TESIS
CPC 2005
D7

Universidad Católica "Andrés Bello"
Dirección General de los Estudios de Postgrado
Curso de Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas
Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados
Del Estado Barinas

LAS NULIDADES EN EL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL VENEZOLANO

Trabajo Especial de Grado, presentado como requisito parcial para optar al Grado de Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas

Autora: Maria Gabriela Di Bonaventura
Asesor: Dra. Nelly Mata

Caracas, Julio 2005

Universidad Católica Andrés Bello
Dirección General de Estudios de Postgrado
Area de Derecho
Especialidad en Ciencias Penales y Criminológicas
Barinas Estado Barinas

ACEPTACIÓN DEL ASESOR

Por la presente hago constar que he leído el Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogado **MARIA GABRIELA DI BONAVENTURA** para optar al grado de Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas cuyo título es **LAS NULIDADES EN EL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL VENEZOLANO**; y que acepto asesorar a la estudiante, durante la etapa de desarrollo del Trabajo hasta su presentación y evaluación.

En la ciudad de Barinas a los 06 días del mes de Junio de 2.005

Dra. Nelly del Valle Mata
C.I. 3.873.466

Universidad Católica "Andrés Bello"
Dirección General de los Estudios de Postgrado
Curso de Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas
Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados
Del Estado Barinas

LAS NULIDADES EN EL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL VENEZOLANO

Por: Maria Gabriela Di Bonaventura

Trabajo Especial de Grado de Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas, aprobado en nombre de la Universidad Católica "Andrés Bello" por el jurado abajo firmante, en la ciudad de Caracas, a los días del mes de de 2.005.

Dra. Nelly del Valle Mata	
C.I. 3.873.466	**C.I.**

DEDICATORIA

A Dios, Fuente inagotable de amor.

A mis padres, pilares fuertes amorosos.

A mi esposo, representa el amor y la constancia en mi vida. Te amo.

A mis hijos, motivo de inspiración, lucecitas que alumbran mi existir.

A Rosalía Y Griselda, amigas, compañeras en este camino. ¡Lo logramos!

María Gabriela

AGRADECIMIENTOS

Doy gracias a Dios, por llevarme siempre por el camino del éxito y bendecir cada uno de los momentos de mi vida

A la Universidad Católica Andrés Bello, prestigiosa institución, hacedora de mis metas.

A la Doctora Nelly del Valle Mata, por aceptar el compromiso de tutorar este trabajo de investigación.

TABLA DE CONTENIDO

CARTA DE ACEPTACIÓN DEL ASESOR.....ii

APROBACIÓN DEL JURADO.....iii

DEDICATORIA iv

AGRADECIMIENTO..... v

TABLA DE CONTENIDO vii

RESUMEN ix

INTRODUCCIÓN.....1

CAPITULO I

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL RÉGIMEN DE LAS NULIDADES

I. Antecedentes y Evolución Histórica.....4

II. Los principios fundamentales del Estado Venezolano como concepción Social Democrática de Derecho.....10

CAPITULO II

DEBIDO PROCESO Y GARANTÍAS EN EL SISTEMA PENAL

I. El concepto del debido proceso constitucional y las garantías que lo integran.....18

II. Ejercicio del Ius Puniendi.....31

CAPITULO III

NORMAS CONSTITUCIONALES Y TRATADOS INTERNACIONALES

I. Concreciones y manifestaciones de la nulidad en la Carta de 1999.....40

II. El debido proceso y la nulidad en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos.....48

CAPITULO IV

LAS NULIDADES EN EL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL

I. De las nulidades en el Código Orgánico Procesal Penal.....57

II. Procedimiento y funciones.....65

CONCLUSIONES.....85

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 87

Universidad Católica "Andrés Bello"
Dirección General de los Estudios de Postgrado
Curso de Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas
Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados
Del Estado Barinas

LAS NULIDADES EN EL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL VENEZOLANO

Autor: Maria Gabriela Di Bonaventura
Asesor: Dra. Nelly Mata
Julio 2005

RESUMEN

El presente trabajo tuvo como propósito el análisis del régimen de nulidades establecido en el Código Orgánico Procesal Penal, sobre la base de los postulados constitucionales de la República Bolivariana de Venezuela y de los Tratados sobre Derecho Internacional, al plantearse dentro de la sistemática constitucional de la nulidad, que todos los actos realizados por los servidores públicos serán nulos cuando los ejecuten con detrimento de los derechos consagrados en la Constitución, de la misma manera que tendrán la misma sanción todos los actos realizados con usurpación del poder o con abuso o desviación del mismo. Para el desarrollo del estudio se tomarán los aportes de la doctrina y lo que se ha investigado y conceptuado en relación con el régimen de nulidades dentro del proceso penal venezolano, y a partir de éstos se realizará el análisis interno y externo para descomponer la información de las diferentes normas jurídicas que traten sobre esta temática. De igual manera se efectuará el análisis jurídico de la información recopilada, de acuerdo al argumento ad maiore ad minus. Los resultados del estudio permitirán dar una visión amplia y suficiente del desarrollo del régimen de nulidad establecido en el ordenamiento jurídico nacional, para dar una perspectiva amplia y suficiente y establecer aportes en esta materia siendo que todas y cada una de las formas procesales deben ser miradas como lo que son, instrumentos políticos de garantía que han sido creados por el legislador para preservar los derechos fundamentales de origen constitucional concebidos en beneficio de los ciudadanos, evitando en la medida de los posible que sean victimas de las arbitrariedades y abusos de poder de las autoridades en general, y en particular de los funcionarios que ejercen represión penal.

Descriptores: Actos Procesales, Ius Puniendi, Abuso de Autoridad, Nulidad.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se abre en nexo directo e inmediato con las garantías procesales constitucionales, lo que le da al texto la suerte de no envejecer, ya que su desarrollo tiene su base en el principio del debido proceso.

El itinerario de la presente investigación termina por negar la avidez de algunos juristas para obstaculizar la justicia con inesperados alegatos de nulidad, que abruman la universalización de las garantías que están protegidas de la manera mas enérgica.

La nulidad no puede ir mas allá de la que fuere rigurosamente necesario, para que el proceso acentúe su función de tutela efectiva, dentro del haz de las garantías fundamentales. En todas las áreas del derecho sobresale una pauta razonable de manejo del mapa de la nulidad, haciendo hincapié en el rol del guardián activo y oficioso que debe asumir el juez y los demás operadores jurídicos para que el proceso se desarrolle inmaculadamente y sin tropiezos, como un patrocinio compartido y exigido por las garantías recogidas en la Constitución.

Las nulidades tiene su base teórica en la Constitución Nacional pues

todo acto que se realice en el proceso en violación a los derechos fundamentales y al debido proceso es nulo, dichas nulidades son un remedio extremo es por esto y en palabras del Dr. Rodrigo Rivera Morales: (2003, 26) "La difusión y combate diario por los derechos y garantías procesales, el estudio y la concientización de jueces y abogados para hacer un proceso leal y justo, hará que no se presenten infracciones y no haya lugar a las nulidades".

Es importante resaltar que el Proceso Penal surge como consecuencia de la necesidad de asegurar a todos los ciudadanos, libertad, igualdad, debido proceso, justicia, por lo tanto si un juez es considerado un funcionario público y actúa en nombre del Estado, es posible pensar entonces que pueda parcializarse. Debido a esto es que surgen normas y medios que limitan su poder y que permiten que se pueda cuestionar la actividad profesional del juez en su desempeño así como la actividad de otros funcionarios públicos que igualmente actúan en el proceso.

Las nulidades procesales son uno de los mecanismos que tienen los sujetos procesales para proteger sus derechos en el transcurso del proceso, todas ellas surgen de la misma constitución y en resumen actúan para regular toda actividad procesal que se realice fuera del debido proceso, que violente derechos fundamentales o garantías procesales y declararlas nulas.

Es pues innegable la importancia del Régimen de las Nulidades dentro del Proceso Penal Venezolano ya que aquí está en juego la libertad de un ciudadano libre que goza de garantías y derechos fundamentales y está en actuación la función punitiva del estado, a través del ministerio público y los organismos de investigación penal, así pues, las nulidades adquiere nuevas dimensiones en base a estos principios.

Por otra parte, es innegable, que un proceso viciado, no sólo conduce a la determinación de una nulidad, sino que además está cercenando el derecho al debido proceso, que según Rojas (1997, p.120), "indica la necesidad de la relación procesal para que pueda proveerse que dicha relación se desarrolle y resuelva con estricta sujeción a las normas jurídicas"

CAPITULO I

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL RÉGIMEN DE LAS NULIDADES

I. Antecedentes y Evolución Histórica

La voz nulidad deriva de la palabra nulo, vocablo cuyo origen etimológico dícese que proviene del latín " nuluus ", de " ne ", no, y " ullus ", alguno, haciendo que por nulo deba entenderse " lo falto de valor y fuerza para obligar o tener efecto, por ser contrario en la sustancia o el modo ". Núñez, R. (1978, 139), la define como:"el vicio que afecta un acto; consistente en la omisión de una forma o de un requisito legalmente necesario para su validez". Al respecto, Camusso, J. (1983, 9), plantea:

> " Según se reúnan todos los requisitos necesarios para que surtan efectos, o no los reúnan " con la salvedad que los actos no válidos pueden a su vez dividirse en nulos y anulables, " según no produzcan efectos en ningún caso por faltarles los requisitos esenciales para su existencia, o produzcan efectos hasta que se reclame contra ellos ".

Por tanto, se designa con la voz nulidad al estado de un acto que se tiene por no producido, y, asimismo, al vicio que le impide rendir sus efectos. Sin perjuicio de ello, la nulidad designa también a la sanción que invalida al acto, su fundamento de violación, incumplimiento u omisión de formalidades o de exigencias de ley.

Dentro del criterio expresado precedentemente por el autor argentino Camusso (1983), se tiene la posibilidad de ver el fenómeno procesal de la nulidad desde una doble perspectiva, esto es, que le quita validez al acto y lo deja como si no se hubiese producido, pero también, como lo que es, una de las más graves sanciones procesales, creadas para la preservación del debido proceso y del respeto de las formas propias del juicio, que invalida las diligencias y actos procesales que se hubiesen practicado por fuera de la preceptiva legal, esto es, con desconocimiento de las ritualidades y exigencias previstas en la ley para la realización válida de una actuación procesal.

En este contexto, la verdad es que como sanción la nulidad existe en todas las ramas del ordenamiento jurídico que es lo explicablemente lógico, puesto que si el debido proceso constituye un principio de carácter superior aplicable a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas como lo estipula Art. 49 de la Carta Magna Nacional, es apenas entendible que las leyes procesales que reglamentan la Constitución, en todas sus variantes deben contemplar las sanciones imponibles a los actos, diligencias o actuaciones de carácter procesal que se hayan dictado o realizado, sin el cumplimiento de las formalidades previstas en la respectiva norma.

En el mismo orden de ideas Camusso (16), citado en precedencia

sostiene:

> " Lo cierto es, que las nulidades constituyen un accidente corriente en todas las ramas del derecho, dando cuenta de la aquiescencia de una natural vinculación atribuida a todas ellas que, una programática genérica, cobijada por la teoría de las nulidades, que pasa a constituir un capítulo de la teoría general del derecho".

En el mismo sentido Alsina (1974, 629), sostiene que " la teoría de la nulidad de los actos jurídicos es un concepto que domina en el campo del derecho sin ser privativa de ninguna rama, cada una de las cuales le impone modalidades propias". Por su parte el uruguayo Couture E. (1972, 372), se identifica con tal pensamiento cuando sostiene que la nulidad:

> " es de carácter general a todo el derecho y no particular a cada una de sus ramas, pero una vez admitidas ciertas nociones que forman la base de toda concepción acerca de una nulidad, comunes a todos los campos del derecho, las soluciones varían y se hacen específicas y particulares a cada una de las ramas del orden jurídico".

De la misma forma Llambias, citado por Camusso (1983, 17), denomina como Teoría General de las Nulidades,

> " al conjunto sistemático de disposiciones legales, que privan de efectos a los actos violatorios de una norma de derecho imperativo. Pasando a ser axiomático en la materia señalar tres caracteres de la nulidad: a) sanción de ley; b) privación de efectos al acto; y c) causa de privación emergente de la ineficacia del mismo".

Y ello es así porque la nulidad como tal, de manera regular, es fundamentalmente taxativa, en cuanto tiene que estar específicamente

prevista en la ley, puesto que como sanción que es, tal previsión legal tiene la facultad de quitarle al acto la capacidad de producir efectos procesales.

De igual manera, es importante destacar que contra la norma general seguida en los códigos contemporáneos, las nulidades no aparecen taxativamente señaladas en la legislación venezolana y se dejan al criterio y arbitrio del juez para que deduzca su existencia de conformidad con los parámetros señalados en la Constitución, en los Tratados sobre derechos humanos y en la ley. No de otra manera se puede concluir cuando se establecen en el artículo 190 los principios que deben ser tenidos en cuenta para la declaratoria de las nulidades:

> " Art. 190. **Principio.-** No podrán ser apreciadas para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos en contravención o con inobservancia de las formas y condiciones previstas en este Código, la Constitución de la República, las leyes, tratados, convenios, o acuerdos internacionales suscritos por la República, salvo que el defecto haya sido subsanado o convalidado."

