AAS0987

Trab D 2010 S7

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO FACULTAD DE DERECHO



LA LIBERTAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DURANTE EL PROCESO Y SUS MEDIDAS SUSTITUTIVAS

TRABAJO DE ASCENSO PRESENTADO PARA OPTAR A LA CATEGORÍA DE PROFESOR AGREGADO

AUTORA:
MARÍA TRINIDAD SILVA MONTIEL DE VILELA

LA LIBERTAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL LA DETENCIÓN DURANTE EL PROCESO Y SUS MEDIDAS SUSTITUTIVAS INTRODUCCIÓN......5 CAPITULO I EL DERECHO A LA LIBERTAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL A. LA LIBERTAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL7 B. LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO A LA LIBERTAD......9 C. EL DERECHO A LA LIBERTAD EN LOS TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES11 E. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO......14 a. Reserva Legal.16 b. Reserva judicial.17 c. Recurso de Amparo.18 d. Sanción Penal.20 2. Presupuestos Materiales.20 5. Ámbito Protegido.24 6. Requisitos para las Limitaciones o Restricciones del Derecho a la Libertad.25

CAPITULO II EL DERECHO A LA LIBERTAD EN LA NORMATIVA PROCEDIMENTAL PENAL

A. LEGITIMIDAD DE LAS LIMITACIONES DEL DERECHO A LA LIBERTAD DURANTE EL PROCESO29
B. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD30
C. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL33
D. LA TEMPORALIDAD EN LA PRIVACIÓN PREVENTIVA DE LA LIBERTAD36
E. LA EXCEPCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL38
F. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS NORMAS QUE ESTABLECEN LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL39
G. PRIVACIÓN JUDICIAL PREVENTIVA DE LA LIBERTAD41
1. Requisitos de Procedencia41
2. Peligro de Fuga44
3. Peligro de Obstaculización del Proceso46
4. La Imputación como requisito para dictar el auto privativo de la libertad49
H. TRÁMITE DE LA PRIVACIÓN JUDICIAL PREVENTIVA DE LA LIBERTAD52
I. EL AUTO DE PRIVACIÓN JUDICIAL PREVENTIVA DE LA LIBERTAD55
J. LA APREHENSIÓN EN FLAGRANCIA58
K. PROCEDIMIENTO ESPECIAL EN LOS CASOS DE FLAGRANCIA59
L. EXAMEN Y REVISIÓN DE LA MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERTAD62
M. DERECHOS DEL DETENIDO

CAPITULO III EL EFECTO SUSPENSIVO DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL MINISTERIO PÚBLICO CONTRA LA ORDEN DE LIBERTAD DEL IMPUTADO

A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA65
B. NORMATIVA CONSTITUCIONAL66
C. DISPOSICIONES DEL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL67
D. JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA68
E. ANÁLISIS DEL CRITERIO DE LA SALA CONSTITUCIONAL70
F. JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA72
G. ANÁLISIS DEL CRITERIO DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL73
H. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL TEMA73
CAPITULO IV LAS MEDIDAS CAUTELARES SUSTITUTIVAS DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD
LAS MEDIDAS CAUTELARES SUSTITUTIVAS DE LA PRIVACIÓN DE
LAS MEDIDAS CAUTELARES SUSTITUTIVAS DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD A. NATURALEZA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES SUSTITUTIVAS DE LA
LAS MEDIDAS CAUTELARES SUSTITUTIVAS DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD A. NATURALEZA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES SUSTITUTIVAS DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD
LAS MEDIDAS CAUTELARES SUSTITUTIVAS DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD A. NATURALEZA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES SUSTITUTIVAS DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD
LAS MEDIDAS CAUTELARES SUSTITUTIVAS DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD A. NATURALEZA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES SUSTITUTIVAS DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

la .92
en .93
.93
as, .94
s a riva 94
ble na, de o 96
98 99
.99
01
nal, 02
03
07
10
13
15
19

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de los derechos humanos y su incorporación en las constituciones de los países que conforman la América Latina durante la última parte del siglo veinte es un fenómeno interesante que se corresponde con el restablecimiento de las democracias en nuestro continente.

Son precisamente esos derechos inherentes a la persona humana, reconocidos implícita o explícitamente por la Constitución a los que denominamos como derechos fundamentales

El establecimiento formal de un catalogo de derechos fundamentales representa un notable avance dentro del constitucionalismo latinoamericano, ello a pesar de que debemos admitir que en nuestros países la realidad indica que con demasiada frecuencia se violan o simplemente se ignoran esos derechos. Como lo señala el profesor Cesar Landa al analizar el aporte de la teoría de los derechos fundamentales: Es esta la que más ha avanzado en plantear "la defensa y el desarrollo de los derechos humanos como las principales barreras a los excesos o prácticas autoritarias de los poderes públicos y privados."

La conciencia individual y una sociedad que cada vez más conoce sus derechos y exige que se le reconozcan y respeten es sin duda el más importante avance en este sentido, pues es la presión que la sociedad imprima en este tema el más importante impulso para llevar hacia delante la materia de los derechos humanos.

Por otra parte, es indiscutible que han sido varios los hechos que han influido favorablemente en la consideración cada vez mayor de los derechos humanos en la realidad jurídica latinoamericana; entre ellos, la promulgación de la constitución española en 1978, constituye un suceso de gran relevancia, que ha resultado altamente positivo en nuestros países en lo que respecta al estudio del Derecho Constitucional, en virtud de las estrechas relaciones que España conserva con lbero América, como también hay que reconocer que ha tenido en nuestros países un efecto importante el desarrollo de la materia en el derecho europeo en general.

"El desarrollo constitucional contemporáneo europeo tiene en la teoría de los derechos fundamentales, la expresión más clara que la utopía liberal del

¹ LANDA, Cesar. Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. No.6 Enerojunio 2002. p.53

siglo XVIII ha logrado institucionalizar en la sociedad y en el Estado, la garantía de la protección y desarrollo de los derechos de toda persona humana."²

De allí que sea el reconocimiento por vía constitucional y el respeto que se tenga por los derechos humanos lo que defina y legitime hoy día a los Estados, "El constitucionalismo actual no sería lo que es sin los derechos fundamentales. Las normas que sancionan el estatuto de los derechos fundamentales, junto a aquellas que consagran las formas de Estado y las que establecen el sistema económico, son las decisivas para definir el modelo constitucional de sociedad."

El derecho a la libertad es la esencia de la dignidad del ser humano, sólo gozando de ese estado le es posible desarrollar sus potencialidades y hacer realidad sus aspiraciones. Se trata no solo de la afirmación de su integridad moral y física, sino igualmente de la posibilidad de que como individuo le sea posible ejercer esa libertad en los distintos ámbitos donde se desenvuelven los seres humanos.

Una de las características del concepto de libertad es que puede contemplarse y expresarse desde variedad de perspectivas, podemos entonces hablar de libertad de pensamiento, de expresión, de desplazamiento, todo aquello que corresponde al desarrollo de nuestra personalidad y en lo que aspiramos desenvolvernos sin ser impedidos para ello por los órganos del poder público, con la sola limitación del orden público y el respeto al derecho de los otros ciudadanos.

Por otra parte, estudiar y analizar las instituciones jurídicas que en nuestro ordenamiento jurídico regulan el derecho a la libertad, desde la perspectiva constitucional y legal y muy especialmente la normativa que regula las limitaciones que se producen dentro del proceso penal, resulta no sólo necesario desde el punto de vista teórico, sino que igualmente representa una necesidad desde el punto de vista práctico para todos aquellos que ejercen la disciplina jurídica, sobre todo, si se tiene en cuenta que muchas veces la autoridad trata de disfrazar situaciones de privación o restricción de la libertad, pretendiendo revestirlas de una serie de formalidades que se presentan como exigencias que es necesario cumplir previamente como condición para que nazcan a favor del afectado todos los derechos que dimanan de su condición.

Este trabajo se propone revisar no sólo la doctrina que hemos considerado más significativa en el ámbito nacional y extranjero, sino igualmente, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo de Justicia que ha sido abundante en lo que se refiere al tema de la libertad personal dentro del proceso penal, probablemente porque a pesar de que si bien desde hace ya más

² Ídem. p.51.

³ PEREZ LUÑO, Antonio. Los Derechos Fundamentales. Séptima Edición. Editorial Tecnos. Madrid. 1998. p. 19.

de una década el proceso penal fue reformado para convertirlo en un sistema con preponderancia acusatoria, sin embargo, parece que aún no hemos podido superar algunos paradigmas del sistema inquisitivo que consideran la privación de libertad del sospechoso durante el proceso un punto esencial y necesario para realizar el derecho penal.

