

DESVENTURAS DEL PROCESO PENAL EN LA VENEZUELA DEL SIGLO XXI.*

DR. ÁNGEL ZERPA APONTE.**

SUMARIO

1. Las seis reformas procesales penales del COPP en 20 años, conducen a una obsolescencia del conocimiento adjetivo penal. 2. El precedente vinculante de la Sala Constitucional ha conducido a un paralelismo procesal a-normado (¿o "anormal"?), o, dicho en otras palabras, ¿Cómo "interpretar lo interpretado?". 3. El ausente interés político en lo procesal penal, o lo que denominamos, la "teoría del chinchorro" sic. 4. El vaciaje descodificador por una procedimentalización especial colateral. 5. La administrativización penitenciaria en sustitución de su regulación jurisdiccional. 6. El menoscabo de garantías procesales por una interpretación politizada de las mismas ("justicia política" vs. "justicia común"). • Referencias jurisprudenciales.

* Disertación realizada por el autor el 29-7-20, dentro del Homenaje al Dr. Tulio Chiossone, El Derecho Penal y sus desafíos en tiempos difíciles Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=QjUeXCC6TBE&t=154s>, organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y la Fundación Universitas, entes a los cuales se agradece la deferencia.

** Profesor de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal en la Universidad Central de Venezuela, en la USM, y en otras universidades venezolanas. Magister Universidad de Glasgow, Reino Unido. Ha sido Juez Superior Penal Titular en Caracas. En 2017 la Asamblea Nacional lo designó Magistrado titular en el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, cargo que impidió su toma de posesión el Ejecutivo Nacional, al igual que el del resto de los magistrados designados.

La presente disertación se estructura en 6 consideraciones:

- 1) Las seis reformas procesales penales del COPP en 20 años, conducen a una obsolescencia del conocimiento adjetivo penal;
- 2) El precedente vinculante de la Sala Constitucional ha conducido a un paralelismo procesal a-normado (¿o “anormal”?), o, dicho en otras palabras, ¿Cómo “interpretar lo interpretado?”;
- 3) El ausente interés político en lo procesal penal, o lo que denominamos, la “teoría del chinchorro” sic;
- 4) El vaciaje descodificador por una procedimentalización especial colateral;
- 5) La administrativización penitenciaria en sustitución de su regulación jurisdiccional; y
- 6) El menoscabo de garantías procesales por una interpretación politizada de las mismas (“justicia política” vs. “justicia común”).

Disertemos pues sobre estas consideraciones.

1. LAS SEIS REFORMAS PROCESALES PENALES DEL COPP EN 20 AÑOS, CONDUCEN A UNA OBSOLESCENCIA DEL CONOCIMIENTO ADJETIVO PENAL

Rafael Caldera asume por segunda vez la Presidencia de la República de Venezuela en 1994, en medio de una crisis financiera causada fundamentalmente por el otorgamiento de autopréstamos a los accionistas y testaferros de un importante número de bancos, y que arrasó con la mitad del sistema bancario. Según el Ministerio de Hacienda de entonces, “...la totalidad de recursos que la Nación debió destinar durante el año 1994 para asistir a las instituciones financieras intervenidas

y estatizadas se elevó al...equivalente al 12% del producto bruto de ese año...”¹. Los bajos precios del petróleo obligaron a recortar el presupuesto del año 1994 en un 10% y se pone en ejecución el plan Sosa, de carácter fundamentalmente tributario, que reforma y pone en vigencia varias leyes fiscales y crea el Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (SENIAT). Por la situación de minoría parlamentaria en que se encontraba el gobierno no consigue la aprobación de ninguno de los planes económicos formulados y termina acudiendo al Fondo Monetario Internacional (FMI)². Es en medio de esta necesidad fiscal que surge la necesidad de una reforma legislativa en el país, para crear seguridad jurídica a los prestamistas internacionales, fundamentalmente en el área de la justicia penal. Es decir, el origen del Código Orgánico Procesal Penal (COPP) se sustentó en una necesidad fiscal, pero no de fiscalía punitiva como pudiera entenderse someramente de la frase, sino de origen fiscalista entendido en la relación de necesidad de ingreso público, para satisfacer necesidades colectivas.

Entonces, a finales de los años 90 del pasado siglo, las reiteradas críticas en torno a la obsolescencia de la legislación penal venezolana tanto en su aspecto sustantivo como procesal, condujeron a afirmar que tal legislación era el causante de la ineficacia del sistema judicial, del aumento del hecho delictivo y, en general, de los cuestionamientos sobre la administración de justicia. Hay que advertir que el origen de una específica ley procesal penal en Venezuela se remonta al Código de Procedimiento Criminal de 1873. Antes, los juicios penales se regían por las normas que regulaban el proceso civil, conforme el Código de Procedimiento Judicial de 1836. Fue reformado el Código de 1873 varias veces: en 1882, en 1884. En la reforma de 1897 pasó a ser el Código de Enjuiciamiento Criminal. Este Código previó el juicio por jurado, sin hacerlo obligatorio, ya que dejó en libertad de adoptarlo o no, a los poderes legislativos de los Estados. El juicio por jurado continuó vigente en los códigos posteriores, el de 1904 y el de 1911, hasta

¹ Oficina Central de Información: “La economía en 1994, Fondo de Garantía de Depósitos y protección Bancaria (Fogade)”; en *Primer mensaje del Presidente de la República Dr. Rafael Caldera al Congreso Nacional*, Imprenta Nacional, Caracas, 1995. p. 40

² Ignacio Antivero, coord. (1989-1997), Series Estadísticas de Venezuela. Tomo I-A. (Serie 1950-1998). Banco Central de Venezuela, Caracas.

su defenestración en el Código de 1915. El CEC de 1926 fue reformado también varias veces: en 1957, en 1962 y en 1995. Este Código tenía como fuente inmediata la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, de 1882, que establece el “procedimiento mixto”. El gran jurista venezolano homenajeado en esta disertación, el Dr. Tulio Chiossone en su Manual de Derecho Procesal Penal (1981, 69), aclaraba...

“...El proceso penal efectivamente es arcaico y enormemente ineficiente... En realidad, es mixto por cuanto tiene dos fases: el sumario, completamente inquisitorio, y el plenario, que incorpora elementos acusatorios. En realidad, el rasgo predominante es el inquisitorio. En el procedimiento inquisitorio el juez busca la verdad, o más propiamente los elementos de convicción...”

Históricamente existen tres sistemas de procedimiento penal: el acusatorio, el inquisitivo o inquisitorio, y el sistema mixto:

- El acusatorio tiene por base el que nadie puede ser juzgado penalmente, sin una acusación que otro sostenga en contra de él, ante las autoridades competentes. Es un proceso de partes: El Ministerio Público y la defensa. El juicio se inicia por persona distinta al juez. La investigación y recolección del material probatorio, corresponde a las partes. Al juez solo le corresponde juzgar con base en las pruebas presentadas por las partes, y con fundamento en estas, condena o absuelve. Todo esto se lleva a cabo en base a los principios de publicidad del juicio y de la discusión contradictoria entre el acusador y el acusado, con absoluta paridad de derechos y poderes entre estos;
- En el inquisitivo o inquisitorio, la iniciativa de la investigación y persecución de los delitos corresponde al juez o a funcionarios públicos que tienen la facultad de iniciar el proceso penal. El proceso penal comienza bien de oficio, por denuncia o, por acusación. Es escrito, tanto la imputación delictual que haga el fiscal del Ministerio Público o el acusador, como la defensa. Es también en su totalidad secreto.

Entre los caracteres diferenciales que permiten distinguir el acusatorio del inquisitorio, radica en que el sistema acusatorio, el ejercicio de la jurisdicción está claramente separado del derecho de acción. Por el contrario, en el inquisitorio el ejercicio de la acción corresponde al titular de la jurisdicción. De allí que cuando el juez actúa de oficio está ejercitando la acción penal. Pone en movimiento es la función jurisdiccional del Estado. Las ideas filosóficas del siglo XVIII, especialmente las surgidas de la Revolución Francesa, influyeron notablemente en el sistema procesal penal e hicieron que el sistema inquisitorio, que era el vigente para entonces, desapareciese en parte y surgió un sistema mixto. En efecto, en el Código de instrucción criminal promulgado en Francia en 1808, se mantuvo el procedimiento inquisitorio, en la primera fase del proceso, es decir, un procedimiento previo, escrito, secreto, no contradictorio, pero incorporó una segunda fase oral, público y contradictoria. En consecuencia...

- El sistema mixto que era el establecido en el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, tenía una fase preparatoria, secreta, escrita, que es conducida por el juez o por los llamados órganos instructores del proceso penal, a la cual le sigue una fase oral, pública y contradictoria, la formulación de cargos o imputación delictual; y la defensa, y la decisión o sentencia corresponden a sujetos procesales distintos.

Y es aquí que surge la primera versión del COPP, el promulgado en 1998, que entró en plena vigencia a mediados de 1999. Fue ambiciosa la propuesta de sus redactores. En la Exposición de Motivos se lee que "...con la nueva legislación se logrará una justicia rápida, dictada con sentido de equidad...esto contribuiría al combate de la delincuencia y al logro de la seguridad jurídica...". Duró apenas algo más de un año desde su vigencia plena ya que en la G.O. del 25-8-00 se publicó su primera Reforma: Acuerdo reparatorio para las lesiones culposas leves; incorporación de las dos fórmulas del delito flagrante -flagrancia propia e impropia- para permitir su aprehensión; regulación de la privación preventiva judicial de libertad. También se incorporó el efecto suspensivo de la libertad decidida por juez de control, frente al sospechoso

de delito flagrante; y se regularon aspectos de la rebaja de condena por admisión de hechos.

Pero, también, de nuevo, algo más de un año fue lo que duró ese COPP 2000, ya que en la G.O. de Noviembre de 2001 se publica, en tan breve término, la segunda reforma del COPP. En su Exposición de Motivos se lee que “...de nada servirá esta reforma del Código...y de otras leyes si no se emprende una sólida fórmula de desarme de la población que impida hechos con armas de fuego, se inicie una verdadera política criminal preventiva y represiva que llegue a la población, y se emprenda una reforma penitenciaria que logre la rehabilitación y la reinserción social de los condenados por delitos”. Esta Exposición de Motivos reconocía que la respuesta a los problemas de seguridad ciudadana, de los cuales se señalaba al COPP como generador, requerían respuestas integrales dentro de las cuales la reforma era meramente tangencial. Esta, la de 2001, fue la más extensa: 208 disposiciones reformadas y/o incluidas. Se eliminaron los tribunales de jurados, que habían coexistido con los tribunales mixtos, éstos en los que los ciudadanos participan al lado de un juez como escabinos. También se restringió el alcance de las “excepciones” (para oponerse a la persecución penal, art. 28). Se modificó la “extensión jurisdiccional” que faculta a los tribunales penales para conocer de cuestiones civiles y administrativas relacionadas con el hecho penal que investigan (art. 34); igualmente, se modificó la “prejudicialidad civil” que consiste en suspender el proceso penal si éste depende de una cuestión civil pendiente, hasta que ésta se resuelva (art. 34). Por otro lado, se modificaron las medidas alternativas a la prosecución del proceso (el principio de oportunidad, los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso), mecanismos destinados a otorgar la libertad al procesado y significan, bien sea la extinción de la acción penal o la suspensión del proceso siempre que se respeten unas condiciones.

