requisito de validez para el pronunciamiento de una sentencia válida, por tanto, la sentencia dictada por un juez incompetente debe reputarse nula y no puede surtir efectos jurídicos. Ello, por cuanto...resultarían transgredidos los numerales 3 y 4 del artículo 49 de la Constitución.*

*“Así, lo dejó expuesto esta Sala en sentencia número 622 de del 2 de mayo de 2001, (Caso: José Amaro López y Liz Verónica Amaro Peña) en la que indicó lo siguiente:*

*“Siendo la competencia el factor que fija límites al ejercicio de la jurisdicción o, como se señala comúnmente, la medida de la jurisdicción, la debida competencia, en nuestro ordenamiento procesal vigente, es un presupuesto de validez para el pronunciamiento de una sentencia válida sobre el mérito; por ello, la sentencia dictada por un juez incompetente es absolutamente nula e ineficaz.*

*“Ahora bien, cuando el juez actúa con manifiesta incompetencia y procede a dictar sentencia de mérito incurre en una evidente transgresión al artículo 49 numeral 3 de la Constitución, ya que carece de aptitud o cualidad para juzgar.*

*“Igualmente resulta violado, en consecuencia, el numeral 4 del referido artículo 49, ya que dicha carencia de aptitud en el juez conlleva a que el justiciable no sea juzgado por sus jueces naturales, derecho esencial a ser observado en toda causa. Es evidente que un juez incompetente, además, nunca podrá ser el juez natural de la causa, mucho menos en el presente caso que se trata de una incompetencia por la materia, la cual no puede ser derogada por convenios de las partes porque es de eminente orden público”...*

Ahora bien, ¿cómo se reclama, cómo se remedia la falencia de tal derecho exigible, si el tribunal ha considerado no ser competente para el conocimiento de una pretensión de tutela judicial, en un proceso penal?. Frente a ello, lo resultante es que la orientación que otorga el Código Orgánico Procesal Penal es

que el asunto declinante no es de la exclusiva inherencia jurisdiccional, sino que también es de inherencia de parte. Así, el maestro Arminio Borjas, cuando hacía los años del 1920 glosaba la derogada Ley Procesal Penal Venezolana, en su ya clásica obra Exposición del Código de Enjuiciamiento Criminal, I, 111, resumía el asunto...

*“Cuando dos o más Jueces o Tribunales de la jurisdicción criminal pretenden ser competentes para conocer de determinado proceso, o alguno declina el conocimiento de un asunto, alegando no ser él sino otro el competente para conocer, el conflicto que así surge entre las mencionadas autoridades judiciales se denomina competencia entre Jueces, distinguiendosele en el primer caso con el nombre de competencia de conocer o positivo, y en el segundo con el de competencia de no conocer o negativa”...*

y ya de entrada Borjas señalaba, lo que ahora resulta obvio...

*“...La incompetencia de los Jueces o Tribunales puede ser reclamada por las partes en el juicio de que aquellos estén conociendo”...*

Esta posibilidad del cuestionamiento al avocamiento o a la declinatoria se muestra expresa en nuestro vigente Código Orgánico Procesal Penal no solo frente a reales conflictos entre tribunales, ambos aduciendo que no deben conocer el asunto. Así, esta *“Facultades de las partes”*, como bien se nomina el Artículo 83 *ejusdem*, es, tal cual la norma lo impone *“...para apoyar los diferentes posiciones en cuanto a la competencia”...*, y para ser resuelto por un superior, pero no como un recurso, sino en una orientación dirimente de superior común.

En el ejemplo que nos ocupa, *“...el tribunal en el cual haya recaído la declinatoria se considere competente”...*, aun subsiste la posibilidad de reclamar el constitucional derecho al juez natural toda vez la expresa disposición del Único Aparte del Artículo 78 *Ejusdem*...

*“...En este caso las partes podrán, en la oportunidad correspondiente, oponer como excepción la incompetencia del tribunal”*

*Ergo*, la Fiscalía que cuestionare la declinatoria de competencia aceptada, invocando su titularidad al Derecho del Juez natural, tiene como remedio procesal la excepción contenida en el Numeral 3 del Artículo 28 del Código Orgánico Procesal Penal, excepción ésta que conforme al Numeral 1 del Artículo 31 *ejusdem*, se tiene como remedio hasta en un momento tan ulterior como la fase del juicio oral, con lo cual, prácticamente, mientras no se haya operado la cosa juzgada, las partes, y entre ellas el Ministerio Público, ostenta un remedio para invocar su agravio.

Pero la pregunta ineludible que salta frente al anterior planteamiento sería, ¿cómo afirmar que la Fiscalía cuenta con las excepciones como remedio, cuando de acuerdo al título del Capítulo en el que se encierra el citado Artículo 28 del Código Orgánico Procesal Penal, se advierte que dichas excepciones son, precisamente, “*obstáculos al ejercicio de la acción*”, que ostenta precisamente el Ministerio Público en un sistema acusatorio como el nuestro; siendo que, precisamente, y en base al citado Encabezamiento, las excepciones se oponen “...a la persecución penal? ¿no es paradójico que el Ministerio Público pueda “*obstaculizar el ejercicio de la acción*”?

La respuesta a tal aparente contradicción no puede ser de interpretación gramatical, sino evidentemente teleológica: si encontramos como respuesta que las excepciones no pueden ser ejercidas por el Ministerio Público como remedio frente a problemas de reclamos de competencia y permitimos que ante tal fuente de cuestionamiento, la Fiscalía cuente entonces, por excepción, con el recurso de apelación de autos por la vía del gravamen irreparable del Numeral 5 del Artículo 447 del Código Orgánico Procesal Penal, ¿no se estaría creando una desigualdad tan extrema, que sería admitir que toda parte que no sea el Ministerio Público podrá reclamar avocamientos posteriores de competencia por la vía de la

excepción, siendo que la Fiscalía cuenta con otro y distinto medio expedito, la apelación, para resolver tan aspiración?.

Asentir esto conduciría a un verdadero desafuero de desigualdad. Sería traer una nueva fuente de discriminación, esta vez, no por razón de sexo, raza, edad o condición social, sino por la condición de parte procesal.

De allí que una interpretación cónsona, conforme a la Ley, es que ninguna parte ostenta el derecho al recurso frente a autos declinantes de competencia aceptados por el juzgado declinado, mientras no se haya operado la cosa juzgada, toda vez que todos contarán con el remedio procesal de las excepciones, debiendo interpretarse que el “...oponerse a la persecución penal”..., que refiere el Encabezamiento del Artículo 28 del Código Orgánico Procesal Penal se refiere a oponerse a una persecución penal que se lleva a cabo ante un tribunal incompetente, y así la excepción de incompetencia es oponible, en una franca relación de igualdad, por todas las partes con pretensiones procesales en un proceso penal.

Así, es importante recordar la Sentencia de la Sala Político Administrativa de nuestro Máximo Tribunal, N° 1131 del 24/9/2002, que interpretó el derecho a la igualdad ciudadana ante la Ley...

*“...Este derecho ha sido interpretado como el derecho de los ciudadanos a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos lo que se le concede a otros, en paridad de circunstancias. Es decir, que en virtud de este principio, no deben establecerse diferencias entre los que se encuentran en las mismas condiciones. La verdadera igualdad consiste en tratar de manera igual a los iguales y desigualmente a los que no pueden alegar esas mismas condiciones y circunstancias predeterminadas por la Ley, ya que estas no obedecen a intereses de índole individual sino a la utilidad general”...*



Así, conforme al Literal “c” del Artículo 437 del Código Orgánico Procesal Penal, en conjunción con la parte *in fine* del Numeral 1 del Artículo 49 Constitucional, en el ejemplo acotado, debería declararse inadmisibles dichas apelaciones<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Véase la Sentencia 2770 del 12-11-02, de la Sala Constitucional del Máximo Tribunal...

*“...el Juzgado 26° de Control se declaró incompetente para el conocimiento de la causa y de conformidad con lo establecido en el artículo 77 del Código Orgánico Procesal Penal remitió el expediente al Juzgado 45° del Control.*

*“El Juzgado 45° de Control...acordó darle entrada al expediente y decretó “la acumulación de los autos, por lo que no suscitó conflicto de competencia con el Juez 26° de Control”.*

*“Señaló que de conformidad con los artículos 77 y 78 del Código Orgánico Procesal Penal, en cualquier estado y grado del proceso, el Tribunal que esté conociendo de un asunto podrá declinarlo por auto motivado a otro tribunal que considere competente y en caso de que el tribunal al cual le sea remitido el expediente se considere competente, “la causa será conocida por éste sin necesidad de resolución alguna acerca de la competencia de los tribunales intervinientes como consecuencia de la declinatoria, dejándose claramente sentado, que en este caso, las partes podrán en la oportunidad correspondiente oponer como excepción la incompetencia del tribunal”.*

*“Respecto al alegato de que el Juzgado 26° de Control debió notificarlos previamente de la solicitud de acumulación formulada por...el a quo estimó que en el proceso penal existen situaciones donde los “poderes de contradicción de las partes (...) opera sólo en la oportunidad y forma establecida por la ley”.*

*Continuó el fallo apelado señalando:*

*“...La ley adjetiva penal permite que, declinada la competencia por un juez y expresada por otro su voluntad para conocer del asunto en cuestión, éste conozca de la causa declinada sin necesidad de resolución alguna. La ley garantiza a las partes sus derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso y al juez natural, cuando dispone que podrán oponer (Principio del Contradictorio) en la oportunidad correspondiente (ver artículo 38 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal), la excepción de incompetencia del Tribunal”.*

*“El Juez 26° de Control, al declinar la competencia en el Juez 45° de Control, actuó en ejercicio de la facultad que le confería el artículo 77 del Código Orgánico Procesal Penal. Por su parte, el Juez 45° de Control, al declararse de conformidad con el artículo 78 ejusdem, competente para conocer de la causa que le había sido remitida y ordenar de acuerdo al 66 ibidem la acumulación de autos, actuó de idéntica manera.*

*(...)*

*“Los actos objetos de la presente acción de amparo, a saber: aquel mediante el Juez 26° de Control declinó la competencia en el Juez 45° de Control y aquél mediante el cual éste último la asume y decreta la acumulación de autos; no atentan por sí mismos contra ningún derecho fundamental, de ahí que, la interpretación que hacen los Accionantes de ellos y las*

Saliéndonos del anterior ejemplo -con el cual deseamos puntualizar la noción de *genero* a *especie* que existe entre el concepto de remedio procesal y el de recurrir como uno de esos remedios-, ciertamente el constituyente, en aras al respecto del derecho a la defensa frente a la imputación, concibió el derecho a la alzada de una manera algo limitada, subjetivizada, atribuyendo una impugnabilidad objetiva bastante reducida. Así, en el texto, se lee la consagración constitucional del derecho, exclusivamente frente a la sentencia de condena, y solo de parte del penado. Ahora bien, para el idóneo ejercicio interpretativo de la garantía, sin menoscabo a la recurrente finalidad de igualdad, necesariamente debe hacerse una labor de calistenia intelectual para explicar, sobre la base del precitado esquema de la relación jurídico procesal penal, que si ésta es una relación de derechos sustantivos y adjetivos en el

---

*consecuencias que les endilgan, son diferentes a las que su propia naturaleza son capaces de producir.*

*(...)*

*“Los jueces 26° y 45° de Control obraron apegados a la ley, en virtud de lo cual, objetivamente no se les puede atribuir a sus actuaciones la violación de derechos o garantías constitucionales en perjuicio de los ciudadanos...tanto más cuando el Código Orgánico Procesal Penal les permite oponerse a la persecución penal, mediante las llamadas excepciones, dentro de las cuales se encuentra la incompetencia del tribunal”...*

*(...)*

#### MOTIVACIONES PARA DECIDIR

*“Visto lo anterior, esta Sala pasa a decidir”...*

*(...)*

*“...la defensa de los accionantes podía ejercer como medio ordinario de impugnación la excepción de incompetencia consagrada en el artículo 78 del Código Orgánico Procesal Penal.*

*“Ahora bien, esta Sala constata que, tal como lo sostuvo el a quo, los accionantes disponían como medio ordinario de impugnación de las decisiones objeto de la pretensión de tutela constitucional, la excepción de incompetencia establecida en el artículo 78 del Código Orgánico Procesal Penal, ya que en el fondo lo que es cuestionado es cuál es el acto de procedimiento que previene en el juicio penal para determinar el juzgado competente”...*

invocado plano de igualdad frente al proceso, entonces, admitir solo la impugnación frente a decisiones de certeza de culpabilidad, negaría el reconocimiento constitucional, por ejemplo, a la impugnación de la eventual falibilidad en el juzgamiento de la coerción procesal, en contra del imputado; y en general, negaría el derecho de alzada del accionante o de la víctima, lo cual es un sinsentido. Y lo es porque arrebatara la idea de que para llegar a una certeza en sentencia, debió mediar un trámite procesal con variadas decisiones en el camino susceptibles de ser cuestionadas.

Es por ello que el concepto de *debido proceso extensivo* no es un capricho academicista: es una necesidad de igualdad para deslastrar la existencia de, como ya se dijo, *partes procesales de primera*, los que tienen el derecho al recurso, y *partes procesales de segunda*, los que no lo tienen, cuando la específica garantía a la alzada no lo reconoce. De allí que, como un componente de ese debido proceso extensivo, el ya citado Artículo 21 Constitucional, con el mandato que se deriva de su Numeral 2, en cuanto a reconocer el derecho procesal a la alzada para que la igualdad de partes “...sea real y efectiva”..., es un adecuado argumento para seguir sosteniendo la instrucción constitucional a la alzada a favor de los pretensores en el proceso, como garantía suprema.