La presunción de inocencia como principio fundamental de nuestro ordenamiento procesal penal determina la afirmación de la libertad y la excepcionalidad de su limitación, desde esa perspectiva no existe justificación para detener a un inocente. Sólo cuando el propio proceso se ve amenazado en cuanto a su realización y consecución de fines, resulta legítimo decretar la privación de libertad de aquel respecto al cual, aún no existe prueba cierta de su culpabilidad.

La realidad que se vive en nuestro país, en lo que se refiere al respeto y garantía de la libertad personal, justifica que se estudien y se definan los límites que la Constitución y la Ley imponen a los operadores de justicia en lo que respecta a este tema. Sólo cuando existen criterios claros que nos permitan identificar las situaciones violatorias de los derechos, podemos decir que existe una verdadera seguridad jurídica.

CAPITULO I EL DERECHO A LA LIBERTAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El derecho a la libertad está expresamente reconocido en los tratados y convenios internacionales de los cuales nuestro país es signatario, muy especialmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de nuestra Constitución⁴ tienen rango constitucional, y lo que es más significativo, deben prevalecer incluso sobre la propia norma constitucional cuando contienen normas más favorables a las establecidas en el ordenamiento jurídico nacional.

A. LA LIBERTAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Siguiendo el esquema que plantea el autor Georg Jellinek, los derechos fundamentales que en su proceso de afirmación han llegado a superar el estado puramente pasivo de los destinatarios, para llegar al reconocimiento de que los ciudadanos poseen una esfera individual en la que no puede entrometerse el Estado, pasando luego a la etapa en la que son los ciudadanos quienes reclaman el reconocimiento de sus derechos civiles, para luego participar en la

⁴CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. 24-3-2000. Gaceta Oficial No.5453 Extraordinario.

formación de la voluntad del Estado, están hoy en día, en la etapa en la que se aspira al reconocimiento de los llamados derechos económicos, sociales y culturales. A esas diferentes etapas, Jellinek las designa status, entendiendo como tal una relación entre el individuo y el Estado cualesquiera que sean sus características, considerándolas como una situación que debe distinguirse de un derecho.⁵

Cumplen por lo demás, los derechos fundamentales una doble función, en lo subjetivo son garantía de la libertad individual, incluidos los aspectos sociales y colectivos, y en lo objetivo, son elementos esenciales del ordenamiento legal y marco de una convivencia justa y pacífica.⁶

Dentro del marco de esos derechos humanos, la vigencia y respeto del derecho a la libertad es una materia de capital importancia, de allí el valor de su estudio, muy especialmente dentro del contexto de nuestra realidad nacional, donde con tanta frecuencia se ve amenazado y violentado.

La libertad constituye la esencia de la dignidad del ser humano, sin libertad no le es posible a la mujer y al hombre llevar una existencia que pueda llamarse humana en el más amplio sentido de la palabra. Después de la vida no hay un bien más preciado que la libertad porque es en ese ámbito que podemos desarrollar nuestras potencialidades y hacer realidad nuestras metas, de allí que si algún derecho se entiende inmediatamente como fundamental es precisamente el de la libertad.

Cuando en la evolución de los derechos fundamentales se admite que existe una esfera de la intimidad personal que no puede ser traspasada por el Estado, surge entonces el reconocimiento del derecho a la libertad, considerado en primer lugar como afirmación de la integridad moral de la persona y expresión de su dignidad y luego como protección de su integridad física y despliegue de su libertad.

Robert Alexy cuando se refiere a la libertad expresa: "El concepto de libertad es uno de los conceptos prácticos más fundamentales y, a la vez, menos claros. Su ámbito de aplicación parece casi ilimitado. Casi todo aquello que desde un punto de vista es considerado como bueno o deseable es vinculado con el". Al tratar de precisar su esencia, Alexy se apoya en el concepto de Kant y expresa: "Se trata de una cuestión ético-filosófica cuando, independientemente de la validez de un orden jurídico positivo, se pregunta por qué los individuos tienen derechos y cuáles derechos tienen. Una respuesta clásica a esta cuestión es la kantiana según la cual, 'la libertad (independencia del arbitrio obligante de otro), en la medida en que puede existir conjuntamente con la libertad de cualquier otro de acuerdo con una ley universal`, es el derecho 'único, originario,

⁵ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. p. 248.

⁶ PEREZ LUÑO, Antonio. Ob. Cit. p 25.-26.

que pertenece a toda persona` ´en virtud de su humanidad`, es decir según Kant la propiedad de la persona como ser racional."

Podríamos entonces decir que el derecho a la libertad considerado de manera amplia es la base y sustento de todos los demás derechos humanos. Así, puede contemplarse y expresarse desde variedad de perspectivas, podemos entonces hablar de libertad de pensamiento, de expresión, de desplazamiento. En este trabajo en particular nos referiremos al derecho a la libertad como posibilidad física de desplazarse o de permanecer en un sitio, sin ser impedido para ello por los órganos del poder público.

B. LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO A LA LIBERTAD

La Constitución dentro del título correspondiente a los Derechos Humanos y Garantías, en el capítulo referido a los derechos civiles, coloca en segundo lugar e inmediatamente después del derecho a la vida, el derecho a la libertad personal. Esa ubicación indica el reconocimiento expreso que el constituyente hace de la libertad como valor supremo y derecho de toda persona.

Se trata de un valor fundamental, así se evidencia del texto del artículo 1º de la Carta Magna, que se ratifica en el artículo 2º, cuando dispone que Venezuela como Estado Democrático y Social de Derecho y Justicia propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, entre otros la libertad.

Nuestra Carta Magna, igualmente fija los límites de este derecho, a los que se somete toda persona en el desarrollo de sus actividades, que no es otro que el del respeto a los derechos de los demás y el orden impuesto por la Constitución y las leyes; así lo dispone el artículo 20: "Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin mas limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social".

Ahora bien, el texto del artículo 44 de la Constitución se circunscribe a la protección de las personas frente a los actos ilegítimos del poder que están destinados a impedir su desplazamiento, sometiéndolo a permanecer en el sitio o lugar que señale la autoridad. De allí que debamos concluir, que en principio la libertad a la que se refiere el artículo 44, es aquella que se vulnera a través de la reclusión de la persona por parte de una autoridad con lo que se le impide desplazarse a voluntad.

En el mismo sentido, se contempla el derecho en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 7, numeral 2º dispone de manera expresa "Nadie puede ser privado de su libertad física".

⁷ ALEXY, Robert, Ob. Cit. p. 174 y 210.

Ahora bien, la Constitución dispone la inviolabilidad del estado de libertad, con la única excepción relativa a la comisión de delitos, sólo en esa situación será legitimo privar de la libertad y aun en ese caso, sóilo podrá practicarse la aprehensión de aquel que se sorprenda cometiendo un delito o cuando se haya dictado en su contra una orden judicial.

Podríamos decir que nuestra normativa constitucional es clara y no deja lugar a dudas, el derecho a la libertad personal está no solo expresamente reconocido, sino que además es desarrollado en la propia Carta Magna que dispone una serie de reglas destinadas a garantizar un derecho al que se le reconoce la más alta jerarquía, sólo superada por el derecho a la vida.

Como ya antes se señaló, nuestra Constitución no admite otras alternativas distintas que legitimen la privación de libertad de un imputado, salvo que sea sorprendido flagrantemente en la comisión de un delito o cuando cursa en su contra una orden judicial "El problema radica en entender que bajo el signo de la nueva Constitución no hay lugar para 'terceras vías' extrañas que impliquen afligir el derecho protegido".

A pesar de ello, en la práctica la libertad se encuentra constantemente amenazada, bien sea por el desconocimiento de los funcionarios, bien por una cultura en la que la represión se confunde con prevención o por el intento conciente de ampliar el campo de las conductas sancionadas y restringir las garantías de los ciudadanos.

Dentro de los actos que amenazan el real ejercicio de ese derecho, resulta particularmente preocupante, la reciente tendencia que considera legítimo delegar en manos del Poder Ejecutivo la facultad de dictar leyes que consagren tipos penales, con lo que se estaría permitiendo la entrada dentro del ordenamiento legal de normas que consagran conductas sancionadas, sin que estas sean producto del conveniente y necesario debate propio del órgano legislativo, en el que por su naturaleza deberían estar representadas todas las tendencias políticas y corrientes de pensamiento que conviven dentro del país. El ius puniendi es el poder de mayor fuerza que ejerce el Estado, de allí que debe estar controlado en todas sus manifestaciones, muy especialmente en el momento en que se consagran como punibles determinadas conductas humanas.