Fue una modificación substancial al principio del “estado de libertad” según el cual “toda persona a quien se le impute participación en un hecho punible, permanecerá en libertad durante el proceso, salvo las excepciones establecidas”, ya que el objetivo manifiesto del legislador fue impedir que las formalidades para aplicar las medidas de coerción, obstaculizaran la detención, persecución y enjuiciamiento de los presuntos responsables. Otro aspecto importante es que, siendo el peligro

de fuga y el peligro de obstaculización de la investigación penal una de las razones para mantener privado de la libertad al imputado o a la imputada, se incluyó, como razones para considerar que hay peligro de fuga, su conducta pre-delictual y la siguiente presunción: “se presume el peligro de fuga en casos de hechos punibles con penas privativas de libertad, cuyo término máximo sea igual o superior a diez años” (art. 251); igualmente, para considerar que hay peligro de obstaculización, se incluyó como razón el que pueda modificar algún elemento o evidencia sobre la investigación o tratar de influir a las víctimas (art. 252). En caso de flagrancia, se precisó en 36 horas el tiempo que tiene el Ministerio Público para poner al detenido o la detenida a disposición del juez o la jueza (art. 373). Igualmente, se reguló la actividad del juez o la fiscal, en la definición del procedimiento a seguir en casos de flagrancia y de las medidas de coerción personal pedidas por el fiscal contra el procesado o la procesada (art. 373).

Para 2006 la situación carcelaria se había agravado y había llevado a varios conflictos penitenciarios. Se incrementó el número de personas asesinadas en las cárceles, al igual que el número de huelgas de hambre y personas que recurrieron a la práctica de autolesión como mecanismo de protesta dentro de los centros carcelarios. El gobierno dio respuesta con la reforma 2006 del COPP: Se suprimió el art 493, que condicionaba más severamente la suspensión condicional de la ejecución de la pena y cualquiera de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena, por varios delitos listados en ese Artículo; se reformaron las condiciones para permitir a los penados y tener acceso a trabajo fuera del establecimiento penitenciario, pasar a régimen abierto u obtener la libertad condicional, y así se limitó la condición de que el penado no tuviera antecedentes por condenas ocurridas dentro de los diez años anteriores a aquella condena por la que solicitaba el beneficio, y se eliminó la condición de haber observado buena conducta (art 500). Se estableció que el cómputo del tiempo para obtener la redención de la pena por trabajo y estudio, se comenzará a contar desde el momento en que se empiece a cumplir la condena impuesta y no desde que se cumpliera la mitad de la pena (art. 508). En general, es evidente que esta reforma estuvo imbuida por todo el clima de malestar dentro del sistema carcelario y fue una respuesta o un mecanismo para aliviar las tensiones.

En cuanto a la reforma del año 2008, ésta buscó principalmente dar respuesta al retardo procesal. Se trató esencialmente de una reforma de 13 artículos que modificaron los procedimientos para facilitarlos y agilizarlos. Revisemos algunos contenidos de esta reforma: Se modificó el sistema de notificaciones (art. 183 a 189) a las partes del proceso, a las víctimas, expertos, intérpretes y testigos, a las personas ausentes o que no pueden ser localizadas, a los militares en servicio activo y funcionarios de policía. Se cambió el procedimiento para la aplicación de las llamadas medidas de coerción personal materializadas esencialmente en la pérdida de la libertad personal (art. 244). Se amplió el plazo para que el Ministerio Público dé inicio a la investigación penal y decida si la desestima o no (art. 301) y para el final de la investigación por parte del Ministerio Público, se modificó el trámite del sobreseimiento. Fue modificado el procedimiento de extradición activa, es decir, el que se aplica cuando es Venezuela la que solicita a otro Estado la extradición de una persona imputada a la cual se le ha acordado medida cautelar de privación de la libertad, para procesarla penalmente en nuestro territorio (art. 392). En caso de extradición pasiva se establece que una vez la persona sea aprehendida deberá ser presentada dentro de las 48 horas siguientes ante el juez que ordenó su aprehensión para que sea informada acerca de los motivos de su detención y de los derechos que le asisten (art. 396).

Con respecto a la reforma procesal de 2009, al igual que la reforma de 2008, se buscó agilizar los procesos penales. Según su exposición de motivos, lo que se perseguía era llenar de contenido las garantías y derechos constitucionales relativos a los derechos humanos y el debido proceso, que permitan desarrollar una política de humanización de las cárceles para alcanzar la conformación de una cultura de defensa de la dignidad del privado de libertad. En general, se trata de una extensa reforma a 40 artículos del COPP: Se amplió la aplicación del principio de oportunidad (que consiste en que el Ministerio Público solicita al juez que no ejerza la acción penal) a los delitos con penas máximas inferiores a 5 años. También se eliminó un párrafo que excluía de este beneficio a las personas condenadas mediante la aplicación del procedimiento por admisión de los hechos cuando la pena impuesta excediere de 3 años (art. 493). Se suprimió la exigencia de que no existieran

condenas por delitos de igual naturaleza a la del delito por el cual fue condenada la persona, para que el tribunal de ejecución autorice al penado o a la penada a trabajar fuera del establecimiento, a pasar a régimen abierto o a obtener la libertad condicional (art. 500). El objetivo sería dejar de lado un criterio peligrosista, que llevaba a que los efectos de la pena por un delito anterior fueran extendidos a la situación del penado o la penada por un nuevo delito. Se incluyeron nuevas condiciones: para obtener la suspensión condicional de la ejecución de la pena (art. 493) se debe incluir el pronóstico favorable de conducta a cargo de un equipo técnico (previsto en el num. 3 del art. 500); para trabajar fuera del establecimiento, o pasar a régimen abierto o para obtener la libertad condicional, se necesita que “el interno o interna haya sido clasificado o clasificada previamente en el grado de mínima seguridad por la junta de clasificación y tratamiento del establecimiento penitenciario...” (art. 500).

Al igual que en las reformas del 2006 y 2008, la reforma del 2009 se dedicó, en gran medida, a modificar artículos de la reforma del 2001. Así, podemos constatar que de los 40 artículos de esta reforma, 24 fueron modificados o introducidos por la reforma de 2001. En especial, esta reforma continuó desmontando las medidas que en la reforma de 2001 buscaron restringir la libertad como principio: esto sucede con la ampliación del principio de oportunidad (art. 37), la eliminación de un requisito para obtener la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la eliminación de una causal de exclusión de este beneficio (art. 493), y con la eliminación del criterio peligrosista de que no existieran condenas por delitos similares para pasar a régimen abierto o para obtener libertad condicional. De igual manera, se continuó la lucha contra el retardo procesal a través de reformas al COPP y se buscó agilizar el procedimiento penal.

Hay que puntualizar que la adopción del COPP fue un cambio fundamental para la administración de la justicia penal en Venezuela: abandonar el inquisitivo para incorporar un sistema primordialmente acusatorio, pretendió encausar la administración de justicia hacia un sistema garantista acorde con los parámetros internacionales de derechos humanos. Pese a ello, el COPP ha sido objeto de reformas francamente regresivas. En gran medida, el código encontró un fuerte muro

de contención sostenido por lo menos en tres columnas: a) una sociedad que pedía mayores garantías o acciones positivas, b) un Poder Legislativo que optó por soluciones restrictivas y c) unas políticas públicas desordenadas en esta materia. Por ejemplo, en las reformas del 2000 y 2001, con el tiempo, mostraron que no contribuyeron a mejorar la situación de inseguridad. De poco sirvió que esta reforma endureciera los criterios para que las personas detenidas optaran a la suspensión condicional de la pena y fortaleciera los mecanismos para que jueces, juezas y fiscales aplicaran medidas privativas de la libertad. Las tres reformas posteriores estarían más bien dirigidas a propiciar la libertad de procesados y condenados, reformando buena parte de lo dispuesto en la reforma de 2001.

Por su parte, las reformas al COPP del 2006, 2008 y 2009 tuvieron dos objetivos principales: 1) atender los problemas de retardo procesal y 2) contribuir a mejorar la grave situación causada por el hacinamiento humano en los centros penitenciarios. Las distintas medidas que fueron adoptadas en estas tres reformas fueron orientadas a dar celeridad al proceso y disminuir el hacinamiento. A pesar de ello, persiste el retardo procesal que lleva a que la mayoría de las personas privadas de su libertad esté constituida por personas procesadas. Las reformas penales adolecen de una visión de sistema que les guíe en su etapa de diseño, es decir, cuando se hacen las normas penales en la Asamblea Nacional. Creemos que la visión de conjunto, que integre y armonice las políticas públicas, es un elemento que debe ser fortalecido. Las constantes reformas del Código Orgánico Procesal Penal en tan poco tiempo, a diferencia de normas tan aparente petrificadas en su inteligencia por hermenéutica, como el Código de Procedimiento Civil, traduce una suerte (¿o “desgracia”?) de mal maridaje entre la Venezuela que ingresó a un sistema político de pretendido corte socialista, con su novísimo sistema acusatorio procesal penal. Pretendía ser el novísimo acusatorio un sistema procesal penal corrector de la delincuencia en la sociedad. Basta leer la Memoria y Cuenta del propio Ministerio del Poder Popular para el Interior, en 2010: 5 de los 7 principales delitos considerados más numerosos, suponen el uso de la violencia, encabezados por el homicidio y el secuestro. Ello traduce una especie de resolución “a-procesal” del conflicto delictivo. A la muestra, un botón: En el Informe Provea de

2011 se nos muestra que las muertes por enfrentamiento, en 1999, eran de 607, siendo que once años después, en 2010, estas muertes aumentan a 3.492, para lo cual se percibe una especie de banalización de la judicialización de la represión del delito, en aras a una resolución policial inmediateista del conflicto penal.

Ambición en la promulgación inicial del COPP, decepción de las contra-reformas. Es la última hasta ahora, 6 en 20 años, la de 2012, la hecha por el entonces presidente Chávez, por vía de Ley Habilitante, se lee en su Exposición de Motivo: "...ante el evidente fracaso en la aplicación de ese modelo importado que, entre otras cosas, incide en el retardo procesal, que conlleva a la impunidad, así como a contradicciones con la Constitución...". La reforma 2012 del COPP se publica a través del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Procesal Penal de la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, en la G. O. del 15-6-12, Código éste cuyo carácter Orgánico fue declarado Constitucional por la Sentencia N° 795 del 15-6-12, de la Sala Constitucional. Muchos aspectos de la original concepción del COPP fueron dejados de lado, como una especie de suelte de lastre. Sintomático fue la desaparición de la participación ciudadana como forma de integración ciudadana en el acto de administración de justicia, abolido entonces ya no solo el sistema de jurado sino también el escabinado, por lo que la participación ciudadana en la gestión pública, y dentro de ella, en la judicial penal, como "deber social" de todos los ciudadanos según sus capacidades, cometido por excelencia de la Administración Pública dentro de un Estado Social, se desvaneció. También se permitió el enjuiciamiento en ausencia en las audiencias preliminares y de juicio, violentando el 49.3 Constitucional, "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...". Por otra parte, se eliminó la audiencia oral para escuchar al privado de la libertad cuando operaba el lapso de proporcionalidad para ser mantenido en tal privación sin haberse iniciado aun audiencia de juicio, conforme al 230 COPP. De igual forma, se elimina la fijación de audiencia para escuchar a la víctima frente a la propuesta de sobreseimiento fiscal, inclusive si la causa comenzó fue con la presentación de querella por

parte de la víctima. Por otra parte, en el COPP 2012 se incorpora el procedimiento especial por delitos menos grave, aquellos cuya pena no supera los 8 años en su límite máximo, o no estén expresamente exceptuados (Ver art. 354 COPP), en procura que el procesamiento de esos delitos se resuelva con alternativas procesales en búsqueda de la mediación como fórmula de resolución del conflicto penal.