Ahora bien, ello reconocería la *impugnabilidad objetiva* como relación entre un tipo de decisión que es susceptible de ser impugnada por un solo tipo de recurso; toda vez que en lo que atañe a la *impugnabilidad subjetiva*, o lo que es lo mismo, el *agravio personal* para impugnar, si debe dársele cabida a la fórmula constitucional del *in fine* del citado 49,1 de la Carta Magna, que exige el ejercicio del recurso “...con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley”..., ya que dicho agravio personal conforma el sustrato de la procedibilidad de la impugnación. Y ello porque, bajo el mismo espíritu de contradicción de derechos sustantivos ejercidos a través del ejercicio de derechos adjetivos

---

consecuenciales, por ejemplo, y conforme al Numeral 8 del Artículo 120 del Código Orgánico Procesal Penal, la víctima solo podrá “...impugnar el sobreseimiento o la sentencia absolutoria”..., de la misma manera que habría ausencia de agravio cuando el absuelto pretendiera impugnar su reafirmación de libertad.

En todo caso y como alguna doctrina lo ha concebido, el hecho que el citado *in fine* del Numeral 1 del Artículo 49 Constitucional imponga que el ejercicio recursivo se hará “...con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley”..., conlleva a catalogar que, ciertamente, hay *Derechos Procesales Fundamentales*, pero aun esta fundamentalidad, muchos de ellos son de contenido legal, en tanto y en cuanto el propio constituyente acepto su ejercicio sobre la base de la extensión reglamentaria que le imprime el precepto derivado de norma inferior a la Carta Magna. Por eso, entendiendo que nuestro Código Orgánico Procesal Penal no es reglamentario porque la mayoría de sus institutos son antecedidos por principios como medios para la interpretación de la administración individual de cada acto procesal<sup>34</sup>, entonces, la referencia al enmarcaje legal de los recursos procesales penales, alude a las llamadas “*Disposiciones Generales*” de dichos recursos, normada en los Artículos 432 al 443 del Código Orgánico Procesal Penal.

No obstante lo anterior hay paradojas en tal reconocimiento del derecho a la recurrencia sobre la base de las propias limitaciones que se derivan de la específica arquitectura constitucional como fueron definidos, por ejemplo, algunos fueros. Veamos:

---

<sup>34</sup> A todo el Código lo anticipan sus primeros 23 Principios, al igual que su apartado coercionante, las medidas cautelares, se ven anticipadas por los “*Principios Generales*” a las Medidas de Coerción Personal, que van del Artículo 243 al 247 *Ejusdem*.

- **La ausencia de alzada para el alto funcionario público procesado.**

Una marcada circunstancia de desigualdad procesal, que surge de la propia Constitución lo constituye la única instancia de enjuiciamiento para el conocimiento de ciertas causas en contra de los llamados *altos funcionarios públicos*. Así, el Primer Aparte del Artículo 378 del Código Orgánico Procesal Penal de 2006 establece que en lo que respecta a dichos altos funcionarios del Estado, distintos al Presidente de la República, el Tribunal Supremo de Justicia “...continuará conociendo de la causa hasta sentencia definitiva, cuando se trate de delitos políticos”..., por lo que “...deberá pasar los autos al tribunal ordinario competente si el delito fuere común”... . Esta instrucción legislativa viabilizaría la posibilidad de recurrir de la decisión ante una instancia superior, cumpliéndose así con la necesaria doble instancia que es un elemento conformador, con rango internacional, del debido proceso. Pero de acuerdo a los Numerales 2 y 3 del Artículo 266 Constitucional, el Tribunal Supremo de Justicia es la única instancia para el conocimiento de las causas penales en contra de los altos funcionarios públicos, instruyéndose más bien, un mandato contrario a la trascrita disposición legal, siendo la Constitucional que...

*“...si el delito fuere común, continuará conociendo de la causa hasta la sentencia definitiva”* (Parte in fine del Numeral 3 del Artículo 266 Constitucional)

Frente a ello, la aparente contradicción tiene la kelseniana salida de la supremacía constitucional, por vía de la aplicación del Artículo 7 de la Carta Magna. Pero ello no obsta para que, dado el reconocimiento del derecho a la alzada, tal concepción del fuero jurisdiccional, imposibilitaría a los altos funcionarios públicos el ejercicio del derecho humano a recurrir de una decisión proveniente de una primera instancia decisoria. Así, la respuesta no debería ser la simpleza de acotar que la fuente de tal derecho consagrado en la parte *in fine* del Numeral 1 del Artículo 49 Constitucional posibilita la desigualdad cuando el mismo garantiza el “...derecho a recurrir del fallo, con las excepciones

*establecidas en esta Constitución y la ley*”, porque más que una excepción, ello sería una contradicción.

Asimismo, en lo que respecta a la acción de amparo por hechos u omisiones agraviantes por parte de altos funcionarios públicos, acción esta que en atención al Artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo y por interpretación vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en base a los artículos 335 y 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dicha Sala asumió en única instancia dicha competencia, también se estaría cercenando a dicha categoría de ciudadanos, su derecho a recurrir una decisión que surja de su condición de accionado como eventualmente agravante constitucional, violentándose el ejercicio de la garantía a recurrir, que es elemento estructurador del derecho al debido proceso. De allí que es menester que en atención a la Disposición Transitoria Sexta de la Ley Fundamental, el órgano legislativo nacional en la futura promulgación de una novísima ley de amparo constitucional, establezca para tales especiales agraviantes constitucionales, la posibilidad de ser accionados en amparo, por ejemplo, ante una tribunal que permita, por su ubicación en la jerarquía jurisdiccional, que actúe en primera instancia del recurso constitucional, siendo el Tribunal Supremo de Justicia, la alzada.

Ahora bien, actualmente, no encontramos una salida más idónea que la propia renuncia al fuero jurisdiccional de parte del alto funcionario para posibilitar el perfeccionamiento del derecho de alzada (hasta en tres niveles de recurrencia en lo penal, por ejemplo, ante una corte de apelaciones; ante la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia; y por vía de la revisión constitucional invocando el cuestionamiento pro-Constitución, ante una eventual condena), con lo cual entraríamos al interesante tema de la posibilidad de la renuncia personal a una garantía procesal de índole constitucional cuando ésta -en el presente caso, el derecho al juez natural por el especialísimo fuero- en lugar de garantizar

derechos, los menoscaba. Pudiera pensarse que no hay tal menoscabo porque en la esencial concepción del fuero juzgador del alto funcionario público, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia como un tribunal penal más que es, en realidad no es un *ordinario* tribunal, estando integrado por la *intelligenza* jurídica máxima del país que no pueden ser otros que cada uno de los integrantes de las diferentes salas del Máximo Tribunal, quienes en demostración de la instancia superior de dicha *iura novit curia*, su fallo establecedor o negador de responsabilidad penal del alto funcionario procesado, es un correlato de los dos fines del Estado de Derecho, Derecho y Justicia. Ahora bien, sin sarcasmo alguno, aun tan prodigiosa inteligencia jurídica juzgando, la esencial justificación para el derecho a la alzada no es un problema de eficientismo decisorio o de cuantificación de su procedencia (en el mejor de los casos en que hubiese unanimidad de los 32 magistrados del Máximo Tribunal para condenar o absolver), sino es un asunto de jerarquización del tipo de decisión que representa una de culpabilidad penal (o de absolución, dada la aspiración pública a la condena) que por sus efectos sancionantes, privativos de la libertad o accesoriamente relevantes (tratándose de altos funcionarios públicos, muchos de ellos designados para sus cargos en elección popular), merece una revisión. Y ello porque en el fragor del juicio la defensa se enfrentó a una pretensión igualada en lo que atañe a la disposición de similares armas procesales (el debate, las pruebas, los alegatos). Pero frente a la sentencia, la defensa no tiene enfrente a otra parte, sino la motivación, la estructuración del fallo que tuteló un derecho sustantivo y desconoció otro.

Así, el punto que aquí se debate, es la existencia de dos derechos con similar origen constitucional, lo que amerita darle preferencia a uno sobre otro, porque ambos no pueden coexistir frente al caso en concreto. Y ello pasa por aceptar que, ciertamente, no todos los derechos, garantías y principios constitucionales se encuentran a un mismo nivel. Y afirmar que hay preferencia de unos sobre otros se hace en la necesidad de su aplicación concreta frente a casos difíciles. Y

ello explica en parte el porqué de la existencia de una Sala Constitucional y el porqué ella interpreta, conforme al Artículo 335 de la carta Magna, “...el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales”... . Y lo hace por dos razones: *una*, porque hay disposiciones y principios constitucionales de inteligibilidad limitada, de las que se requiere derivar un alcance, porque dichas disposiciones, bien por inadecuada técnica legislativa, o por problemas de sintaxis o estilo, o por ubicación, o por cualquier otra razón, la comunicabilidad de su texto ha de ser dilucidado; o *dos*, la Máxima Interpretación no se hace por razones de inteligibilidad de la norma, sino por razones de definición de jerarquía, de establecimiento de la importancia de la disposición con respecto a otra de similar origen, en supuestos de antinomias constitucionales, cuando un supuesto de hecho está siendo regulado por dos o mas disposiciones del mismo alto origen y con consecuencias disímiles.

De allí que si el adoptar una garantía de primer orden menoscaba el ejercicio de otra frente a similar beneficiario único de las mismas, sin afectar a nadie mas, la respuesta correcta ha de ser la disposición personal en preferencia de una frente a la otra. Y ello por ejemplo no es el caso del defendible que en ausencia pretende que la asistencia letrada que le presta su abogado defensor sustituya su presencia en audiencia, porque en este caso, la presencia en proceso no solamente a él le interesa sino también al accionante que tiene netas finalidades probatorias, de encuentro de elementos de exculpación o sencillamente requiere evitar obstaculizaciones procesales del imputado frente a los medios de prueba, dada la contumacia del ausente. Pero en el caso del que opta entre (a) un juez natural de ulterior sapiencia jurídica o (b) el poder ser enjuiciado por varias instancias de quizás inferior sapiencia sobre lo legal, pero acudibles ante una eventual condena que representa el titulo monitorio que legitima una perdida de libertad, no creo que haya duda sobre la viabilidad de la renuncia a la garantía.

## **II. La presunción de inocencia.**



“*Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario*” (Numeral 2 del Artículo 49 Constitucional).

Es extraño que en el pasado constitucional del país, una garantía de tanta necesidad consagrativa, no se hubiese preceptado. Sin duda es un punto de avance de la Constitución de 1999 y de su simpleza expresiva muchas preguntas se ven respondidas, a saber:

- a) La desvirtuación de la presunción de inocencia como ejercicio probatorio:** En materia de pruebas, el llamado *Principio de Necesidad*, alude a que la incriminación necesita ser demostrada por el accionante. Y si el correlato de este Numeral es que, conforme a parte del Artículo 285,3 Constitucional, el Ministerio Público tiene como una de sus atribuciones “...*la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles*”..., dicha investigación tiene un solo propósito, el hacer constar estimación de responsabilidad penal como pretensión de desvirtuación de inocencia. Dicho en palabras doctrinales, el carácter *oficioso* (porque tiene que ser eficiente) y *oficial* (porque es atribución de Poder Público) de la incriminación requiere también una demostración eficiente y pública;
- b) Por la manera como está concebida la garantía, se genera, paradójicamente, un derecho, el de acusar, y también un deber, el de acusar.** Resolvamos el acertijo: se suele decir que el concepto de *alteridad del Derecho* alude a la circunstancia que, frente a cualquier titular de un derecho se encuentra frente a sí, casi en línea recta, un obligado o titular de un deber de respeto frente a aquel que tiene un derecho. De allí que el derecho a exigir tributo, impone el deber de satisfacer necesidades públicas, o frente al deber de pago se ostenta el derecho a recibir lo comprado. Por eso, si conforme a parte del Numeral 4 del Artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de

Venezuela, el Ministerio Público está atribuido para “*Ejercer en nombre del Estado la acción penal*”... , tal Deber de Estado, es lo que lo legitima, precisamente, a solicitar sobreseimiento: siendo un Deber Público lo que le impone su actuación, su imposibilidad para poder cumplir el cometido de Estado, es lo que inevitablemente, por exclusión, le impone que en lugar de acusar *debe* manifestar sus convencimiento negativo a accionar. De allí que el debatirse entre los principios de *Obligatoriedad de la Acción* vs. *Disponibilidad* de la misma, tiene la justificación constitucional que la presunción de inocencia otorga.

Por lo demás, la invocación en la garantía a la instrucción de probar desvirtuación de presunción de inocencia, le confiere a ese quehacer probatorio un rango de derecho, el *derecho a probar*, como un derecho en cabeza del Ministerio Fiscal. Así, cualquier menoscabo al ejercicio pleno de ese derecho a probar, por la práctica desleal de la otra parte o por irrespeto jurisdiccional al mismo, sin que el impedimento a dicha probanza se origine, precisamente, del ejercicio de la garantía al debido proceso, paradójicamente hará que el Ministerio Público pueda invocar el Numeral 2 del Artículo 49 Constitucional como reclamo ante la laceración de su derecho probatorio.