Igualmente, se observa una inclinación que implícitamente atenta contra el derecho a la libertad, y que consiste en tratar de introducir una serie de tipos penales que buscan sancionar conductas basadas en la presunción de culpabilidad. Así lo advierte el profesor Carmelo Borrego "ese resquebrajamiento se debe a una nueva generación de tipos penales que afectan a la llamada presunción de inocencia, como también se conoce; toda vez, que en la construcción típica se echa mano de elementos abiertos, verbos equívocos y

⁸ BORREGO, Carmelo. La Constitución y el Proceso Penal. Livrosca. Caracas. 2002. p. 103

redacciones que sugieren una presunción de culpabilidad, creando situaciones de falsedad o de poca claridad en torno al evento que se desea establecer como grave y por ende, bajo el mecanismo procesal de la inversión de la carga de la prueba, en cabeza del sujeto activo de la relación sustancial se alienta un deterioro en contra de la libertad."9

No podemos dejar de referirnos a los preocupantes actos de terrorismo ocurridos recientemente a nivel mundial, los que sin lugar a dudas vulneran la seguridad de los individuos y de las naciones que buscan legítimamente alternativas que les permitan protegerse ante tales atentados y que han generado, por otra parte, reacciones en el campo legal y policial, que muchas veces atentan contra la libertad e igualdad de los seres humanos, cuando pretenden imponer restricciones a la libertad y sancionar a aquellos que se perciben como diferentes a la generalidad y por ello se les considera sospechosos.

Al respecto reflexiona el profesor colombiano Alejandro Aponte, cuando se refiere al Derecho Penal del Enemigo frente al Derecho Penal del Ciudadano, en el primero se criminaliza el estado previo ya que el individuo es considerado un peligro que se inicia antes de la comisión efectiva del delito, se juzga entonces, por la peligrosidad mas que por la comisión del hecho punible, el delito no se considera en si mismo sino como un hecho que provoca inseguridad social. Desde esta perspectiva, se reprime a la persona por asuntos que son parte de la esfera íntima de su personalidad, ello con el fin de evitar los efectos peligrosos que pudieran eventualmente tener sus creencias o pensamientos, lo que trae como consecuencia que el individuo así considerado deja de ser ciudadano para ser percibido como enemigo, carece de garantías y el Estado se inmiscuye en su privacidad.¹⁰

C. EL DERECHO A LA LIBERTAD EN LOS TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES.

Cuando se estudia el derecho a la libertad, resulta indispensable referirse a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, muy especialmente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de nuestra Constitución dichos tratados tienen rango constitucional y lo que es más significativo deben prevalecer incluso sobre la propia norma constitucional cuando contienen normas más favorables a las establecidas en el ordenamiento jurídico nacional.

⁹ BORREGO, Carmelo. Ob. cit. p. 94.

¹⁰ APONTE, Alejandro. Derecho Penal del Enemigo vs Derecho Penal del Ciudadano. Revista Brasileira de Ciencias Criminais. No. 51 noviembre-diciembre 2004. Año 12. p. 9-43.

Esta disposición se enmarca dentro de lo que se ha designado medidas nacionales de aplicación del Derecho Internacional Humanitario que "implican además del concepto de la 'auto-aplicabilidad' de los tratados y de su primacía sobre el derecho interno (concepto consagrado por varias constituciones), una adecuación de las normas de orden jurídico interno a las de los tratados humanitarios para precisarlas, interpretarlas, tornarlas operacionales"¹¹.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9 dispone el derecho a la libertad y seguridad personal de todo individuo, de allí que expresamente determina que nadie podrá ser objeto de detención o prisión arbitraria, por lo que sólo se podrá privar de la libertad por las causas fijadas por la ley y a través del procedimiento establecido para ello. 12

Igualmente, el texto del Pacto desarrolla el derecho a la libertad, enumerando una serie de derechos que asisten a la persona detenida; así establece de manera expresa el derecho a ser informada acerca de las razones de su detención desde el mismo momento en que esta se verifique, así como ser impuesta sin dilación de la acusación formulada en su contra, ser llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley, derecho a ser juzgada en un plazo razonable o de lo contrario ser puesta en libertad, derecho a recurrir ante un tribunal para que este decida si es legal su detención y de resultar ilegal que se ordene su libertad y se le de reparación, así mismo a ser tratada humanamente respetando su dignidad mientras permanezca detenida.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como "Pacto de San José" reconoce el derecho a la libertad y a la seguridad personal en su artículo 7, derecho que se extiende a todo ser humano, como se desprende del numeral segundo del artículo 1 de la Convención. 13

"La norma citada contiene siete incisos. El primero de ellos se diferencia claramente de los demás pues regula el derecho a la libertad- y a la seguridad-personal de manera positiva. De este modo, al aplicar a estas reglas que reconocen derechos en sentido positivo los criterios interpretativos del derecho internacional de los derechos humanos, se establece claramente una protección amplia e incondicionada al derecho a la libertad personal, que solo puede ser limitado en la medida en que se respeten los criterios previstos en los artículos 29 y 30 de la Convención" Los artículos 29 y 30 son precisamente los que se refieren a las normas de interpretación que impiden que los derechos

¹¹ PEYTRINEGNET, Gèrard. Sistemas Internacionales de Protección de la Persona Humana: El Derecho Internacional Humanitario. Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana. Editorial Porrúa. México. 2003. p. 20.

¹² PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Fundación de Derechos Humanos. Serie Cuadernos Divulgativos 3. Caracas. 1994.

¹³ LEY APROBATORIA DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. "Pacto de San José de Costa Rica". Eduven. Caracas. 1998.

¹⁴ BOVINO, Alberto. Justicia Penal y Derechos Humanos. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2005. p. 57.

reconocidos en la convención sean limitados por interpretaciones excluyentes y al alcance de las restricciones que pueden aplicarse a esos derechos y libertades.

En ese sentido, de manera muy similar a la que se contempla en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención dispone que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por la causas y en las condiciones establecidas en la Constitución y las leyes, nadie podrá ser detenido arbitrariamente, una vez detenido deberá ser informado de las razones de su detención y notificado de los cargos formulados en su contra, debe ser llevado sin demora ante el funcionario judicial autorizado, ser juzgado en libertad y dentro de un plazo razonable, y podrá acudir ante un juez para que dictamine acerca de la legalidad de la detención, por último se prohíbe de manera expresa la detención por deudas.

Resulta interesante acotar que la Convención hace una precisión al circunscribir el derecho, a la libertad física, con ello delimita el ámbito protegido a través del artículo 7 antes citado, lo que en ningún caso significa que otros aspectos de la libertad de la persona humana, no hayan sido considerados por la Convención, como efectivamente se evidencia de su articulado, sino que más bien se procura de manera separada, dejar claramente especificado en qué consiste y cómo se contempla en la Convención el derecho a la libertad.

Así mismo, la Convención de manera acertada, cuando enumera los derechos de la persona privada de libertad se refiere no sólo al estado de detención, sino que igualmente, incluye la retención, que vendría a ser el estado en el que la persona si bien no se encuentra formalmente privada de su libertad, sin embargo, le es imposible abandonar un determinado lugar en razón de una orden emanada de la autoridad.

D. RESTRICCIONES A LA LIBERTAD

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 7, numerales 4 y 5, otorga garantías no sólo frente a la detención, sino también frente a la retención, ello es importante porque como lo señala el profesor Casal "también representan privaciones de la libertad ciertas medidas practicadas por la policía como las retenciones que se producen en el contexto de controles individuales, o de controles generales o redadas." ¹⁵

La Comisión Europea de Derechos Humanos ha sostenido el criterio de que las detenciones de corta duración entran en el ámbito protegido por el

¹⁵ CASAL, Jesús Maria. El derecho a la libertad y a la seguridad personal. Los Derechos Humanos y la Agenda del Tercer Milenio. XXV Jornadas "J.M. Domínguez Escovar". Colegio de Abogados del Estado Lara. Barquisimeto. 2000. p. 264

derecho a la libertad personal, pero sin precisar a partir de que momento se inicia la privación de libertad.¹⁶

Respecto a este punto, el Tribunal Constitucional Español en sentencia No. 98 del 10 de julio de 1986 ha establecido "Entre detención y libertad no caben situaciones intermedias. Debe considerarse detención cualquier situación (de "retención) en la que la persona se vea impedida u obstaculizada para determinar por obra de su voluntad una conducta lícita. La detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica." 17

Este tema tiene desde el punto de vista práctico mucha importancia porque muchas veces la autoridad trata de disfrazar una verdadera privación de libertad, a través de la figura de una presunta retención, pretendiendo con ello impedir que la persona afectada haga valer los derechos que constitucional y legalmente le corresponden.