Es importante destacar que con el concepto precedente se acoge una forma genérica de nulidad que comprende las tres formas de nulidad previstas constitucionalmente porque es evidente, que cuando se vulneran los derechos constitucionales, se actúa con autoridad usurpada o con desviación de poder, ocasionándose de hecho un perjuicio a uno de los

sujetos procesales, porque se está contraviniendo o inobservando el texto Constitucional y en tales circunstancias es claro que el concepto que aquí se analiza comprende todas las formas de nulidad constitucionalmente previstas.

Creus, C. (1992, 17), luego de afirmar que los actos procesales producen los efectos que la ley les atribuye si se realizan con adecuación al esquema legalmente previsto para ellos, concluye afirmando que:

> " la nulidad aparece, entonces, como amenaza que pende sobre actos defectuosos, que se resuelve en su ineficacia procesal y que por ello es mirada como sanción por la doctrina más común. Es, en sí, la consecuencia de la «omisión de una forma o de un requisito legalmente necesarios para la validez del acto, o sea los que atañen en su «estructura material», «a la capacidad del que ejecuta», «a la intervención necesaria de ciertas personas» o «al resguardo de la situación procesal de los interesados»".

Algunos autores citados por Rodríguez, (1987, 89) dan diversas conceptualizaciones sobre la nulidad y es así como Ibáñez la precisa diciendo que: " las formas cumplen una función de garantía, de seguridad. Su inobservancia se sanciona con la nulidad del acto ". En criterio de Couture (1972, 378), se establece:

> " Siendo el derecho procesal un conjunto de formas dadas de antemano por el orden jurídico, mediante las cuales se hace el juicio, la nulidad consiste en el apartamiento de ese conjunto de formas necesarias establecidas por la ley". ROCCO estimaba por su parte que "los actos procesales, aún siendo existentes, pueden estar viciados, es decir, pueden tener, según hemos visto, los elementos esenciales, pero afectados estos

> elementos por algún defecto o vicio que, sin embargo, no dan lugar a la inexistencia. Naturalmente, los actos procesales afectados de vicios, según lo que ya hemos expuesto, pueden ser nulos o anulables... La no observancia de las formas constituye, pues, un vicio de los actos procesales ".

Es por tanto la nulidad, el mecanismo procesal creado por el Estado, para que el juez la decrete como una sanción para todas las partes del proceso penal que actúen irritualmente, que incumplan los imperativos mandatos que consagran formalidades garantistas, que realicen actos o adelanten diligencias procesales sin el estricto cumplimiento de las previsiones procesales, que actúen por fuera de competencia o con abuso o desviación de poder, que realicen las actuaciones o practiquen los medios de prueba en circunstancias temporales, modales o de lugar, diversas a las establecidas en la respectiva norma,.

Al respecto se ha dicho en repetidas ocasiones por más de un autor, el ejercicio del poder punitivo del Estado está perfectamente reglado por el proceso penal y a sus exigencias y formalidades deben someterse todas las partes procesales y, por ello, a ellas debe reconocimiento obsecuente no solo el procesado, sino también el juez, el Ministerio Público, los peritos, auxiliares de la justicia y todas las personas que de cualquier manera intervengan en el proceso y, como es obvio, los abogados que actúan como partes cualquiera que sea la perspectiva de su actuación.

funcionarios ejerzan el poder represivo dentro de sus limitados alcances y que el proceso en su categorización dialéctica no se convierta en una batalla primitiva, en la que todos actúan de acuerdo a sus conveniencias. Al respecto, Monagas, (2003, 97), se pronuncia en los siguientes términos:

> Efectivamente, sin las formas procesales sería un verdadero desorden, sometido al arbitrio de las partes, al capricho de los jueces, degenerando en una tremenda confusión, en la cual sería imposible juzgar en pié de igualdad, con el consiguiente riesgo de la pérdida de los derechos en litigio.

II. Los Principios fundamentales del Estado Venezolano como concepción Social Democrática de Derecho

Los actos procesales, atendiendo al concepto Novoa Velásquez (1997, 31), constituyen: "cualquier conducta humana, voluntaria, de la que se sigan consecuencias jurídicas para la relación procesal, pero ya no como mera voluntariedad, sino en referencia a la consecución de determinado fin, por parte del sujeto actuante dentro del proceso". Por su parte De La Rua (1980, 53), define el acto procesal como "...una declaración de voluntad con incidencia directa en el proceso que consta de un elemento subjetivo (contenido) y de un elemento objetivo (forma)".

Dentro de las concepciones precedentes, de lo que debe entenderse por acto procesal es evidente que cada uno de ellos tiene señalado previamente en la norma una serie de requisitos para su existencia,

exigencias de competencia de quien los realiza, formalidades propias del acto, exigencias circunstanciales de tiempo, modo y lugar, objetivos políticos y jurídicos que cumplir, generalmente éstos últimos de garantía, para efectos de la indemnidad de los derechos fundamentales establecidos por la norma Constitucional para todos los sujetos procesales.

Es evidente que cuando el acto procesal es realizado por quienes no tiene competencia para hacerlo, cuando se hace en contradicción de las normas constitucionales o legales que regulan o señalan las formalidades propias de cada acto, cuando no cumple las finalidades políticas para las que se ha establecido, cuando se hace en contravía de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que debió haberse ejecutado, puede decirse que se está en presencia de un acto irregularmente realizado que puede ser anulado, cuando además de su informalidad ha producido daño a cualquiera de los sujetos procesales.

Todas y cada una de las formas procesales deben ser miradas como lo que son, instrumentos políticos de garantía que han sido creados por el legislador para preservar los derechos fundamentales de origen constitucional concebidos en beneficio de los ciudadanos, evitando en la medida de lo posible que sean víctimas de las arbitrariedades y abusos de poder de las autoridades en general, y en particular de los funcionarios que

ejercen la represión penal.

La verdad es que como siempre se ha dicho, vecino del ejercicio del poder se encuentra su abuso y ello se evidencia con mayor facilidad en la actividad de policías, jueces y carceleros que por un mal entendido concepto del deber, en la búsqueda de ascensos y felicitaciones por los éxitos profesionales obtenidos o por física corrupción, realizan actividades del proceso penal sin el seguimiento de las formas propias del juicio, vulnerándose de tal manera las garantías y derechos fundamentales de quienes se encuentran involucrados en el proceso penal.

Que las formas y ritos son prenda de garantía de los derechos de los ciudadanos se evidencia, con cualquiera de las establecidas constitucional o legalmente y a vía de ejemplo se puede hacer referencia a cómo la libertad como derecho fundamental de los ciudadanos es protegida y garantizada por una serie de formas, como se puede demostrar: en el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), en el cual se consagra el derecho a la libertad de locomoción, estableciéndose que solo puede ser limitada en virtud de orden de autoridad judicial, lo que nos indica que los miembros de las otras ramas del poder, ejecutivo y legislativo, no pueden privar de la libertad a los ciudadanos

Además de lo anterior la persona capturada debe ser entregada

dentro de las 48 horas siguientes ante una autoridad judicial y se consagran en su favor el derecho a comunicarse con sus familiares, con su abogado y todos tienen el derecho a ser informados sobre el lugar de la detención, a ser notificados de los motivos de la misma, a dejar constancia escrita sobre el estado físico y psíquico del capturado.

Los derechos que se señalan como propios del ciudadano capturado, tienen como objetivo evitar tragedias familiares que podrían suscitarse ante la ausencia de un ser querido, puesto que bien se sabe que cuando dichas eventualidades suceden, siempre se piensa lo peor y es evidente que la justicia nada pierde informando a los interesados sobre la situación de detención en que se encuentra un ser querido.

En este sentido el legislador pretende garantizar el derecho a la defensa, que no sólo se concreta con la posibilidad de entrar en contacto con un abogado, sino que para poder comenzar a ejercer la defensa es indispensable saber cuál fue el funcionario competente que ordenó la detención y el motivo de la misma; de igual forma se pretende verificar el estado de salud del retenido, para garantizar que hacia futuro, mientras dure su situación de detención, no vaya a ser afectado en su integridad física o psíquica y si ello ocurriera para demostrar la responsabilidad de los funcionarios del Estado encargados de su retención.

Se demuestra así como las formas procesales, constituyen extraordinarios instrumentos de protección para el ciudadano, y no surgen del capricho del legislador, sino como una forma de escudo protector de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de 1999 y en los tratados internacionales. Sin embargo Quirós, C. y Rodríguez, W. (1982,21), con relación a esto exponen: "no es la de afianzar el cumplimiento de las formas porque sí, sino el de consolidar los fines asignados a éstas por la ley"

Pero además de las formas constitucionales, en el artículo 243 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP, 2001) se establece que la libertad es la norma general en el proceso penal, que como medida cautelar la privación de la libertad sólo puede imponerse cuando las otras medidas de la misma naturaleza sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso, especialmente si hay peligro de fuga, e igualmente su homólogo art. 244 estipula la proporción que debe existir entre la medida de coerción personal con relación a la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable.

De igual manera el artículo 245 del COPP (2001), establece algunas condiciones a tener en cuenta los funcionarios judiciales al momento de privar de libertad a las personas mayores de 70 años, las mujeres embarazadas en los tres últimos meses de gestación o lactando, como también los enfermos en fase terminal, a quienes de acuerdo al contenido del

artículo in comento, no se le decretará medida privativa de libertad provisional, pues caso contrario se estaría violando la norma.

Como se puede observar se trata de una serie de formalidades por medio de las cuales se limita el poder del Estado y estas limitaciones se constituyen en garantías consagradas a favor de los ciudadanos sometidos a proceso.

Se evidencia entonces con el ejemplo utilizado, que podría multiplicarse razonadamente con todas y cada una de las normas que contemplan estas formas procesales, que las mismas, revisten un profundo contenido político de garantía, que unido a la característica pública del proceso penal que las hace obligatorias y que impone a todos los funcionarios y a los sujetos procesales a someterse a sus reglamentaciones y cumplir con sus ritualidades, porque el irrespetar las formas del proceso puede llevar a la existencia de irregularidades que pueden ser trascendentes en el proceso, que den lugar a la generación de las grandes sanciones procesales de la inexistencia o la nulidad.

Sobre la base de estos postulados, se encuentran en el texto constitucional venezolano tres normas que hacen alusión a la nulidad, pero en las varias ocasiones que se le menciona se hace referencia a ella desde una concepción distinta.

En el artículo 25 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), se da un concepto de nulidad que parte de las consecuencias que el acto oficial produzca, y de manera concreta que ocasione una violación o menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la misma Carta Magna:

> "Art. 25.- Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores".

En esta versión se considera nulo el acto oficial por ocasionar detrimento a los derechos humanos. Así mismo el artículo 138 ejusdem establece: "Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos". Así pues se consagra una nueva fase de la nulidad, puesto que se produce el acto nulo cuando es realizado por autoridad usurpada o incompetente.

En ésta concepción la sanción de nulidad surge por la falta de competencia para la realización del acto, por parte del servidor público o ciudadano que lo realiza.

En este mismo orden de ideas no debe olvidarse lo establecido en el articulo 139 ejusdem el cual establece igualmente: "El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o

por violación de esta Constitución o de la Ley". Se da pues, una tercera concepción de la nulidad, cuando el acto es realizado por abuso o desviación de poder o con violación de la Constitución o de la ley.

En la concepción anterior la nulidad surge de la falta de competencia, mientras que en éste caso el servidor público es competente pero abusa de su poder, actúa con desviación del mismo o la realiza en contravención de las normas constitucionales o legales.

Lo anterior lleva a concluir dentro de la sistemática constitucional de la nulidad, que todos los actos realizados por los servidores públicos serán nulos cuando los ejecuten con detrimento de los derechos consagrados en la Constitución, de la misma manera que tendrán la misma sanción todos los actos realizados con usurpación del poder o con abuso o desviación del mismo.-

De todo esto se plantea para la presente investigación el análisis y descomposición de todas estas normas jurídicas tanto constitucionales y penales que establecen ese régimen tan particular de las Nulidades en el Derecho Penal Venezolano y que da un enorme punto de partida para encontrar el modus operandi y forma de actuar de los órganos competentes del Poder Público para resolver las controversias jurídicas en el sistema Penal Venezolano.

CAPITULO II

EL DEBIDO PROCESO Y GARANTIAS EN EL SISTEMA PENAL

I. El Concepto del Debido Proceso Constitucional y las garantías que lo integran

El proceso penal es un trámite fundamentalmente controversial, contradictorio, dialéctico, en el cual todas las actuaciones de los funcionarios o de quienes actúan como partes, están prolijamente reglamentadas, precisamente para evitar los abusos de los primeros o el éxito de los mañosos o de los audaces; y cuando de cualquier manera se contravienen tales preceptos surge la nulidad como una de las sanciones procesales de mayor importancia para restarle validez al acto o actuación irritualmente practicado; de ésta manera se garantiza, en concreto, la existencia del debido proceso.

No sin razón Berizonce, R. (1980, 29) sostiene al efecto:

> " Podemos, entonces, concluir sintéticamente reafirmando que el sistema de la legalidad en el proceso moderno sigue teniendo un valor preponderante, como correlato del principio dispositivo. Virtualidad que no cabe desconocer, a condición de que no se recaiga en un ritualismo estéril, por la degeneración del formalismo en formulismo".