Ejemplo de ello se deriva de sobreseimientos officiosos o aceptados Con Lugar frente al requerimiento de defensa, en momentos tan iniciales del proceso como lo pudiera representar el hecho que ante la simple interposición de la denuncia, aún no admitida ni fiscal ni jurisdiccionalmente, la respuesta de defensa sea el excepcionarse conforme al Literal “c)” del Numeral 4 del Artículo 28 del Código Orgánico Procesal Penal y ello sea decretado por el juzgado de control en base al Numeral 4 del Artículo 33 *Ejusdem*. Si duda que un sobreseimiento tan temprano, lo haría un fallo no definitivo, haciendo temporal su efecto y

haciendo viable darle curso a la Segunda Excepción a la imposibilidad de nueva persecución, conforme al Artículo 20 de la Ley Adjetiva Penal Venezolana, toda vez que dicha obstaculización de acción fue, evidentemente, por un defecto “...*en su promoción o en su ejercicio*”..., que hace restablecer el derecho a la acción. Y su argumentación bajo el prisma constitucional, se instituye en la relación entre los Artículos 49,2 y 285 Constitucional.

Ahora bien, aun la consagración novedosa de la garantía a la presunción de inocencia, siendo crítico, en su redacción no se encierra más que una velada *presunción de culpabilidad*: la norma no dispone que “*Todo procesado*”, o “*Todo acusado*” -como si lo dispone la normativa internacional de Derechos Humanos transcrita arriba que consagra esta presunción- *se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario*”. De ahí que, sin querer hacer alarde de exageraciones lingüísticas, parece evidente otorgar la positivización de los instrumentos internacionales en materia de presunción de inocencia, por encima del propio Numeral 2 del Artículo 49 Constitucional, por mandato del Artículo 23 *Ejusdem*, dado el carácter más perfectivo de tales instrumentos internacionales sobre el punto, ya que quien nada ha hecho, quien no ha infringido precepto alguno, quien no ha sido imputado o procesado penalmente por circunstancia alguna, es una persona a la que se le *presume* inocencia, y no se *asume* tal estado natural.

Pero, además, adentrémonos en cual es la consecuencia de la acepción de la garantía así concebida: **¿Qué es “probar lo contrario” frente a la presunción de inocencia?**. Si respondemos esta pregunta afirmando que la prueba en contrario es la que demuestra la absoluta inocencia del cuestionado, su inmaculado carácter de persona totalmente traslucido en responsabilidad penal, estaríamos negando la existencia de la garantía al reconocimiento del *Principio de Favorabilidad* en provecho del reo o de la rea que se deriva del Artículo 24 Constitucional, que admite la existencia de la *duda razonable* que opera a favor

del imputado. Esta categoría reafirma que, existiendo pruebas, hechos demostrados o inclusive normas que parcialmente lo incriminan, la también existencia, en similar orden, cantidad o calidad de pruebas, hechos demostrados o normas que lo exculpan (por exclusión de la culpabilidad, de la antijuridicidad, de la punibilidad, o habiendo menoscabo al principio de tipicidad inequívoca), conducen a que tal duda, a que tal relación de elementos iguales que lo exculpan, opere inevitablemente a favor del procesado.

Dicho en otras palabras: la desvirtuación de la presunción de inocencia no tiene como finalidad el perfeccionamiento demostrativo de la absoluta inocencia del cuestionado, mediando a su favor la duda razonable como principio de favorabilidad constitucional que lo protege.

Pero, en la acera de enfrente, ciertamente, el “*probar lo contrario*” como consecuencia de la aplicación de la presunción, conduce a que la prueba que haga contrario la condición natural de inocente de alguien, tiene que otorgar certeza de culpabilidad, toda vez que a lo largo del proceso penal acusatorio venezolano dividido en fases procesales, ya la condición de *sospecha* en la Fase Preparatoria, fue superada por la condición de *probablemente culpable* que se deriva con el Auto de Apertura a Juicio. Y ahora, como consecuencia del juicio, se requiere una *Certeza de Culpabilidad* que adecue la sentencia condenatoria a la constancia del accionante, que refleje el llamado *Favor Probationes* de otorgarle el derecho a quien demostró lo correcto de una pretensión<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> “...existe un principio en el derecho probatorio, denominado por la doctrina como favor probationes, uno de cuyos aspectos tiene que ver con el favorecimiento de la prueba en cuanto a su producción y estimación; y con el mantenimiento o conservación de la prueba cuando ha sido promovida y evacuada de manera regular, con las debidas garantías dentro del procedimiento. Este principio doctrinario del favor probationes, el cual prescribe el favorecimiento de la prueba cuando ella fue producida en juicio de manera regular, coadyuva con la finalidad del procedimiento en la realización de justicia y con la labor del órgano jurisdiccional a la hora de sentenciar; en el sentido de la importante función que tiene, en los casos donde puede dificultarse la prueba,(...)El antes mencionado principio del favor probationes junto con la garantía del derecho a la defensa, confluyen con el derecho del justiciable, también de rango constitucional, de acceso a la

Por otra parte, hagamos una pequeña adición a la descripción de la garantía, y a la frase constitucional...

*“Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”,*

agreguémosle...

*“Toda persona se presume inocente mientras no se **le** pruebe lo contrario”*

De estar así concebida la garantía, la probanza desvirtuadora de la presunción de inocencia siempre deberá provenir fiscalmente en contra del imputado, es decir, sobre la base de *pruebas externas* al propio imputado y en contra de él. Al no ser así la redacción de la garantía, la probanza que demuestra culpabilidad es de irrelevante origen, inclusive originado por la deposición libre y espontánea del propio presunto inocente. Así, aun la consagración de la garantía al reconocimiento de la inocencia, ello no exime que su desvirtuación pueda perfectamente producirse inclusive a través del propio imputado como fuente de prueba, si su incorporación ha sido lícita y libre.

De allí que una problemática interesante al respecto alude al imputado como fuente de prueba, no confesando libremente, pero si coaccionado a exponer su corporeidad, o inclusive, permitiendo que superficialmente de ella, se obtengan muestras, después sujetas a la investigación penal. Sin duda que el tema es *borderline* entre la ubicación de las garantías constitucionales del proceso, y la también necesaria exigencia de seguridad pública. En tal sentido, nuestro criterio es que la necesidad de la finalidad investigativa en salvaguarda del

---

justicia, que implica en uno de sus aspectos que los procesos no se eternicen y por la otra *que las partes puedan llevar al proceso la prueba de sus afirmaciones o alegatos*...Sala Político Administrativa, Sentencia N° 325 del 26/2/02

ejercicio del público *ius puniendi* (sustentado, entre otras normas, en los Artículos 30 y 156,32 de la Constitución) y el de protección de seguridad ciudadana, conforme al Artículo 55 *Ejusdem*, le impone al sub júdice<sup>36</sup> aceptar formas de examinación corporal y mental, cuyo límite es el respeto al pudor del imputado, conforme al Artículo 209 del Código Orgánico Procesal Penal, que en nada contradice al Numeral 3 del Artículo 46 Constitucional.

### **III. El principio de audiencia ante juzgado idóneo.-**

*“...Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y **dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente**, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano, o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.”... (Artículo 49,3 de la Constitución) (Resaltado nuestro)*

Entre el Texto de la Carta Magna publicado inicialmente en Diciembre de 1999 y el vigente de Marzo de 2000 hubo cambios<sup>37</sup> en el presente numeral, el 3: se eliminó una “,” después de “**legalmente**”, y el texto del numeral resultó, en Marzo de 2000, el transcrito, siendo que, lo aprobado en referendo popular es que...

*“Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable **determinado legalmente, por un tribunal competente**”...*

---

<sup>36</sup> “...Bajo juez. Se emplea con respecto al juicio que se encuentra en tramitación; es decir, sin que haya recaído sentencia definitiva”...Cabanellas, 940. Es decir, hay “*litispendencia*”.

<sup>37</sup> Cambios que, en lo que respecta al Artículo 49 Constitucional, se operaron entre el texto del artículo que fue publicado en la Gaceta Electoral del Consejo Nacional Electoral del 15-12-99, con respecto a las publicaciones posteriores de la Constitución, tanto en la Gaceta Oficial del 30-12-99, como en la del 24-3-00. Por ejemplo, en el encabezado del Artículo, se sustituyó la conjunción “y” por un “;” después de la palabra “**administrativas**”. En el Numeral 1 se agregó un “;” después de “**investiga**”. Además, se agregó “,” después de “**castellano**” en el Numeral 3; siendo que en el Numeral 4 se eliminó un “,” después de “**investiga**”. También se agregó “;” depuse de “**jueza**” en el Numeral 8, y también en dicho numeral se añadieron los pronombres de género antes de: “**magistrada**” (incorporándose “**de la**”), “**juez**” (“**del**”), “**jueza**” (“**de la**”), y “**derecho**” (“**y el**”).

Particularmente, apreciamos que la diferencia no es solo gramatical, sino que acarrea una consecuencia jurídica distinta: en la redacción “*corregida*” dizque por errores gramaticales, de estilo y de sintaxis, el plazo razonable a ser oído lo determina legalmente el tribunal; siendo que en la redacción aprobada popularmente dicho plazo es de determinación legal, sin intervención judicial.

Este *Principio de Audiencia*, así concebido, como derecho de una persona a ser oída por el Tribunal, tiene, evidentemente, su necesario correlato con el tipo de sistema procesal que se adopte en el correspondiente proceso. Así, si el sistema es acusatorio, como el penal venezolano, y dentro de los “Principios y Garantías Procesales” que lo rigen conforme a los primeros 23 artículos del Código Orgánico Procesal Penal, está el de “***igualdad entre las partes***”...

*“...Los jueces profesionales, escabinos y demás funcionarios judiciales no podrán mantener, directa o indirectamente, ninguna clase de comunicación con alguna de las partes o sus abogados, sobre los asuntos sometidos a su conocimiento, salvo con la presencia de todas ellas”* (Último Aparte del Artículo 12 Ejusdem)

y el de “**Contradicción**”...

*“El proceso tendrá carácter contradictorio”* (Artículo 18 de la Ley Adjetiva Penal Venezolana),

entonces la real adecuación del constitucional *Principio de Audiencia* del 49,3 Constitucional en sede penal, no puede ser asumido en la exclusiva intimidad, o individualidad de escucha de pretensión que gramaticalmente se desprende del Texto Supremo, sino bajo las pautas de la Máxima Jurídica del *audi alteram partem*, como principio del Derecho Procesal Constitucional mediante el cual se formula que para juzgar con imparcialidad es preciso escuchar a ambas parte.

Y es que esa condición del *auditare* es lo que se desprende de la condición exigida constitucionalmente del tribunal que va a oír a al protegido por la garantía, y siendo que la norma constitucional exige que éste sea “imparcial”, indebidamente podrá afectarse esa necesaria imparcialidad con una escucha individual de parte, que no solo contrariaría al trascrito Único Aparte del Artículo 12 Constitucional, sino que haría incurrir al juez en causal expresa de necesario apartamiento al conocimiento de la causa (vía recusación o inhibición) en atención al Numeral 6 del Artículo 86 del Código Orgánico Procesal Penal,...

*“Por haber mantenido directa o indirectamente, sin la presencia de todas las partes, alguna clase de comunicación con cualquiera de ellas o de sus abogados, sobre el asunto sometido a su conocimiento”,*

causal ésta que, inclusive, si es declarada con lugar, “...el tribunal que la acuerde debe remitir lo pertinente al órgano disciplinario correspondiente, a los fines de que se abra el proceso de destitución del recusado por tal concepto”, conforme al Artículo 88 Eiusdem<sup>38</sup>.

Ahora bien, arriba también se transcribió las diferentes versiones del analizado Numeral 3 del Artículo 49 Constitucional, entre el originalmente publicado en Gaceta Oficial y el ulteriormente promulgado, en los cuales la presencia de una “,” hacía cambiar la concepción del plazo para ser escuchado en audiencia, antes, el legal, y ahora, aparentemente, el fijado judicialmente. Ante esta circunstancia de eventual indefinición sobre si el *Principio de Audiencia*, el ser oído por el tribunal, se cumple o bien frente al plazo legal, o bien frente al plazo judicial, la indagación del mejor criterio sobre el particular creemos proviene del uso del concepto de *orden público*. De allí que ha sido el criterio reiterado del

---

<sup>38</sup> Pero, distinto a esa sanción, a nivel disciplinario, el Numeral 9 del Artículo 38 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura establece frente a los jueces que...

*“Son causales de **suspensión:***

*(...)*

*“9. Recibir, dentro o fuera del tribunal, a una de las partes sin la presencia de la otra, para tratar cuestiones relacionadas con la causa en curso” (Resaltado propio).*



Tribunal Supremo de Justicia que aun siendo la noción de “orden público” un concepto jurídico indeterminado cuya determinación, precisamente, acaecerá frente a cada ejercicio de la hermenéutica jurisdiccional ante el caso en concreto (siendo que frente a algunos derechos si no hay dudas sobre su condición de orden publico, como lo son los principios de favorabilidad interpretativa derivados de nuestra Constitución -el *Pro-Constitución*, Artículo 7; el *in dubio pro libertate*, in fine del 44,<sup>39</sup>; el *in dubio pro reo*, Aparte del 24<sup>40</sup>; el *interés superior del niño*, 78<sup>41</sup>; y el *in dubio pro operario*, 89,3 *Ejusdem*<sup>42</sup>), también nuestro Máximo Tribunal ha interpretado que el cumplimiento de los lapsos procesales es de estricto orden público, siquiera relajable en base a invocaciones al *in fine* del Artículo 257 Constitucional (el carácter instrumental del proceso<sup>43</sup>), toda vez que, indebidamente podrá afirmarse que el cumplimiento de los lapsos procesales es una “*formalidad no esencial*”.