Así observamos que en ocasiones, la acción de los órganos del Estado que impide el ejercicio del derecho a la libertad, se trata de revestir de una serie de formalidades que se presentan como exigencias con el fin de que dicha acción sea considerada legalmente como una detención. Es el caso de órdenes escritas o presentación ante alguna autoridad entre otras, que se pretenden sean requisitos que deben cumplirse previamente como condición para que nazcan a favor del afectado todos los derechos que dimanan de su condición de detenido. Suele ocurrir, que a través de la exigencia de estos formalismos se busque alterar el momento a partir del cual deben empezarse a contar los lapsos máximos en los que se puede mantener detenida a una persona.

E. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

En primer lugar, la Constitución dispone la inviolabilidad del estado de libertad, con la única excepción relativa a la comisión de delitos, sólo en esa situación será legitimo privar de la libertad y aun en ese caso sólo podrá practicarse la aprehensión de aquel que se sorprenda cometiendo un delito o cuando se haya dictado en su contra una orden judicial.

Una vez practicada la aprehensión o ejecutada la orden judicial, la persona detenida deberá ser presentada ante un juez, en un termino que no puede exceder las cuarenta y ocho horas contadas a partir de su detención.

¹⁷ GUI MORI, Tomás. Jurisprudencia Constitucional 1981-1995. Editorial Civitas. Madrid. 1997. p. 1621.

¹⁶ Ídem. p. 265

Por otra parte, dispone la Constitución que en el caso en que alguien sea sometido a juicio, se le juzgará en libertad y sólo en presencia de alguna de las razones legales que así lo autoricen, se le podrá privar de su libertad durante el proceso. En el caso de que sea procedente constituir una caución de tipo patrimonial como requisito para acordar la libertad de un detenido, este pago no causará impuesto alguno.

Además dispone la norma constitucional que una vez detenida una persona, nacen para ella una serie de garantías destinadas a hacer efectivo el derecho a la libertad, relacionadas con la información personal y para sus allegados, duración de las penas, identificación de las autoridades que ejecuten medidas privativas de libertad y ejecución inmediata de la libertad cuando esta sea ordenada por la autoridad competente.

Sin embargo, no podemos perder de vista un aspecto que será tratado mas adelante que son las limitaciones a la libertad que el Código Orgánico Procesal Penal contempla en los artículos 256 al 263, como medidas cautelares sustitutivas que proceden en contra del imputado cuando la privación de libertad no es indispensable para asegurar el proceso y que como su propia designación lo indica, la sustituyen por alternativas que limitan en mayor o menor grado el desplazamiento del imputado y que en algunos casos, como el de la detención domiciliaria, lo impiden totalmente.

Si bien se podría interpretar que la norma constitucional no se refiere a estas medidas cuando contempla el derecho a la libertad en el texto del artículo 44, sin embargo, ellas vienen a ser el resultado de la reglamentación que el legislador hace de las dos circunstancias excepcionales en las que se legitima la privación de libertad dentro del proceso, el peligro de fuga y el de obstaculización en la búsqueda de la verdad por parte del imputado, de manera que, las medidas cautelares sustitutivas tienen como fin moderar la potestad del Estado en esta materia.

Es interesante acotar que a diferencia de lo que ocurría en el texto de la Constitución de 1961, el derecho a la seguridad personal no es considerado como parte del derecho a la libertad, sino que nuestra actual Carta Magna lo consagra en el artículo 55 como un derecho autónomo, confiriéndole un interesante ámbito de aplicación, ya que a través de éste, se consagra el derecho de toda persona a ser protegido por el Estado frente a la amenaza, vulnerabilidad o riesgo de su integridad física, propiedades, disfrute de derechos y cumplimiento de deberes.

1. GARANTÍAS DEL DERECHO

Si bien, hoy en día se admite mayoritariamente que el reconocimiento de los derechos fundamentales es la base para la existencia de un verdadero Estado de Derecho, que acepta que existen límites para su actuación y que estos están dados no sólo por el ordenamiento constitucional y legal sino además por una serie de principios que se admiten anteriores a su reconocimiento; sin embargo, tampoco hay duda acerca de que la vigencia efectiva de dichos derechos descansa en la existencia de un régimen de protección jurídica reforzada a través del establecimiento de mecanismos legales que tienen por objeto tutelar los derechos fundamentales.

Al respecto, Joaquín Brage Camazano opina: "los derechos no garantizados, siquiera sea con una mínima intensidad, por muy proclamados que aparezcan en la letra legal, tienen una naturaleza jurídico-positiva más que dudosa". El mismo autor cita a Prieto Sanchis quien al respecto agrega: "cualesquiera que sean los concretos medios de tutela previstos por cada ordenamiento, cuando el sistema de derechos fundamentales no ofrece al titular la posibilidad de obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados, no cabe hablar en rigor de una verdadera existencia jurídica de derechos" ¹⁸

"Muchas veces se usa indistintamente el nombre de principios o garantías, pero no es lo mismo. Distinto puede ser el alcance del principio o de la garantía. En realidad un principio está garantizado solo cuando su incumplimiento genera la invalidez del acto que se ha violado...Por tal razón, el nivel de adecuación de un sistema procesal a los principios del Estado de derecho no se mide solamente por la incorporación de esos principios al orden normativo, sino por el grado en que ellos estén garantizados" 19

Al respecto, cuando Peces-Barba se refiere a las normas garantizadoras de derechos, expresa: "Entre estas normas se sitúan aquellas que reconocen el derecho a la garantía de los derechos, las que protegen el ejercicio de los derechos y aquellas normas sancionadoras, especialmente penales, que castigan con penas las violaciones de los derechos.- Las primeras se encuentran normalmente en la Constitución, las segundas pueden tener alguna regulación constitucional, pero exigen un desarrollo legal y las terceras se encuentran normalmente en el Código Penal."²⁰

En cuanto al derecho a la libertad, nos toca entonces estudiar cuales son esas garantías establecidas en nuestro ordenamiento jurídico que están destinadas a protegerlo y a asegurar el efectivo respeto de ese derecho.

¹⁸ BRAGE CAMAZANO, Joaquín, La Jurisdicción Constitucional de la Libertad. Editorial Porrúa. México. 2005. p.25.

 ¹⁹ BINDER, Alberto. El incumplimiento de las formas procesales. Ad-hoc. Buenos Aires. 2000. p. 56-57.
 ²⁰ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales Teoría General. Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado. Madrid 1999. p 374.

a. Reserva Legal

El ordinal 6° del artículo 49 de nuestra Constitución consagra esta garantía fundamental: "Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes".

Por su parte nuestra legislación penal le atribuye a este precepto la más alta importancia; así se evidencia del texto del Código Penal que se inicia precisamente con esta norma: "Artículo 1. Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviera expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente."²¹

Ello significa que sólo a través de normas de rango legal pueden establecerse las conductas que por su carácter de punible legitiman la privación de la libertad; de allí la inconstitucionalidad e improcedencia de cualquier disposición de rango sub-legal que pretenda establecer situaciones que eventualmente pudieran dar lugar a esta situación excepcional, como serían, en el caso venezolano, los Códigos de Policía de algunos estados del país que contemplan la posibilidad de privar a los ciudadanos de la libertad en virtud de la ejecución de conductas consideradas por estos instrumentos legales como susceptibles de ser sancionadas.

Respecto a estas situaciones la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha declarado la nulidad de los artículos contenidos en dichos Códigos que prevén estas medidas. En fecha 6 de Diciembre de 2005, el Juzgado de Sustanciación de la mencionada Sala, suspendió la aplicación de varios artículos del Código de Policía del Estado Trujillo y ordenó "a los funcionarios administrativos, a los que compete su aplicación, abstenerse de la imposición de las medidas y procedimientos privativos de libertad que establecen dichos preceptos, por lo que deberán aplicar el procedimiento de faltas que dispuso el Código Orgánico Procesal Penal en caso de que se cometan, por parte de ciudadanos, las faltas que tipifica el Código Penal". 22

²¹ CÓDIGO PENAL, Gaceta Oficial del 13 de Abril de 2005. No. 5768, extraordinario.

²² TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Juzgado de Sustanciación de la Sala Constitucional. Exp. No. AA50-T-2004-002850. Auto de fecha 6-12-05.

b. Reserva judicial

Esta garantía tiene como fin proporcionar a toda persona la seguridad de que no será privada de su libertad a menos que la orden sea impartida por una autoridad judicial.

Nuestra Constitución establece en el ordinal 1 del artículo 44: "Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida infraganti. En este caso, será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de su detención."

Del texto trascrito se desprende que en términos prácticos toda privación de libertad debe ser ordenada por la autoridad judicial, ya que si bien en el caso de la flagrancia como lo dispone el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal "cualquier autoridad deberá, y cualquier particular podrá, aprehender al sospechoso, siempre que el delito amerite pena privativa de libertad, entregándolo a la autoridad más cercana"²³; sin embargo, esta aprehensión que tiene como fin evitar la consumación del delito o sus efectos, preservar los elementos y objetos relacionados con el delito y consecuencialmente evitar la impunidad, así como lograr una pronta resolución de la situación, es sometida en un plazo perentorio de cuarenta y ocho horas al conocimiento de la autoridad judicial a quien le corresponde en definitiva decidir si continúa la privación de libertad o si por lo contrario debe cesar. De manera que la aprehensión, como situación de hecho excepcional, debe convertirse prontamente en privación judicial de la libertad o de lo contrario esta debe cesar.

c. Recurso de Amparo

Venezuela como Estado signatario del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se compromete a tenor de lo establecido en el artículo 2 numeral 3 del referido acuerdo a garantizar que toda persona que se considere afectada por la violación de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto, contará con un recurso legal efectivo para hacer valer sus derechos; que ese recurso será decidido por la autoridad a la que le corresponda de acuerdo a la legislación de cada Estado signatario; que además contra dicha decisión podrá oponerse recurso judicial; y, finalmente, que las decisiones dictadas en dicho procedimiento son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades del Estado.

²³ CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL. Gaceta Oficial del 4 de septiembre de 2009. No. 5.930 extraordinario.

Esta obligación la asume el Estado aun en los casos en los que las violaciones a los derechos hayan sido cometidas por funcionarios en el ejercicio de sus funciones.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere a la garantía que significa contar con un recurso ante una autoridad judicial en los casos en que el estado de libertad se viera amenazado, en el sentido de que si el recurso está previsto en el ordenamiento legal, los Estados signatarios de la Convención se comprometen a no restringirlo ni abolirlo. Además, establece que ese recurso podrá ser interpuesto directamente por el afectado o por otra persona, con lo que sin duda se facilita la posibilidad de hacer efectivo el procedimiento en cuestión.

Nuestro ordenamiento jurídico cuenta desde el año 1988 con la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales²⁴, que contempla dentro de su articulado una serie de normas destinadas a garantizar el derecho a la libertad. En efecto, del artículo 38 al 47 de la citada ley se establece un procedimiento conocido como mandamiento de hábeas corpus dirigido a proteger a toda persona que fuere objeto de privación o restricción a la libertad o que se viere amenazada en su seguridad personal con violación a las garantías constitucionales.

Si bien estas disposiciones están referidas a plazos y situaciones de privación de libertad que en la actualidad resultan inaplicables, pues la promulgación de una nueva Constitución y del Código Orgánico Procesal Penal, han eliminado la posibilidad de detenciones ordenadas por autoridades policiales o administrativas y los lapsos para la detención de las personas han sido modificados positivamente; sin embargo, el amparo a la libertad como procedimiento conserva absoluta vigencia.

Con respecto a este mandamiento de habeas corpus la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado recalcando la importancia del control judicial inmediato de las privaciones de libertad en los siguientes términos: "nuestra Ley Fundamental sujeta a un control judicial inmediato aquellas privaciones de libertad contrarias al principio de reserva legal, por no estar sustentadas en un dictamen judicial legítimo. De allí que el constituyente haya colocado a la libertad y seguridad personal bajo una protección especial del mandamiento de hábeas corpus cuyo conocimiento prima facie compete a los Jueces de Primera Instancia en función de Control, dentro de la jurisdicción donde se hubiese producido la privación ilegítima."²⁵

Igualmente, nuestro Tribunal Supremo de Justicia, ha sostenido el criterio de que el mandamiento de habeas corpus procede también en el caso de

²⁵ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia No. 114 del 6-2-2001.

²⁴ LEY ORGÁNICA DE AMPARO SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. Gaceta Oficial del 22 de Enero de 1988. No. 33891.

detenciones que si bien son dictadas por una autoridad judicial, sin embargo, no poseen un medio de impugnación o el que poseen no es adecuado: "Ahora bien, entiende la Sala, haciendo una interpretación armónica y coherente que garantice una adecuada aplicación de ambos institutos, que el recurso de hábeas corpus, por principio, resulta procedente cuando se trata de proteger al ciudadano frente a arbitrarias detenciones administrativas, más sin embargo el mismo también es ejercible en aquellos casos en los cuales exista de por medio una detención de carácter judicial pero, únicamente cuando dichas decisiones no cuenten con un medio ordinario de impugnación o éste no sea acorde con la protección constitucional que se pretende."

La existencia de recursos legales especialmente concebidos para garantizar el derecho a la libertad ha generado lo que se denomina "jurisdicción constitucional de la libertad". Joaquín Brage Camazano al referirse a esta institución dice: "La jurisdicción constitucional de la libertad no debe identificarse, de manera simplista, digámoslo va, con la existencia de una garantía equivalente al amparo ante el tribunal constitucional, sino que, más allá de ello, y salvo en los países de pequeñas dimensiones, lo verdaderamente esencial es la existencia de uno o varios procedimientos judiciales expeditos específicos para la tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios guienes han de tener la primera palabra al respecto, sin perjuicio de que luego corresponda, como resulta altamente conveniente, a un tribunal constitucional, donde lo haya. o al menos a un tribunal supremo, pronunciar la "última palabra" en determinados casos más o menos excepcionales. La jurisdicción constitucional de la libertad hace referencia a todos esos procesos específicos para la tutela de los derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios y, en su caso, también ante el tribunal constitucional."27

d. Sanción Penal

El Código Penal en su Libro Segundo, Título II, Capítulo III, sanciona ampliamente los delitos que se cometen en contra de la libertad individual. Allí contempla diversas figuras delictivas relacionadas: con la esclavitud (art. 173), la privación ilegítima de libertad (art. 174), el forzar a una persona a ejecutar un acto al que la ley no la obliga o tolerarlo o impedir que ejecute alguno que la ley no le prohíbe (art. 175), privación de la libertad por parte de funcionario público con abuso de sus funciones (art. 176), arrebatar a una persona menor de quince años del lado de sus padres tutores o guardadores (art. 177), pesquisa o registro del cuerpo por parte de funcionario público con abuso de sus funciones (art. 178), recepción por parte de funcionario público de un detenido sin orden de excarcelación o retención de detenido cuya excarcelación se haya ordenado (art. 179), al funcionario público por omitir, retardar o rehusar tomar medidas para hacer cesar o no denunciar una detención ilegal (art. 180), la desaparición

²⁷ BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Ob. cit. p. 22-23.

²⁶ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia No. 113 del 17-3-2000.

forzada (art. 180-A) y los actos arbitrarios cometidos por funcionario público contra persona detenida o condenada (art. 181).

Al respecto es interesante constatar el cuidado que ha tenido el legislador en el tratamiento exhaustivo de los hechos punibles cometidos en contra de la libertad personal, con lo que se refuerza la protección del derecho en cuestión; sin embargo, sin querer desconocer la importancia de la existencia de estas conductas punibles, en la práctica es notoria la muy escasa aplicación de estas disposiciones legales.

2. Presupuestos Materiales

También existen garantías para proteger el derecho desde el punto de vista material y que derivan de criterios destinados a establecer si efectivamente la privación de libertad se encuentra justificada en cuanto al hecho que le da origen y a los fines que persigue.

Estos criterios, como se tratará con detalle más adelante, vienen a ser pautas que se le imponen al legislador, quien debe tenerlas en cuenta al momento de limitar un derecho fundamental; sólo en el caso de que sean consideradas y debidamente aprobadas puede decirse que estamos en presencia de una situación legítima; de allí que la exigencia de adecuación a las mismas constituye una garantía para el derecho mismo.