Precisado de manera general un concepto sobre la nulidad y sus

finalidades, es indispensable puntualizar que en este fenómeno procesal deben distinguirse dos aspectos; de un lado el de la reparación y de otro el de la prevención. Por medio del primero se logra quitarle efecto a los actos o actuaciones irritualmente practicados y como consecuencia de su declaratoria, se retrotrae el proceso hasta el punto de su ilegalidad para que nuevamente se realice el acto o actuación realizado en contra de las previsiones normativas o se repita toda la actuación de conformidad con los cauces normativos indicados por el debido proceso, si como consecuencia de la nulidad, se invalida parte o la totalidad del proceso.

Con respecto al aspecto de la prevención, la nulidad constituye el más poderoso instrumento para asegurarle al ciudadano la plena observancia de los principios constitucionales relacionados con el debido proceso, como el reconocimiento de las garantías procesales concretadas en los Tratados sobre Derechos Humanos y la realización plena de la filosofía política que debe regir el proceso penal, perfectamente instituida en los principios y garantías procesales.

Las sanciones previstas por el legislador como un medio para corregir las irritualidades que puedan ser cometidas en el proceso penal, comprenden una gama que cubre con castigos de diversa naturaleza e intensidad, el desconocimiento de las formalidades procesales teniendo en cuenta su

trascendencia y los efectos de las mismas.

En este contexto cabe señalar que en sistemas procesales como el argentino y el colombiano existen otras sanciones procesales como es el caso de la inexistencia de los actos procesales, que vendría a ser un grado de ineficacia máxima y que, como es apenas obvio, hace referencia a una inexistencia jurídica en cuanto a su absoluta imposibilidad de causar efectos.

En el segundo grado de ineficacia, el acto irritualmente realizado tiene capacidad de producir efectos en condiciones muy limitadas, pues conserva formalmente su legalidad y produce efectos, en tanto no haya sido declarada su contrariedad con las formas legales, nulidad absoluta; y en el tercer grado de ineficacia, la nulidad relativa, que igualmente produce efectos, en éste caso, la ilegalidad también debe ser declarada formalmente, pero admite que sus errores o irritualidades puedan ser corregidos mediante el fenómeno de la convalidación, la repetición de lo indebidamente realizado o la realización de lo que no se había ejecutado.

En este orden de ideas se ha dicho que las nulidades son taxativas y que por tanto la que no esté expresamente prevista en la ley no puede ser declarada, pero la verdad es que en muchas ocasiones, a pesar de las previsiones legales, son tantas las irregularidades que se pueden cometer en una actuación procesal que es posible que muchas puedan escapar o no

tener una adecuada tipificación en el catálogo legal.

Es lo que en vigencia de la Constitución de 1886 ocurrió en Colombia, porque por las deficiencias normativas en el señalamiento de las nulidades hubo un amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre las llamadas nulidades supralegales o constitucionales; de allí que con toda razón Camusso (1983, 24), haya afirmado que:

> " Son sin duda los jueces los que compaginaron un sistema propio de las nulidades del rito, ajustado a las pautas, preceptos y fundamentos de las leyes formales. Porque los jueces, son los que con certero sentido de justicia estructuran las nulidades, delimitando sus caracteres, recaudos, presupuestos y exigencias observables para alcanzar el decreto anulatorio".

Es de asentir que las afirmaciones de Camusso le dan la razón al legislador venezolano quién en lugar de proceder a hacer una enumeración taxativa, deja al buen criterio de sus jueces que de conformidad con los indicativos constitucionales y legales decreten las nulidades que se desprenden de la irritualidad de los actos.

Dentro de tales perspectivas pudiese pensarse que hacia el futuro se habrá desarrollado una profusa jurisprudencia y copiosa doctrina sobre las nulidades constitucionales, que a su vez servirá de criterio orientador y de precedente para la futura actuación de los mismos jueces.

Se ha pregonado por la doctrina universal que no hay nulidad en

beneficio de la ley, queriéndose indicar con esta afirmación que el fenómeno procesal no es una estructura mítica, sino que como instrumento garantista que es, está consagrado precisamente para concretar esa existencia teleológica, en beneficio de los derechos de las partes.

Finalmente, se postula que no hay nulidad por la nulidad misma, queriéndose con ello significar que siendo ésta una estructura procesal de contenido finalístico, garantizadora por excelencia, precisamente para preservar la legalidad del proceso, en tales circunstancias es un instrumento que podría decirse existe en el proceso exclusivamente para servicio de las partes y para garantizarles que el Estado ejerza su poder represivo dentro de los limitados ámbitos señalados por la Constitución y la ley, que se tiene que concretar en la práctica en el imperativo cumplimiento del debido proceso.

Para presentar una idea clara y precisa del concepto que se analiza, se debe hacer una enumeración de las normas constitucionales que contienen elementos que hacen parte del concepto del debido proceso a saber:

1) El establecimiento de los fines esenciales del Estado dentro de los que se encuentra la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto de su dignidad

2) La Constitución es la suprema norma y todos estarán sujetos a ella.

3) Consagración de la calidad de irrenunciable de los derechos humanos

4) Establecimiento del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley y la prohibición de cualquier tipo de discriminación

5) La instauración de una serie de derechos y garantías puramente enunciativos, es decir que además de los reconocidos constitucionalmente puede deducirse la existencia de otros.

6) Creación del bloque de constitucionalidad al elevarse a rango superior los tratados sobre derechos humanos ratificados por Venezuela.

7) Consagración del principio de legalidad, de la irretroactividad de la ley penal y la retroactividad y ultraactividad de la favorable. Consagración del principio de favorabilidad .

8) Establecimiento de la sanción de nulidad para los actos realizados por el Poder Público con violación o menoscabo de los derechos garantizados constitucionalmente y consagración de responsabilidad penal, civil y administrativa para los servidores públicos responsables.

9) Instauración del derecho ciudadano de tener acceso a la justicia.

10) Derecho ciudadano a tener una respuesta pronta de la justicia.

11) Imposición del servicio público de la justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, expedita, sin dilaciones indebidas.

12) Consagración del principio de la primacía del derecho material o sustancial en la justicia, sobre los aspectos puramente formales o adjetivos

13) Establecimiento de la acción de amparo constitucional

14) Creación del habeas data y el derecho a su actualización

15) Ordenamiento imperativo para investigar y sancionar los delitos contra los derechos humanos cometidos por las autoridades

16) Consagración de la imprescriptibilidad para los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos, crímenes de guerra

17) Establecimiento de la investigación de éstos delitos por la justicia ordinaria y exclusión para los mismos de cualquier tipo de beneficios incluidos el indulto y la amnistía

18) Imposición de la responsabilidad civil extracontractual para el Estado en favor de las víctimas de delitos contra los derechos humanos

19) Consagración para el Estado de la obligación de proteger a las víctimas de delitos comunes

20) Instauración del principio del restablecimiento del derecho

21) Establecimiento del derecho ciudadano de acudir ante los Tribunales Internacionales por violaciones a los derechos humanos

22) Consagración del derecho a la vida y la prohibición de la pena de muerte

23) Establecimiento de la libertad y la prohibición de la cadena perpetua y de las penas infamantes

24) La prohibición de la desaparición forzada de personas

25) La instauración del derecho a la integridad física, psíquica y moral y la

consecuente prohibición de imponer penas crueles, inhumanas, degradantes y la tortura

26) La consagración de la inviolabilidad domiciliaria y la judicialización

27) La imposición de la inviolabilidad de las comunicaciones y la judicialización de su pérdida

28) El debido proceso como un imperativo a cumplir en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas

29) El derecho integral a la defensa durante todo el proceso

30) El derecho del ciudadano a ser notificado de los cargos por los cuales se le investiga.

31) El derecho del venezolano sometido a proceso de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo adecuado para su defensa

32) Legalidad de la prueba y consecuentemente proscripción de la prueba ilícita o prohibida

33) El derecho de toda persona de poder recurrir el fallo condenatorio

34) Consagración de la presunción de inocencia y consecuentemente el establecimiento de la carga de la prueba para el Estado por medio de los funcionarios que ejercen la represión

35) El derecho de todo ciudadano procesado a ser oído

36) La consagración de las formas propias del juicio

37) El derecho del ciudadano a tener un proceso sin dilaciones injustificadas

38) Consagración del principio del juez natural competente, independiente e imparcial

39) Instauración del principio de legalidad procesal

40) Consagración del derecho a tener un intérprete cuando no se hable el idioma castellano o cuando no pueda expresarse verbalmente

41) Reiteración del principio de legalidad procesal y proscripción de los jueces sin rostro o sin identificación

42) Prohibición de los jueces de excepción y de los jueces ex post facto o ad hoc

43) Consagración del derecho a no declarar contra si mismo ni contra sus parientes dentro determinados grados de consanguinidad, afinidad legal y de hecho

44) Establecimiento de la legalidad de la confesión en cuanto a que la misma para que tenga validez debe ser libre, consciente y espontánea

45) Instauración del principio de legalidad penal material

46) Consagración del principio de la cosa juzgada

47) Institucionalización del derecho a la reparación por daños ocasionados por error judicial, dilación excesiva del proceso y omisión injustificada

48) Instauración del derecho de petición ante las autoridades públicas

49) Prohibición de la esclavitud y la servidumbre

50) Proscripción de las conductas afectantes de la dignidad de las personas por parte de los funcionarios que integran los cuerpos de seguridad

del Estado

51) La limitación del uso de las armas y de sustancias tóxicas por parte de los funcionarios policiales, de conformidad con los principios de necesidad, conveniencia, oportunidad y proporcionalidad

52) Prohibición de acusaciones anónimas o discriminatorias

53) Consagración del derecho de réplica y rectificación cuando se afecte el buen nombre de una persona con informaciones inexactas o agraviantes

54) Protección del honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación

55) Prohibición de la confiscación, excepto en los casos de enriquecimiento ilícito

56) Consagración de la legalidad funcional de los cargos públicos y entronización de la nulidad para los actos de quienes usurpen autoridad pública

57) Imposición de la responsabilidad por abuso o desviación de poder e infracción de la Constitución y la ley

58) Consagración de la responsabilidad civil extracontractual para el Estado por daños ocasionados en el funcionamiento de la Administración

59) Institucionalización de la Administración como un servicio a favor de los ciudadanos que se debe caracterizar por los principios de honestidad, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas

60) Imposición de la reserva en las investigaciones penales

61) Consagración de la carrera en la administración pública, ingreso por concurso de méritos y permanencia con fundamento en los principios de honestidad, idoneidad y eficiencia.

62) Reiteración del principio de la independencia judicial

63) Establecimiento de la carrera judicial y el ingreso a la misma por concurso de méritos y el derecho de inamovilidad en sus cargos

64) Institucionalización de la responsabilidad extracontractual de los jueces originadas en el error judicial, por retardo u omisiones injustificadas, por inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad y por los delitos de cohecho y prevaricato

65) Prohibición de la actividad partidista para los jueces

66) Prohibición de la asociación judicial

67) Consagración de la finalidad del proceso que no es otro que la realización de la justicia

68) Reiteración en la consagración de la primacía del derecho sustancial sobre el puramente adjetivo

69) Instauración de la justicia de paz y la aceptación de la posibilidad de la conciliación, el arbitraje, la mediación y otros medios alternativos para la solución de conflictos

70) Consagración de la jurisdicción indígena

71) Establecimiento de la justicia penal militar, como una parte de la justicia ordinaria, ingreso a la misma por concurso de méritos y

funcionamiento con base en el sistema acusatorio. Su competencia se circunscribe a los delitos de naturaleza puramente militar

72) Instauración de la aplicación de la justicia ordinaria para los delitos comunes, violaciones de los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad cometidos por militares en servicio activo

73) Consagración autónoma de la defensoría pública

74) Prohibición de negar la extradición cuando la solicitud sea por delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros estados y contra los derechos humanos

75) Imprescriptibilidad de las acciones de los delitos contra los derechos humanos, contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes

76) Consagración de la confiscación de bienes para los responsables de los delitos contra los derechos humanos, el patrimonio público y el tráfico de estupefacientes

77) Establecimiento de un procedimiento público, oral y breve, en relación con el debido proceso para los delitos contra los derechos humanos, el patrimonio público y el tráfico de estupefacientes. Posibilidad para que los jueces tomen las medidas cautelares que sean necesarias contra bienes de propiedad de los sindicados para garantizar la eventual responsabilidad civil

78) Imposición de un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación de los internos, y el respeto de sus derechos humanos

79) Consagración de la Defensoría del Pueblo para la protección, vigilancia y promoción de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos

80) Señalamiento de las funciones de la Defensoría del Pueblo entre las que caben destacar: a) Velar por el correcto funcionamiento de la Justicia b) Proteger los derechos legítimos de los ciudadanos contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos c) el ejercicio de las acciones que fueren necesarias para garantizar el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados con motivo del funcionamiento de la justicia d) Facultad de interponer las acciones de constitucionalidad, amparo, habeas corpus, habeas data e) Incidir ante el Fiscal general para la iniciación de acciones tendientes al procesamiento de los responsables de la violación de los derechos humanos

81) Determinación de las funciones del Ministerio Público, entre las que se encuentra garantizar en los procesos judiciales el respeto de los derechos humanos b) garantizar la celeridad y la buena marcha de la administración de justicia c) Dirigir la investigación penal

82) Reiteración de la primacía de la norma constitucional y la aplicación preferente en caso de incompatibilidad con normas jurídicas de menor jerarquía

Las normas antes relacionadas de manera directa o indirecta hacen parte del concepto del debido proceso constitucional, porque mediante las

mismas se limita el poder persecutorio del Estado y al establecerse tales limitaciones, como ya se dijo, las mismas se constituyen en garantías a los derechos fundamentales de los ciudadanos venezolanos.