Radical fue la incorporación en el art. 430 de la suspensión de la libertad del que ya fue declarado absuelto a la finalización del juicio, contradiciendo ínsitamente lo dispuesto en el propio artículo 348 del COPP y el 44.5 de la CRBV. Por otra parte, es francamente contradictorio lo que se incorpora en el 444.3 del COPP, porque define una causal para la apelación de sentencia por “Quebrantamiento u omisión de formas no esenciales o sustanciales de los actos que cause indefensión”, cuando, precisamente, la lógica procesal, conduce a afirmar que la omisión decisoria es, más bien, por el irrespeto a formas esenciales, porque las otras serían rituales, proscritas por el 257 Constitucional.

Como se evidencia a las claras, tantas e importantes reformas en tan poco tiempo impiden, denodadamente, cimentar una interpretación racional, asible, de un sistema procesal penal y de sus institutos, actos procesales, incidencias, formas procesales, procedimientos, fases. No se ha asumido una inteligencia funcional, real, sobre que el tan pretendido sistema acusatorio que ha sufrido un deslave inquisitorio tan pronto se iniciaba el nuevo sistema. La obsolescencia interpretativa de los institutos procesales impide mantener los mismos criterios que se asumen en años, en lustros anteriores. Ejemplos sobran: ¿Cómo seguir asumiendo, por ejemplo, las máximas de experiencia como instrumento apreciativo de la prueba (aún vigente en el 22 del COPP), si ellas estaban dirigidas fundamentalmente al lego que juzgada, el ciudadano que no era abogado y que se integraba al acto de juzgar con el juez abogado?; ¿Cómo entender, luego de la reforma, el impulso procesal por querrela de la víctima, si en su desestimación por el sobreseimiento fiscal siquiera se convoca a audiencia para que dicho querellante pueda acudir y alegar?; ¿Cómo entender la irrecurribilidad del auto de apertura a juicio si en la última reforma se permite impugnar la ilícita admisión de prueba, pero no se establece normativamente la suspensión del inicio del juicio?

2. EL PRECEDENTE VINCULANTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL HA CONDUCIDO A UN PARALELISMO PROCESAL A-NORMADO (O ¿“ANORMAL”?) O, DICHO EN OTRAS PALABRAS, ¿CÓMO “INTERPRETAR LO INTERPRETADO?”

Con la promulgación de la Constitución de 1999, se pretendió la apertura de un paradigma distintivo de lo jurídico en el país, y del concepto de Derecho y de Justicia, fundamentalmente derivado del abánico interpretativo que despliega la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, bajo el prisma del llamado “precedente vinculante”. Buena parte de dicho precedente se sustenta en la invocación del “debido proceso”, aunque solo sea en una referencia nominal. Ahora bien, ¿es la interpretación política de la Constitución, el “precedente vinculante”? Anunciaba el entonces Magistrado de nuestro Máximo Tribunal, Levis Zerpa, en su Discurso de Orden en la Sesión Solemne del TSJ, en ocasión a la apertura de las actividades judiciales de 2000, sobre la labor de interpretación de la Constitución, en el sentido que el atribuirle “...sentido a los textos con relevancia jurídica, deben ser apreciadas tanto en relación con la Constitución misma como respecto a la normativa jurídica existente...”. La Constitución de 1999 creó la Sala Constitucional de nuestro Máximo Tribunal, la que empezó a despachar en enero de 2000. Dicha Sala, a las primeras de cambio, argumentó sobre el necesario carácter “político” de la interpretación del Derecho. En forma sistemática dicho criterio empezó a acuñarse a partir de la 1309 (19-7-01), sobre la llamada “contextualidad jurídico-política” de la interpretación jurídica: la decisión jurisdiccional que interpreta el Derecho debe cumplir una “...doble justificación, a saber, la interna o coherencia con el sistema jurídico, y la externa o adecuación con la mejor teoría política que subyazca tras el sistema y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica. La justificación externa permite distinguir las reglas de los principios y determina la caducidad histórica del positivismo legal que había sido renuente a la consideración de los principios”..., afirmando sin ambages dicha Sala que “...En el juego hermenéutico, por supuesto, la ideología es importante”..., puesto que “...el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de

una política...con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*)”...³.

En la referida, dicho “Máximo Intérprete de la Constitucionalidad” esquematizaba que hay “clases” de interpretación constitucional, reduciéndolas a “...La primera está vinculada con el control difuso de la constitucionalidad de las leyes y de todos los actos realizados en ejecución directa de la Constitución; y la segunda, con el control concentrado de dicha constitucionalidad...por lo que declara a esta Sala Constitucional su máximo y último intérprete”...; postura ésta que, ciertamente, se dejaba traslucir desde la propia Exposición de Motivos de la Constitución al referirse ésta que la venidera ley orgánica del novísimo entonces Tribunal Supremo de Justicia debía “...consagrar un mecanismo de carácter extraordinario mediante el cual la Sala Constitucional pueda revisar los actos o sentencias de las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia que contraríen la Constitución”...

Como si aquel desiderátum del sentido político de la interpretación ya no representara en sí mismo un problema al minar la necesaria pluralidad política de las instituciones públicas conforme, entre otras normas supremas, al 6 de la Constitución, esta creación de una nueva categoría de fuentes del Derecho en nuestro país, el “*jurisdatio*”, el precedente vinculante que proviene de la Sala Constitucional, le adiciona un nuevo problema a la interpretación jurídica, porque ya no se trataría exclusivamente de indagar el sentido y alcance de la norma consagrada en texto legal, sino de indagar el sentido y alcance de la interpretación que asumió el Máximo Intérprete en la motiva de su fallo interpretativo. Ergo, interpretar lo interpretado. Algo así y permítasenos el símil, como ocurrió cuando en dos lugares de la China Popular, Hong Kong y Macao, se permitió aplicar el modelo de administración conocido como “un país, dos sistemas”, acuñado por Deng Xiaoping, designándose la convivencia de dos sistemas económicos diferentes en un mismo país, el socialismo con el capitalismo. Entonces, en Venezuela, de igual

³ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1309 del 19 de julio de 2001. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1309-190701-01-1362.HTM>, consultado en fecha 30 de julio de 2020

manera, con el advenimiento del *jurisdatio* proveniente de la Sala Constitucional como fuente de Derecho, estamos presenciando la adopción de dos sistemas jurídicos en un mismo país: el que se sustenta en el llamado “Derecho estatuido”, o “Continental”, el consagrado en códigos y leyes; con otro, que asume rasgos del denominado “Derecho consuetudinario”, en su vertiente del precedente, ergo, un verdadero Estado de Derecho Consuetudinario en Venezuela.

De allí que la siguiente pregunta siempre gira en el foro jurídico nacional: Estableciendo la parte in fine del 335 Constitucional que “...Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes”.... Pero, ¿qué es lo vinculante, lo *erga omnes*: lo que una vez dicha Sala interpretó sobre el específico punto jurídico, ¿o la última interpretación sobre dicho punto jurídico? Y otra pregunta saldría a colación: ¿se requerirá una pacífica y constante (repetitiva) emisión de similar criterio sobre el punto interpretado para solidificar dicho *jurisdatio*, o basta que una sola vez haya sido expresado éste, en el *obiter dictum* de dicha Sala? Frente a la última cuestión, la SC expresó en su 1760 (25-9-01) que los objetivos de la revisión constitucional son “...a) uniformar la interpretación de la Constitución; b) dictar pautas de aplicación constitucional y c) reconducir a prácticas legitimadas por la nueva Constitución, actitudes judiciales nacidas al amparo de preceptos legales o constitucionales derogados o de principios o valores superados. Pero de ningún modo, su objetivo es corregir (aunque en la consecución de su fin propio lo haga) los desaciertos judiciales, esto es: no constituye una tercera instancia de conocimiento”⁴.... Pero tampoco debe asumirse que las interpretaciones de la Sala Constitucional, son inamovibles, petrificadas en su parecer, en el tiempo. Para ello, la propia Sala manifestó criterio sobre la llamada vigencia interpretativa de sus decisiones, subrayando la idea de que en su condición de “Máximo Intérprete de la Constitucionalidad” puede “atemperar su criterio”, ergo, cambiarlo, sobre un determinado punto jurídico-constitucional.

⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1760 del 25 de septiembre de 2001. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/1760-250901-00-2783.HTM>, consultado en fecha 30 de julio de 2020

El no acoger el llamado “precedente vinculante” ha conducido a variadas sentencias de revisión de parte de la Sala Constitucional debido a que los tribunales no adoptan un determinado criterio, quizás no dispuesto (en la dispositiva imperiosa del fallo), pero si motivado en él, y por eso se anulan en ejercicio del “*jurisdatio*”. Entonces, para encajear aún más la problemática dentro de esta desventura del proceso penal venezolano en los últimos años, estas decisiones vinculantes de la Sala Constitucional del TSJ ha traído no pocas paradojas, desencuentros, contradicciones y rechazos a las pautas normativas establecidas en el COPP, aun con todas sus reformas, o precisamente por ellas, por lo que la madeja de aplicación de la ley adjetiva penal venezolano se incrementa. Veamos algunos ejemplos:

- **La eliminación de la participación ciudadana:** En la Sentencia 3744, del 22-12-03, la Sala Constitucional del TSJ estaba tratando un asunto distinto a la participación ciudadana, como lo es el retardo procesal en ocasión de la audiencia preliminar del proceso penal y, de repente, se acordó (si, se acordó, de acordarse, de recordarse) de otro asunto distinto a lo que se abordaba, y distinto al objeto del fallo, se pronunció tangencialmente de asunto diverso...

“Es más, la Sala, con miras a ordenar el proceso penal...considera que es una dilación indebida la que ocurre cuando el tribunal con escabinos no puede constituirse después de dos convocatorias correspondientes y que, ante esa situación, el juez profesional que dirigirá el juicio, debe asumir totalmente el poder jurisdiccional sobre la causa, por lo que deberá llevar adelante el juicio prescindiendo de los escabinos”⁵

Ese fue el comienzo de la eliminación de la participación ciudadana, defenestrada de lleno en el vigente COPP de 2012. Ahora bien, a pesar de ello se conserva en el 22 del COPP la única norma

⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 3744 del 22 de diciembre de 2003. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/3744-221203-02-1809.HTM>, consultado en fecha 30 de julio de 2020

reguladora del mecanismo apreciativo de la prueba penal, “Las pruebas se apreciarán por el tribunal según la sana crítica observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia”, instrumento éste último, las máximas de experiencia, relegado a la apreciación del lego, del que no es abogado, sobre las pruebas penales. Pero ya, sin escabinos, se mantiene que un juez abogado, conocedor del Derecho, aprecia la prueba es con experiencia.