Son presupuestos materiales la licitud del fin perseguido, la proporcionalidad entre la medida y el fin que se persigue, que el contenido esencial del derecho no sea afectado por la medida y que ésta sea efectivamente compatible con los principios democráticos que deben prevalecer en el Estado.

Al respecto, el Código Orgánico Procesal Penal establece un criterio de proporcionalidad específicamente referido a la privación de libertad, en su artículo 256: "Siempre que los supuestos que motivan la privación judicial preventiva de libertad pueden ser razonablemente satisfechos con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del Ministerio Público o del imputado deberá imponerla en su lugar, mediante resolución motivada."

Igualmente, el artículo 243 ejusdem en su único aparte establece: "La privación de libertad es una medida cautelar, que sólo procederá cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso"

En el encabezamiento del artículo 244 ratifica este criterio y determina que: "No se podrá ordenar una medida de coerción personal cuando ésta

aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable."

Por otra parte, el mismo Código Orgánico Procesal Penal en el citado artículo 244, establece de manera expresa una serie de condicionamientos que determinan los límites de esa proporcionalidad en base a un criterio de temporalidad. En efecto, dispone que la privación preventiva de la libertad durante el proceso no podrá sobrepasar la pena mínima prevista para el delito imputado al detenido, ni podrá exceder el plazo de dos años. Solo excepcionalmente dicho plazo puede ser prorrogado excediendo la pena mínima prevista para el delito y en este caso el Código reitera que dicha prorroga debe ser establecida por el Juez tomando en cuenta el principio de proporcionalidad.

Así mismo, respondiendo a este mismo criterio de proporcionalidad que determina que la medida restrictiva del derecho debe ser comparada con el fin que se persigue a través de ella, el mismo Código en su artículo 245 prohíbe que se prive de la libertad durante el proceso a las personas mayores de setenta años de edad, a las mujeres dentro de los tres últimos meses del embarazo, a las madres lactantes durante los seis meses siguientes al nacimiento del niño y a las personas afectadas por una enfermedad en fase terminal.

3. Titulares del Derecho

Cuando se habla de titulares nos referimos a aquellos que se encuentran amparados por el derecho en cuestión; según el caso, la doctrina ha sostenido que pueden ser titulares de derechos, las personas naturales sean estas mayores o menores de edad, el nasciturus, las personas fallecidas y las personas jurídicas. En el caso del derecho a la libertad es indudable que por su naturaleza sólo pueden ser considerados titulares de ese derecho las personas naturales sean estas menores o mayores de edad.

Del texto del artículo 44 de la Constitución se evidencia que en nuestro país es titular del derecho a la libertad toda persona que se encuentre en el territorio nacional. Acogiendo lo dispuesto en el mismo texto constitucional en su artículo 21, todas las personas son iguales ante la Ley sin que sean admisibles discriminaciones de ningún tipo, mucho menos cuando estas estén destinadas a anular o menoscabar el goce o ejercicio de los derechos y libertades.

De allí que resulta claro que es titular del derecho a la libertad, toda persona natural, sin distingos de raza, nacionalidad, sexo o edad.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, es aún más clara y tajante cuando en su artículo 1 establece que "persona es todo ser humano".

Entonces, resulta claro que todo ser humano tiene derecho a la libertad, sin importar su raza, nacionalidad, sexo o edad, mucho menos cualquier otra condición que pueda derivar de sus creencias o condición social.

Respecto a quienes se considera titulares de los derechos humanos, en el sentido de que no tienen esa cualidad las personas jurídicas empresariales, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha dicho: " la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como órgano competente en primera instancia para promover la observancia y defensa de los derechos humanos, ha establecido constante e invariablemente jurisprudencia sobre la inadmisibilidad de las peticiones interpuestas por personas jurídicas empresariales, bajo la condición de victimas directas o cuando el agotamiento de los recursos internos fue realizado por estas y no por las personas naturales que integran la forma societaria. En este sentido, la Comisión ha estimado que el Pacto de San José otorga su protección a personas físicas naturales y excluye de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas o ideales, por cuanto estas son ficciones legales sin existencia real en el orden material. "28"

4. Destinatarios

Cuando se habla de destinatarios nos referimos a quienes están obligados a respetar el derecho. En la materia de derechos fundamentales el destinatario principal siempre será el Estado, así lo entiende el Derecho Internacional, pero desde la perspectiva del Derecho Constitucional se admiten matices a este respecto y se considera que los particulares en determinadas situaciones resultan destinatarios de estos derechos, aunque no podemos aplicar los principios que rigen los derechos fundamentales de manera dogmática en todas las esferas de la vida.

Cuando nuestra Constitución contempla el derecho a la libertad, se circunscribe a la prohibición de que se ejecute una detención ilegítima, de forma que el destinatario será siempre el Estado, pues no se prevé dentro del texto constitucional las situaciones relativas a la privación de libertad por parte de particulares; el ámbito al que se refiere la norma pareciera ser el exclusivamente penal, pero no es descartable que pudieran presentarse situaciones en las que una persona pudiera ser privada de su libertad por un particular con la autorización expresa de algún órgano del Estado o con su anuencia, como sería el caso de los inimputables sometidos a medida de seguridad cuando esta se cumpla bajo el cuidado de sus parientes, como lo prevé el Código Penal en sus artículos 62 y 63 para el caso de los enfermos mentales que cometan delitos.

²⁸ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Político Administrativa. Sentencia No. 278 del 6-3-2001.

Es conveniente señalar que aquellos enfermos mentales, que por esa condición resultan penalmente inimputables, pueden sin embargo, incurrir en la comisión de delitos y en esos casos les serán aplicables medidas de seguridad previstas en la ley sustantiva penal, pero "consideramos que cuando el legislador en el artículo 513 del COPP, dispone que en lo relativo a la aplicación de las medidas de seguridad 'Regirán las reglas aplicables a las penas privativas de libertad', se refiere a que los sometidos a dichas medidas gozarán de los mismos derechos y facultades establecidas a favor de los penados...solo que es evidente que en este caso estos derechos y facultades se harán valer a través de su defensor."²⁹

En consecuencia, es indiscutible que los bienes constitucionalmente protegidos han de ser respetados no sólo por los órganos del Estado, sino igualmente por todos los ciudadanos. Al respecto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Español, en sentencia No. 177 del 10 de Octubre de 1988: "Los actos privados como los convenios colectivos, pueden lesionar los derechos fundamentales, y en estos casos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los jueces y Tribunales, aunque el art. 53.1 CE solo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios, dado que (S.18/84, de 7 de febrero, FJ 6)... en un Estado Social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social"...las relaciones entre particulares no quedan excluidas de la aplicación del principio de igualdad de trato.."³⁰

En ese sentido, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha afirmado que el Estado puede ser responsable por privaciones de libertad basadas exclusivamente en actos de particulares, en la medida que incumpla su obligación general de proteger el derecho de las personas a la libertad y la seguridad.³¹

5. Ámbito Protegido

La Constitución al consagrar el derecho, protege al ciudadano de cualquier privación de libertad ejecutada por una autoridad. El texto de la norma no hace referencia a la privación de libertad derivada de la acción ejecutada por un particular, por lo que resulta evidente que está destinada claramente a salvaguardar a las personas de una detención ilegítima por parte de los órganos del Estado.

²⁹ SILVA DE VILELA, María Trinidad. El procedimiento para la aplicación de las medidas de seguridad. Pruebas, procedimientos especiales y ejecución penal. VII y VIII Jornadas de Derecho Procesal Penal. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2005. p. 314.
³⁰ GUI MORI. p. 1613.

³¹ CASAL, Jesús María. Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998, p. 35.

Ahora bien, ¿como entiende el constituyente la libertad? En primer lugar, le asigna el alto sitial de valor fundamental de la República, así se evidencia del texto del artículo 1° de la Carta Magna, que se ratifica en el artículo 2°, cuando dispone que Venezuela como Estado Democrático y Social de Derecho y Justicia propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, entre otros la libertad.

En el artículo 20 se establece que "Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin mas limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social". Esta norma marca los límites a los que se somete toda persona en el desarrollo de sus actividades, que no es otro que el del respeto a los derechos de los demás y el orden impuesto por la Constitución y las leyes.

Pero ya desde una perspectiva más concreta, el derecho a la libertad consagrado en el artículo 44, contempla un ámbito de protección evidentemente más restringido, pues como ya arriba se anotó, se circunscribe a la protección de las personas frente a los actos ilegítimos del poder que están destinados a impedir su desplazamiento, sometiéndolo a permanecer en el sitio o lugar que señale la autoridad.