II. Ejercicio del Ius Puniendi

Al constituirse una sociedad como Estado Social y Democrático de Derecho, con un objetivo fundamentalmente humanístico, tal como surge con claridad de los postulados que se formulan en el Preámbulo constitucional, puesto que allí se determina que son finalidades de la Asamblea Nacional Constituyente, en el acto de promulgación de la Constitución, el asegurar a los integrantes de la Nación entre otros objetivos los de la justicia, la igualdad, la vida, la paz, la libertad, todo ello dentro de un marco jurídico y democrático que garanticen un orden político, económico y social justo.

En la Carta Magna se destaca que Venezuela es un Estado Social y Democrático de Derecho fundada entre otros valores en la dignidad humana, la solidaridad de quienes la integran y en el interés general.

Así mismo se señalan los fines esenciales del Estado dentro de los que se encuentran el garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta, estableciéndose que las autoridades de la

República están instituidas para proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades.

Dentro de tales concepciones políticas y filosóficas, fundamentadas en el hombre, su dignidad y en general sus derechos fundamentales, se llega a la evidente conclusión que el hombre es el fin último y la justificación misma de la existencia del Estado, no por nada es su arquitecto y creador. En ese sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948, 427), en su articulo primero establece: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". Por ello, el Estado crea las condiciones política, sociales, económicas necesarias para que los ciudadanos pueda tener un libre desarrollo de su personalidad, y vivan en paz y armonía con sus conciudadanos.

Esta estructura política en el ejercicio de la soberanía interna, debe preservar el orden público para crear las condiciones mínimas de convivencia social, y dentro de tales objetivos debe hacer uso del ius puniendi, facultad constitucional siempre limitada, porque siempre estará la valla infranqueable de la dignidad de ser hombre. Es por ello, que dentro del ejercicio represivo del Estado existen penas prohibidas como son la pena de muerte, la desaparición forzada, la tortura, los tratos crueles inhumanos o degradantes,

la prisión por deudas, las penas y medidas de seguridad imprescriptibles, la cadena perpetua, el destierro y la confiscación; y dentro de las legalmente permitidas, existen límites mínimos y máximos dentro de los cuales los jueces tienen que hacer la correspondiente tasación punitiva.

Además de las anteriores limitaciones, solo los jueces de la República pueden disponer de los derechos fundamentales de los ciudadanos, pero no de manera ilimitada, porque existen una serie de reglamentaciones donde se establecen requisitos, límites temporales, ritualidades que deben ser cumplidas por los jueces, so pena de incurrir en delitos entre los cuales pueden estar el abuso de autoridad, el prevaricato o la detención arbitraria.

En el adelantamiento del proceso represivo, el juez debe observar la plenitud de las formas propias del juicio y todas y cada una de las garantías que integran el debido proceso constitucional.

Es claro que por propio criterio constitucional debe pensarse en dos formas de debido proceso, uno relacionado con todas las actuaciones que se deben realizar en el adelantamiento de la investigación y el juicio y otro, más preciso y específico relacionado con el debido proceso probatorio.

En realidad no es que el uno se diferencie del otro, porque las garantías que deben respetarse en todas y cada una de las actuaciones del

proceso son idénticas, pero como el constituyente en referencia a las pruebas alude a la prueba ilícita, como aquella que es obtenida mediante la infracción del debido proceso probatorio, es lícito, hablar por lo menos dentro del medio de un debido proceso probatorio.

Dentro de tales parámetros normativos y valorativos, es necesario precisar que la acción represiva del Estado debe ejercerse siempre respetando la dignidad del hombre, respetando los derechos fundamentales del ciudadano y actuando siempre dentro de los más estrictos marcos constitucionales y legales.

Es claro concluir que dentro de éste espacio constitucional no podría imaginarse al Estado reprimiendo a través del agente provocador, es decir incitando a los ciudadanos para que cometan delitos y una vez se dejen inducir en la delincuencia procesarlos y castigarlos; de la misma manera que no puede pensarse en un Estado que para reprimir acuda a su propia delincuencia, para de esa manera poder condenar a determinados ciudadanos. En fin, no se puede concebir a ese Estado represor sino actuando dentro de los más estrictos límites constitucionales y legales, porque no puede imaginarse peor forma de terror que el terrorismo de Estado.

Dentro de tal marco normativo es entonces impensable que el Estado,

por medio de sus funcionarios que ejercen la represión, fuerza pública, policía secreta, policía judicial, fiscales, jueces y carceleros, pudiera acudir a la prueba ilícitamente obtenida o practicada para efectos de concretar la persecución y condena contra un determinado ciudadano.

El hecho de que el ciudadano perseguido por el Estado haya sido efectivamente la persona que transgredió la ley, tampoco autorizaría al Estado para desconocer sus limitaciones constitucionales y legales, puesto que el debido proceso no está hecho solo para los ciudadanos inocentes, sino que está concebido para todos los ciudadanos que pudieran verse involucrados en un proceso penal sin importar que sean autores de una infracción a la ley penal o se encuentren injustamente vinculados al proceso penal.

De Urbano, C. y Torres, M. (1997, 89), en referencia a la concepción constitucional aplicable a la prueba ilícita nos dicen: " La Constitución, desde el punto de vista jurídico, constituye la norma fundamental del Estado, organizando la comunidad política, expresando los valores y principios conformadores de la misma y dotando de unidad al ordenamiento jurídico en su conjunto".

Todos sus artículos, incluso los que contienen principios o valores, enuncian efectivas normas jurídicas, y sirven para delimitar el terreno de

juego de la convivencia social y política cuyo centro mismo es la persona, y cuya dignidad se erige en el valor central del ordenamiento en general y del derecho procesal penal, en particular.

Sobre esta base, el Estado, que debe proporcionar a la sociedad la seguridad indispensable para que pueda desarrollarse en libertad y justicia, cuenta con el ius puniendi, manifestación concreta del monopolio legítimo de la fuerza, mediante el cual se trata de imponer sanciones a los autores de infracciones a las leyes criminales a fin de proteger a la comunidad, y al propio delincuente, de los posibles abusos y arbitrariedades que pudieran producirse en este campo si no se actuara mediante un previo sistema de garantías enmarcado en el denominado principio de legalidad.-

El ejercicio del ius puniendi, concebido pues, no tanto como un derecho subjetivo estatal a imponer penas sino como el poder sancionador máximo correspondiente a los actos ilícitos más graves, sólo cabe atribuirlo al Estado el cual, mediante las personas autorizadas para ello, lo ejercerá conforme a los parámetros legales, esto es, los requisitos, garantías y postulados que suelen expresarse sintéticamente con el nombre de principio de legalidad (procesal-penal) o de necesidad.

Se ha afirmado que el principio de legalidad constituye la piedra angular de todo el sistema jurídico y especialmente del derecho penal en

todas sus manifestaciones, unidas, por una abrazadera común la proscripción de toda indefensión.

Es importante acotar que en un Estado democrático de derecho todo lo que no está prohibido está permitido, por lo que la intervención de la justicia punitiva es la excepción y la libertad, la regla general, pudiendo suponer las vulneraciones en materia de legalidad procesal penal, sobre todo si son en perjuicio del acusado, agravios muy superiores en ocasiones, a los que provocan las transgresiones de derecho sustantivo.

De esta manera Miranda, M. (1999, 65), sostiene que:

> "...el nuevo marco constitucional potencia las normas relativas a los derechos fundamentales de todas las personas y también de la sociedad como tal, ya que el enfoque cabal de esta cuestión debe hacerse teniendo en cuenta que en ella confluyen tres clases de intereses diversos:
> a) El orden social y la seguridad pública, que precisa la sociedad para su defensa y existencia.
> b) La dignidad y la libertad personal del «presunto culpable» al que asiste el sagrado derecho de defensa.
> c) Los derechos de la víctima a que se restablezcan su integridad física, moral y demás derechos afectados por la infracción penal".

No debe olvidarse nunca que el poder, cualquiera que él sea, no puede estar en manos de personas poco idóneas si quieren resguardarse los preceptos constitucionales y el apego a la norma jurídica, por lo que es necesario mantenerse vigilante ante muchos funcionarios que pudiesen cometer actos impropios al sistema judicial, como por ejemplo la privación

indebida de la libertad a cualquier ciudadano, que traerá como consecuencia la aplicación de la figura de la nulidad.

Dentro de tal realidad, es entonces muy común que algunas de estas autoridades recurran a la arbitrariedad o a las actuaciones sin competencias legales, con el único propósito de obtener medios de convicción que les permitan judicializar a ciertas personas. Es evidente que cuando así se actúa, se hace contrariando toda la normatividad positiva del país y se llega a la producción de la prueba ilícita.

El principio de legalidad material y procesal, es la más extraordinaria garantía que el Estado pueda haber creado para sus súbditos, porque por medio del primero, el ciudadano tiene garantizado que no podrá ser objeto de persecución por el Estado por ninguna conducta que no aparezca previamente tipificada en la ley penal, ni se le podrá imponer pena que no se encuentre autorizada en la ley; por la segunda forma de la legalidad, la procesal, el ciudadano tiene la garantía de que solo podrá ser juzgado por el procedimiento que estaba previamente determinado antes de la ocurrencia de la conducta y juzgado por los jueces naturales previamente determinados por la ley, pero al mismo tiempo tendrá la certeza de que el adelantamiento del proceso tendrá que obedecer de manera necesaria e imperativa a las formas propias de cada juicio y dentro de tales ritualidades, que los medios

de convicción solo podrán ser producidos dentro de los parámetros de garantía y de legalidad previamente determinados por la ley.

Si bien es cierto que la mayoría de los autores sostienen que es una finalidad del proceso el descubrimiento de la verdad histórica o verdad real de los hechos, también lo es, que algunos autores sostienen que el objetivo fundamental de éste es llevar una convicción o certeza en la mente del juez, para que de conformidad con ella pueda emitir la correspondiente decisión.

Así sea ese el propósito fundamental del proceso y del Estado, así sea que la represión se hace como una manifestación de la soberanía del Estado, que se constituye en una necesidad puesto que es indiscutible que es necesario reprimir el crimen para garantizar las condiciones mínimas de convivencia social, lo cierto es que el Estado no puede acudir a medios de investigación ilícita para tratar de concretar los objetivos constitucionales, porque ni el más aberrante de los crímenes, ni el más reprochado de los criminales, justificaría, que el Estado y sus funcionarios se igualaran a los delincuentes perseguidos para hacer posible su castigo.

CAPITULO III

NORMAS CONSTITUCIONALES Y TRATADOS INTERNACIONALES

I. Concreciones y manifestaciones de la nulidad en la Carta de 1999

En el texto constitucional venezolano se encuentra tres normas que hacen alusión a la nulidad, pero en las varias ocasiones se hace referencia a ella desde una concepción distinta.

Es importante que se proceda a hacer un análisis individualizado de tales conceptos, porque es una realidad que al presentar versiones diversas sobre un mismo tema se hace indispensable la precisión a objeto de evitar confusiones acerca del alcance de la figura jurídica en referencia. A continuación se procede a enunciar los tres conceptos que de nulidad propone la Constitución Venezolana (1999), a saber:

a) En el artículo 25 se da un concepto de nulidad que parte de las consecuencias que el acto oficial produzca, y de manera concreta [43] ocasione una violación o menoscabo a los derechos humanos. En esta versión se considera nulo el acto oficial por ocasionar detrimento a los derechos humanos.

b) En el artículo 138 se consagra una nueva fase de la nulidad, puesto que

se produce el acto nulo cuando es realizado por autoridad usurpada o incompetente. En ésta concepción la sanción de nulidad surge por la falta de capacidad para la realización del acto, por parte del servidor público o ciudadano que lo realiza.

c) En el artículo 139 se da una tercera concepción de la nulidad, cuando el acto realizado lo es por abuso o desviación de poder o con violación de la Constitución o de la ley. En la concepción anterior la nulidad surge de la falta de competencia, mientras que en éste caso el servidor público es competente pero abusa de su poder, actúa con desviación del mismo o la realiza en contravención de las normas constitucionales o legales.

De las normas constitucionales antes referenciadas se tienen que destacar aquellas que de una manera directa están íntimamente relacionadas con la temática de las nulidades y debe comenzarse este análisis con el artículo 25 que dispone:

> " Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores."

Si bien es cierto que es una norma genérica que hace referencia a las tres ramas que integran el poder público, se ha de reconocer que queda

perfectamente comprendido el Poder Judicial y el Sistema de Justicia, consecuentemente los procedimientos que se adelanten en el cumplimiento de las funciones constitucional y legalmente asignadas a ésta rama del poder.