- **Eliminación de la imputación en sede fiscal:** ¿la imputación en sede jurisdiccional condiciona el inminente cautelar personal en el mismo acto de imputación?:

La llamada instructiva de cargos en sede fiscal como corolario fundamental del sistema acusatorio procesal penal se verifica normativamente en el 132 del COPP, “El imputado...declarará durante la investigación ante el funcionario o funcionaria del Ministerio Público encargado...cuando comparezca espontáneamente y así lo pida, o cuando sea citado por el Ministerio Público” ... (...) (*omissis*), es decir, previo a una acusación fiscal debe existir una imputación fiscal. Ergo, la imputación es el necesario sustrato de una acusación como corolario de una investigación. Y salvo que el fiscal solicitare la orden de aprehensión ante el juez de control por la obvia reticencia del imputable, de acuerdo a la trascrita, la imputación es en sede fiscal. Pero ello fue cambiado radicalmente en la Sentencia 537, 12-7-17, de la Sala Constitucional...

“...considera esta Máxima intérprete de la Constitución que lo ajustado a derecho...es establecer, provisionalmente, que toda persona investigada por la presunta comisión de algún hecho punible o aprehendido en flagrancia, obtendrá la condición de imputado(a) una vez haya sido informado por parte del Ministerio Público ante su defensor de confianza o público si no lo tuviere, en la sede del órgano jurisdiccional penal competente, de los hechos de los cuales se le atribuye la participación o autoría, así como los elementos de convicción que sustentan dicha imputación, ello a los fines de que el Juez o la Jueza (en funciones de Control) garantice y supervise el cumplimiento de la legalidad en el proceso, especialmente en lo referente a los derechos constitucionales del investigado, por lo que

se considerará como “investigado” y no como “imputado”, hasta que se cumplan los requisitos señalados supra”...⁶

Ahora bien, cambiada la ubicuidad, la localidad de la imputación, por decisión de la Sala Constitucional, necesariamente ello conduciría a la inminencia cautelar personal, bien sea la medida judicial preventiva privativa de la libertad o la medida cautelar sustitutiva, en la inminencia de la audiencia -que ya no sería de presentación, sino de imputación-, lo cual no acaecía cuando la normada imputación era en sede fiscal. Ello trae la consecuencia de una premura coercitiva cuando la imputación inicial es en sede jurisdiccional, lo cual no acaece cuando la imputación es en sede fiscal, ya que ello permitiría hasta el señalamiento de diligencias de investigación defensivas para evitar afectaciones innecesarias a la libertad.

- **La necesidad del dictado de un auto de motivación del auto de apertura a juicio, apelable aquel:** ¿suspende el inicio del juicio?

En todas las 6 reformas del COPP se ha mantenido la inapelabilidad del Auto de Apertura a Juicio. Ello mantiene la orientación de, entre otros ejemplos foráneos, la Ordenanza Procesal Penal alemana (*Strafproz.efiordnuug*, StPO), o “Código Procesal Penal alemán” (hay una traducción de Emilio Eiranova E., Marcial Pons, Madrid, 2000). Claus Roxin, en su *Derecho Procesal Penal*, 347 y ss., se explica ello...

“...el auto de apertura no puede ser recurrido por el acusado...ni por la fiscalía...Una nueva demora -después de los procedimientos preliminar e intermedio, de larga duración- ya no sería razonable; en el juicio oral, ambos (acusado y fiscal) tienen oportunidad suficiente para hacer oír su punto de vista” ...

Entonces, el 314 del COPP venezolano establece que el Auto de Apertura a Juicio (ya que el juez de control admitió la acusación pública, del Ministerio Público; y/o la particular propia, de la víctima) no

⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 537 del 12 de julio de 2017. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/201056-537-12717-2017-17-0658.HTML>, consultado en fecha 30 de julio de 2020

puede apelarse. Pero tal imposibilidad sufrió un resquebrajamiento en la Reforma 2012, cuando se incorporó en el *In Fine* de dicho artículo, “salvo que la apelación se refiera sobre una prueba inadmitida o una prueba ilegal admitida”. Y es que conforme al 314.3, dicho Auto debe contener “Las pruebas admitidas y las estipulaciones realizadas entre las partes”. Entonces, el recurso sería especificando que se impugna es por, a) La inadmisión ilícita de una prueba, al no estar la prueba ofertada, por una parte, en el capítulo de pruebas del citado Auto; y/o por b) Dicho capítulo, contiene una prueba ilícita. Ahora bien, esta especificidad del recurso para evitar su inadmisibilidad, además de lo dispuesto en el citado *In Fine* del 314, se reacomoda con el criterio vinculante derivado del fallo 942, del 21-7-15, de la Sala Constitucional del TSJ. En él se estableció que el juez que admita la o la acusación (es), además de publicar y suscribir (i) el acta de la audiencia de la que se derivó (ii) el auto de apertura, debe también suscribir y publicar un (iii) tercer instrumento, otro auto, distinto al Auto de Apertura, en el que se describirán las razones porque se dictó el principal auto aperturista. Y ese segundo auto si es apelable. Resumiendo, el fallo en cuestión, en él se instruye que...

“...el Tribunal debe indefectiblemente dictar y publicar el auto fundado en la misma fecha en la cual termina la audiencia y se firma el acta correspondiente...los Tribunales de Control deben siempre dictar y publicar un auto fundado en extenso en el cual consten la narrativa, la motivación y el dispositivo de las decisiones pronunciadas en cada audiencia, el cual será diferente al auto de apertura a juicio...y sólo es apelable respecto de las pruebas inadmitidas o ilegales admitidas, ...la cual constituye un cuerpo diferente, en primer lugar, del acta que se levanta y firman los presentes al final de la referida audiencia...el dispositivo de las decisiones tomadas...y que luego deben ser plasmadas y motivadas en el texto íntegro del auto fundado mencionado...el cual sí es susceptible de ser apelado; y, en segundo lugar, del auto de apertura a juicio que se dicta posteriormente en un documento aparte”...⁷

⁷ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 942 del 21 de julio de 2015. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/179826-942-21715-2015-13-1185.HTML>, consultado en fecha 30 de julio de 2020

Ahora bien, nada afirma el fallo sobre si debe suspenderse o no el inicio del juicio oral y público, inicio éste ahora cuestionado por la recurrencia del auto motivador del pase a juicio (aunque no sea técnicamente la apelación del auto de apertura a juicio), lo cual conlleva a la posibilidad de contradicciones e impropiedades procesales ante tal criterio de la Constitucional. Con respecto a la mencionada redacción del In Fine del 314 COPP, puede apelarse la “...prueba inadmitida o una prueba ilegal admitida” ..., en la audiencia preliminar. Lo lacónico de la frase permite encontrar tres (3) hipótesis para esa recurrencia:

- a) Ilícita admisión de prueba lícita: En la fase intermedia, una vez presentada la acusación, se ofreció una prueba lícita, una experticia, un testigo, un documento, etc. Ahora bien, en la causa se evidencia que dicha prueba fue conocida por el o los acusadores desde la fase anterior, desde la fase preparatoria, bien porque esa misma parte la presentó en la audiencia de imputación, o la incorporó en la querella. Pero, después, distinto a lo esperado, toda vez que se conocía la prueba desde antes, paradójicamente no fue ofrecida en la acusación sino que, acogiéndose al 331.8 del COPP, se incorporó como “...nuevas pruebas de las cuales hayan tenido conocimiento con posterioridad a la presentación de la acusación Fiscal”. El juez de control, aceptando tal extemporaneidad por dilación en el ofrecimiento probatorio, violando el principio de legalidad procesal (253 de la CRBV), admitió ilícitamente esa prueba lícita;
- b) “Lícita” admisión de prueba ilícita: La prueba que fue conocida desde antes (fase preparatoria) por el o los acusadores, fue ofertada temporáneamente en la respectiva acusación. Pero esa prueba es ilícita porque lo que se ofrece, por ejemplo, es la declaración del acusado o la de su cónyuge o la de su pariente dentro del 4° grado de consanguinidad o 2° de afinidad (prohibido ello por el 49.5 de la CRBV, declaración coacta); o se ofertó las resultas de un examen corporal o mental realizado irrespetando el pudor del procesado (proscrito ello por el 195 COPP); o se ofreció como prueba, un acta de audiencia de prueba anticipada realizada sin presencia del procesado que ya en ese momento

era investigado, o con su presencia, pero sin defensor (prohibido por el 289 *eiusdem*). Estas ilícitas pruebas, conforme al 181 *ibidem*, se ofertaron temporáneamente en la acusación, pero su admisión por el juez de control en la preliminar, es un acto de apariencia lícita sobre un elemento de convicción ilícito. Nótese que el 181 del COPP, en sus hipótesis de ilicitud probatoria, habla de (i) “medio ilícito”, (ii) de incorporación ilícita de prueba, y (iii) de “procedimientos ilícitos”; y...

- c) Ilícita admisión de prueba ilícita: Ambos extremos son cuestionables, inconstitucionales, tanto el procedimiento por el que se admitió, y el carácter ilícito de la propia prueba. Un ejemplo: el fiscal que aun sabiendo desde la fase preparatoria que la madre del acusado presencié el hecho, oferta su declaración; pero siquiera lo hace en la acusación (como lo exigiría el 308 COPP), si no, para empeorar el entuerto, como prueba nueva, sustentándose en el 311.8 *eiusdem*. El desaguizado es máximo, pero tal afrenta al principio de legalidad procesal fue cometida por el juez de control que admitió esa prueba ilícita también tardíamente presentada.

- **La incorporación de la víctima como única acusadora particular propia por delito de acción pública ante la ausencia de acto conclusivo fiscal**, ¿traslada a los particulares de la importante carga probatoria y del mantenimiento de la acción penal?

A partir de la Sentencia 902, del 14-12-18, la Sala Constitucional del TSJ, permite la acusación particular propia de la víctima sin que el fiscal acuse, en delitos de acción pública, contrario a lo normado expresamente en el COPP. Debe aclararse que la posibilidad de ser la víctima una acusadora singular por delito de acción pública, solo es posible por delito menos grave, o por delito grave (en procedimiento ordinario o por flagrancia) cuyo imputado no esté privado de libertad, ya que la activación del criterio de la sentencia se deriva de la no presentación del acto conclusivo en la oportunidad del 295 COPP, estando el procesado presentándose en cautelar sustitutiva. El hecho que el Poder Público asuma el ejercicio de la acción penal a través de un Ministerio

Fiscal es la consolidación de un proceso histórico que defenestraba la venganza privada en el ejercicio de la sanción penal. Ello hace superar la original y exclusiva acusación privada de la víctima en Grecia, por la “apropiación” pública de tal ejercicio, prácticamente con la creación de los llamados “fiscales pretorianos” de la Antigua Roma que asumían la represión de los delitos públicos versus los delitos privados, ante los jueces cuestores. Así, a pesar de que el sistema acusatorio procesal penal del COPP es preconstitucional desde el primer Código de 1998, un año después la Constitución de 1999, no lo niega, y más bien lo reafirma con la titularidad de la acción penal en el Ministerio Público, descrito en el 285.3 y 4 de la CRBV; pero fundamentalmente ordenado en el 30 *eiusdem*. En este su In Fine es lapidario en el sentido que es el Estado el que “...protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados”, y no estas las que deban autoprotegerse de los delitos, en un proceso.

A pesar de que en el fallo se afirma que desde el 20-6-02 (Caso: Tulio Alberto Álvarez) dicha Sala dizque reafirma la posibilidad singular de la víctima de mantenerse en proceso penal como acusador, ello no es lo que se percibe de la emblemática Sentencia N° 3167 del 9-12-02 de la Sala Constitucional, publicada en Gaceta Oficial, en la que se interpretó el 29 Constitucional, de la forma siguiente...