De allí que debamos concluir, que en principio la libertad a la que se refiere el artículo 44, es aquella que se vulnera a través de la reclusión de la persona por parte de una autoridad, con lo que se le impide desplazarse a voluntad.

El Profesor Jesús María Casal define con toda claridad el ámbito protegido por el derecho a la libertad personal "ampara el estado de libertad física o corporal de la persona, entendido como una situación en la cual ella se encuentra libre de medidas como la detención, el arresto o el internamiento. Se protege la facultad de la persona de autodeterminar su situación en el espacio o, más precisamente, el derecho a no ser obligada a permanecer en un lugar determinado. Dicho más simplemente, se tutela el derecho a abandonar el lugar donde uno se encuentre; el derecho a marcharse." Seguidamente Casal precisa "no se trata de una libertad de acción, como la libertad de tránsito, sino de un derecho de protección o de defensa, que ampara el estado de libertad física frente a injerencias estatales."

En el mismo sentido, se contempla el derecho en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 7, numeral 2º dispone de manera expresa "Nadie puede ser privado de su libertad física"

Sin embargo, no podemos perder de vista un aspecto que será tratado mas adelante, que son las limitaciones a la libertad que el COPP contempla en los artículos 256 al 263, como medidas cautelares sustitutivas que se ordenan

³² CASAL, Jesús María. Ob. cit. p. 263-264.

en contra del imputado cuando la privación de libertad no es indispensable para asegurar el proceso y que como su propia designación lo indica, sustituyen la reclusión por alternativas que si bien no impiden el desplazamiento del procesado, sin embargo, lo limitan en mayor o menor grado.

En estricto sentido, la norma constitucional no se refiere a estas medidas cuando contempla el derecho a la libertad en el texto del artículo 44, ellas vienen a ser el resultado de la reglamentación que el legislador hace de las dos circunstancias excepcionales en las que se legitima la privación de libertad y tienen como fin moderar la potestad del Estado en esta materia.

6. REQUISITOS PARA LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DEL DERECHO A LA LIBERTAD

Como sabiamente lo explicita el Tribunal Constitucional Español los derechos fundamentales no son ilimitados, porque la vigencia de los derechos de todas y cada una de las personas pasa por el respeto del derecho de los demás.

"No existen derechos ilimitados, todo derecho tiene sus límites que, en relación a los derechos fundamentales, establece por si misma la Constitución en algunas ocasiones y, en otras, deriva indirectamente de la necesidad de proteger o preservar otros derechos constitucionales o bienes constitucionalmente protegidos...un límite de cada derecho es respetar el derecho de los demás." (Tribunal Constitucional Español, Sentencia No. 2 del 29 de Enero de 1982)³³

Pero debe quedar claro que los derechos fundamentales y, por supuesto, entre ellos el de libertad, sólo puede ser limitado llenando ciertas exigencias, ya que como se reconoce hoy en día, tienen por su propia naturaleza fuerza por si solos y no están a disposición de la ley. Superado el criterio del "legicentrismo" según el cual se supeditaba la eficacia de los derechos a la ley, hoy somos contestes en afirmar que los derechos fundamentales tienen vigencia y eficacia, aun cuando las normas legales no los desarrollen o reglamenten ³⁴.

Los derechos fundamentales son previos y superiores a la ley, de allí que para limitarlos o restringirlos se deben cumplir ciertos requisitos; sólo si estos requisitos están presentes puede decirse que es lícita la injerencia del Estado en esta materia.

Como lo explica el profesor Casal, la limitación del derecho se verifica a través de la Constitución, cuando ella misma impone expresa o implícitamente condicionamientos reduciendo su alcance o concordándolo con otro derecho o

³³ GUI MORI, Tomás. Ob. cit. p 1618.

CASAL, Jesús María. Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales. El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI. Editorial Civitas. Madrid. 2003. p 2515.

bien constitucionalmente tutelado, procurando de este modo que los diversos derechos no entren en conflicto.

La restricción la impone la ley, siempre con base en la Constitución, condicionando el goce o ejercicio del derecho. No reduce el alcance constitucional del derecho, pero puede prohibir o condicionar alguna acción en principio protegida o puede autorizar la injerencia del Estado en el derecho. 35

Son requisitos formales que legitiman la injerencia del Estado en los derechos fundamentales: la reserva legal, la determinación o precisión de la regulación y el carácter orgánico de la Ley. Esto quiere decir que la ley es la única que puede restringir el derecho fundamental, aunque no se puede subordinar el ejercicio del derecho a la existencia de una ley. Que la habilitación para restringir el derecho debe ser precisa, de manera que puedan ser conocidas por sus titulares. Finalmente, sólo a través de leyes orgánicas que requieren el voto favorable de los dos tercios de los miembros de la Asamblea Nacional, pueden ser desarrollados los derechos constitucionales.

Por otra parte, son requisitos materiales la licitud del fin perseguido, la proporcionalidad, la intangibilidad del contenido esencial del derecho y la compatibilidad con el sistema democrático. Ello significa que el fin que persigue el legislador ha de ser un fin lícito, específicamente debe estar dirigido a proteger otros derechos fundamentales. La medida restrictiva debe ser igualmente razonable, ponderando la limitación que se aplica al derecho respecto al fin que se persigue con la medida. Nunca puede imponerse una limitación o restricción al derecho que afecte el contenido esencial del derecho, entendiendo como tal aquella parte sustancial sin la cual carece de sentido ese derecho. Por último, toda limitación a un derecho debe ser compatible con el orden democrático del Estado, de manera que no puede considerarse legítima aquella limitación que cumple todos los requisitos formales exigidos para el caso, pero que sin embargo, constituye una franca o velada negación a los principios democráticos que deben regir todo Estado moderno.

En este sentido, debemos deducir que cuando se decide limitar o restringir el derecho a la libertad es ineludible que se cumplan todos y cada uno de los requisitos aquí anotados; esta conclusión es importante afirmarla con toda claridad porque puede aportarnos elementos que nos permitan evaluar y concluir la falta de legitimidad de determinadas situaciones que más adelante se estudiarán.

CAPITULO II EL DERECHO A LA LIBERTAD EN LA NORMATIVA PROCEDIMENTAL PENAL

³⁵ Ídem. p. 2518-2519.

Es en el proceso penal que de manera más clara se evidencia el poder del Estado, de allí que es en el ámbito de la aplicación de la justicia penal que primero se detecta cuando la actuación del Estado está efectivamente adecuada al respeto de los derechos humanos o si por lo contrario estos son ignorados haciendo del proceso penal un instrumento para lograr sus fines.

Cuando un Estado percibe al ordenamiento jurídico como el marco que le señala los límites de su actuación estaremos dentro de un Estado de Derecho, por lo contrario, cuando las normas no son más que el instrumento para lograr sus fines estaremos en presencia de un régimen totalitario, y está claro que no hay normas más adecuadas para controlar y lograr esos fines, que aquellas que regulan el proceso penal y muy especialmente el derecho a la libertad.

Es justo señalar que el Código Orgánico Procesal Penal promulgado en 1998 se adelantó a nuestra actual Constitución de 1999, pues en nada contradice los principios y postulados de nuestra Carta Magna, por lo contrario, incluye en su articulado una serie de disposiciones contenidas en los tratados internacionales aprobados con anterioridad por la República y los erige, antes que lo hiciera la propia Constitución, formalmente como parte de la normativa legal interna, de allí que cuando se aprueba la nueva Constitución en 1999, poco es necesario para adecuar el Código Orgánico Procesal Penal a la nueva Carta Magna.

Aun cuando bajo la vigencia de la Constitución de 1961 no se preveían una serie de garantías para el detenido, como el derecho a ser informado del motivo de su detención, el derecho a comunicarse con un abogado y con sus parientes, derecho a ser conducido sin demora ante la autoridad judicial; sin embargo, el Código Orgánico Procesal Penal ya las había convertido en mandato legal.

Cuando el Código Orgánico Procesal Penal recoge los principios fundamentales que rigen el proceso penal establece:

"Artículo 9. Afirmación de la libertad. Las disposiciones de este Código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad o de otros derechos del imputado, o su ejercicio, tienen carácter excepcional, sólo podrán ser interpretadas restrictivamente, y su aplicación debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pueda ser impuesta.

Las únicas medidas preventivas en contra del imputado son las que este Código autoriza conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela."

Este principio esta íntimamente ligado al de la presunción de inocencia contemplada en el artículo 8 del mismo Código. Es precisamente porque al imputado se le presume inocente hasta que no se demuestre con toda certeza

que es culpable, que se le debe tratar como tal, de allí que no se le pueda privar de su libertad, pues ciertamente no es legítimo que a un inocente se le prive de un derecho fundamental como la libertad.