Es una curiosa forma de concebir la nulidad, porque en principio se propone un concepto que no cuadra con la forma tradicional de ver la nulidad, que es la realización de un determinado acto, en contravía de las previsiones normativas especificadas para él. Se concibe la nulidad es desde la perspectiva del daño que se pueda ocasionar con el acto irregular.

Tal concepción constitucional corresponde al principio de trascendencia que ha sido aceptado universalmente por la doctrina y que se incluye en la jurisprudencia y en la legislacion de muchos países, cuando se establece que no todo acto irregularmente realizado es nulo, sino que es indispensable que ocasione un daño o perjuicio a uno cualquiera de los sujetos procesales.

Lo que sucede es que con la concepción tradicional de la nulidad, es indispensable la conjugación de dos elementos o factores, de una parte que el acto sea realizado de manera irritual, es decir con contrariedad de las formas y requisitos exigidos para el mismo en la ley y que además ocasiones daño. Dentro de la norma que se comenta se hace referencia única y

exclusivamente a la consecuencia o sea al daño que se produce con el acto, mas no se hace alude a la irregularidad que es parte esencial del concepto de lo nulo y de lo anulable.

Es de destacar, que se observa un error de técnica legislativa en el texto que se comenta, cuando se hace referencia al "....acto dictado....", porque en realidad los actos procesales tienen muchas formas de manifestarse o de producirse, y es claro que una de ellas es que los actos sean dictados, como una emanación de la investidura del funcionario y del poder del Estado, pero también es cierto que algunos pueden ser realizados o ejecutados y en tales condiciones en la concepción constitucional de nulidad que se analiza se deja por fuera los actos procesales que no son dictados sino realizados.

Es necesario concluir que si en el Preámbulo de la Carta, se ubica a Venezuela como un Estado de Justicia, en el que debe imponerse el imperio de la ley, que asegure el derecho a la vida, y a la igualdad, sin discriminación ni subordinación alguna, para efectos de garantizar la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos; principios que son reiterados a lo largo de toda la Constitución, particularmente en los artículos 1 y 2 donde se señala que son valores de la República: la libertad, igualdad, justicia y paz y se define como un Estado democrático y social de derecho y de justicia que

propugna entre otros valores, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general la preeminencia de los derechos humanos; toda actuación de los servidores públicos que afecte tal concepción y particularmente que vulnere los derechos fundamentales de los ciudadanos no puede tener validez de ninguna naturaleza.

Pensar de manera contraria sería tanto como aceptar que la actividad funcional de los servidores públicos está por encima de la Constitución y especialmente por encima de los más altos objetivos que el Estado Venezolano se ha señalado para su devenir histórico, como es la realización existencial de sus súbditos como personas y como grupo nacional.

La segunda norma de la Carta Política que hace referencia a la nulidad es el artículo 138 al disponer: " Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos ".

Aquí se consagra una nueva concepción de la nulidad, que parte del principio general propio de todo Estado de Derecho, según el cual todos los cargos públicos tienen que tener previamente determinadas sus funciones en la Constitución o en la ley y por tanto los servidores públicos que los ocupen deben actuar dentro del marco normativo previamente establecido, principio que aparece consagrado en la Constitución Venezolana en el artículo 137 al

determinarse: " La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a los cuales deben sujetarse las actividades que realicen."

Aquí nuevamente se encuentra una norma de carácter genérico, referida a los tres órganos que integran el poder público, pero que por razones obvias es igualmente aplicable al poder judicial, en el sentido que los miembros de los distintos organismos del Estado y los ciudadanos particulares que intervienen en el ejercicio del ius puniendi estatal deben hacerlo dentro del estricto marco de sus competencias, so pena en incurrir en actividades arbitrarias que por propia decisión constitucional deben ser consideradas como nulas.

Mientras que en la primera norma que se analizó la nulidad se concibe por los daños ocasionados como consecuencia de la infracción constitucional o legal, en la que se acaba de analizar la nulidad surge como consecuencia del acto arbitrario que se realiza por fuera de las competencias señaladas normativamente por la Constitución y por la ley.

Cabanellas, (1989, 587), da los siguientes conceptos de las dos expresiones anteriormente referenciadas: " **USURPACIÓN DE ATRIBUCIONES.** Delito consistente en arrogarse potestades que pertenecen a una autoridad o a un funcionario público, con la consiguiente

simulación de cargo."

La incompetencia funcional de los servidores públicos es una de las primeras formas de nulidad que se conocen en la historia de la humanidad, es muy antigua y clara la percepción de la nulidad de los actos realizados por los funcionarios por fuera de sus competencias legales.

Pero el Constituyente formula una tercera forma de nulidad, que sería la que surge de la realización de un acto con abuso o desviación de poder o en contravía de las previsiones normativas, es decir, en referencia al acto irritualmente realizado. Esta tercera concepción de nulidad aparece en el artículo 139 constitucional cuando dispone: " El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la Ley.

Esta tercera concepción o forma de la nulidad coincide con la que de manera específica se consagra en el numeral 1º del artículo 49 en referencia específica a la prueba ilícita, pues es claro que la prueba reprochada es aquella practicada irritualmente, o como dice la norma Superior, mediante violación del debido proceso. El artículo mencionado dispone:

> " Art. 49.- El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:
> 1.- La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los

> cuáles se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley."

En relación con las normas antes analizadas, en lugar de ser contrarias entre sí, se trata de normas complementarias que al ser conjugadas simultáneamente dan una idea global y completa de lo que debe entenderse dentro del concepto de nulidad constitucional.

El abuso de autoridad como expresión de la arbitrariedad de los servidores del Estado, no solo es motivo o causal de los actos públicos así realizados, sino que igualmente existen profusas manifestaciones de tipicidad en referencia a algunas de las más graves expresiones del abuso de autoridad. Es así como la legislación penal venezolana prevé varias formas de abuso de autoridad en el artículo y siguientes de tal codificación.

Lo anterior lleva a concluir dentro de la sistemática constitucional de la nulidad, que todos los actos realizados por los servidores públicos serán nulos cuando los ejecuten con detrimento de los derechos consagrados en la Constitución, de la misma manera que tendrán la misma sanción todos los actos realizados con usurpación del poder o con abuso o desviación de éste, al estar enmarcados dentro de un proceso indebido.

II. El debido proceso y la nulidad en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos

En los Tratados sobre derechos humanos no se hace una específica referencia a las nulidades, pero es claro que al consagrarse el concepto del debido proceso, ha de concluirse que la violación de cualquiera de las garantías que lo integran debe conllevar de manera necesaria al concepto de invalidez del acto procesal o del proceso de conformidad con las particularidades de cada caso.

En el Pacto Universal de Derechos Humanos se consagran diversidad de garantías constitutivas del debido proceso, la mayoría de las inherentes al debido proceso aparecen estipuladas en el artículo 14 entre las que se encuentran el concepto de juez natural independiente, imparcial y competente, igualdad ante los jueces, derecho a ser oído, presunción de inocencia, a ser informada de la acusación, a disponer del tiempo y de los medios adecuados para defenderse, a un proceso sin dilaciones injustificadas, a estar presente en el proceso, defenderse personalmente y a elegir un defensor de confianza o uno de oficio, a interrogar a los testigos de cargo, a tener un intérprete si no comprende el idioma oficial, a no declarar contra si misma, derecho a apelar la sentencia condenatoria, derecho a indemnización por fallos injustos, cosa juzgada.

Así mismo en el artículo 6 se consagra el derecho a la vida y se dispone que si existe la pena de muerte sólo se puede imponer por los más graves delitos, de igual forma en el artículo 7 se reprocha la tortura y los tratos crueles inhumanos y degradantes.

En este mismo orden de ideas en el artículo 8 se prohíbe la esclavitud y la servidumbre y se reprochan los trabajos forzados. En el 9 se consagra la libertad y se determina que nadie podrá ser privado de ella sino por causas previamente determinadas en la ley por el procedimiento en ella establecido. Se consagra el habeas corpus para las detenciones ilegales.

En el artículo 10 se establece el respeto a la dignidad humana para las personas privadas de la libertad, en el Artículo 11 los derechos a la honra y a la dignidad y la consagración de la privacidad domiciliaria, de correspondencia y de las comunicaciones

Debe reiterarse que por expresa voluntad del Constituyente estos Tratados entre otros, tienen rango constitucional de conformidad con plurales disposiciones constitucionales, de tal manera que en Venezuela al igual que ha sucedido en Colombia también puede hablarse de un Bloque de Constitucionalidad, integrado por el texto de la Carta Política y de los Tratados ratificados por el país en relación con los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario.

El control constitucional de una ley deberá verificarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también a partir de su comparación con otras disposiciones con carácter supralegal que tienen relevancia constitucional. En otras palabras, el conjunto de normas que se utilizan como parámetro para analizar la validez constitucional de las leyes que integran el denominado bloque de Constitucionalidad. Por consiguiente, existen ocasiones en las cuales las normas que, por su naturaleza, se convierten en parámetros para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una ley, pueden integrar el bloque de constitucionalidad.

Todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad son parámetros de legitimidad constitucional, pero no por ello gozan de idéntica jerarquía normativa. Así pues, no todos los contenidos normativos que son parámetros de constitucionalidad, deban ser modificados de acuerdo con el procedimiento previsto para la reforma constitucional, pues el proceso de cambio normativo varía según la naturaleza de cada disposición. Pero, todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad son parámetros necesarios e indispensables para el proceso de creación de la ley.

Es posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. El primero: estricto sensu, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la

Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario. De otro lado, la noción lato sensu del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que "tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias", aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional.

En principio, integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: el preámbulo, el articulado de la Constitución, algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos, las leyes orgánicas y, las leyes estatutarias. Por lo tanto, si una ley contradice lo dispuesto en cualquiera de las normas que integran el bloque de constitucionalidad la Corte Constitucional deberá retirarla del ordenamiento jurídico, por lo que, en principio, los autores tienen entonces razón en indicar que la inexequibilidad de una disposición legal no sólo se origina en la incompatibilidad de aquella con normas contenidas formalmente en la Constitución.

No todos los tratados y convenios internacionales hacen parte del bloque de constitucionalidad, pues tal y como la jurisprudencia lo ha señalado en varias oportunidades, los tratados internacionales, por el sólo hecho de serlo, no forman parte del bloque de constitucionalidad y, por

tanto, no ostentan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias. En efecto, El Tribunal Supremo de justicia ha señalado que, salvo remisión expresa de normas superiores, sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y, que prohíben su limitación en estados de excepción. Es por ello, que integran el bloque de constitucionalidad, entre otros, los tratados del derecho internacional humanitario, tales como los Convenios de Ginebra, los Protocolos I y II y ciertas normas del Pacto de San José de Costa Rica.

El "Acuerdo sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio" (ADPIC), no constituye parámetro de constitucionalidad, como quiera que dentro del bloque de constitucionalidad no pueden incluirse convenios o tratados internacionales que regulen materias autorizadas expresamente en la Carta. Dicho de otro modo, no pueden considerarse parámetros de control constitucional los acuerdos, tratados o convenios de carácter económico, pues no existe disposición constitucional expresa que los incluya, ni son de aquellos que el artículo 93 de la Carta otorga un plus, ni son normas que la Carta disponga una supralegalidad.

Existen razones procesales y prácticas del control constitucional que

justifican esa decisión. En primer lugar, los acuerdos comerciales, en esencia, traducen objetivos y políticas gubernamentales, los cuales están sometidos a la reciprocidad de los Estados y a las necesidades económicas coyunturales, lo cual impediría un control definitivo de la constitucionalidad de una disposición legal.

Por otro lado, el derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de unas prácticas consuetudinarias, que se entienden incorporadas al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. Por ello, la mayoría de los convenios de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas. Así, esta Corporación, en las sentencias citadas, y en concordancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacionales, ha considerado que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante del ius cogens.

Ahora bien, al tenor del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, se entiende por norma ius cogens o norma imperativa de derecho internacional general, una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto cono norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una

norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter, por ello, según este mismo artículo de la Convención de Viena, todo tratado que contradiga esos principios es nulo frente al derecho internacional.

Esto explica que las normas humanitarias sean obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario.

La obligatoriedad del derecho internacional humanitario se impone a todas las partes que participen en un conflicto armado, y no sólo a las Fuerzas Armadas de aquellos Estados que hayan ratificado los respectivos tratados. No es pues legítimo que un actor armado irregular, o una fuerza armada estatal, consideren que no tienen que respetar en un conflicto armado las normas mínimas de humanidad, por no haber suscrito estos actores los convenios internacionales respectivos, puesto que la fuerza normativa del derecho internacional humanitario deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de humanidad que estos instrumentos internacionales recogen.

Todos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces

obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado.

De este modo se puede decir que, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de ésta. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas a este nivel, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.

El único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalencia de los tratados ratificados por Venezuela, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. Como es obvio, la imperatividad

de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado Venezolano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.

CAPITULO IV

LAS NULIDADES EN EL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL

I. De las nulidades en el Código Orgánico Procesal Penal

Antes de entrar a hablar sobre las nulidades procesales se debe dar un concepto de lo que se entiende como actos procesales y atendiendo al concepto de Novoa, V. (1997, 31) debe decirse que acto procesal en sentido estricto: "....es cualquier conducta humana, voluntaria, de la que se sigan consecuencias jurídicas para la relación procesal, pero ya no como mera voluntariedad, sino en referencia a la consecución de determinado fin, por parte del sujeto actuante dentro del proceso".