“...La víctima, por su parte, fue cediendo terreno por el hecho de que su potencial venganza podía generar nuevos conflictos con la consecuente espiral de violencia. En la medida en que el Estado comienza a asumir, como una de sus tareas primordiales, el mantenimiento del orden y de la seguridad pública, intenta aplacar los conflictos. Por ello y visto que el conflicto inicial –el delito- no pudo ser evitado, procura impedir la venganza de la víctima, a través de la acción de una institución que se apropia en cierto modo de los derechos de ésta a vengarse o a pedir reparación y los ejerce en nombre del Estado. La figura del fiscal, tal como se advirtió poco antes, está vinculada desde su nacimiento al principio acusatorio, según el cual no puede haber juicio sin acusación. Antiguamente, en el sistema llamado “acusatorio puro” no podía haber juicio sin la acusación del agraviado o víctima. En la medida en que el sistema ingresa en un contexto de mayor estabilidad, el fiscal va a ocupar

el lugar de la víctima; lo hace, claro está, con características muy particulares, esto es, como funcionario del Estado...De allí que el Ministerio Público sea una magistratura especializada en fortalecer la tutela judicial efectiva de las víctimas” ...⁸

De ahí que, no se puede “inventar” una acusación a trocha y mocha. La ausencia de acto conclusivo de parte de la Fiscalía es, técnicamente, procesalmente, una preclusión, es una pérdida del derecho de accionar, no de una parte, sino de todo el Estado como órgano de acción pública, de quien constitucionalmente debió investigar y en consecuencia accionar. Por ello es que se entienden instrucciones procesales como la del *In Fine* del 176 del COPP: “...no se podrá retrotraer el proceso a períodos ya precluidos” La investigación tiene límites precisados en el 262 del COPP, que reafirma que la fase preparatoria tiene como “Objeto” “...la preparación del juicio oral y público, mediante la investigación de la verdad y la recolección de todos los elementos de convicción que permitan fundar la acusación de el o la Fiscal y la defensa del imputado” Es la propia inmediatez de encontrar respuesta convictiva sobre hechos cuya demostración debe ser precisa, temporánea. Por ello, lo inaudito de reasumir una investigación por parte de quien, además, no cuenta con recursos para ello, hasta inclusive 3 o más años después del hecho, que es el lapso de las prórrogas del 295 del COPP, por los importantes delitos allí mencionados. El hecho que la víctima se constituya en singular acusadora penal, sin haber ésta imputado previamente -en el supuesto que siquiera haya presentado querella para hacer conocer el hecho-, se traduce a las claras en un supuesto excepcional conforme al 28.4 del COPP, “acción promovida ilegalmente”, ya que la imputación es el sustrato de toda acusación pública y debe haber congruencia entre ellas, no solo del hecho o la calificación jurídica sino también congruencia de identidad del accionante. Por lo demás, en el “procedimiento” (realmente creemos que es un “procedimiento”, más que una “incidencia”, porque crea lapsos, plazos y términos, instituye un objeto procesal distinto, y capacidades de partes diferentes) para la

⁸ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 3167 del 09 de diciembre de 2002. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/3167-091202-02-2154.HTM>, consultado en fecha 30 de julio de 2020.

singularización de la acusación de la víctima por delito de acción pública creado en la Sentencia de Diciembre de 2018, en nada se describe si hay una incidencia previa del tribunal sobre la admisión de la siquiera condición de víctima del delito por parte de quien se le permite activar mecanismos de auxilio judicial pertenecientes a un procedimiento especial, pero llevándolo a un procedimiento ordinario, contrariando la orientación del principio de supletoriedad del 353 del COPP, que instituye más bien es la inversa de tal adopción.

Es francamente ambigua, extensiva e insegura la expresión del fallo, “...libertad de prueba, preceptuado en el artículo 182 del Código Orgánico Procesal Penal, la víctima tendrá la mayor amplitud en su actividad probatoria en el ejercicio de la acusación particular propia”...⁹, ¿a qué debe entenderse dicha amplitud de pruebas? ¿Amplitud en su obtención aun pereciendo las oportunidades procesales otorgadas al Ministerio Público para tal obtención?, o es ¿libertad en la apreciación de la prueba, rechazando la sana crítica? O es la jerarquización de una especie de “supra-parte”, que por ser víctima protegida por el 30 Constitucional morigera las instrucciones de nulidad de prueba del 49.1 Constitucional, reglamentadas en el 181 del COPP. ¿Cuál es el alcance de la expresión “...la víctima podrá acudir al Juzgado en Funciones de Control, para que, a través de la figura del auxilio judicial, se recaben elementos de convicción que permitan la interposición del libelo acusatorio”? Veamos:

- ¿Es el mismo juzgado de control que hasta ahora ha venido conociendo la causa y que ha participado en algunas de estas actividades probatorias, valorando elementos en la audiencia de presentación y valorando por que el fiscal no ha presentado acto conclusivo concediéndole prorroga?
- Concediendo el juzgado de control el “auxilio judicial”, ¿a qué fiscalía se le asigna tal auxilio, a la misma fiscalía no conclusiva? El original y legal “auxilio judicial” establecido para el

⁹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 902 del 14 de diciembre de 2018. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/303257-0902-141218-2018-18-0041.HTML>, consultado en fecha 30 de julio de 2020

procedimiento especial de instancia de parte, 393 COPP, no exige eficiencia en su despliegue, siendo que cualesquiera sean “las resultas” del mismo, pueden no ser fructíferas. ¿Ello que derivaría?, ¿una segunda ausencia de concreción fiscal que ameritaría una investigación privada de la víctima cuyas resultas si sostendrían una acusación por delitos de tanta trascendencia como, por ejemplo, los contenidos en el Título I del Libro II del Código Penal, los delitos políticos que, investigados solo por la víctima, el Gobierno, ¿puede propiciar acusaciones públicas con prescindencia del Ministerio Público?

- Dice la sentencia: “Si el Ministerio Público no ha acusado, podrá actuar dentro del proceso penal para facilitar la evacuación de los medios de prueba que fueron admitidos en la fase preparatoria” ¿Entonces, el nuevo acusador, que es la víctima, ya no podrá ofertar pruebas porque debe conformarse con las que fueron “admitidas” en fase preparatoria, presentadas por el anterior titular de la acción?... Pero, ¿por qué se habla de “admitidos” si, precisamente, la fiscalía aún no ha presentado acto conclusivo, oportunidad inicial del ofrecimiento probatorio? ¿A que alude a “evacuación” de los medios probatorios? Conforme al In Fine del 312 del COPP, la única oportunidad de, técnicamente, “evacuación”, producción probatoria, es el juicio.... Y si el MP “facilitara la evacuación” probatoria, es que seguirá participando en el debate probatorio, ¿aun sin haber él acusado?

El hecho que quien investigó, el MP, pueda solicitar el sobreseimiento y contrario a ello la víctima pueda acusar, sin siquiera haber investigado de forma propia sino a través de un auxilio judicial exigido también a ese MP -un sinsentido frente a la llamada “unidad” del Ministerio Fiscal- es entronar una inseguridad inmensa frente al derecho de la defensa del procesado, sobre todo con el mandato constitucional del 285.3 y 4 y los artículos 11 y 111 del COPP, entre otros. En igual forma si el Fiscal archiva y a la víctima se le permita acusar. ¿Si la víctima acusa y lo que hay es una solicitud de sobreseimiento o un decreto de archivo fiscal, por esenciales problemas de escasez probatoria, es porque se afirma la inidoneidad de la prueba fiscal y si la idoneidad

de la prueba de la víctima? La sentencia “opciona” entre “el envío de las actuaciones a la Fiscalía Superior para que ordene a otro u otra Fiscal que continúe con la investigación, todo ello sin perjuicio de que la víctima pueda presentar la acusación particular propia” ... ¿Entonces, no es necesario la ratificación o rectificación del Fiscal Superior antes que la víctima acuse? Ello conllevaría a hacer nugatorio, innecesario, superfluo, el examen de la Fiscalía Superior frente al cuestionamiento del sobreseimiento por parte de la víctima. Y si hubiese pluralidad de víctimas, o contradicción entre ellas, una endilgándose esa condición que le niega a la otra, ¿podría una acusar y la otra solicitar el re-examen del decreto de archivo al juez de control?

Como se ve, muchas preguntas que le corresponde es al propio Tribunal Supremo responder, habiendo el mismo ideado tal novedoso curso de acción.

- **La previa necesidad de la admisión judicial de la calificación fiscal sobre el hecho acusado, a los fines de la admisión de los hechos**, ¿recalifica el hecho si así se frustra la admisión por discordancia con la admisión fiscal?

Establece el Art. 375 del COPP el procedimiento especial penal de la admisión de los hechos. Esta incidencia va a servir tanto para concretar la voluntad del acusado admitente a que se le condene, pero con una rebaja de su pena, pero también para lograr un sobreseimiento por vía de admitir el hecho por el que se repara (41 y 42 COPP), en el acuerdo reparatorio, o hacerlo para lograr la suspensión condicional del proceso (43 y ss. COPP) y verificar si el admitente cumple con un régimen de pruebas (45 COPP). Dice el Encabezado del 375 COPP: “El procedimiento por admisión de los hechos tendrá lugar desde la audiencia preliminar una vez admitida la acusación, hasta antes de la recepción de pruebas. El Juez...deberá informar al acusado...respecto al procedimiento por admisión de los hechos, concediéndole la palabra. El acusado...podrá solicitar la aplicación del presente procedimiento, para lo cual admitirá los hechos objeto del proceso en su totalidad y solicitará al tribunal la imposición inmediata de la pena respectiva. En estos casos; el Juez o Jueza podrá rebajar la pena aplicable al delito”

Ahora bien, frente a este instituto, decidió la Sala Constitucional en la 1066/15, publicada en la G. O. del 16-11-15..., que...

“...le está vedado al Juez...de Control realizar un cambio en la calificación jurídica después de admitido los hechos aun en el caso de que sea más beneficioso para el imputado...por cuanto esa modificación sorprendería la buena fe del imputado...que admitió los hechos, lesionando además los derechos de la víctima y del Ministerio Público...”¹⁰

Ahora, bien frente a este fallo, si se permite al juez ante el cual se refiere la voluntad de admitir los hechos, “recalificar” el hecho, ¿Qué pasaría entonces si se frustra tal admisión por la discordancia de la recalificación con la calificación que se acusó, y por ello el acusado decide no admitir? Al margen que dicha recalificación pueda quedar contenido en el auto de apertura a juicio bajo la denominación de “calificación jurídica provisional” (314.2 COPP), distinta a la acusada, el problema radicaría en cómo visualizar la posición del acusado que no acepto la nueva calificación y por lo tanto no admitió esos hechos, y que sigue estando encausado, en un juicio, con todo lo que significa haber pretendido confesar y que luego no lo hace, en lo que atañe a su percepción como presunto inocente en pleno debate probatorio.