Y ello porque si se atiende a la definición de Estado en donde se realiza ese proceso, de *Derecho y de Justicia* (Artículo 2 Constitucional), y si dentro de sus “...valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación” (*Ibidem*), encontramos la justicia y la igualdad -y también dicho Estado tiene como “*fin esencial*”, “...una sociedad justa”..., de acuerdo al Artículo 3 *Ejusdem*-, una instrumentación de tal justicia es la llamada seguridad jurídica que le otorga igualdad de oportunidades procesales a la pluralidad de partes que accedan a

---

<sup>39</sup> “...Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso”...

<sup>40</sup> “...Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o la rea”...

<sup>41</sup> “...se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan”...

<sup>42</sup> Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma, se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora. La norma adoptada se aplicará en su integridad.

<sup>43</sup> “...No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales”... .

un proceso. Y esa garantía es una de las que propugna la llamada *tutela judicial efectiva* consagrada en el Artículo 26 Constitucional, por el mandato de *idoneidad* de dicha tutela. Y esto porque -repetimos-, creemos que, en definitiva, la finalidad del debido proceso es la necesidad de igualdad efectiva ante la administración de la ley procesal, lo que trasciende a la simple concepción de igualdad ante la ley, ya que ésta última no es más que la aplicación del principio de *Universalidad de la Ley*, en el sentido que ella se aplica *erga omnes*, universalmente, en *prevención*, frente a todos los eventuales destinatarios de la misma; y en *aplicación* concreta frente a los que hayan participado del supuesto de hecho que la consecuencia jurídica de cada fuente de Derecho conlleve.

Así, si un cambio paradigmático que acaeció con la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, es la exhaustivización de los lapsos procesales en los diferentes procedimientos regulados por dicha ley adjetiva -a diferencia de la laxitud que para ciertos plazos, lapsos y términos procesales, incurría el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal-, especialmente para el más esencial de los actos procesales, el decisorio<sup>44</sup>. De allí que, tradicionalmente (hasta por su milenar origen histórico a partir de la citada declaración del Rey Juan Sin Tierra, en la Inglaterra del 1215) se ha venido resaltando la importancia del llamado *Principio de Legalidad*, pero en su neto componente *sustantivo*, es decir, aquel que en materia penal impone que nadie puede ser sancionado sin la previa tipificación del ilícito (conforme al Numeral 6 del

---

<sup>44</sup> “El Juez dictará las decisiones de mero trámite en el acto.

“Los autos y las sentencias definitivas que sucedan a un audiencia oral serán pronunciados inmediatamente después de concluida la audiencia. En las actuaciones escritas las decisiones se dictarán dentro de los tres días siguientes” (Artículo 177 del Código Orgánico Procesal Penal).

“...La publicación de la sentencia se llevará a cabo, a más tardar, dentro de los diez días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva”... (In fine del Penúltimo Aparte del 365).

“...Decidirá al concluir la audiencia o, en caso de imposibilidad por la complejidad del asunto, dentro de los diez días siguientes” (Último Aparte del Artículo 456 *Ejusdem*), entre muchas otras normas de precisión de temporalidad decisoria.

Artículo 49 Constitucional). Pero tan importante como el anterior es la exigencia del cumplimiento del *Principio de Legalidad Adjetivo* -muy poco invocado en el foro en su reminiscencia constitucional- que normado en parte del Primer Aparte del Artículo 253 Constitucional, le impone a los...

***“...órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes”...*** (Resaltado propio)

Es por éste específico principio de positivización de las pautas de administración de los actos procesales que la adecuada interpretación que ha de otorgarse al citado Principio de Audiencia del 49,3 de la Carta Magna, es que el plazo para ser oída la pretensión es el preceptuado legalmente siendo que la determinación en criterio judicial con respecto a ese plazo, solo alude a la *razonabilidad* (cuyo uso concede el citado Numeral 3 del Artículo 49 Constitucional) que el mismo plazo legal le concede precisar al juzgador, sin salirse de los límites emplazados. Por ejemplo, le corresponderá razonablemente al juez de control fijar en cual de los días del “...plazo no menor de diez días ni mayor de veinte”..., realizará la audiencia preliminar, conforme al Encabezamiento del Artículo 327 del Código Orgánico Procesal Penal; de la misma manera que ese juez fijará razonablemente hasta cuando será lo prudencial del plazo “...no menor de treinta días ni mayor de ciento veinte días para la conclusión de la investigación”..., conforme al in fine del Primer Aparte del Artículo 313 *Ejusdem*.

Ahora bien, tal determinación legal del plazo como atributo de orden público, obviamente, no está exento del ejercicio jurisdiccional de los controles de la constitucionalidad<sup>45</sup>, entre ellos el difuso<sup>46</sup>, precisamente, cuando el legal plazo

---

<sup>45</sup> La motivación del criterio hacia la permisibilidad de la revisión de normas, de parte de la Sala Constitucional, se ha expresado en muchos de sus fallos. Una concepción

---

acabada de tal atribución con sustento doctrinario se expresa en fallos tales como la decisión N° 3027, del 14-10-05, (caso “César Armando Caldera Oropeza”)...

*‘A decir de Larenz, las normas jurídicas, contenidas en la ley, no están simplemente unas al lado de otras, sino que están relacionadas entre sí de diferente modo y sólo en su recíproca limitación y en su armonía producen una regulación. El ordenamiento jurídico no consta de una suma de normas jurídicas, sino de regulaciones (Larenz, Karl: Metodología de la Ciencia del Derecho. Ariel, Barcelona, 1994, páginas 257-258).*

*Como lo señala ese autor, ‘si bien la interpretación de la ley constituye la tarea inmediata de una Jurisprudencia encaminada a la praxis jurídica, sin embargo la Jurisprudencia nunca se ha agotado ahí. Siempre se ha reconocido que, incluso una ley muy cuidadosamente pensada, no puede contener una solución para cada caso necesitado de regulación que sea atribuible al ámbito de regulación de la ley; con otras palabras, que toda ley, inevitablemente tiene ‘lagunas’ [al menos en ese sentido]. Asimismo se ha reconocido desde hace tiempo la competencia de los tribunales para colmar las lagunas legales (...) La interpretación de la ley y el desarrollo del Derecho no deben verse como esencialmente diferentes, sino sólo como distintos grados del mismo proceso de pensamiento. Esto quiere decir que ya la simple interpretación de la ley por un tribunal, en tanto es la primera o se aparta de la interpretación anterior, supone un desarrollo del Derecho, aunque muchas veces el tribunal todavía no es consciente de ello; así como, de otra parte, el desarrollo judicial del Derecho que rebasa los límites de la interpretación se sirve constantemente de métodos ‘interpretativos’ en sentido amplio. Hemos señalado como límite de la interpretación en sentido estricto el posible sentido literal. Un desarrollo del Derecho más allá de este límite llevado metódicamente, pero todavía en el marco del plan original, de la teleología de la ley misma, es interpretación de lagunas, desarrollo del Derecho inmanente a la ley; un desarrollo del Derecho todavía más allá de ese límite, pero dentro del marco y de los principios directivos de todo el orden jurídico, es desarrollo del Derecho superador de la ley’ (Ibidem, página 359-360).*

*Según ‘Bobbio, ‘Un ordenamiento jurídico puede completarse recurriendo a dos métodos que podemos llamar, siguiendo la terminología de Carnelutti, de heterointegración y de autointegración. El primer método consiste en la integración llevada a cabo por medio de dos vías: a) recurriendo a ordenamientos diversos; b) recurriendo a fuentes distintas de la dominante (la ley, en el ordenamiento que hemos examinado). El segundo método consiste en la integración llevada a cabo por el mismo ordenamiento, en el ámbito de la misma fuente dominante, sin recurrir a otros ordenamientos o recurriendo mínimamente a fuentes distintas de la dominante’ (Bobbio, Norberto: Teoría General del Derecho. Sexta reimpresión, Debate, Madrid, 1999, página 242)”*

Sin pretender diluir la fuente doctrinaria que le sirvió de sustento a la Sala Constitucional de nuestro Máximo Tribunal, es interesante conocer la actuación del citado doctrinario Karl Larenz en el nacionalsocialismo nazi de la Alemania de los años del 1930 y parte de la década siguiente mencionado en la ejemplificadora obra del germano Ingo Müller, Los juristas del horror (La justicia de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás) (“Furchtbare Juristen”, 1987) (traducida por el profesor venezolano Carlos Armando Figueredo). Caracas, Actum, 2006, 415:

“...que no haya guardián del derecho alemán que no se sienta imbuido, siquiera en visiones sublimes, por la seriedad de los objetivos, que se detenga frente al esfuerzo, y que no oiga más allá de la rutina de su trabajo, ya sea de cerca o de lejos, las aguas que broten de la fuente de la verdad

“Los antecedentes concretos de tales frases irracionales acerca del arraigo del jurista en la sustancia, en el espíritu del pueblo [Volk] (K. Larenz: Volkgeist und Rect en: Zeitschrift für die deutsche Kulturphilosophie) (96)

no cumple con el atributo de *razonabilidad* exigible en el propio Numeral 3 del Artículo 49 Constitucional. Muestra de ello se verifica, por ejemplo, con el plazo que hace generar la oportunidad para el ejercicio de las llamadas “...**facultades y cargas de las partes**”..., normada por el Artículo 328 del Código Orgánico Procesal Penal, cuando la víctima de delito ha presentado una acusación particular propia o una acusación adhesiva a la del Ministerio Público, una vez que éste, al haber interpuesto su acusación, por ello el juez de control fijó la audiencia preliminar que demarca de los 5 días antes de la cual se podrán ejercer dichas facultades. Así, en la Sentencia 280 del 23-2-07, de la Sala Constitucional de nuestro Máximo Tribunal, que se ordenó publicar en la Gaceta Oficial de la República, “...*en razón de la interpretación vinculante contenida en este fallo*”... , se interpretó el punto sobre la base que...

---

(...)

*“Las características esenciales de la teoría del derecho penal nazi se desarrollan sobre todo en la escuela de derecho de la Universidad de Kiel, donde la política de personal había llevado a la creación de una facultad nazi incomparable, que incluía a profesores como Georg Dahm, Ernst Rudolf Huber, Karl Larenz”... (105)*

<sup>46</sup> *“Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución”... (Encabezamiento del Artículo 334 de la Constitución). La justificación para tal control es exhaustiva en la Exposición de Motivos del Texto Constitucional, aduciéndose que tal atribución forma parte del...*

*“...sistema venezolano de justicia constitucional y al efecto se indica que todos los jueces de la República están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en su texto y en las leyes, reafirmando de esta manera, que la justicia constitucional en Venezuela la ejercen todos los tribunales de la República, no sólo mediante el control difuso de la constitucionalidad, sino además, por otros medios, acciones o recursos previstos en la Constitución y en las leyes, como la acción de amparo constitucional, destinada a ofrecer una tutela judicial reforzada de los derechos humanos reconocidos y garantizados expresa o implícitamente en la Constitución.*

*Como consecuencia de ello, se eleva a rango constitucional una norma presente en nuestra legislación desde 1887, característica de nuestro sistema de justicia constitucional y según la cual, en caso de incompatibilidad entre la Constitución y una ley u otra norma jurídica, serán aplicables en todo caso las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente. En otras palabras, se consagra el control difuso de la constitucionalidad de las leyes y de las disposiciones normativas”... (100-101 de la edición de la Constitución con su Exposición de Motivos, publicada por Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2000).*

*“...la interposición de la acusación por el Ministerio Público, como acto conclusivo de la investigación, produce”...*

(...)

*“...La posibilidad de que la víctima, quien para la oportunidad de la convocatoria a la audiencia preliminar no ostentase el carácter de parte formal -por no haberse querellado previamente en la fase preparatoria- pueda alcanzar tal condición -parte querellante- cuando notificada de dicha convocatoria, dentro de los cinco días siguientes, presente acusación”...*

(...)

*“Por su parte, el artículo 328 del Código Orgánico Procesal Penal, dispone lo siguiente:*

*“Hasta cinco días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar, el fiscal, la víctima, siempre que se haya querellado o haya presentado una acusación particular propia, y el imputado, podrán realizar por escrito los actos siguientes”...*

(...)

*“La norma en mención consagra una amplia oportunidad procesal, en principio, a la defensa y a las otras partes del proceso, que en definitiva serán el sustento del juicio oral.*

*“A juicio de esta Sala, es evidente que los señalados artículos 327 y 328, refieren a supuestos legales diferentes, **a pesar que la defectuosa redacción de dichas normas, ha hecho cabalgar o discurrir superpuestos los lapsos, pues no debió el legislador señalar la convocatoria a la audiencia preliminar, sino una vez fenecido el lapso de presentación de la acusación por la víctima. Ante tal circunstancia, los jueces de control deben evitar que el lapso de convocatoria de la audiencia preliminar no absorba al lapso de interposición de la acusación particular**”...<sup>47</sup>*

*“En efecto, la norma contenida en el artículo 327 del Código Orgánico Procesal Penal, permite a la víctima del delito, adquirir la condición de parte querellante, siempre y cuando notificada de la convocatoria a la audiencia preliminar, dentro de los cinco días siguientes, presente acusación particular propia que cumpla con los requisitos del artículo 326 eiusdem, y ésta sea admitida por el Juez de Control.*

---

<sup>47</sup> Nótese que, expresamente, la Sala Constitucional no anuló parcialmente (como ejercicio de su atribución de control concentrado de la constitucionalidad, o de control difuso para el caso en concreto -lo cual también podría hacer estando dicha Sala integrada por jueces y juezas que cumplen con las características descritas en el Encabezamiento del Artículo 334 Constitucional) lo que atribuye como error del legislador de 2006 que promulgó el vigente Código Adjetivo Penal.