Por su parte el chileno Campbell, J. (1997, 51), concibe el proceso como un conjunto de actos procesales, interrelacionados entre si, para la obtención de los objetivos señalados en la ley. En tal sentido afirma:

> ".....que el proceso es un conjunto de actos procesales, y naturalmente, como dice Chiovenda, " no se trata de una serie de actos desligados e independientes, sino de una sucesión de actos coligados para el fin común de la actuación de la voluntad de la ley y procediendo ordenadamente hacia el alcance de este fin Analizado el concepto de acto jurídico procesal en esta perspectiva, encontraremos que él tiene elementos necesarios para su existencia y validez; requisitos y características del proceso considerado como un todo; otros que se refieren a los actos que en particular lo integran o conforman y, por último, los hay que son comunes".

Dentro de la concepción precedente, es evidente que todo acto procesal tiene señalados previamente en la norma una serie de requisitos para su existencia, las cuales deben ser del conocimiento de los sujetos procesales para que puedan cumplirse las exigencias de competencia, como también las demás formalidades propias del acto, en cuanto al tiempo, modo y lugar, y otros, para efectos de la indemnidad de los derechos fundamentales establecidos por la norma Constitucional para todos los sujetos procesales.

Es evidente que cuando el acto procesal se realiza por quien no tiene competencia para hacerlo, cuando se hace en contradicción de las normas constitucionales o legales que regulan o señalan las formalidades propias de cada acto, cuando no cumple las finalidades políticas para las que se ha establecido, cuando se hace en contravía de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que debió haberse realizado se está en presencia de un acto irregularmente realizado que puede ser anulado, cuando además de su informalidad ha producido daño a cualquiera de los sujetos procesales.

Se ha sostenido de manera reiterada por los procesalistas que el proceso penal es fundamentalmente ritualista o formalista, pero las formas y ritos no han sido creados por el legislador de manera caprichosa, sino fundamentalmente con una finalidad garantista de pleno contenido político.

Todas y cada una de las formas procesales deben ser miradas como lo que son, instrumentos políticos de garantía que han sido creados por el legislador para preservar los derechos fundamentales de origen constitucional concebidos en beneficio de los ciudadanos, evitando en la medida de lo posible que sean víctimas de las arbitrariedades y abusos de poder de las autoridades en general, y en particular de los funcionarios que ejercen la represión penal.

La verdad es que como siempre se ha dicho, vecino del ejercicio del poder se encuentra su abuso y ello se evidencia con mayor facilidad en la actividad de policías, jueces y carceleros que por un mal entendido concepto del deber, en la búsqueda de ascensos y felicitaciones por los éxitos profesionales obtenidos o por física corrupción, realizan actividades del proceso penal sin el seguimiento de las formas propias del juicio, vulnerándose de tal manera las garantías y derechos fundamentales de quienes se encuentran involucrados en el proceso penal.

Que las formas y ritos son prenda de garantía de los derechos de los ciudadanos se evidencia, con cualquiera de las establecidas constitucional o legalmente y a vía de ejemplo se puede hacer referencia a cómo la libertad como derecho fundamental de los ciudadanos es protegida y garantizada por una serie de formas, como se pasa a demostrarlo: en el artículo 44 constitucional se consagra el derecho a la libertad de locomoción,

estableciéndose que solo puede ser limitada en virtud de orden de autoridad judicial, lo que nos indica que los miembros de las otras ramas del poder, ejecutivo y legislativo, no pueden privar de la libertad a los ciudadanos, y además de lo anterior la persona capturada debe ser entregada dentro de las 48 horas siguientes ante una autoridad judicial y se consagran en su favor el derecho a comunicarse con sus familiares, con su abogado y todos tienen el derecho a ser informados sobre el lugar de la detención, a ser notificados de los motivos de la misma, a dejar constancia escrita sobre el estado físico y psíquico del capturado.

Dentro del concepto de la tripartición es apenas lógico que sean únicamente los servidores públicos que pertenecen a la rama judicial, los que pueden limitar o restringir los derechos fundamentales de los ciudadanos sometidos a proceso y solo ellos pueden emitir un juicio de responsabilidad en contra de los mismos.

Los derechos que se señalan como propios del ciudadano capturado, tienen como objetivo evitar tragedias familiares que podrían suscitarse ante la ausencia de un ser querido, puesto que bien se sabe que cuando dichas eventualidades suceden, siempre se piensa lo peor y es evidente que la justicia nada pierde informando a los interesados sobre la situación de detención en que se encuentra un ser querido; pretende garantizar el derecho a la defensa, que no solo se concreta con la posibilidad de entrar en

contacto con un abogado, sino que para poder comenzar a ejercer la defensa es indispensable saber cuál fue el funcionario competente que ordenó la detención y el motivo de la misma; de igual forma se pretende verificar el estado de salud del retenido, para garantizar que hacia el futuro mientras dure su situación de detención no vaya a ser afectado en su integridad física o psíquica y si ello ocurriera para demostrar la responsabilidad de los funcionarios del Estado encargados de su retención.

Tanto la Constitución, como el Código Procesal pregonan el juzgamiento en libertad, para efectos de garantizar de manera efectiva este derecho de rango constitucional se entran a definir aquellas circunstancias excepcionales que harían justificables la detención preventiva, y se está haciendo referencia de manera necesaria al peligro de fuga del procesado al hecho de que éste se pueda convertir en un peligro de obstaculización para el buen desarrollo de la justicia.

Como se puede observar se trata de una serie de formalidades por medio de las cuales se limita el poder del Estado y estas limitaciones se constituyen en garantías consagradas a favor de los ciudadanos sometidos a proceso, de allí que Maurino (1993, 9), señale: "se han de considerar irrenunciables, como lo ha expresado la doctrina alemana, las formas que tienden a la preservación de la bilateralidad del contradictorio y en general a la garantía del debido proceso" .

Dada la importancia que tiene la declaración del imputado dentro del proceso es importante que a vía de ejemplo se analicen los efectos garantistas señalados a ésta disposición y es así como en el artículo 130 se indican algunos de los requisitos de validez de ésta declaración, estableciéndose en el último inciso bajo sanción de nulidad que la declaración del imputado debe hacerse en presencia de su defensor, para efectos de garantizar el principio constitucional del derecho a la defensa que se consagra en todas las etapas procesales y para cumplir con las disposiciones procesales que determinan este derecho como uno de los principios y garantías rectoras del proceso penal.

Es trascendental que sea hecha ante un funcionario del Ministerio Público y debe ser en presencia de ellos, porque son ellos los titulares de la acción penal y quienes deben recaudar la prueba y eventualmente formular la acusación, porque son ellos quienes de conformidad con la Constitución tienen el monopolio del ejercicio de la acción penal en la etapa preparatoria, intermedia y en el juicio oral; porque a pesar que intervienen otros funcionarios auxiliares, como son los miembros de la policía judicial, estos deben cumplir fundamentalmente una labor de apoyo a los funcionarios del Ministerio Público y no tienen competencia para éste tipo de actuaciones.

Es igualmente una realidad que para efecto de mayores garantías a

los derechos de los procesados, las brinda en mayores posibilidades la recepción de este tipo de pruebas directamente por los funcionarios del Ministerio Público y no por los de policía.

Que la persona haya sido informada del derecho a no declarar contra sí misma, para que de esta forma se concrete el principio constitucional que así lo consagra en el art. 49.5 al establecerse: " Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra si misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad....." que igualmente aparece consagrado en varios artículos de la ley procesal, reglamentándose así el principio constitucional.

El derecho a guardar silencio surge de la conjugación de una serie de principios como el de la presunción de inocencia, según el cual la culpabilidad tiene que ser demostrada por los funcionarios del Estado y mientras ello no se logra, seguirá existiendo la presunción según la cual el ciudadano es inocente y por tanto no está obligado a aportarle pruebas al Estado para que se demuestre su culpabilidad ni su inocencia, sino que deben ser los funcionarios que ejercen la represión quienes las deben buscar; como es apenas lógico pensarlo, el hecho de hablar y de someterse a un interrogatorio ya lo pone en peligro de reconocer aspectos que no

quiere aceptar, caer en contradicciones, vacíos o la imposibilidad de poder explicar determinadas circunstancias; es factible que el nerviosismo sea de tal naturaleza que se evidencie y lo ponga en inminente peligro ante un hábil interrogador, y si en esa situación se encuentra, como es dable imaginarlo debe recurrir a la vía del silencio, sin que la misma pueda ser tomada como una prueba en contra, como en alguna vez y de manera absurda se consagró en una codificación procesal peruana.

Que se haga en forma consciente y libre, garantías procesales que tienen su fundamento en profusos principios constitucionales como el de la libertad, la vida, la dignidad del ser humano, que han sido objeto de reglamentación por la ley procesal, en cuanto se consagra la inviolabilidad de la dignidad que se merece todo ser humano, principios que garantizan que el testimonio de los imputados y de los deponentes sea rendido de manera consciente y libre y que por tanto queden prohibidas todas las formas de interrogatorio que de una u otra manera vulneren esas expresiones superiores del ser humano, y al garantizarse la conciencia de la declaración, de hecho quedan prohibidas todas las formas de interrogación realizadas bajo estado de hipnosis o narcoanálisis, o las obtenidas por el concurso del polígrafo o detector de mentiras, o las respuestas obtenidas por la formulación de preguntas capciosas o sugestivas, de la misma manera quedan prohibidas todas las formas de interrogación que vulneren la libertad

de la declaración, como aquellas obtenidas por la utilización de cualquier forma de coacción o violencia física o moral.

No debe olvidarse el último aparte del numeral 5 del artículo 49 constitucional que dispone: " La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza."

Se evidencia entonces con el ejemplo utilizado, que podría multiplicarse razonadamente con todas y cada una de las normas que contemplan estas formas procesales, que las mismas, revisten un profundo contenido político de garantía, que unido a la característica pública del proceso penal que las hace obligatorias y que impone a todos los funcionarios y a los sujetos procesales a someterse a sus reglamentaciones y cumplir con sus ritualidades, porque el irrespetar las formas del proceso puede llevar a la existencia de irregularidades que pueden ser trascendentes en el proceso, que den lugar a la generación de las grandes sanciones procesales de la inexistencia o la nulidad.

II. Procedimiento y funciones

En el artículo 191 se consagra el concepto de lo que debe entenderse por nulidades absolutas y se hace, estableciéndose dos clases o modalidades de las nulidades absolutas. Se contemplan en ésta norma dos

clases de nulidades absolutas, las unas referidas al imputado y las otras a los otros sujetos procesales o en interés del Estado y de la sociedad en general.

A) Se encuentra entonces en primer lugar una nulidad absoluta concebida en favor del imputado, puesto que hace referencia a la intervención, asistencia o representación del imputado dentro del proceso y es obvio que si el legislador está definiendo o consagrando las denominadas nulidades absolutas, debe pensarse que esa intervención, asistencia o representación del imputado dentro del proceso penal solo podrá constituir nulidad cuando se haga con vulneración, desconocimiento o inobservancia de las garantías y derechos constitucional y legalmente consagrados que integran el concepto del debido proceso constitucional al que se ha estado haciendo referencia en éste trabajo.

La primera parte de la norma que se analiza y en referencia a las nulidades absolutas que se pueden cometer en perjuicio de los intereses del imputado está prevista de la siguiente manera: "Art. 191.- **Nulidades absolutas.-** Serán consideradas nulidades absolutas aquellas concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado, o……".

Con la segmentación de la norma se observa con absoluta nitidez, que luego de la " o " subsiguiente al vocablo imputado ha debido seguir el

complemento de la frase que ha debido tener el siguiente contenido o uno similar: Art. 191.- **Nulidades absolutas.-** Serán consideradas nulidades absolutas aquellas concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado, con violación de las garantías y derechos consagrados en su favor en la Constitución, los tratados sobre derechos humanos o en la ley, o.....".

B) Viene una segunda modalidad de nulidad absoluta y es la relacionada con aquellas otras actuaciones procesales que se realizan con inobservancia o violación de los derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución, los tratados y las leyes.

Esta nueva modalidad de nulidad aparece a partir de la " o " disyuntiva y hace referencia a los otros sujetos procesales o aquellas nulidades que sin afectar a nadie dentro del proceso constituyen claras inobservancias a derechos o principios constitucionales, que por serlo no pueden dejarse pasar desapercibidos así con ellos no se hubiese afectado los derechos de nadie dentro del proceso. Al respecto, Dall'Anese, F. Y Llobet, J. ((1987, 83), señalen que este tipo de nulidades absolutas "son las que existen de derecho y pueden ser denunciadas por alguna de las dos partes".

La norma que se analiza prevé esta segunda modalidad de nulidad absoluta en el siguiente aparte:

> Art. 191.- **Nulidades absolutas.-** Serán consideradas nulidades absolutas ....., o las que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías fundamentales previstos en este Código, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos por la República.-

En este segundo aparte de la norma que se inicia con una " o " disyuntiva se repite la norma anterior, pero completada en cuanto incluye la causa motivadora de la nulidad que es la inobservancia normativa de garantías o derechos para quienes intervienen en el proceso, aquí sí, de manera completa en cuanto al contenido de la oración gramatical se dice que la inobservancia de los derechos y garantías previstos en las normas constitucionales, legales e internacional constituyen nulidades absolutas.