3. EL AUSENTE INTERÉS POLÍTICO EN LO PROCESAL PENAL (LA “TEORÍA DEL CHINCHORRO”, SIC)

La conseja que “las cárceles no dan voto”, en la Venezuela de estas dos primeras décadas del siglo XXI, se extiende hacia todo lo vinculado al proceso penal: la tramitación de causas penales no es asunto que atrae ni un reconocimiento de la clase política como promesa hacia la colectividad, ni tampoco es una demanda de la colectividad hacia los políticos. La anotada “razón fiscal” de la reforma procesal penal, la oportunidad preclara que durante Caldera II, en medio del proceso de

¹⁰ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1066 del 10 de agosto de 2015. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/180601-1066-10815-2015-14-1292.HTML>, consultado en fecha 30 de julio de 2020

Reforma del Estado (Copre), y la necesidad de empréstitos internacionales, condujeron a una toma de postura institucional (los diputados: el Ing. Luis Oberto, el Dr. Carlos Canache Mata, y otros, de la Comisión de Legislación del entonces Congreso de la República, más los honorables proyectistas) sobre la necesidad del advenimiento del acusatorio.

De aquella propuesta y entendimiento inicial, en las últimas dos décadas, más bien lo que se percibe es un desentendimiento del Régimen Quinto Republicano sobre las pautas de un sistema procesal penal justo, confiable e imparcial. Muestra de ello, la Exposición de Motivos del COPP 2012, reformado por vía de Ley Habilitante concedido al entonces Presidente de la República, Hugo Chávez...

“...el Presidente de la República, Comandante Hugo Chávez Frías, en el marco de la transformación del Proceso Penal, salda hoy una deuda con el Pueblo Soberano, al dictar el presente...Código Orgánico...los redactores elaboraron unas normas divorciadas absolutamente de la realidad venezolana, para ofrecer como resultado una copia...copiaron el sistema Anglosajón...obviaron los proyectistas...la realidad venezolana...nuestra idiosincrasia” ...

¡Una real falacia! Por ejemplo, el sistema de jurados -como se acoto arriba-, constitucionalmente se ubicaba, inclusive, en las constituciones de Cipriano Castro, desde la de 1901. Lo resaltante es que en estas décadas iniciales del siglo XXI, cuando la situación de saturación carcelaria es extrema, se producen las reformas procesales penales, como la de 2006 y 2008, para dizque conceder garantías procesales con miras al descongestionamiento carcelario. Pero, cuando la delincuencia se atrinchera y aumenta en las calles, se hacen reformas penales sustantivas, como la del Código Penal. Ese bamboleo legislativo, como una hamaca que se mueve de un lado a otro, traduce una a-sistematicidad de política criminal, una visión superficial, portátil, cambiante, de la realidad legislativa penal, que funciona como un verdadero aliciente criminógeno, tan importante como la propia realidad socio-económica, por precariedad o desajuste social general.

4. EL VACIAJE DESCODIFICADOR POR UNA PROCEDI-

MENTALIZACIÓN ESPECIAL COLATERAL.

Un hito dentro de la Historia del Derecho fue el comienzo del proceso de codificación que se dio en el mundo entero fundamentalmente desde comienzos del siglo XIX, siguiendo a los códigos napoleónicos, en primer lugar, como cumplimiento del principio de legalidad que se asentaba tanto en el aspecto sustantivo como en el adjetivo, en la nueva dinámica de promulgaciones constitucionales de entonces. Pero, también, en segundo lugar, para tratar de unificar en un solo texto, los diferentes compendios normativos, los diferentes *constitutios* legales, prolijidad ésta que conducía a no pocos problemas de incerteza en la aplicación legal, a cruentas hipótesis de inseguridad jurídica. El caso venezolano se estructuró en igual sentido: con la unificación de un compendio de tipos penales en un solo Código Penal, y la unificación de actos procesales penales en un solo código adjetivo penal, primero el Código de Enjuiciamiento Criminal, y desde 1999, el Código Orgánico Procesal Penal, pareciera que la ecuación desmembrante, desordenada, de diferentes cuerpos legislativos, se desvanecía.

Pero en los últimos 20 años, la procedimentalización especial que se describe en muchos cuerpos normativos complejos -porque contienen tanto aspectos sustantivos como adjetivos- ha venido sustituyendo la codificación ortodoxa con no pocas contradicciones. El Código Orgánico de Justicia Militar, la Ley Orgánica de Protección del Niño, Niña y Adolescentes, la Ley Orgánica sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia, entre otros, cuerpos normativos, no solo hacen crear una jurisdicción penal especial en los diferentes circuitos judiciales penales del país, sino que también, crean procedimientos especiales que, en muchos aspectos sustituyen y antagonizan la definición de actos procesales del que se supone es el Código matriz, el COPP. Algunos ejemplos de ellos:

- Las distintas concepciones normativas de la flagrancia, particularmente en el caso de la jurisdicción de violencia de género (96 de la LOSDMVLV), en la que se permite seguir hablando de la aprehensión por tal comisión, inclusive después del análisis perital, en lugar de solicitarse en consecuencia la solicitud de orden de aprehensión;

- El llamado “sobreseimiento provisional”, descrito, entre otros, en el art. 561 de la LOPNNA, decisión ésta, que de forma expresa no contempla el COPP, siendo que de acuerdo a su art. 157, el sobreseimiento es una sentencia definitiva dentro del proceso penal;
- Otra problemática importante al respecto, es la preeminencia de la codificación adjetiva especial inclusive sobre el propio Código Orgánico Procesal Penal. Muestra de ello el Art. 8.10 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia: “**Supremacía de esta Ley.** Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación preferente por ser Ley Orgánica”, siendo que también el COPP es de carácter orgánico, pero en 2020, anterior en promulgación a aquella. Ello trae como consecuencia hipótesis de acumulación de causas en atención al solapamiento de fueros procesales, en un mismo asunto: *in dubio pro femini*, intereses superiores del niño, *in dubio pro reo*, *in dubio pro operario*.
- Otro aspecto de este desorden normativo en el ámbito procesal penal es la incorporación de pautas procesales penales en leyes de aparente incompetencia penal. Ejemplo: La “flagrancia” en la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras, en su Art. 525.6...

“Procedimiento para el reenganche y restitución de derechos (...)

6.- Si persiste el desacato u obstaculización a la ejecución del reenganche y restitución de la situación jurídica infringida, será considerada flagrancia y el patrono...o personal a su servicio responsable del desacato u obstaculización, serán puestos a la orden del Ministerio Público para su presentación ante la autoridad judicial correspondiente” ...

- También es paradójica la obtención probatoria penal en los delitos de intermediación financiera, por parte de las superintendencias bancarias y la de seguros, en lugar de su iniciativa fiscal. Muestra de ello el *In Fine* del Art. 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, ...

“...el tribunal competente, de oficio o a instancia de alguna de las partes, examinará nuevamente a los testigos que hayan declarado ante la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario. En caso de que, pedida la ratificación judicial de la prueba testimonial, ésta no fuere hecha, dicha prueba podrá ser apreciada, en conjunto, como indicio”, con lo cual incorpora una categoría apreciativa de la prueba distinta a la establecida en el 22 del COPP, el que, por cierto -y a pesar de que ciertamente existen en virtud de su Art. 192-, no contiene expresamente la palabra “indicio” en su texto.

5. LA ADMINISTRATIVIZACIÓN PENITENCIARIA EN SUSTITUCIÓN DE SU REGULACIÓN JURISDICCIONAL.

Ciertamente, el 156.32 de la CRBV le instruye al Poder Público Nacional, “La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos” ..., de forma diferenciada, es decir, los ilícitos penales descritos en la ley penal sustantiva, los actos procesales en la ley penal adjetiva, y las pautas penitenciarias en la ley del ramo, esta última siguiendo al 272 de dicha Constitución, que parcialmente se transcribe...

“El Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos. Para ello...El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia postpenitenciaria que posibilite la reinserción social del exinterno o exinterna y propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico”

Ahora bien, ello no puede ser en detrimento del carácter procesal, de pronunciamiento jurisdiccional, que debe ostentar la fase de ejecución dentro del proceso penal venezolano, regulado por el COPP. Por lo tanto, desde 2015 asistimos, más que en una coexistencia entre las atribuciones del Ministerio del Poder Popular para el Régimen Penitenciario con respecto al COPP y sus jueces de ejecución penal, en un real antagonismo o supremacía del Código Orgánico Penitenciario, COP (28-12-15, G.O. Ext. 6.207) versus el COPP, con lo cual se desdibuja

el Libro Quinto del COPP, la fase de ejecución, por la incorporación de actos de gobierno penitenciario en los criterios jurisdiccionales.

Muestra de ello el llamado “régimen de confianza tutelado”, del 161 COP como...

“...ubicación de un penado...en una unidad de producción o un área especial del recinto penitenciario, donde continuará con el cumplimiento de la pena mientras le sea otorgado por el juez...de ejecución algún beneficio para el cual reúne los requisitos establecidos en el Código Orgánico Procesal Penal” ...

Ahora bien, debe destacarse que, conforme al COPP, las medidas de prelibertad solo las otorga el juez de ejecución mediante autos, como el destacamento de trabajo, el régimen abierto y la libertad condicional; por lo que para optar al régimen de confianza tutelado los reclusos deben estar penados y haber cumplido un cuarto de la pena. No deben reincidir en delitos, por lo que sería una patología procesal otorgar libertades sin estas pautas, como se ha venido estableciendo en el último lustro.

6. EL MENOSCABO DE GARANTÍAS PROCESALES POR UNA INTERPRETACIÓN POLITIZADA DE LAS MISMAS (“JUSTICIA POLÍTICA” VS. “JUSTICIA COMÚN”, SIC).

Muchas de las interpretaciones normativas que en los últimos años provienen de los órganos jurisdiccionales nacionales, especialmente desde el propio Tribunal Supremo de Justicia, pretenden, con un supuesto cumplimiento de garantías, disfrazar la esencial desprotección del debido proceso.

Escapa dentro del ámbito de un trabajo como este, dada la limitación de espacio concedido, abordar tantas hipótesis como nos gustare. Algunas de estas las siguientes:

- Violación del principio de audiencia al permitirse el procesamiento en ausencia (310 y 327 COPP), contrariando el 49.3 Constitucional instruye 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, independiente e imparcial establecido con anterioridad” ..., el llamado “principio de audiencia”. En tal sentido, en aras del pretendo respeto de la celeridad procesal la Sala Constitucional se ha negado a desaplicar dicho enjuiciamiento en ausencia derivado de ley procesal penal posterior a la Constitución. En tal sentido, en la Sentencia 1567, del 9-12-15, dicha Sala se negó a tal desaplicación¹¹...

“...todo Juzgado en ejercicio de sus facultades, está obligado a declarar la contumacia del imputado, en caso de inasistencia injustificada al acto convocado...de considerar que el mismo quiere someterse al proceso, debe realizar todo lo conducente para que se realice la audiencia preliminar con su presencia, pues como director del proceso, investido de autoridad, debe asegurar el ejercicio pleno y de forma personal los derechos y garantías constitucionales” ...¹²

- La sentencia condenatoria por incumplimiento de alternativas a la prosecución penal (42 y 47 COPP): Establecen parcialmente los últimos párrafos del 42 del COPP que...

(...) “...De no cumplir el imputado...el acuerdo [reparatorio]...sin causa justificada...En caso de que el acuerdo se hubiere realizado después de admitida la acusación...el Juez...procederá a dictar la sentencia condenatoria correspondiente, fundamentada en la admisión de los hechos realizada por el imputado...conforme

¹¹ Y también hace “...un llamado de atención al Juez que efectuó la desaplicación sub examine y a la Defensora Pública...y al Fiscal...que convalidaron ese acto, para que no vuelvan a incurrir en el error señalado en esta sentencia”..., cuando, conforme al profesor Aristides Rengel Romberg, en su Volumen II del Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, 200, y siguiendo al Vocabulario Jurídico de Couture, “La convalidación es la subsanación de los vicios del acto, ya sea por la voluntad expresa o tácita de la parte que podría invalidarlo o por el transcurso del tiempo o por la cosa juzgada”, con lo cual, a las claras, se muestra lo inidóneo de la motivación del TSJ para tal llamado de atención a partes procesales, distintas al juez de la causa.