*“En cambio, el artículo 328 refiere a cargas procesales o actos que pueden realizar las partes –fiscal, imputado y víctima acusadora- hasta cinco días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar, diferentes a la presentación de la acusación, tan ello es así, que en el caso de la víctima que pretenda hacer uso de las facultades descritas en los numerales de dicho artículo, se le exige que –antes- se haya querellado o presentado acusación particular propia.*

*“...el órgano jurisdiccional...incurrió en una indebida interpretación de la norma contenida en el citado artículo 327 del Código Orgánico Procesal Penal, lo cual generó la violación del debido proceso.*

*“En efecto, la...Corte de Apelaciones... declaró*

*(...)*

*... desde que la apoderada judicial de la víctima presentó la Acusación Particular... hasta el día para el cual estaba fijada la Audiencia Preliminar...sólo había transcurrido un solo día, por el cual se observa que el escrito fue presentado fuera del lapso de cinco (5) días previos a la celebración de la Audiencia Preliminar, de conformidad con el encabezamiento del artículo 328 del Código Orgánico Procesal Penal; y por ende se viola el contenido de este artículo (sic)”. (Resaltado de este fallo)*

*“Como se aprecia, la...Corte de Apelaciones sobre la base de lo dispuesto en el artículo 328 del Código Orgánico Procesal Penal, efectuó el cómputo del lapso transcurrido para la presentación de la acusación particular propia de la víctima, en razón de lo cual estimó extemporáneo el ejercicio de la acción por su parte, cuyo mérito esta Sala califica como error grave e inexcusable, y así se declara”... (negritas propias)*

Ahora bien, doctrinariamente, este Principio de Audiencia ha sido extensamente analizado, y como ejemplo, la mención que de él hace el español Faustino Cordón Moreno, como una...

*“...Garantía básica de las partes en el proceso (de “elemental la califica la STC 69/1983, de 26 de julio [RTC 1983, 69]) es la de ser oídas. Según su formulación clásica, nadie puede ser condenado (y, en general, ser sometido a una resolución que le pueda perjudicar) sin darle oportunidad de ser oído en juicio, y su trascendencia ha sido resaltada por la LOPJ, que sanciona con la nulidad radical los actos judiciales realizados con violación de la misma. La jurisprudencia del TC ha vinculado también esta garantía con la prohibición de la indefensión del art. 24.1 CE: “El derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso se pueda producir indefensión implica, entre otras cosas, **la necesidad de ser oído –y, por ello, emplazado al efecto- en todos aquellos procesos cuyo fallo haya de afectar en cualquier sentido a los derechos e intereses en conflicto” (STC 185/1990, de 15 de noviembre [RTC 1990, 185])***

(...)

**“En sentido estricto el principio de audiencia se agota con esta exigencia de dar conocimiento a la otra parte de la pendencia del proceso y de cada una de sus fases y actuaciones, para que pueda hacerse oír en ellas, y se garantiza básicamente con los actos de comunicación procesal. Así entendido, difiere, aunque constituye un presupuesto necesario, del derecho de defensa, que ‘se traduce en la exigencia de un juicio contradictorio en el que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos’ (STC 52/1984, de 2 mayo), para cuya efectividad es preciso que cada parte tenga conocimiento de los fundamentos de hecho y de derecho invocados por la contraria. En sentido estricto, pues, si bien toda violación del principio de audiencia constituye una lesión del derecho de defensa, no toda indefensión constituye infracción del principio de audiencia, sino sólo aquella que deriva de haberse privado a la parte de ‘oportunidad suficiente de decir y hacer lo esencial para evitar una sentencia de condena o resolución perjudicial similar’” (ibidem, pág. 151)**

(Cordón Moreno, Faustino. Las garantías Constitucionales del Proceso Penal. Segunda Edición, Navarra, Aranzadi, 2002, pp. 149-151) –

Ahora bien, la razonabilidad del plazo, también presupone el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, lo cual también se consagró previo a la aprobación constitucional, en el Artículo 1 del Código Orgánico Procesal Penal.

Por otra parte, como componente de dicho Artículo 49,3 de la Constitución, este exige que el tribunal que oye, debe ser “...*competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad*”... .

Frente a estas esenciales características del juzgado de la audiencia, es preciso puntualizar que la garantía a la idoneidad del tribunal que otorga audiencia se impone no solo al titular del órgano jurisdiccional, sino al órgano mismo, al “*tribunal*” como tal. Así, conforme al Último Aparte del Artículo 106 del Código Orgánico Procesal Penal...

*“...Los tribunales unipersonales y mixtos se integrarán con el Juez profesional, con los escabinos y con el secretario que se les asigne”...*,

razón por la cual la exigencia de idoneidad del tribunal (al ser *competente, independiente, imparcial y previo*) para el ejercicio de la audiencia no se limita



exclusivamente al juez del despacho, como decisor, ya que fundamentalmente lo que se está protegiendo con la garantía no es el decidir idóneamente, siendo el ser escuchado como acto procesal, el *auditare*, como acto que ciertamente requiere inmediación<sup>48</sup>, pero que también requiere relación de *fe judicial*, ergo, certificación del secretario judicial, a los fines demostrativos de la presencia en audiencia. Y este secretario del tribunal, también debe asumir las pautas que constitucionalmente le son exigidos al tribunal que constituye.

Ahora bien, el Artículo 72 de la Ley Orgánica del Poder Judicial concibe que, “*Son deberes y atribuciones de los secretarios*”, entre otras...

*“Dirigir la secretaría”, “custodiar el sello del tribunal”, “Autorizar con su firma los actos del tribunal”, “Autorizar las solicitudes que por diligencia hagan las partes, así como también los testimonios y copias certificadas que deban quedar en el tribunal”, “Autorizar los testimonios y copias certificadas”, “Recibir los documentos y escritos que presenten las partes”, “Asistir a las audiencias del tribunal y autorizar con su firma todos los actos”...*

Y aquí guarda especial importancia un sujeto procesal bastante olvidado en el análisis doctrinario (y no es mayor tampoco su referencia por parte de la jurisprudencia), y que ocupa una posición de realce en nuestro proceso penal acusatorio: el Secretario Judicial del Tribunal, y su actuación fedataria. Así, la función del secretario también apunta a una ineludible finalidad de certificación de realización del acto procesal, toda vez que a dichos funcionarios judiciales, de acuerdo al Artículo 537 *Ejusdem*,...

*“...le corresponderá copiar y refrendar las decisiones de los tribunales constituidos en la Salas de Audiencia”...*

---

<sup>48</sup> Artículo 16 del Código Orgánico Procesal Penal: “*Los jueces que han de pronunciar la sentencia deben presenciar, ininterrumpidamente, el debate y la incorporación de las pruebas de las cuales obtienen su convencimiento*”.

Así, hoy en día, dentro del marco jurídico vigente y a luz de las modernas tendencias de la ciencia procesal, resulta difícil concebir un proceso sin la oportuna presencia e intervención de un funcionario encargado de dar fe y documentar todo lo que sucede en él. Es por ello que atendiendo al marco normativo de nuestro proceso penal, la posición del secretario judicial en relación con el acta de las audiencias del proceso, lo hace ser responsable de ella. A este le corresponde en exclusiva su extensión y la determinación de su contenido. De allí que el secretario como fedatario judicial en el proceso penal, lo convierte, en cierta medida, en un dador de fe pública de cuanto acontece en la audiencia, y en un controlador de la regularidad del desarrollo procedimental de dicho acto.

*“...La fe pública se refiere a la autenticidad y veracidad de las actuaciones (Nuñez Lagos, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, 643), consiste, evidentemente, en cargar o revestir de esa veracidad a los documentos por ella amparados. Por veracidad habremos de entender que lo que se recoge en el documento resulta ser cierto, siempre y cuando se den una serie de requisitos, “una calidad que conlleva una fuerza probatoria privilegiada, fuerza probatoria impuesta por el Estado que exige la credibilidad de la actuación realizada y documentada en el proceso.” (Tome Paule y Sánchez Sánchez, La fe pública judicial y las funciones, 16). Esa veracidad implica la obligación para todos de tener por cierto cuanto queda recogido en el documento, a pesar de no haber participado o estado presente en los hechos que se documentan, incluso los destinatarios de ese documento. “La fe pública judicial, tiene, pues, una doble finalidad ya que asevera que el acto procesal se realizó y justifica y prueba que el acto realizado se documentó” (Ibidem) ya que la fe pública “es la calidad que el Estado impone a las representaciones hechas por determinadas personas de carácter público, en virtud de la cual deben considerarse como ciertas y veraces y producir los efectos privilegiados que el Derecho les otorga” (Ibid., 7) (Jesús Sáez González, La figura del secretario judicial, 86).*

De allí que, ya no sólo es el documento el que adquiere “Fuerza de veracidad” por sí mismo, sino que son los propios actos procesales los que adquieren garantía de “Fuerza de legalidad”, si se nos permiten ambas expresiones, plenitud de efectos, validez total. El documento, en consecuencia, no sólo tiene por objeto los actos procesales que se pretenden recoger sino que, también,

lleva una actividad autenticadora y legitimadora. El documento, como forma de expresión de la fe pública, se centra en el acto procesal para darle plena validez, y para que los hechos ocurridos en el transcurso del proceso y con ocasión del mismo puedan surtir los efectos pertinentes. Actos y hechos del proceso se convierten pues, finalmente, en el objeto de la garantía que comporta la fe pública judicial.

El secretario, como lo hemos dicho, interviene conformando el acta, quedando a él reservada la expresión de las garantías procesales, el señalamiento de los aspectos formales, de entre los que destacan de forma muy importante la sucesión cronológica que ese produce en el acto, y la traslación con dación de fe de las manifestaciones y declaraciones antes expresadas. En este sentido, el secretario es autor no sólo en el sentido de la autoría documental sino, recalcando su significado latino, la “*auctoritas*”, como sujeto investido de potestad, de poder, para decidir cuantos conflictos pueden derivarse de la actividad documentadora que lleva a cabo.

Por otra parte, frente a la característica de *competencia, independencia, imparcialidad y existencia prelativa* del tribunal que realizará la audiencia, el atributo competencial en sede penal, se describe perfectamente de los Artículos 54 al 76 del Código Orgánico Procesal Penal, reafirmandose así una penta-competencia jurisdiccional en razón de la *materia* (la penal para verificar el establecimiento de culpabilidad mediante sentencia firme, conforme al Artículo 8, 54, 55 y 549<sup>49</sup> del Código Orgánico Procesal Penal), del *territorio* (57 al 63, y

---

<sup>49</sup> Ciertamente, la Ley Adjetiva Penal Venezolana confunde terminologicamente “*jurisdicción penal*” con “*competencia material penal*”, en su Artículo 55, debiendo decir “*La jurisdicción penal cuenta con una competencia ordinaria o especial*”, porque aun las denominadas “*jurisdicciones especiales*” del: sistema de responsabilidad penal de adolescente (por instrucción del Artículo 78 Constitucional, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente norma que “*Corresponde a la Sección de Adolescentes de los tribunales penales ordinarios y a la Sala de Casación Penal...el ejercicio de la jurisdicción para la resolución de los asuntos sometidos a su decisión*”...), la llamada inclusive constitucionalmente “*jurisdicción penal militar*” (Encabezamiento del 261), y como acertadamente se denomina la “*competencia*” para el procedimiento especial

529 Ejusdem), de la *funcion* (56 y 531), de la *persona*<sup>50</sup>, y de la *conexión* (70 al 76 de la Ley Adjetiva Penal Venezolana. Los problemas que de esta atribución competencial se deriven son francamente instrumentales, resolubles por la vía del mecanismo expedito para dirimir la competencia, regulado por los Artículos del 77 al 84 Ejusdem.

En lo que atañe a la constitucional exigencia a que el tribunal de la audiencia sea *imparcial*, obviamente ello alude a la clásica noción de imparcialidad que, al no tenerla el funcionario que ostente una causal subjetiva u objetiva que aun siendo taxativas en el Artículo 86 del Código Orgánico Procesal Penal, todas comparten la característica común que denota el Último de los Numerales de esa Norma, es decir, ser una causa que fundadamente sea tan grave “..*que afecte su imparcialidad*”... .

Pero, doctrinariamente, la naturaleza del derecho a un juez imparcial ha sido diagramada por el procesalista español Juan Montero Aroca, y entre otras de sus muchas obras, citamos a Principios del Proceso Penal (Una explicación basada en la razón), al indicar que...

*“...La misma esencia de la jurisdicción supone que el titular de la potestad jurisdiccional, no puede ser al mismo tiempo parte en el conflicto que se somete a su decisión. En toda actuación del derecho por la jurisdicción han de existir dos partes enfrentadas entre sí que acuden a un tercero imparcial, que es el titular de la potestad, es decir, el juez o magistrado. Esta no calidad de parte ha sido denominada también imparcialidad”*

---

*“...en los juicios contra el Presidente de la República y otros altos funcionarios del Estado” (266,2 y 3 Ejusdem, y Artículos 377 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal), son reales hipótesis de competencia material penal, porque se asemejan en la atribución jurisdiccional sobre el mismo objeto, la eventual responsabilidad penal de alguien, diferenciándose por el sujeto accionado, lo que conduce, ciertamente, a una diferenciación competencial, pero no *material*, sino personal.*

<sup>50</sup> Vease la nota anterior.