Podría contra argumentarse para afirmar que en realidad la norma solo alude de manera genérica a una forma o clase de las nulidades absolutas, y que la parte de la frase que sigue a continuación de la " o " disyuntiva debe predicarse referida a la primera parte que alude a la intervención del imputado y si se llegase a aceptar esta otra interpretación, con mayor razón habría de concluirse en la errónea concepción de la norma, porque en tales circunstancias solo se estaría haciendo referencia a las nulidades que podrían afectar los intereses del procesado, cuando bien se sabe, que los actos irregulares realizados con trasgresión o desconocimiento de las garantías y derechos consagrados en la Constitución, los Tratados

sobre Derechos Humanos y la ley pueden afectar tanto al procesado, pero también a los demás sujetos procesales.

Con lo anterior se demuestra que cualquiera que sea la forma de interpretación que se adopte en relación con la norma en estudio ha de concluirse que la misma fue indebidamente concebida y que incluso ésta segunda interpretación es más irracional, porque se estaría concluyendo que el concepto constitucional del debido proceso solo fue concebido para dar protección al imputado, dejándose por fuera de tales garantías a los demás sujetos procesales.

Se hace referencia a normas de la más diversa jerarquía y en relación con las mismas es claro que la consagración de los derechos y garantías deben aparecer necesariamente en el texto constitucional o en los Tratados sobre derechos humanos; en las leyes propiamente dichas, deben aparecer es las respectivas reglamentaciones para el ejercicio de tales derechos o para la preservación de las garantías creadas a niveles superiores.

Parece entonces que fue desde todo punto de vista inconveniente que se hubiesen parangonado en ésta norma la Constitución, los tratados y las leyes ordinarias, porque los primeros son creadores o consagratorios de derechos y garantías, mientras que las últimas cumplen una función reglamentaria en relación con los derechos y garantías creados en aquellos.

No obstante la observación anterior, se debe reconocer, que cuando la reglamentación legal del derecho o garantía constitucional, implica en la dinámica la vulneración de la ritualidad o formalidad legal que sirve de protección al derecho, de igual manera debe pensarse en la existencia de una nulidad absoluta, pero en éste caso la nulidad será por el desconocimiento o vulneración del derecho constitucional, que se concreta con la violación del rito o forma procesal con el que se encontraba protegido.

Para hacer mayor claridad, si se logra que el imputado confiese mediante la utilización de una forma prohibida de interrogación, la nulidad será declarada, porque finalmente se vulnero el principio constitucional de que nadie está obligado a declarar contra si mismo, que se concreta con la utilización de la violencia, de la formulación de preguntas capciosas o sugestivas, de la utilización del polígrafo o detector de mentiras, del uso de la hipnosis o de los derivados del pentotal sódico. En éste caso la violación de la normatividad es doble, porque de vulnera el rito procesal y con él, el derecho constitucionalmente consagrado, que es finalmente el que concreta la razón de ser de la nulidad.

Es claro que si la reglamentación del derecho es un aspecto esencial del ejercicio del derecho y la garantía, la vulneración de la ley debe conllevar a la nulidad absoluta, pero si se trata de una reglamentación de aspectos no

esenciales del derecho o la garantía, no podemos pensar en la existencia de nulidades de carácter absoluto.

Tal parece que las infracciones legales llevan a lo que la doctrina universal ha conocido como nulidades relativas, y éstas se dan cuando la vulneración es del simple rito, sin que se alcance a vulnerar el derecho constitucionalmente consagrado.

Se estima igualmente que al hacerse referencia a los Tratados, se ha debido especificar que se refiere es a los relacionados con los derechos humanos y el derecho humanitario, porque se sabe que un país firma multitud de tratados o convenios internacionales de las más diversa naturaleza y contenido, la mayoría de los cuales nada tienen que ver con la problemática del debido proceso, ni de las nulidades.

Es importante destacar que a pesar que el legislador venezolano no alude a las nulidades relativas por su nombre, si se refiere a ellas cuando en el artículo 192, establece que excepto las nulidades absolutas, hay otros actos que pueden ser renovados, rectificados o cumplidos y en éste caso no puede estar haciendo referencia sino a las nulidades relativas.

Es igualmente una conclusión que surge del propio razonamiento lógico porque si el legislador habla de unas nulidades absolutas, a contrario

sensu, se tiene que pensar necesariamente en la existencia de las nulidades relativas.

Por estar la primera clase o modalidad de las nulidades absolutas, las relacionadas con el imputado, dentro de una proposición jurídica incompleta, en cuanto a que no se estableció la causa o motivo que genera la nulidad, debe precisarse que el concepto de las nulidades debe estar referido a todas y cada una de las garantías constitucionales o integradas en el Bloque de Constitucionalidad, porque existe una tendencia muy generalizada en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de privilegiar el derecho a la defensa, como si el mismo fuese de superior categoría a las otras garantías existentes igualmente en esos Estatutos Superiores.

Es una realidad que los derechos y garantías constitucionales deben estar dentro de un mismo nivel normativo, y por ninguna circunstancia podría pensarse en la existencia de unos derechos de mayor jerarquía que los otros.-

Lo anterior para predicar con certeza y seguridad, que en cualquier caso de vulneración de un derecho o garantía constitucional, en principio, se debe comenzar por pensar en la existencia de un acto o prueba anulable, puesto que en el proceso no puede existir nada que sea válido y que sea contrario a los principios constitucionales.

En el artículo 192 del COPP se establece una norma que es titulada sobre el fundamento de la renovación, rectificación o cumplimiento de los actos procesales, y que corresponde a la idea que dentro de la doctrina es uno de los principios que deben ser tenidos en cuenta en el momento de la declaratoria de las nulidades y que se conoce como principio de naturaleza residual o mecanismo de excepción de las nulidades, que representa o nos indica que la declaratoria de invalidez debe ser el último recurso al que debe acudir el servidor judicial, antes de decidirse a declarar una nulidad.

Así pues la nulidad es en el derecho lo que la cirugía en la medicina, porque mientras en ésta el trabajador de la salud está obligado a recurrir a todo tipo de terapias y tratamientos antes que a la cirugía, pero ante la imposibilidad de obtener la curación debe decidirse por la cirugía, mientras que el servidor judicial debe tratar de corregir los errores de trámite, comunicación y decisión por cualquier otro medio antes que inclinarse por la nulidad.

Porque según este principio la nulidad es el último recurso al que debe acudir el juez para tratar de resolver la problemática surgida de una actuación irritual y que aparece concretamente consagrado en la norma.

Dada la trascendencia política de este principio, si existen soluciones diversas a la nulidad, a ellas debe acudirse, y siempre debe tratar de corregirse

el error, subsanarse la omisión, o enmendar el acto irritualmente realizado. Se trata de otra norma rectora del proceso penal que establece la obligación del funcionario judicial de corregir los errores, para evitar en la medida de lo posible la declaratoria innecesaria de nulidades que podrían facilitar la libertad y posterior fuga de los procesados o propiciar la posibilidad de una prescripción, cuando la duración del proceso ha sido demasiado prolongada.

En el caso concreto de la legislación venezolana se utilizan tres verbos rectores que son renovar, rectificar o cumplir, que indican con carácter impositivo que el juez frente a actos irregulares debe renovar el acto, claro que siempre y cuando ello sea posible, porque es evidente que hay actos procesales o probatorios que por múltiples circunstancias no pueden ser renovados; o debe rectificarlos, cuando la realización, la practica o la decisión admita la posibilidad de tal enmendadura, o cuando se trate de actos que hayan sido omitidos, pues es cristalino que es deber del funcionario judicial realizar el acto antes omitido, esto también, siempre y cuando ello sea posible, porque por efectos de la ejecutoria, del cambio de competencia o de otras circunstancias específicas del proceso penal, hay ocasiones en que el acto omitido ya no es posible realizarlo, imponiéndose en tales eventualidades el decreto de invalidez.

La norma que se comenta establece: Art. 192.- **Renovación,**

rectificación o cumplimiento.- Los actos defectuosos deberán ser inmediatamente saneados, renovando el acto, rectificando el error, o cumpliendo el acto omitido, de oficio o a petición del interesado."

Bajo pretexto de renovación del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido, no se podrá retrotraer el proceso a períodos ya precluidos, salvo casos expresamente señalados por este Código.

El mandamiento imperativo de corrección del acto irregular es un ordenamiento que sería el ideal, pero que no tiene efectos reales, porque el conocimiento de la irregularidad y de su corrección depende de su detección y la verdad es que puede ocurrir que pese a su existencia no sea advertido de manera inmediata y que incluso sea detectado mucho tiempo después, cuando por las etapas transcurridas del proceso ya no sea posible acudir a ésta posibilidad de enmendar los errores existentes.

Igualmente parece una expresión desafortunada la contenida en el segundo inciso del artículo que se comenta, porque afirmaciones tan rotundas como las que allí se hacen pueden quedar perfectamente desconocidas por la realidad del proceso, nos referimos a la aseveración de que en ningún caso se podrá retrotraer el proceso a períodos ya precluidos del proceso, porque es evidente que pueden presentarse casos en los cuales la arbitrariedad o la irritualidad pueda ser tan trascendente que de manera

necesaria sea necesario declarar la invalidez de todo el proceso o de gran parte de él.

Ahora bien después de analizar las nulidades absolutas y relativas establecidas en el COPP es necesario estudiar y analizar las convalidaciones de estos actos y nulidades, a lo que se puede argumentar que en el artículo 194 se consagran las diversas hipótesis por medio de las cuales un acto procesal irregularmente celebrado queda convalidado.

Parece que en su concepción se incurre en un error conceptual, desde el mismo momento en que no se distingue cuales son las nulidades convalidables, porque de conformidad con la doctrina mayoritaria, de manera general son susceptibles de ser convalidadas las nulidades relativas, no así las absolutas que de manera general son consideradas como inconvalidables.

De este modo si se ha dicho que las nulidades absolutas son aquellas que comportan una infracción constitucional o al Bloque de Constitucionalidad, integrado por los Tratados sobre Derechos Humanos y Derecho Humanitario ratificados por la República, es innegable que una infracción a normas de tal jerarquía no dependen de la voluntad de las partes o que la misma se haya solicitado su saneamiento en tiempo oportuno o no.

Así pues no puede concebirse una infracción constitucional, ni

tampoco una vulneración de los derechos humanos de los sujetos procesales, pero menos aún, que habiéndose presentado dentro del proceso, la misma pudiera ser convalidada y ello no es posible, porque la vigencia e integridad de la Constitución no depende de los jueces, ni los sujetos del proceso penal.

Al respecto, Saavedra (1995), afirma:

> Como sanción la nulidad existe en todas las ramas del ordenamiento jurídico que es lo explicable, puesto que si el debido proceso constituye un principio de carácter superior es apenas lógico que las leyes procesales que reglamentan la Constitución, en todas sus variantes deben contemplar las sanciones imponibles a los actos, diligencias o actuaciones de carácter procesal que se hayan dictado o realizado, sin el consentimiento de las formalidades previstas, en la respectiva norma.

Si se llegase a admitir la posibilidad de convalidación de las nulidades absolutas se estaría aceptando que las actuaciones y decisiones de un proceso penal pueden llegar a estar por encima de la propia Constitución, hipótesis que no es concebible en un Estado Democrático y Social de Derecho, como lo es la República de Venezuela.

Porque en un Estado que haya aceptado esta estructura ha de entenderse que las providencias o decisiones judiciales sean dictadas en consonancia con las normas constitucionales y legales que conforman el concepto del debido proceso, porque es claro que solo aquellas sentencias que

hayan sido dictadas de conformidad con la Constitución y la ley pueden obtener la ejecutoria y con ellas la autoridad de la cosa juzgada que se traduce en su intangibilidad y definitividad.

Es importante recordar la sabiduría jurídica de los romanos en el pensamiento de Ulpiano cuando afirma que: " Debemos tener por condenado a quien lo fue conforme a Derecho, de suerte que sea válida la sentencia " (Condemnatum accipere debemus eum, cuirite condemnatus est, ut sentencia valeat).

No es posible concebir y menos afirmar que la decisión que es tomada en contravía de la Constitución pueda adquirir esta característica de firmeza y definitividad, pues aceptar tal idea, sería tanto como reconocer que el concepto de la cosa juzgada tiene mayor importancia que la propia preceptiva constitucional, puesto que se sobreentiende que si se acepta la intangibilidad absoluta de la cosa juzgada, se está permitiendo que las decisiones judiciales inconstitucionales, pese a haber sido dictadas en contravía de los conceptos de la Carta Política y los legales del debido proceso pueden quedar perennemente válidas, pese al reconocimiento de sus vicios normativos superiores.