¹² Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1567 del 09 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/183627-1567-91215-2015-14-1247.HTML>, consultado en fecha 30 de julio de 2020.

al procedimiento por admisión de los hechos. En el supuesto de incumplimiento, los pagos y prestaciones efectuados no serán restituidos”

La Sala de Casación Penal no se ha planteado duda al respecto sobre tal efecto condenatorio por el incumplimiento. Así, en la 577, 17-11-09, “...el juez de control dictará la sentencia en razón del incumplimiento del acuerdo reparatorio, la cual será condenatoria, tomando en consideración la admisión de los hechos y el incumplimiento de dicho acuerdo” Así, frente al acuerdo reparatorio, la Sala de Casación Penal del TSJ, en jurisprudencia del 3-5-00 señaló que...

“...El interés entre la víctima y el imputado en celebrar el acuerdo reparatorio, tiene como objeto la resolución alternativa del conflicto surgido, indemnizándose a la víctima con una justa reparación, además de lograrse la extinción de la acción penal, que por razones de economía procesal, constituye una solución para evitar procesos largos y costosos” ...¹³,

Ratificado ello por la misma Sala en la 27, 28-2-12, “...La institución de los Acuerdos Reparatorios constituye un modo de autocomposición procesal, mediante el cual se busca reparar integralmente el daño causado a la víctima, sin menoscabar los derechos del imputado, mediante la admisión libre y voluntaria que haga el procesado de los hechos que le son imputados y el ofrecimiento de una forma de reparación...lo cual permite prescindir del juicio oral, mediante la imposición de una sentencia de sobreseimiento, una vez verificada la reparación”...; criterio éste no distinto al expresado por la Sala Constitucional del mismo Tribunal, entre otras, en la 543 de 3 de mayo de 2000...

“...El interés entre la víctima y el imputado en celebrar el acuerdo reparatorio, tiene como objeto la resolución alternativa del conflicto surgido, indemnizándose a la víctima con una justa reparación, además de lograrse la extinción de la acción penal, que por razones

¹³ Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 543 del 03 de mayo de 2000. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/mayo/543-030500-H001399.HTM>, consultado en fecha 30 de julio de 2020.

de economía procesal, constituye una solución para evitar procesos largos y costosos” ...

Mutatis mutandis, las mismas consideraciones de resolución alternativa del conflicto surgido por la delictiva aflicción a una víctima, se impone en la suspensión condicional del proceso como incidencia que se origina a partir de la manifestación externa de la voluntad del procesado, de admitir una imputación penal que en su contra se incoa. Y lo hace a los efectos, también voluntario, de cumplir con un régimen de pruebas (45 COPP), con la intención, no de ser condenado ni absuelto, sino de ser sobreseído. Es decir, con el propósito que se extinga la acción penal que en su contra se ha iniciado. La vinculación entre el acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del proceso, como alternativas de prosecución penal, es que ambas son la expresión de una voluntad procesal como, obviamente, todo acto procesal lo es. No son actos maquinistas, no son “actos reflejos” (*sic*) procesales, sino que atienden a un propósito conocido y buscado: No ser condenado y en su lugar propiciar una liquidación de la acción penal como pretensión procesal. Todo acto procesal es la manifestación exterior y unilateral de una voluntad, realizada con la intención de producir consecuencias jurídicas, conocida la norma individualizada adjetiva que lo prescribe. Es una manifestación que se produce con motivo de una controversia de derecho. Como sabemos, los actos procesales no sólo pueden ser producidos por los órganos jurisdiccionales, sino también por las partes o por terceros; y en el caso del acto jurisdiccional dentro del proceso, podría distinguirse entre los actos preparatorios de la resolución definitiva, y esta última.

Como habrá percibido el lector, estamos haciendo un paralelismo entre la intención procesal, si se nos permite la expresión, con respecto a la intención como elemento culpabilístico en el delito que, precisamente, va a ser conocido en el proceso penal. Paradójico es que, si en el proceso penal venezolano debe necesariamente demostrarse la culpabilidad del procesado para establecer su responsabilidad penal -conforme al 8 del COPP-, mal pudiera prescindirse de la intención como sustrato de una voluntad, para auscultar cuál fue realmente el propósito de una parte cuando decidió asumir un determinado acto procesal. *Ergo*, si el

procesado decide admitir los hechos como voluntad exteriorizada para cumplir un acuerdo reparatorio, ello lo que le genera es la obligación patrimonial de pagar, sustentado en la teoría de las obligaciones, en el 1185 del Código Civil (“El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho”). Y es así porque la admisión incorpora a la confesión como prueba ineludible del sustento de la reparación patrimonial, es decir, que no hay un pago de lo indebido, no hay un “pago por error” conforme al 1178 CC (“Todo pago supone una deuda. Lo que se ha pagado sin deberse está sujeto a repetición”).

Dicho en mejores palabras: cuando se admite el hecho en una incidencia de acuerdo “reparatorio”, es con la obvia finalidad de pago; se pone de manifiesto una voluntad de hacer o de dar, de contenido patrimonial, pero no se exterioriza una voluntad de querer ser condenado, aun cuando el juez le aperciba al reparante que de verificarse su incumplimiento patrimonial ello conllevaría al efecto condenante. El procesado sabe que está admitiendo para “reparar”, en lo inmediato, pero no para ser sancionado. Clara es la distinción constitucional entre ambos propósitos, en el *In fine* del 30 de la CRBV: “...El Estado protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados” ... Las mismas consideraciones pueden atribuirse frente a la suspensión condicional del proceso, como alternativa reparatoria y no sancionadora, condenante: Se lee en el 45 COPP, frente a la suspensión condicional del proceso que “...En todo caso, el imputado...deberá cumplir con la oferta de reparación acordada por el Juez”.

Por otra parte, la filosofía procesal que justifica todas las alternativas a la prosecución del proceso es la misma: Sustituir el devenir procesal “normal”, el *iter* desarrollado en fases procesales sucedáneas -una, investigativa; la otra, calificadora de idoneidad; y la tercera, de producción probatoria-, por una fórmula alternativa que en lugar de aquel recorrido, simplifique, a favor de la víctima, tal devenir, derivando un justa compensación no dilatada, del perjuicio que le causó un delito. Si la reparación se efectúa ni habrá condena ni absolución, sino extinción de

la pretensión procesal por el dictado de una sentencia de sobreseimiento. Por ello, es paradójico que, siendo el acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del proceso tan similares, frente al incumplimiento del acuerdo reparatorio el 42 COPP establezca como único efecto, la condena del incumplidor, con rebaja de pena, por el procedimiento especial de admisión de hechos; siendo que frente al incumplimiento del régimen de prueba del suspendido condicionalmente, el 47.3 COPP le permite al juez hacer lo propio, sin normar tal efecto, “Si el acusado... es procesado... por la comisión de un nuevo hecho punible, salvo que se trate de delitos culposos contra las personas, el Juez... una vez admitida la acusación por el nuevo hecho, revocará la suspensión condicional del proceso y resolverá lo pertinente” (resaltado propio); “pertinencia” ésta que, perfectamente, podría ser, el realizar la audiencia preliminar y decidir el pase a juicio.

Es por ello que consideramos, conforme al 7, 26, 49.1 y 2, 253 y 257 de la CRBV, inconstitucional el efecto de condena por admisión de los hechos frente al incumplimiento del acuerdo reparatorio y/o del régimen de prueba en la suspensión condicional del proceso penal.

- La obvia falta de imparcialidad por haberse pronunciado en la causa, por parte del juez de control, que asume la fase preparatoria, y es el mismo que actúa en la fase intermedia: Establece el art. 89.7 del COPP, como causal de apartamiento de los jueces penales (recusación y/o inhibición), una muy obvia y común en todas las leyes adjetivas: “Los jueces... pueden ser recusados... por las causales siguientes (...) 7. Por haber emitido opinión en la causa con conocimiento de ella... siempre que, en cualquiera de estos casos, el recusado se encuentre desempeñando el cargo de Juez” Por criterio del Tribunal Supremo de Justicia se mantiene la “costumbre procesal” (sic) que sea el mismo juez que asumió la fase preparatoria del proceso penal, es el mismo que asume su fase intermedia. Hacer consideraciones sobre la validez de ese curso de acción procesal dizque porque el hecho objeto del proceso, el hecho acusado, se define es en ocasión de la presentación de la acusación pública con su respectiva calificación, en negar que el juez de control ha actuado procesalmente

decidiendo en la audiencia de imputación sobre la validez de tal imputación, e inclusive dictando coerción personal contra del imputado y ahora acusado, amén de poder haber participado en netos actos de obtención convictiva como la audiencia de prueba anticipada (289 COPP) y el reconocimiento del imputado (216 COPP). Interesante el criterio del profesor chileno Nicolás Orellana Solari, en su ensayo “Cuestionamientos sobre la imparcialidad del juez de garantía en el procedimiento simplificado chileno”¹⁴...

“Para que no se afecte la imparcialidad, se debe evitar en el juez toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción; también se pierde la imparcialidad si el juez realiza una actuación que presupone declarar una sospecha particular confirmada respecto del imputado. Ahora bien, el contacto directo con el acusado, con los hechos y datos para averiguar el delito y sus responsables puede provocar en el juez prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan al sentenciar. Las afirmaciones que emite el juez en la etapa preparatoria serían también contaminantes cuando estén referidas a la cuestión fáctica discutida y la culpabilidad del imputado. Las actuaciones realizadas por el juez en las cuales se ha establecido un estudio minucioso de las consideraciones de hecho, pruebas, calificación legal y determinación de responsabilidad de un determinado caso anteriores al juicio de fondo se presentarían, asimismo, como argumentos suficientes para no dar razones de imparcialidad del juzgador... el juez de garantía no investiga; por consiguiente, salvo en los casos de declaración del imputado y prueba anticipada, el juez de garantía no tendrá contacto directo con los medios de prueba. El juez en la etapa de investigación preparatoria toma contacto con el medio de investigación y su resultado. Al tomar contacto con ellos (los antecedentes de investigación) puede adquirir convicciones y con ello prejuicios”

¹⁴ Nicolás Orellana Solari, “Cuestionamientos sobre la imparcialidad del juez de garantía en el procedimiento simplificado chileno”, en *Revista de Derecho*, Nro. 19, Universidad San Sebastián, Santiago de Chile, Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4798359.pdf>, consultado en fecha 30 de julio de 2020

- La ausencia de la revisión procesal penal de injustas sentencias absolutorias.

Obviamente, la cosa juzgada, o *res iudicata*, se configura como uno de los derechos adjetivos de primer orden que forma parte de la garantía al debido proceso, de rango constitucional y legal, formando parte del catálogo de derechos que encierra el 49 Constitucional, en su Numeral 7, “Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente”. Tal garantía deriva su efecto connatural, que es la *non bis in ídem*, como imposibilidad de nueva persecución del que ya, por sentencia firme, ha sido juzgado. Y es que la instauración de un proceso en la búsqueda de una respuesta jurisdiccional frente a una pretensión -proceso incoado por la afectación de un derecho sustantivo-, es el constante perseguir de una sentencia firme que resuelva tal controversia y ratifique el derecho que se ostentaba desde antes; o se cree un derecho a quien solamente poseía un interés.