Para nosotros este concepto de “*imparcialidad*” (si se nos permite el término) es vital: extrapola el clásico concepto de “*imparcialidad*” como un menoscabo a la idoneidad juzgadora por razones de cercanía con las partes o con la causa, y profundiza en la real esencia procesal de la función juzgadora en un sistema acusatorio, en el cual, por la aducida finalidad del proceso en el establecimiento de “...*la verdad de los hechos por las vías jurídicas*”... -como lo postula el Artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal-, pudiera aceptarse que el juzgador con su quehacer procesal haga superar la duda razonable que inadecuadamente no supo solventar el acusador. Y ello porque si el pacto social vertido en nuestra Constitución aceptó el sistema acusatorio como el adecuado para juzgar causas penales (y lo hizo de acuerdo al Artículo 285 de la Carta Magna), si estamos contestes en tener un proceso *adversarial* en el ámbito penal, el juez penal, así como no está para acusar a nadie, tampoco está para defenderlo; pero menos aun ésta para probarle nada, aun con lo extremo que pueda parecer la reflexión.

Vayamos a lo casuístico: Aun cuando el Tras Penúltimo Aparte del Artículo 356 del Código Orgánico Procesal Penal se permite que en juicio, “...*el tribunal podrá interrogar al experto o testigo*”..., ello no podrá ser para afirmarle o restarle fiabilidad a su dicho, sino al simple y objetivo fin pautado legalmente en el propio Último Aparte de la norma citada, es decir, para que...

*“Los expertos y testigos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento”*

Y no es difícil interpretar el Aparte: la pregunta tribunalicia frente a la fuente de prueba es para saber idoneidad, más no para entresacar información de actitud probatoria como relación de cercanía con el promovente interesado del dicho que surge del medio de prueba. Y para colocarlo en un nivel mucho más práctico: para que el testigo aclare, por fin, si estaba dentro o fuera del sitio del suceso; o cuál es su respuesta, porque verbaliza una afirmación y gesticula una negativa. Pero no si estando ahí vio o no el hecho, o si es hermano de la víctima.

Y en lo que atañe al experto, la “razón de su información” preguntada por el juez, precisará inquirir el origen de su sapiencia pericial o si afirma lo que suscribió en una conclusión. Lo demás es extralimitarse y ciertamente, hacer incurrir al juzgador, conforme al Numeral 3 del Artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal, en el “Quebrantamiento u omisión de formas sustanciales de los actos que cause indefensión”, toda vez que lo sustancial es que el juez valore lo probado por otros y no que corrobore en sentencia lo que él mismo demostró.

Así, *imparcialidad*, es también no asumir las cargas procesales de las partes.

Los clásicos son insustituibles, y ellos nos permiten ilustrar a qué realmente debemos denominar la “*distribución de las cargas en el proceso*”. Para Couture, en su necesaria obra Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 209...

*“...La carga procesal...situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para el”...*

Lo que se diferencia a lo catalogado como “***deberes procesales***” que según otro gran maestro del Derecho procesal, Goldschmidt, en su invaluable Teoría General del Proceso, 82, son:

*“...imperativos jurídicos establecidos a favor de una adecuada realización del proceso. No miran tanto al interés individual de los litigantes, como al interés de la comunidad”...*

De aquí que el magistrado debe tutelar judicialmente el ejercicio de parte, del respectivo derecho adjetivo como vehículo para demostrar un derecho sustantivo, porque el ejercicio de la jurisdicción satisface a un interés de la colectividad. Pero la carga de probar es del accionante y ello, contrario a la nominación que le otorga el Título IV del Primer Libro del Código Orgánico Procesal Penal (Artículos 102 y siguientes), los sujetos procesales son quienes

actúan en el proceso para satisfacer derechos e interés colectivos (juzgar, por el juez; decir la verdad, por el testigo; investigar dirigido, por el policía; certificar actos procesales, por el secretario judicial, etc) y *las partes procesales*, son quienes, ostentando pretensiones a ser satisfechas mediando el proceso, por y para ello asumen cargas procesales (acusar, recusar, rehusar, etc).

En consecuencia la imparcialidad del juez tiene su contraparte en el interés directo de los sujetos en el proceso, en tanto que resulta garantía del Debido Proceso que un juez desinteresado resuelva el conflicto de las partes interesadas con un criterio objetivo e imparcial. Este criterio de objetividad implica además que el juez debe estar comprometido con el cumplimiento correcto de sus funciones y con la aplicación el derecho objetivo al caso concreto, sin que ninguna circunstancia extraña influya en sus decisiones.

Por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español desde hace tiempo atrás ha venido distinguiendo entre la imparcialidad objetiva y la imparcialidad subjetiva, así figura de la sentencia STCE 0154/2001...

*“...nuestra jurisprudencia viene distinguiendo entre una ‘imparcialidad subjetiva’ que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, y una ‘imparcialidad objetiva’, es decir, referida al objeto del proceso, por lo que se asegura que el Juez o el Tribunal no ha tenido un contacto previo con el thema decidendi y, por tanto, que se acerca al objeto mismo sin prevenciones en su ánimo”*

Esta disquisición tiene como finalidad que el juez no tenga impedimento con respecto a las partes en razón a sus relaciones con los sujetos procesales (*imparcialidad subjetiva*) y tampoco tenga impedimento con respecto a la pretensión demandada al haber intervenido de alguna forma en la litis anteriormente (*imparcialidad objetiva*).

Y finalmente, con respecto a este Numeral 49,3 de la Constitución, en ocasión al llamado derecho a un intérprete (“...*Quien no hable castellano, o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete*”... ), es resaltante que la garantía no se describe, al menos textualmente, a favor de un imputado, “...*Quien no hablé castellano*”..., dice la norma. Ello dimensiona un derecho a la *castellanidad del proceso*, si se permite la expresión, que aun no siendo un reconocimiento novedoso -toda vez su aceptación no solo en el Artículo 9 Constitucional, sino en leyes adjetivas como los Artículos: 183 del Código de Procedimiento Civil y 167 del Código Orgánico Procesal Penal, y sustantivas, como el Artículo 13 del Código Civil y 19 de la Ley Orgánica del Trabajo-, no deja de ser importante que ello sea un atributo de debido proceso, no solo a favor del accionado sino inclusive a favor del accionante. Pero igual de resaltante es la exigencia de inteligibilidad sensorial del proceso, a favor de los participantes, si mediare una discapacidad que impidiera tal entendimiento, lo cual es un exacto correlato de parte del Artículo 81 Constitucional...

*“Toda persona con discapacidad o necesidades especiales tiene derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades...El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, le garantizará el respeto a su dignidad humana, la equiparación de oportunidades...Se les reconoce a las personas sordas o mudas el derecho a expresarse y comunicarse a través de la lengua de señas venezolanas”*

#### **IV) El Derecho al Juez natural.-**

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

Hemos considerado en otra parte de este trabajo que la natural concepción de jurisdicción como potestad de administrar justicia se redimensiona con la Constitución, al incorporarse en ella la garantía a la tutela judicial efectiva (Artículo 26), lo que condiciona que, extendiendo la definición del primer Aparte



del 253 Eiusdem, en el sentido que en el plano descriptivo la jurisdicción es la atribución otorgada a los “*órganos del Poder Judicial [a] conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes*”..., tal atribución es indisoluble con su finalidad, la cual no es otra que la de tutela del justiciable, *ergo*, el que se le permita...

“...*hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos*”...

con miras “...*a obtener con prontitud la decisión correspondiente*”..., como lo postula el Encabezamiento del citado Artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así, ya la simple noción forense de la jurisdicción, y por ende, del concepto de juez natural nos sirve, toda vez que si éste, el “juez natural” va a juzgar las personas “...con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley”..., la primordial es la de tutela, toda vez que el ejercicio jurisdicción no es uno formalista, ausente de una finalidad.

Así, creemos acertado, conforme al Artículo 26 Constitucional, categorizar una “**Doble Dualidad de la Tutela Judicial Efectiva**”. Expliquemos:

Conforme a esa norma, la *primera* de esas “*dualidades*”, es que la tutela no se concreta al simple “*acceso*”, la admisión a tramite de una pretensión; sino que no hay tal culminación tutelar, si no hay una respuesta ante el tramite de impulso. Y dicha respuesta no ha de ser asumida como un resultado de rutina, sino como una exigencia de prontitud, accesibilidad, imparcialidad, idoneidad, transparencia, autonomía, independencia, responsabilidad, equidad, carácter expedito, no dilatada, y ausente de ritualismos repositorios de carácter inútil.

Ello no debe ser traducido como impretermitible reconocimiento del derecho sustantivo reclamado o defendido, sino que la respuesta que siquiera invalida

hasta el derecho adjetivo a reclamar lo sustancial de la pretensión, ha de acaecer después de un trámite procedimental. De allí que en tales adjetivaciones

pronta (bajo el aforismo de que la justicia tardía, no es justicia), gratuita, accesible, imparcial, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita Respuesta

- ) Acceso (No basta la admisión, sino el trámite)
- ) Respuesta (Reconociendo o negando el Derecho)

¿Por qué se acude a un tribunal?

- 2ª: -) Derecho (Reconocimiento del desconocido)
- ) Interés (Para crear un Derecho)

- Competente, independiente e imparcial y anterior
- Conocido por el procesado
- Imposibilidad de tribunales excepcionales o por comisión

Es particularmente interesante en este particular, como en el proceso penal se le atribuye la función de resguardo de la garantía al debido proceso, al juez. Así, el Segundo Aparte del Artículo 5 del Código Orgánico Procesal Penal:

*“En caso de desacato, el Juez está plenamente autorizado para tomar las medidas coercitivas y acciones que considere necesarias para hacer respetar y cumplir sus decisiones, **respetando el debido proceso” (resaltado nuestro)**”*

### **1. La garantía de la confesión no coactiva.-**

No obligación de confesar, ni de declarar en su contra, o en contra de parientes.

**2. El Principio de legalidad (Nullum crimen nulla poena sine lege).-**

Nadie puede ser sancionado por actos u omisiones que no fueren previstos como infracciones en leyes preexistentes.

**3. La Cosa juzgada: “Non bis in idem”.-**

Nadie puede ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

Nótese que en la redacción común, universal, de esta garantía, se habla de la imposibilidad de ser nuevamente juzgado, siendo que no se advierte si en el primer juzgamiento (conocimiento jurisdiccional de una causa como sinónimo de procesamiento), hubo una sentencia definitivamente firme.

**4. La garantía de la responsabilidad estatal por errores o retardos judiciales.-**

- Toda persona puede solicitar del Estado, el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial.
- Al particular le sobrevive el derecho de exigir la responsabilidad personal del Juez.

Ahora bien, es importante volver a referirse a los cambios en la redacción de esta garantía, en lo que respecta al mencionado Numeral. Así, tanto en la Gaceta

Electoral refrendada, como en la primera publicación en Gaceta Oficial, se establecía...

***“...el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o magistrado, juez o jueza y del Estado, y de actuar contra éstos o éstas”***

delimitándose así, una suerte de responsabilidad solidaria entre el funcionario judicial lesionante y su designante, el Estado, frente al agraviado. Pero es el caso, que en la publicación de la Constitución, de Marzo de 2000, se cambió la redacción de dicha parte *in fine* del Numeral 8 del Artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a la absolutamente distinta siguiente redacción:

***“...Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrado, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas”***

con lo cual se pierde -al menos directamente como consecuencia del inadecuado ejercicio de la función jurisdiccional- la referida solidaridad en la responsabilidad por dicho ejercicio inadecuado, y se añade extra-refrendariamente la legitimidad activa del Estado en acción contra el funcionario judicial, lo cual no era previsto originalmente. Ahora bien, manteniéndose la responsabilidad patrimonial del Estado en general “...por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionario de la Administración Pública”, en virtud del Artículo 140 Constitucional, pudiera concluirse que la anterior disparidad de textos, *aparentemente* es irrelevante; pero consideramos prudente la advertencia.

**LA GARANTÍA AL DEBIDO PROCESO NO SE AGOTA EN SU ESPECIFICA DELIMITACIÓN DENTRO DEL ARTICULO 49 CONSTITUCIONAL (“Debido proceso propio” y “Debido proceso extensivo”).-**

Ahora bien, es importante acotar que, a nuestro criterio, dicha garantía protectora de derechos no se objetiviza exclusivamente en el sistema de normas procesales nacionales (advirtiéndose que en virtud al similar origen de todas las leyes procesales venezolanas en el decimonónico Código Aranda, y en atención al Art. 257 Constitucional, el proceso es uno solo: un *instrumento de obtención de justicia*, existiendo diversos procedimientos de acuerdo a las competencias jurisdiccionales), o en la definición constitucional descrita en el específico Artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así, existen disposiciones de origen internacional que forman parte de la garantía mencionada, así como encontramos también elementos conformadores de la noción del debido proceso en otras normas de la Carta Magna, a saber:

- a) El debido proceso es aquel que “...**constituye un instrumento fundamental para la realización de justicia**”, a tenor del Art. 257 Constitucional, que propugna la necesidad de leyes procesales simples, uniformes y eficaces en tanto que ellas deben propiciar “...*un procedimiento breve, oral y publico*”... . **Así, el debido proceso es aquel que realiza justicia, más allá de adaptarse fielmente a la positivación jurídica.** Muestra de ello se percibe -para hablar solamente de la instancia jurisdiccional máxima- en ciertas decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, cuando, por ejemplo, la Sala Constitucional invade la competencia legislativa y fija un nuevo procedimiento en materia del recurso de amparo (por ejemplo, en la Decisión Emery Mata Millán del 20-1-00, o en la del 1-2-00, Caso J.A. Mejía), o cuando, por ejemplo, la Sala Penal de dicho Tribunal casa de oficio “*en beneficio de Ley*”, decisiones recurridas cuyos recursos son previamente declarados inadmisibles.