No debe olvidarse que la competencia punitiva que tiene el Estado y que ejerce por medio de los funcionarios encargados de la represión, solo puede darse cuando las sentencias hayan sido dictadas dentro de los más estrictos

cauces constitucionales y legales. Es decir que jamás de los jamases podría pensarse en la validez de una sentencia, y menos aún, en su definitividad, si la misma ha sido dictada por fuera de las competencias normativas, cuando se concibe por fuera de los parámetros constitucionales y legales; porque si le diéramos plena y absoluta validez a la sentencia irregular, se estaría afirmando que en tales circunstancias la capacidad del juez sería libre y por encima de la propia voluntad del Constituyente y de Legislador, y además que los fallos de los jueces podrían tener prelación sobre la propia Constitución y la Ley.

Aceptar la pretensión anterior, sería tanto como admitir que la actividad de los jueces en el ejercicio de sus cargos estuviera por encima de la Constitución y de la Ley, postulado que no puede aceptarse bajo ninguna perspectiva a menos que se acepte la peor de las dictaduras: la de los jueces.

La norma del COPP comentada establece:

> "Art. 194.- **Convalidación.-** Salvo los casos de nulidad absoluta, los actos anulables quedarán convalidados en los siguientes casos:
> 1.- Cuando las partes no hayan solicitado oportunamente su saneamiento;
> 2.- Cuando quienes tengan derecho a solicitarlo hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto;
> 3.- Si, no obstante la irregularidad, el acto ha conseguido su finalidad."

Así pues todo lo dicho hasta los momentos indica entonces que la decisión judicial debe ser una manifestación de la voluntad del Estado, en

cumplimiento de sus fines políticos últimos, por medio de la cual se resuelve un conflicto social interpersonal, que debe ser solucionado dentro del más estricto encuadramiento de la normatividad constitucional y legal del debido proceso, cuyo contenido debe ser la expresión o concreción del derecho material y que por tanto debe ser un resumen de equidad y de justicia.-

Es claro que frente al principio constitucional de la primacía del derecho sustancial, la cosa juzgada, como entelequia puramente formalista que tiene como objetivo político garantizar la seguridad jurídica de los asociados, que saben en virtud de éste principio que de manera regular los fallos una vez han adquirido ejecutoria son definitivos; y de garantizarle al ciudadano individualmente considerado que una vez juzgado no podrá ser sometido a un nuevo juzgamiento; pero esa garantía de seguridad jurídica y de definitividad solo puede pregonarse cuando la sentencia haya sido dictada por el juez competente y con el lleno de la totalidad de los requisitos normativos señalados al efecto.

Porque pregonar la intangibilidad del fallo inconstitucionalmente dictado, del producido sin competencia, del arbitrario o definitivamente injusto sería hacer afirmaciones contrarias a los principios constitucionales opuestas con los principios generales del derecho. Y es que todas las teorías que de una u otra manera se han dado sobre la cosa juzgada admiten que por la precariedad de

la justicia de los hombres, el fallo judicial no siempre concuerda con la verdad histórica de los hechos y es por ello que autores como Savigny hablan de la sentencia como ficción de verdad, y otros hablan de presunción de verdad. Si ello constituye una realidad es claro entonces que pese a la importancia política que la cosa juzgada pudiera tener no es un concepto de carácter absoluto.

Recuérdese el pensamiento siempre sabio del maestro Carnelutti, F. (1971), quien al respecto sostiene:

> " El resultado de estas observaciones es que el valor del fallo, en moneda de verdad y de justicia, es inevitablemente relativo. Prescindiendo de la fiabilidad del juicio humano, los instrumentos que la ley pone a disposición del juez, son y no pueden dejar de ser tan imperfectos que no dan ninguna garantía segura de que el fin del proceso pueda ser alcanzado. Hay un margen, que queda desgraciadamente en descubierto, en mayor o menor medida, entre fin y resultado. Por eso, no se dice que la cosa juzgada es la verdad, sino que pro veritate habetur " .-
>
> " Para expresar este desnivel entre fin y resultado uno se sirve a menudo de la distinción entre verdad sustancial y verdad formal. Son modos de decir acaso cómodos, pero inexactos. La verdad es una sola, pero desgraciadamente inalcanzable. Tiene lugar entre aquello que la cosa juzgada es y aquello que debería ser, la misma diferencia que entre el oro puro y el oro amonedado. El fallo, como una moneda de oro, no es oro de veinticuatro quilates; se trata de una liga, en la que la verdad se amalgama con el error. La verdad formal no es otra verdad; más bien es menos verdad, un grado de verdad inferior a la verdad pura.- (p.304)

En las condiciones precedentes cuando se está en presencia de un fallo injusto, de una decisión judicial tomada en contravía de la normatividad

constitucional y legal del debido proceso, no puede producirse ejecutoria de la sentencia y en tales circunstancias será impugnable en cualquier tiempo; pero tal afirmación no significa desconocimiento, o disminuirle importancia de la cosa juzgada porque frente a la generalidad de los casos la cosa juzgada seguirá imperando para garantizar la seguridad jurídica.

Aquí se hace referencia es a hipótesis de condiciones verdaderamente excepcionales, frente a las cuales, la sociedad no sentirá que ha perdido la seguridad jurídica que la institución le garantiza, ya que la corrección de injusticias y de arbitrariedades antes que producir inseguridad jurídica, crean por el contrario, sensación de justicia, de equidad, del correcto ejercicio del poder del Estado, generando en definitiva sobre el medio social la sensación de seguridad jurídica, de estar viviendo realmente en un Estado social y democrático de derecho en el que se concretan en la realidad social los principios fundamentales insertos en el Preámbulo de la Carta Política.

Frente a la decisión injusta o arbitraria, la cosa juzgada se convierte en una entelequia puramente formalista y adjetiva, que hace realista y necesaria la aplicación del principio constitucional de la primacía del derecho sustancial, puesto que la conservación de la sentencia injusta y arbitraria significaría en palabras más simples la concresión del formalismo sobre la justicia y eso no es posible dentro de la concepción constitucional que hoy afortunadamente se

tiene.

En ese orden de ideas, Borrego, (1999, 388), señala: ...es entonces el juez de Control el que en presencia de las partes puede subsanar algunos vicios o corregir algunos errores, lo cual repito impide que las partes posteriormente puedan hacer valer ese vicio, siempre y cuando ese vicio no afecte de una manera trascendente la continuación del proceso".

Para complementar lo anterior, se cita a Maldonado (2002, 178), quien expone:

> Este principio también le corresponde al Ministerio Público como garante de la Constitución y las leyes y por lo tanto en su deber de garantizar derechos de las partes, pueden observar el cometimiento de algunos vicios no fundamentales al juez de Control, para que los corrija con el conocimiento o en presencia de las partes (art.192); siempre y cuando no queden vulnerados derechos trascendentales, reconocidos por la Constitución de la República.

El desarrollo argumentativo precedente lleva a concluir de manera necesaria que se debe distinguir dentro de la normatividad constitucional cuáles son los derechos instrumentales y cuáles los que cumplen los objetivos últimos del hombre, de la sociedad y del Estado. Lo anterior, porque siendo todos fundamentales y por tanto insertos en la Carta Política, lo único cierto es que no por eso dejan de ser medios para obtener los fines últimos del Estado.

Lo anterior lleva a concluir que dentro de los derechos y garantías constitucionales deben distinguirse los derechos adjetivos de contenido sustancial y los derechos absolutamente sustanciales, que no pueden ser otros que los de la realización de la justicia material y si ello es así, el único valor que de ella deviene es la justicia, ésta contrastada con la verdad histórica de los hechos.

CONCLUSIONES

A través del Régimen de las Nulidades el legislador procesal penal venezolano, quiso dejar constancia de que ninguna prueba o evidencia es válida, si su obtención ha sido el producto de un acto que sea violatorio de los derechos constitucionales, de las reglas del Código Orgánico Procesal Penal, de las demás leyes venezolanas o de los acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República de Venezuela, que por eso mismo, son también leyes internas. Por tanto, los jueces penales venezolanos vienen obligados a conocer y aplicar la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales sobre derechos civiles, las convenciones contra la tortura, y la Declaración Interamericana de Derechos Humanos, entre otros.

Se concluye entonces que en este régimen son nulas las sentencias que condene sobre la base de pruebas obtenidas sobre la base preparatoria o sumario y no llevadas al juicio oral, o sobre la base de pruebas o elementos de convicción obtenidas en registros ilegales, mediante tortura o con engaño, o cuando sean dictadas por tribunales de excepción o que no correspondan al fuero de los acusados, o con aplicación retroactiva de leyes penales en sentido desfavorable al reo o las que apliquen analogía en mala

parte o menoscaben el derecho a la defensa.

De tal manera, los jueces deben valorar siempre, antes de decretarse una nulidad, la etapa en que se encuentre el proceso y las posibilidades de defensa que pueda tener por delante el acusado para combatir el hecho que las afecta. Las nulidades sólo deben decretarse cuando no exista otra forma de repara el asunto y generalmente en interés de la debida formación de la relación jurídico-procesal penal. Hay que recordar que la búsqueda irresponsable de la reposición, puede dar lugar en ocasiones a severos perjuicios para el imputado, sobre todo cuando priva aún el dictamen de la prisión provisional.

Finalmente el legislador sólo confiere el recurso de apelación contra la decisión que acuerda la nulidad, por los efectos que acarrea sobre la sustancia misma del proceso, pero lo niega para la negativa de declaración de nulidad, habida cuenta de que las nulidades relativas se depuran por si mismas y las nulidades absolutas son alegables en todo estado y grado del proceso, mientras no recaiga sentencia firme.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alsina, H. (1974). **Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial.** Tomo I. Segunda Edición. Buenos Aires: Argentina. EDIAR.

Arias, F. (1999). **El proyecto de investigación.** Caracas: Venezuela. Editorial Episteme.

Berizonce, R. (1980) **La nulidad en el proceso.** La Plata: Argentina. Editorial Platense.

Borrego, C. (1999). **Nuevo proceso Penal. Actos y nulidades procesales.** Caracas: Venezuela. Editorial Livrosca.

Cabanellas, G. (1989). **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** Buenos Aires: Argentina. Editorial Heliasta.

Camusso, J. (1983). **Nulidades procesales.** Buenos Aires: Argentina Editorial Ediar.

Campbell, J. (1997). **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires. Mc. Graw Hill..

Carnelutti, F. (1971) **Derecho y proceso**. Buenos Aires : Argentina Editorial EGEA

Código Orgánico Procesal Penal (2001). Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.558 de fecha 14 de noviembre de 2.001. Incluye las reformas de los años 2000 y 2001.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.453 de la República Bolivariana de Venezuela de fecha de fecha 24 de marzo de 2000

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (2002). **Declaraciones, tratados, pactos y convenios internacionales.** Mérida. Venezuela. Editorial El Indio Merideño S.A.

Creus,C. (1995). **Invalidez de los actos procesales penales.** Buenos

Aires: Argentina. Editorial Astrea.

Couture, E. (1972). **Fundamentos del derecho procesal civil.** Tercera Edición. Buenos Aires: Argentina. Editorial Desalma

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Anotada y concordada con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Editorial Juris.

De La Rua, F. (1980). **Proceso y justicia.** (temas procesales). Buenos Aires: Argentina. Editorial Lemer

Dall'Anese, F. Y Llobet, J. ((1987). **La imperfección de los actos del proceso penal.** Buenos Aires: Argentina. Revista Judicial N° 40 de Marzo 1987.

De Urbano, C. Y Torres, M. (1997). **La prueba ilicita penal.** Editorial Elcano.

Garay, J. (2000). **La nueva constitución.** Caracas: Venezuela. Editorial Librería Ciafré.

Maldonado, P. (2002). **Derecho procesal penal Venezolano.** Caracas: Venezuela. Impresora Italgráfica.

Maurino, L. (1993). **Nulidades Procesales.** Buenos Aires: Argentina. Editorial Astrea.

Miranda, M. (1999). **El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal.** Barcelona: España. Ediciones Jose Maria Bosch

Monagas, O. (2003). Las nulidades en el Proceso penal. **Ciencias penales: temas actuales.** Universidad Católica Andrés Bello. Caracas.

Novoa, N. (1997). **Actos y nulidades en el procedimiento penal colombiano.** Medellín: Colombia. Biblioteca Jurídica Dike

Núñez, R. (1978). **El Contralor de las Sentencias de los Tribunales de Juicio por Vía de Casación**. Córdoba: Argentina Marcos Lerner. Editorial Córdoba.

Quirós, C. y Rodríguez, W. (1982). **Nulidades en el proceso penal.** Mendoza: Argentina. Ediciones Jurídicas Cuyos. R.L.

Rivera, R. (2003).**Nulidades procesales penales y civiles.** Barquisimeto: Venezuela. Editorial Jurídica Santana Editores/ Universidad Católica del Táchira/ Jurídicas Rincón.

Rodríguez, L. (1987). **Nulidades procesales, inexistencia, incidente, acción, excepción, recursos.** Buenos Aires: Argentina. Editorial Universidades S.R.L.

Rojas, M. (1997). **Introducción a la teoría del proceso.** Bogotá: Colombia. Ediciones de la Universidad Externado de Colombia.

Saavedra, E. (1995). **Constitución Derechos Humanos y Proceso penal.** Tomo I. México. Reimpresión. Editorial Gustavo Ibáñez Ltda..

Universidad Católica Andrés Bello (1997). **Manual para la elaboración del Trabajo Especial de grado en el área de derecho para optar al título de especialista.** Caracas: Venezuela. Ediciones UCAB.