Particularmente interesante en ese trajinar adjetivo es el proceso acusatorio reglado por el COPP que regulando la existencia de un procedimiento ordinario y varios procedimientos especiales penales, estos, a su vez, están repletos de fases procesales, las que cada una encierran incidencias o incidentes procesales. Éstas, por su parte, contienen actos procesales decisorios o de impulso, los últimos provenientes de las partes. Luego de tan extenso desarrollo de actuaciones, al final, si la pretensión se traduce en una acusación admitida, se dictará una sentencia, cuya posibilidad de ser condenatoria es real; máxime si ya se ha discurrido por una fase preparatoria o investigativa, a la que le sigue un periodo intermedio, cuyo pase a juicio se enmarca como una probabilidad, casi tocando la certeza de culpabilidad. Al finalizar el juicio, o bien sea por la admisión de los hechos, la opción de condena se plasma en un fallo, al que aún puede cuestionársele con dos recursos de primer orden, el de apelación de sentencia y el de casación; amén que hasta la propia sentencia condenatoria confirmada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, TSJ, puede ser revisada constitucionalmente por la Sala Constitucional de dicho Tribunal, conforme, entre otras normas, al 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Aun con toda esta certeza de culpabilidad tan debatida en un proceso de múltiples exclusas, compartimientos y correcciones, dicha sentencia condenatoria puede ser cuestionada, ulteriormente, por el llamado “recurso de revisión” procesal penal, normado desde el 462 del COPP, con lo cual, ya su sola existencia como medio impugnativo de un fallo, no deja de ser paradójicamente extraordinario.

¿Recurso, acción, juicio?: Es de aceptación plena, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, que el recurso de revisión es tan absolutamente extraordinario, que hasta su denominación como “recurso”, se relativiza. Lo extraordinario de su condición se explica en que, como ya se dijo, a través de él, se permite desvirtuar o anular la fuerza de cosa juzgada que alcanzó una sentencia condenatoria. Así es el criterio de la Sala Constitucional del TSJ, entre otros fallos, en el 56 del 29-1-03...

“...el Recurso de Revisión de sentencia condenatoria...constituye la excepción más importante al principio de la res iudicata, erigida en la norma rectora del artículo 21 del citado Código, que tiene como fin la corrección de “errores judiciales”, pues sólo procede contra sentencia firme, en todo tiempo y únicamente a favor del penado” ...¹⁵,

Siendo que, por ejemplo, la jurisprudencia extranjera también acoge la condición extraordinaria de este recurso. Ejemplo de ello, decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana, del 16-12-99...

“...La revisión... pretende la reparación de injusticias a partir de la demostración de una realidad histórica diferente a la del proceso y únicamente dentro del marco de la invocación precisado por las causales establecidas en la ley”¹⁶...

¹⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 56 del 29 de enero de 2003. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/56-290103-02-0609>. HTML, consultado en fecha 30 de julio de 2020

¹⁶ Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana, del 16 de diciembre de 1999. Disponible en: http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_ee7127f6d37301a0e0430a01015101a0, consultado en fecha 30 de julio de 2020

¿Recurso rescisorio o restitutorio? Tanto como se normaba en el derogado CEC, como en el vigente COPP, las causales de revisión penal, son de muy diversa naturaleza, porque unas implican la anulación del fallo injusto por error del sentenciador, y las otras, la reforma de la parte dispositiva de un fallo mediante su adaptación a una ley nueva que favorece al reo condenado, quedando incólumes o ratificadas todas las demás partes de la sentencia objeto de la revisión. La revisión penal tiene lugar, entonces, mediante "...la aportación posterior de hechos o actos que no fueron tenidos en cuenta, por el órgano judicial, se conocieran o no por el condenado" El proceso de revisión supone en todos los casos un "*iudicium rescindens*", es decir, se va a decidir si la sentencia firme y condenatoria se rescinde o no por alguno de los motivos que recoge la norma procesal, y si la sentencia es rescindida, la revisión penal puede implicar (aunque no siempre) un "*iudicium rescissorium*". Ahora bien, la paradoja fundamental frente a la revisión penal así concebida en el COPP -y como se regula también en muchas otras jurisdicciones extranjeras-, es que solamente protege al condenado frente a la sentencia que definitivamente lo penaliza, y no obra también contra sentencias absolutorias cuyo carácter injusto se verifica por la demostración sobrevenida de causas. Recordemos que una de las garantías procesales fundamentales es la de "verdad material", que se inscribe en el 13 del COPP...

“Finalidad del Proceso. El proceso debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho, y a esta finalidad deberá atenerse el juez o jueza al adoptar su decisión”.

Esta norma adjetiva, en el proceso penal instrumentaliza la escisión constitucional del 2 de la CRBV, que separa a “Derecho” y “Justicia”, en el sentido que la llamada “vía jurídica” para reconstruir la verdad en el proceso, son las pruebas, y sería de una injusticia aparente que si ese medio de acreditación de verdad es apto para negar la sanción por su inidoneidad sobrevenida, entonces, si el medio se revela también ineficiente posteriormente para poder haber absuelto, habrá un apartamiento aparente pero notable de la llamada igualdad ciudadana ante la

ley prescrita en el 21 de la Constitución, y en el 12 del COPP. Vale decir que en el sistema germánico, la investigación de esa verdad material (el llamado *adaequatio intellectus rei*), hace que su revisión de sentencia se decida tanto en favor como en contra del reo, conforme a la autora española Barona Vilar, en su obra “La revisión Penal”.

En un orden de ideas completamente opuesto al que rige en el sistema germánico, la doctrina procesal norteamericana, conforme al 5° de la enmienda de su Constitución, “...no se someterá a ninguna persona dos veces al riesgo de sufrir penas capitales por el mismo delito”..., ante una declaración de inocencia, aun en el supuesto de que haya existido error, no cabe el doble enjuiciamiento, no sólo porque el beneficio de la duda corresponde al reo (entre nos, impuesto por el 24 de la CRBV), sino porque, si ello fuese posible, se correría el riesgo de que aun subsanando el error, se podría volver a absolver. En síntesis, la tesis mayoritaria respetada normativamente sobre la no revisión de sentencia absolutoria no tiene otro fundamento que jerarquizar el valor de seguridad y certeza propios de la cosa juzgada, que en el justo equilibrio frente a la hipotética justicia, debe prevalecer, *nocentem absolveré stius est, quam innocentem damnare (in extremis*, más vale absolver a un culpable, que condenar a un inocente). Es lo que se denomina el principio del “*favor rei*”, de la revisión. En tal sentido, la no concesión de la revisión frente a sentencia absolutoria es defendida por Alberto Binder, en su *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 304 y 305...

“El absuelto no ha intervenido en el error judicial, por ello no es legítimo revisar la sentencia;

Actuó o colaboró para ocultar o falsear prueba: es parte de su derecho a la defensa, el “Derecho a Mentir”;

Manipuló fraudulentamente la prueba: ¿Quién debe probar eficientemente? ¿Quién coacciona para impedir obstaculización procesal?

Existe una única oportunidad para que el Estado ejerza su poder penal.”

En síntesis, la particular finalidad que persigue la revisión es hacer primar la justicia en detrimento de la seguridad jurídica, lo que en nuestro sistema procesal se garantiza a través de la posibilidad prevista

por ley de anular la sentencia condenatoria firme, en ciertos casos que exhiben claramente la injusticia de la decisión. Tradicionalmente se ha sostenido que la finalidad de la acción de revisión es evitar que se adopten decisiones injustas. Lo que se persigue es que la justicia prime por sobre la seguridad jurídica configurada por la cosa juzgada. El legislador ha entendido que la justicia debe primar cuando el asunto hubiera sido fallado injustamente sobre la certeza que otorga la cosa juzgada; aunque no todo caso de manifiesta injusticia da lugar a anulación de la sentencia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTIVERO, Ignacio, coord. (1989-1997), *Series Estadísticas de Venezuela. Tomo I-A. (Serie 1950-1998)*. Banco Central de Venezuela, Caracas, 1999.
- BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª Edición, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.
- Colección:
- OFICINA CENTRAL DE INFORMACION, “La economía en 1994, Fondo de Garantía de Depósitos y protección Bancaria (Fogade)”; en *Primer mensaje del Presidente de la República Dr. Rafael Caldera al Congreso Nacional*, Imprenta Nacional, Caracas, 1995.
- RENGEL ROMBERG, Aristides, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, v.2, Editorial Arte, Caracas, 1995.
- ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000.

Referencias jurisprudenciales

- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1309 del 19 de julio de 2001. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1309-190701-01-1362.HTM>, consultado en fecha 30 de julio de 2020
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1760 del 25 de septiembre de 2001. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/1760-250901-00-2783.HTM>, consultado en fecha 30 de julio de 2020

- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 3167 del 09 de diciembre de 2002. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/3167-091202-02-2154.HTM>, consultado en fecha 30 de julio de 2020
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 3744 del 22 de diciembre de 2003. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/3744-221203-02-1809.HTM>, consultado en fecha 30 de julio de 2020
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 942 del 21 de julio de 2015. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/179826-942-21715-2015-13-1185.HTML>, consultado en fecha 30 de julio de 2020
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1066 del 10 de agosto de 2015. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/180601-1066-10815-2015-14-1292.HTML>, consultado en fecha 30 de julio de 2020
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 537 del 12 de julio de 2017. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/201056-537-12717-2017-17-0658.HTML>, consultado en fecha 30 de julio de 2020
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 0902 del 14 de diciembre de 2018. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/303257-0902-141218-2018-18-0041.HTML>, consultado en fecha 30 de julio de 2020
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1567 del 09 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/183627-1567-91215-2015-14-1247.HTML>, consultado en fecha 30 de julio de 2020
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 543 del 03 de mayo de 2000. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/mayo/543-030500-H001399.HTM>, consultado en fecha 30 de julio de 2020
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 56 del 29 de enero de 2003. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/56-290103-02-0609.HTM>, consultado en fecha 30 de julio de 2020
- Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana, sentencia N° 56 del 16 de diciembre de 1999. Disponible en:

http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_ee7127fd37301a0e0430a01015101a0, consultado en fecha 30 de julio de 2020

Referencias electrónicas

ORELLANA SOLARI, Nicolás, “Cuestionamientos sobre la imparcialidad del juez de garantía en el procedimiento simplificado chileno”, en *Revista de Derecho*, Nro. 19, Universidad San Sebastián, Santiago de Chile, Disponible en: [file:///C:/Users/Hp/Downloads/Dialnet-CuestionamientosSobreLaImparcialidadDelJuezDeGaran-4798359%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Hp/Downloads/Dialnet-CuestionamientosSobreLaImparcialidadDelJuezDeGaran-4798359%20(2).pdf), consultado en fecha 30 de julio de 2020

ZERPA APONTE, Ángel. *Disertación realizada por el autor el 29-7-20, dentro del “Homenaje al Dr. Tulio Chiossone, El Derecho Penal y sus desafíos en tiempos difíciles”* Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=QjUeXCC6TBE&t=154s>, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y la Fundación Universitas, 29 de julio de 2020, consultado en fecha 30 de julio de 2020.