- b) Siguiendo al referido Art. 257 de la Constitución, el debido proceso no debe sacrificar “...*la justicia por la omisión de formalidades no esenciales*”, por lo que el proceso justo debe estar conformado por actos procesales llevados a cabo con un mínimo de ritualismo, con pautas de proceder en las actuaciones judiciales y administrativas que deben ser esenciales a la finalidad *justiciera*, mas que *jurídica* del proceso.
- c) En la adopción del debido proceso, o mejor aún, para que el proceso sea *debido*, los órganos del Poder Judicial que conozcan “...*de las causas y asuntos de su competencia*”..., tienen que asumir dicho conocimiento “...*mediante los procedimientos que determinen las leyes*”..., con lo cual se configura, aunado al **Principio de Legalidad Sustantiva** descrito en el Numeral 6 del Artículo 49 *Ejusdem*, el **Principio de Legalidad Procesal**, a tenor del Único Aparte del Artículo 253 Constitucional.

Ahora bien, instrumentalmente, hay diversas referencias en el texto constitucional que presuponen la protección máxima de diversos aspectos procesales, a saber:

Como corolario de la garantía a la **Igualdad Ciudadana ante la Ley** prevista en el Artículo 21 Constitucional, dicha necesaria igualdad se instrumenta mediante la garantía a la no discriminación ciudadana, por lo que para que podamos hablar de un debido proceso, éste no debe permitir situaciones de desigualdad frente a los diversos actos procesales. Ello, por ejemplo, en el procedimiento penal, está regulado a través de uno de los llamados ***“Principios y garantías procesales”***, el de la ***“Defensa e igualdad entre las partes”***, establecido en el Artículo 12 del Código Orgánico Procesal Penal, a través del cual se pauta la defensa como actividad plural, contradictoria, de ambas partes, correspondiéndole “...*a los jueces garantizarlo sin preferencias ni desigualdades*”, por lo que los...

*“...funcionarios judiciales no podrán mantener, directa o indirectamente, ninguna clase de comunicación con alguna de las partes o sus abogados, sobre los asuntos sometidos a su conocimiento, salvo con la presencia de todas ellas”*

Ahora bien, es importante advertir que esta necesaria igualdad ciudadana frente al proceso, comporta contradicciones que surgen del mismo texto constitucional. Así, para mencionar dos de ellas, tendríamos que:

- No estaría acorde con la noción del debido proceso, si a determinados procesados se les impide la posibilidad de que opere la prescripción de la acción dirigida a sancionar su conducta, en el caso de los delitos contra los derechos humanos, los crímenes de guerra, los delitos de lesa humanidad, los delitos contra la cosa pública, el delito de tráfico de estupefaciente, y los delitos tributarios graves (en el caso de éstos últimos, no se acogió la instrucción constitucional establecida en la Disposición Transitoria Quinta en la reforma del Código Orgánico Tributario, cuyo texto no incluyó dicha imprescriptibilidad de la acción dirigida a sancionar los delitos tributarios) en atención a los artículos 29 y 271 Constitucional y la Disposición mencionada, siendo que a otro tipo de procesados, si se les permite la posibilidad de alegar dicha prescripción.

El elemento relativo al supuesto mayor daño social de los delitos cuya acción imprescriptible se ordena constitucionalmente, es una circunstancia de vaga referencia toda vez que, ciertamente, es de difícil precisión determinar cuando nos encontramos con un delito contra los derechos humanos (aún cuando estemos en presencia de una *“violación grave”* contra tales derechos), por no hablar de la inequidad de hacer imprescriptible la acción dirigida a sancionar un *“gran”* delito tributario (o inclusive un delito contra la cosa pública, y por que no incluirlo, el delito de tráfico de estupefaciente -lo cual se perfecciona inclusive en pequeñas cantidades de la ilegal sustancia, de acuerdo a la posición

jurisprudencial de nuestro máximo tribunal) frente a, por ejemplo, el homicidio, que si tendría prescripción.

Otra circunstancia de relevancia en materia de debido proceso lo constituye la instrucción de la necesaria notificación, siquiera de los cargos acusatorios, sino de los preliminares “...cargos por los cuales se le investiga”... a un ciudadano que aún no ostente la condición de imputado, toda vez que de dicha investigación, esa podría ser la consecuencia. Dicha impretermitible notificación de cargos de investigación en el caso de las causas penales (lo cual no invalida que otros entes, en otros procedimientos administrativos -por ejemplo, la Contraloría General de la República en su investigación contralora, dentro o fuera de procedimientos de averiguaciones administrativas- deban notificar de la existencia de una investigación con miras al ejercicio del derecho a la defensa del investigado), debe descansar obligatoriamente en el Ministerio Público, ente que de acuerdo al Numeral 3 del Artículo 285 Constitucional es el que ordena y dirige “...la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles”... .

Ahora bien, dicha instrucción a notificar, de acuerdo al texto constitucional, no está supeditada a condición alguna (bajo alguna redacción que pudiera tener el texto de “con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley”, como por ejemplo se describe en el mismo Numeral 1 del Artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en lo que atañe al derecho a recurrir del fallo), por lo que la notificación, sin dilación, siempre debe hacerse. Es por ello que dicha garantía, a nuestro criterio, haría inconstitucional el instituto procesal penal de la llamada “reserva de las actuaciones” que de manera total o parcial, por la temporalidad descrita en el Código Orgánico Procesal Penal, le posibilita al Ministerio Público coyunturalmente no informar al investigado de lo que precisamente se investiga de si.



Es de recalcar que el lapso de la referida reserva legal que desautoriza el mandato constitucional de la información de los elementos de investigación...

*“El Ministerio Público podrá disponer, mediante acta motivada, la reserva total o parcial de las actuaciones por un plazo que no podrá superar los quince días continuos”...*

Un adicional elemento a resaltar, deviene del llamado “*derecho a la audiencia*”, a oír a toda persona “...*en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable*”..., para que ésta ejerza su defensa, de acuerdo al Numeral 3 del referido Artículo 49 Constitucional. Dicha necesidad de audiencia así concebida, es un derecho a favor del procesado, que él opta por ejercer de acuerdo a su “*necesidad procesal*” de hacerlo: si desea que se le escuche en proceso así lo manifestará, de no querer declarar o ejercer su derecho a ser oído, el procesado sería libre de abstenerse a recurrir a la garantía procesal que le favorece.

Y esto guarda especial importancia en lo atinente a la posibilidad del aseguramiento del imputado en el llamado procedimiento ordinario penal, es decir, cuando alguien resulta imputado no por la comisión flagrante de hecho ilícito, sino porque de la investigación fiscal se ha determinado su eventual responsabilidad penal y se requiere su aseguramiento en el proceso, tanto para salvaguardar el interés de la víctima a la sanción penal, como por, fundamentalmente, que el Estado pueda ejercer el *ius puniendi* en contra del imputado, a través de un debido proceso. Es así, que también formaría parte de la garantía al debido proceso, lo concerniente al debido aseguramiento procesal del imputado, y a tenor del Numeral 1 del Artículo 44 Constitucional, dicho aseguramiento no puede ocurrir sino por la comisión flagrante de ilícito penal o previa orden judicial.

En este último caso, dicha orden judicial, de acuerdo a las pautas del ordenamiento legal adjetivo penal, no es otra que la que resulte de la Audiencia de Presentación del Imputado descrita en el Artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, en el reconocimiento de los derechos de la víctima y del Estado mismo en su carácter de titular de la acción penal, al debido proceso, como partes que son en dicho proceso y en el reconocimiento de **lo que debe ser también un elemento integrante de la garantía al debido proceso: la necesidad de la actuación policial asegurativa para cumplir con el derecho a la protección ciudadana, en atención al Artículo 55 de nuestra Ley Fundamental.**

La vigencia de la Garantía al Debido Proceso se hace perenne en el Estado de Derecho aún mediando situaciones excepcionales, *ergo*, los estados de excepción descritos en los Artículo 337 y siguientes de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: “...*En tal caso, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo...el derecho al debido proceso*”... . Es de advertir que dichos *Estados de Excepción* fueron regulados por su especial Ley Orgánica (publicada en la Gaceta Oficial N° 37.261 del 15-8-01), la cual contempla, además de la imposibilidad de restringir el específico debido proceso, tampoco puede ser relajado *la igualdad ante la ley; la libertad personal y la prohibición de práctica de desaparición forzada de personas; y la legalidad y la irretroactividad de las leyes, especialmente de las leyes penales*, de acuerdo al Artículo 8 de la especial Ley; aún cuando el Artículo 24 *Ejusdem*, posibilita, habiéndose declarado el estado excepción, que el Ejecutivo Nacional pueda “...*requisar los bienes muebles e inmuebles de propiedad particular que deban ser utilizados para restablecer la normalidad*”....

También es relevante puntualizar que, de conformidad con el concepto garantista del Juez Natural, también es un elemento conformador del Debido

Proceso lo relativo a la competencia jurisdiccional. Así, es preciso que también se adopte como integrante del Derecho al Proceso Justo, las siguientes instrucciones constitucionales:

- **La especial competencia de los juzgados ordinarios penales en la investigación y juzgamiento de las llamadas violaciones de los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad**, a tenor de lo establecido en los Artículos 29 y 261 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Para dicha competencia jurisdiccional es irrelevante que dicha violación típica (entre ellas, las que por ejemplo se derivan del nuevo ilícito que surgió de fuente constitucional, la llamada **Desaparición Forzada de Personas**, descrito en el Artículo 45 Constitucional, que posibilitó la reforma del Código Penal, en donde se incluyó el imprescriptible delito en su Artículo 181-A) sea producida por autoridad militar, para que dicha competencia jurisdiccional se mantenga en la esfera ordinaria, siendo ello parte del proceso debido frente a dicha categoría de funcionarios públicos<sup>51</sup>.

### **EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL NACIONAL Y DEL DERECHO COMPARADO, DEL CONCEPTO.**

La jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal que interpreta de una forma coherente y explicativa, la Garantía Constitucional que nos ocupa, a veces, está cargada de un simplismo, casi de espejo normativo, quizás en la convicción de que la manera en como está estructurado el Derecho es lo suficientemente explícito y entendible en el texto constitucional para ahondar en ejercicios de

---

<sup>51</sup> El primer caso que se suscitó al respecto, posterior a la promulgación constitucional, el llamado Caso Sicat, en el que presuntamente un Teniente Coronel de la Fuerzas Armadas Nacionales, en castigo disciplinario, fue autor de la muerte de un miembro de tropa, siendo condenado a 16 años de prisión por tribunal militar, juicio éste anulado por la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, a solicitud del Ministerio Público.

interpretación que proliferarían los términos de una garantía que en su simpleza descriptiva, protege esencialmente a los beneficiarios de la norma.

Por otra parte hay una tendencia jurisprudencial nacional a sinonimizar el **Debido Proceso** exclusivamente como **el Derecho a la Defensa**, siendo que este último solo es un elemento, un componente, de la englobadora garantía al proceso justo.

Una de las más representativa de las decisiones de nuestro Máximo Tribunal sobre el asunto, en su dimensión global, y no exclusivamente refiriéndose a alguno de los elementos de la total garantía al proceso justo (como por ejemplo, el mencionado *derecho a la defensa*, o el concepto del *juez natural*, o el *principio de legalidad*, etc.) proviene de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión del 15-3-00, **Caso: Agropecuaria Los Tres Rebeldes C.A.**, a saber:

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

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

*“De la existencia de un proceso debido se desprende la posibilidad de que las partes puedan hacer uso de los medios recursivos previstos en el ordenamiento para la defensa de sus derechos e intereses. En consecuencia, siempre que de la inobservancia de las reglas procesales surja la imposibilidad para las partes de*

*hacer uso de los mecanismos que garantizan el derecho a ser oído en el juicio, se producirá indefensión y la violación de la garantía de un debido proceso y el derecho de defensa de las partes.*

*“La defensa no será posible si las personas que pueden ser afectadas por la sentencia que pone fin al proceso, no son llamados a juicio. Esta es, precisamente, la razón por la que el artículo 215 del Código de Procedimiento Civil, declara que es formalidad necesaria para la validez del juicio la citación del demandado para la contestación de la demanda. Luego, para que haya un debido proceso, es condición necesaria la comparecencia de todos los demandados”*

A diferencia de tal parquedad -por no decir *obviedad* de nuestro Máximo Tribunal al respecto-a nivel comparativo, debemos rescatar la importante decisión del 1-7-92 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica<sup>52</sup>, en la cual se definió los aspectos fundamentales del universal Derecho al Debido Proceso, encerrándolo en los siguientes apartados que trataremos de enfocarlos en la redacción constitucional nacional y a lo establecido en el Código Orgánico Procesal Penal, a saber:

- **“El Derecho General a la Justicia”**, vinculándolo al llamado **“derecho de petición”**, consagrado en nuestro país, en el Artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
- **“El Derecho General a la Legalidad”**, aquí, nuestro Numeral 6 del Artículo 49 Constitucional en lo que respecta al **Principio de Legalidad Penal Sustantiva**, y el Primer Aparte del Artículo 253, Ejusdem, en lo que atañe al **Principio de Legalidad Procesal**.

---

<sup>52</sup> “Costa Rica: El Debido Proceso” (589- 610) en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000. “...Lo dicho hasta aquí no pretende agotar el tema del debido proceso, pero la Sala considera que constituye un cuerpo

- **“El Derecho al Juez Regular”**: consagrado en Venezuela en el Numeral 3 del Artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
- **“Los Derechos de Audiencia y Defensa”**: entre nos, los Numerales 3 y 1, respectivamente, del citado Artículo 49 *Ibidem*. Con respecto al último, el tribunal supremo de Costa Rica lo segmenta en:
  - a) **“El principio de intimación”**: *“Es el que da lugar al derecho de todo imputado a ser instruido de cargos, es decir, puesto en conocimiento de la acusación, desde el primer momento –incluso antes de la iniciación del proceso contra él, por ejemplo por parte del Ministerio Público”...*, en nuestra Constitución perfectamente delimitado en el mencionado Numeral 1 del Artículo 49 Constitucional: *“...Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga”...* ; instrumentalizado en el Artículo 124 del Código Orgánico Procesal Penal: *“Se denomina imputado a toda persona a quien se señale como autor o participe de un hecho punible, por un acto de procedimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal”...* .
  - b) **“El principio de imputación”**: *“Es el derecho a una acusación formal”*.
  - c) **“El derecho de audiencia”**: *“Es el derecho del imputado...particularmente, de hacerse oír por el juez”...*, tal cual lo regula el Numeral 3 del Artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: *“Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso”...* .

---

*básico de doctrina que puede aprovecharse útilmente para resolver...violación del debido proceso y del derecho de defensa”... (609)*

d) **“El derecho de defensa en sí”**: “...el derecho del reo a ser asistido por un traductor o interprete de su elección o gratuitamente proveído, así como por un defensor letrado”...; **asistencia letrada** ésta también contenida en el derecho consagrado en el Numeral 1 del Artículo 49 Constitucional que instruye la necesidad que posee cada persona de disponer “...de los medios adecuados para ejercer su defensa”...; defensa que tiene que constituirse de manera inmediata toda vez el Código Orgánico Procesal Penal: “...El juez deberá tomar el juramento dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud del defensor designado por el imputado”

- **“El principio de Inocencia”**: “...Ninguna persona puede ser considerada **ni tratada** como culpable mientras no haya en su contra una sentencia conclusiva firme”... (**resaltado nuestro**); dispuesto en el Numeral 2 del Artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

- **“El principio de ‘IN DUBIO PRO REO’**: Similar al establecido al Único Aparte del Artículo 24 de la Constitución Nacional.

- **“Los Derechos al Procedimiento”**: Desglosados en:

a) **“El principio de la amplitud de la prueba”**: Aunado a la circunstancia de que, según el Numeral 1 del Artículo 49 Constitucional, “...Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso”..., toda vez que, según el máximo tribunal de Costa Rica, “...tanto el Ministerio Público como el juez tienen el deber de investigar esa verdad objetiva y diligentemente, sin desdeñar ningún medio legítimo de prueba”... .

b) **“El principio de legitimidad de la prueba”**: Ello con miras a la llamada “supresión hipotética de la prueba espuria”, consagrado en nuestra Ley Adjetiva Penal Venezolana. Vale acotar que en lo que atañe al llamado “**Régimen**

**Probatorio**”, se permite una suerte de convenimiento de parte sobre las pruebas: “*Si todas las partes estuviesen de acuerdo...podrán realizar estipulaciones respecto a esa prueba*”... (200 del Código Orgánico Procesal Penal).

- c)                   **“El principio de inmediación de la prueba”**: “*Es necesario que todos los sujetos procesales reciban la prueba de una manera directa, inmediata y simultánea*”...
- **“El principio de la identidad física del juzgador”**, lo cual es consagrado en la parte *in fine* del Numeral 4 del Artículo 49 Constitucional: “*...Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto*”
  - **“La publicidad del proceso”**: En nuestro caso, para que dicho proceso logre su objetivo de ser simple, uniforme y eficaz, sus tramites y procedimientos deben ser breves, “*...oral y público*”..., de acuerdo al Artículo 257 Constitucional que consagra el carácter instrumental del proceso con miras a la obtención de justicia.
  - **“La comunidad de la prueba”**;
  - **“El principio de valoración razonable de la prueba”**: De acuerdo al Artículo 22 de nuestra Ley Adjetiva Penal, bajo la modalidad de la “*sana critica*”, se impone al tribunal el motivar su adherencia o descarte del caudal probatorio que se le presenta: “*...reconocen su discrecionalidad pero la someten a criterios objetivos, por lo tanto invocables para impugnar una valoración arbitraria o errónea*”... de acuerdo a la Corte Suprema de Costa Rica.



- **“El derecho a una Sentencia Justa”:**
  - a) **“Principio pro sentencia”:** *“...las normas procesales existen y deben interpretarse para facilitar la administración de justicia y no como obstáculos para alcanzarla”...*, plenamente ello definido en nuestro Artículo 257 Constitucional.
  
  - b) **“Derecho a la congruencia de la sentencia”.**
  
- **“El Principio de la Doble Instancia”:** Acá, consagrado en la parte final del Numeral 1 del Artículo 49 Constitucional. Dicho derecho a la alzada sufrió importantes modificaciones en la reforma del Código Orgánico Procesal Penal de Septiembre de 2001, a saber:
  - ✓ La incorporación de precisas **“Causales de Inadmisibilidad”** del Recurso de Apelación, evitándose así la discrecionalidad de la alzada en el rechazo del recurso por causas de forma.
  
  - ✓ La simplificación en la fundamentación de los recursos de apelación y de casación: *“...en violación de la ley, por errónea, falta o indebida aplicación de la misma”* , y dicho Recurso será admisible contra toda sentencia definitiva dictada en el juicio oral: *“El recurso de casación sólo podrá ser interpuesto en contra de las sentencias de las Cortes de Apelaciones” ...).*
  
- **“La Eficacia Formal de la Defensa (cosa juzgada)”:** Perfectamente delimitada en el Numeral 7 del Artículo 49 Constitucional, el universalmente reconocido Principio ***nos bis in idem;*** y

- **“El Derecho a la eficacia material de la sentencia”:** Constitucionalmente previsto en el Artículo 26 de nuestra Carta Magna en tanto y en cuanto *“Toda persona tiene derecho...a la tutela efectiva...y a obtener con prontitud la decisión correspondiente”*, y *“El Estado garantizará una justicia...expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”*.

#### **A manera de conclusiones:**

- El debido proceso envuelve todos los derechos fundamentales de carácter procesal tendentes a proteger a la persona humana frente al silencio, el error o a la arbitrariedad, no solo de los aplicadores del derecho, sino también del propio legislador.
- En Venezuela, la garantía no es nueva: lo novedoso es la sistematicidad en su concepción integradora tal como está descrito en el Artículo 49 de la Constitución, pero en dicho Artículo no se encierra de manera única el referido Derecho Humano, sino que dicha norma es el punto de partida de una más global concepción de la garantía
- El debido proceso no es una garantía exclusiva a favor del imputado, procesado o demandado, y rige también rige para la víctima, el estado como accionante, y/o el demandante
- El *derecho a la defensa*, comporta los derechos de: ser notificado de los cargos de investigación, la defensa propiamente dicha, en todo estado y grado de la investigación y del proceso; la asistencia jurídica; el acceso a las pruebas y el permitir su correspondiente defensa frente a ellas; y la doble instancia.

- El *Derecho al Juez Natural* requiere que este sea competente, independiente e imparcial y anterior, conocido por el procesado, con la imposibilidad de tribunales excepcionales o por comisión
- Es inherente al Debido Proceso, la garantía de la confesión no coactiva, el Principio de legalidad (*Nullum crimen nulla poena sine lege*); la Cosa juzgada: “*Non bis in idem*” y la garantía de la responsabilidad estatal por errores o retardos judiciales.-
- LA GARANTÍA AL DEBIDO PROCESO NO SE AGOTA EN SU ESPECIFICA DELIMITACIÓN DENTRO DEL ARTICULO 49 CONSTITUCIONAL, ya que el debido proceso es aquel que “...*constituye un instrumento fundamental para la realización de justicia*”, a tenor del Art. 257 Constitucional.
- No estaría acorde con la noción del debido proceso, si a determinados procesados se les impide la posibilidad de que opere la prescripción de la acción dirigida a sancionar su conducta.
- Deviene en desigualdad procesal de fuente constitucional, la única instancia de enjuiciamiento para el conocimiento de ciertas causas en contra de los llamados altos funcionarios públicos y la acción de amparo por hechos u omisiones agraviantes por parte de dichos altos funcionarios públicos.
- Una circunstancia de relevancia en materia de debido proceso lo constituye la instrucción de la necesaria notificación de los preliminares “...*cargos por los cuales se le investiga*”... . Dicha instrucción a notificar, al no estar supeditada a condición alguna, haría inconstitucional el instituto procesal penal de la “*reserva de las actuaciones*” descrito en el Código Orgánico Procesal Penal.

- El llamado “*derecho a la audiencia*”, a oír a toda persona “...*en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable*”..., es un derecho a favor del procesado, que él opta por ejercer de acuerdo a su “*necesidad procesal*” de hacerlo: si desea que se le escuche en proceso así lo manifestará, de no querer declarar o ejercer su derecho a ser oído, el procesado sería libre de abstenerse a recurrir a la garantía procesal que le favorece.
- La vigencia de la Garantía al Debido Proceso se hace perenne en el Estado de Derecho aún mediando los *estados de excepción* descritos en los Artículo 337 y siguientes de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
- De conformidad con el concepto garantista del Juez Natural, también lo es la **especial competencia de los juzgados ordinarios penales en la investigación y juzgamiento de las llamadas violaciones de los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad**

### **BIBLIOGRAFÍA**

**Amnistía Internacional,**

Juicios Justos. Madrid, Amnistía Internacional, 1998, 190.

**Andueza Acuña, José Guillermo,**

La jurisdicción constitucional en el Derecho Venezolano, Caracas, U.C.V, 1974, 144.

**Asamblea Nacional Constituyente de la República de Venezuela,**

- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas. G.O. del 30-12-99.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y su Exposición de Motivos. Caracas, G.O. Extraordinaria N° 5.453 del 24-3-00.

- Gaceta Constituyente (Diario de Debates Octubre 1999-Enero 2000). Caracas, Imprenta del Congreso de la República (sic), 2001.

**Bello Rengifo, Carlos Simón** y otros,  
Constitución, principios y garantías penales. Caracas, U.C.V., 1996, 319.

**Bertolino, Pedro J.**  
El Debido Proceso Penal. Buenos Aires, Librería Editora Platense, 1986, 204.

**Borrego, Carmelo**, Procedimiento penal ordinario (Actos y nulidades procesales). Caracas, UCV, 2006, 448.

**Brewer-Carias, Allan Randolph**, La Constitución de 1999, Caracas, Arte, 2000, 419.

**Cabanellas de Las Cuevas, Guillermo**, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales Buenos Aires, Heliasta, 2000, 1038.

**Cafferata Nores**, Proceso Penal y Derechos Humanos, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, Editores del Puerto, S.R.L, 2000.

**Chavero Gazdik, Rafael J.**,  
El nuevo régimen del Amparo Constitucional en Venezuela. Caracas, Sherwood, 2001, 566.

**COFAVIC**,  
El derecho al debido proceso. Cofavic.org.ve/elderech.

**Combellas, Ricardo,**

Derecho Constitucional (Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Caracas, McGraw Hill, 2001, 265.

**Congreso de la República de Venezuela,**

- Constitución de la República de Venezuela (derogada por la Disposición Transitoria Única de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) G.O. Extraordinaria N° 3.251 del 12-9-83.
- Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.(G.O. Extraordinaria N° 34.060 del 27-9-88)

**Consejo Nacional Electoral** (editor), Proyecto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, Gaceta Electoral del 15-12-99.

Cordón Moreno, Faustino. Las garantías Constitucionales del Proceso Penal. Segunda Edición, Navarra, Aranzadi, 2002.

**Fuller Lon, L.,**

The adversary system. Washington, Voice of America, 7.

**Hoyos, Arturo,**

El debido proceso. Bogotá, Temis, 1998, 106.

**Miranda Estrampes, Manuel,** La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Barcelona (España), Bosch, 1997, 674.

**Peters, Edward,**

Torture, New York-Oxford, Basil Blackwell, 1986, 202.

**PROVEA,**

Situación de los Derechos Humanos en Venezuela (Informe Anual Octubre 1999-Septiembre 2000). Caracas, PROVEA, 2000, 409.

**Reina, Luis Miguel,**

El debido proceso y el procedimiento penal. Revista Electrónica de Derecho Penal. Ujgoias.com.br/gabinete/const

**Rondón de Sansó, Hildegard,**

Análisis de la Constitución Venezolana de 1999 (Parte Orgánica y Sistemas) (Adimis fundamentis). Caracas, ExLibris, 2000, 453.

**Sáez González, Jesús,** La figura del secretario judicial. 86).

**Suárez Sánchez, Alberto,**

El Debido Proceso Penal. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, 352.

**Varios,**

La Constitución de 1999 (Nº 14 de la Serie Eventos de la Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales). Caracas, Acad.Cienc.Polit.Soc., 2000, 561.