Sólo una vez que el órgano jurisdiccional mediante un pronunciamiento definitivo, emitido después de verificado un juicio al cual se ha arribado mediante un procedimiento en el que se han seguido estrictamente las reglas que caracterizan al debido proceso, puede procederse a privar de su libertad a un ciudadano; es entonces y sólo entonces que puede afirmarse que ha quedado destruida la presunción de inocencia que la ley establece a su favor.

A diferencia del proceso civil, en el que cuando se arriba a la etapa de pruebas estamos en presencia de una página en blanco en la que a cada una de las partes le toca escribir a través de los medios de prueba que considere procedentes para demostrar sus alegatos, en el proceso penal, por lo contrario, esa página no está en blanco pues en ella esta claramente establecido que el imputado es inocente y la función de los medios de prueba que se traigan al proceso es precisamente destruir esa presunción.

Al respecto se ha pronunciado la Sala Penal del Tribunal Supremos de Justicia "Está prohibido dar al imputado o acusado un tratamiento de culpable como si estuviera condenado por sentencia firme; por lo que no se le puede hacer derivar las consecuencias de una condena antes de que ésta haya recaído en el proceso y adquiera firmeza. Igualmente, se traduce en el hecho de que la carga de la prueba corresponde al Estado y por tanto es a éste a quien corresponde demostrar la existencia del hecho, la infracción a una norma penal, la autoría, culpabilidad y responsabilidad penal del imputado o acusado." ³⁶

A. LEGITIMIDAD DE LAS LIMITACIONES DEL DERECHO A LA LIBERTAD DURANTE EL PROCESO PENAL

Como ya se ha dicho, los derechos fundamentales no son ilimitados, su vigencia pasa por el respeto del derecho de los demás, pero toda limitación debe llenar ciertas exigencias, ya que por su propia naturaleza los derechos fundamentales tienen fuerza por si solos y no están a disposición de la ley, ellos tienen vigencia y eficacia aun cuando las normas legales no los desarrollen o reglamenten, porque son previos y superiores a la ley.³⁷ De allí podemos concluir que de acuerdo a la garantía de la reserva legal, si bien la ley es la única que puede restringir el derecho fundamental, no se puede subordinar el ejercicio del derecho a la existencia de una ley.

³⁷ CASAL, Jesús María. Ob. Cit.. P. 2515.

³⁶ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia Nro. 397 del 21-6-2005.

Como acertadamente lo expresa Gustavo Zagrebelsky, si bien los derechos orientados a la libertad son intrínsecamente ilimitados, salvo que se acepten concepciones extremas, "los límites son posibles e incluso necesarios, aunque solo como límites extrínsecos y al único objeto de prevenir la colisión destructiva de los propios derechos y de posibilitar su ejercicio a todos,...Desde esa perspectiva, los únicos límites a los derechos son también, y exclusivamente, los derechos (de los demás)" 38

Las limitaciones a los derechos fundamentales las determina el propio texto constitucional, cuando establece condiciones para su ejercicio o disfrute o cuando reduce su alcance con el fin de evitar que se verifiquen conflictos entre varios derechos, sin embargo, en el caso de la ley, toda disposición que pretenda limitar, condicionar o legitimar la injerencia del Estado respecto a un derecho fundamental tiene que estar en estricta sintonía con la Constitución.

Se suele decir que toda limitación a un derecho fundamental debe cumplir con una serie de requisitos formales y materiales. Dentro de los primeros, se hace referencia a la reserva legal, a la determinación o precisión de la regulación que permita ser conocida por los titulares y al carácter orgánico que deben tener aquellas leyes que desarrollan los derechos fundamentales, las cuales requieren para su aprobación el voto favorable de los dos tercios de los miembros del Parlamento.

Respecto a los requisitos materiales se señala la licitud del fin perseguido que debe estar dirigido a proteger esos derechos, la proporcionalidad que implica la ponderación de la limitación respecto al fin perseguido, la intangibilidad del contenido esencial del derecho, destinada a preservar esa parte sustancial sin la cual el derecho pierde su sentido y la compatibilidad con el sistema democrático, en razón de la cual no puede considerarse legítima aquella limitación que si bien cumple todos los requisitos formales exigidos para el caso, sin embargo, constituye una franca o velada negación a los principios democráticos que deben regir todo Estado moderno.

En el caso del derecho a la libertad, las limitaciones vienen dadas por el derecho de todos a vivir en libertad, lo que requiere el respeto del derecho de cada uno, lo que sólo puede ser garantizado a través del establecimiento de sanciones para aquellos que violen el derecho ajeno. Sin embargo, esa sanción sólo puede ser aplicada una vez que haya quedado establecida la responsabilidad de aquellos a quienes se les imputa la violación de un derecho ajeno, pero esa responsabilidad sólo puede ser establecida a través del proceso penal, por lo que la garantía de que este pueda realizarse y cumpla con su finalidad de encontrar la verdad es el único fundamento de las restricciones al

³⁸ ZAGREBEBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Editorial Trotta. Tercera Edición. Madrid. 1999. P. 87.

derecho a la libertad durante el proceso y deben tener como base una seria amenaza de que éste no podrá efectiva y adecuadamente realizarse.

B. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

La privación de la libertad representa la más clara limitación a este derecho fundamental; la propia Constitución de la República en el texto del artículo 44 establece dichas limitaciones, únicamente en casos de flagrancia o por orden judicial, sólo estas y no otras deben considerarse legítimas.

La privación de la libertad en estos casos viene a ser una necesidad, pues si bien, la libertad es el más alto valor del ser humano después de la vida, es indudable que la sociedad tiene derecho a defenderse y que el Estado está en la obligación de garantizar los derechos a todos por igual, lo que en la práctica implica la necesidad de limitar y restringir la libertad personal en aquellos casos en los que se vean amenazados los derechos de otros.

Es precisamente porque se trata de la limitación a un derecho fundamental que la privación de la libertad durante el proceso debe ser absolutamente excepcional y sólo se justifica en los casos en que se encuentre demostrada la comisión de un hecho punible y existan elementos que vinculen al imputado con el delito; pero además debe estar presente el peligro de fuga, en el sentido de que exista una sospecha seria de que el imputado pudiera sustraerse del proceso y con ello hacer imposible que este se verifique, puesto que no es posible un procedimiento en ausencia, o que exista el peligro de que el imputado obstaculice la búsqueda de la verdad dentro del proceso. En ambos casos se trata de proteger la efectiva realización del proceso y la verificación y cumplimiento de los fines que este persigue.

Aun en estos casos, el legislador señala una serie de parámetros acerca de las circunstancias en las cuales el juez debe entender que se configuran el peligro de fuga o de obstaculización, así lo hace en los artículos 251 y 252 del Código Orgánico Procesal Penal. Estas disposiciones guían al juez, le brindan elementos objetivos para basar su decisión y evitan que ella responda a razones subjetivas o caprichosas del operador de justicia.

Ello quiere decir que esta medida, que dentro del proceso debe considerarse extrema, tiene exclusivamente fines procesales, ya que lo que se persigue cuando se acude a ella es precisamente preservar el proceso, de allí que nunca pueda utilizarse como sanción anticipada o como un medio de presión para obtener la verdad.

Ese principio básico, que afirma el derecho a la libertad, que el legislador ubicó en el titulo preliminar de la ley procesal penal, en lo que designó como "Principios y Garantías Procesales", lo desarrolla luego a través de ese mismo

texto legal en diferentes normas procesales, entre las que destacan aquellas relativas a las Medidas de Coerción Personal, donde como principios generales se establecen el Estado de Libertad, la Proporcionalidad y Limitaciones que deben guardarse en caso de que se dicte una de dichas medidas, así como la motivación que debe contener toda resolución judicial sobre el asunto, y la interpretación restrictiva que se impone respecto a las normas que restrinjan la libertad del imputado.

Por otra parte, en concordancia con la norma constitucional, el Código Orgánico Procesal Penal en sus artículos 248 y 373, también autoriza la privación de libertad en los casos de aprehensión por flagrancia, en los que la persona haya sido sorprendida cometiendo un delito o a poco de haberlo cometido, en el mismo lugar o cerca de éste, con armas, instrumentos u otros objetos relacionados con el delito. Aquí lo que se persigue es evitar que se consume el hecho punible, proteger a la víctima de los efectos del delito y recuperar e incautar todos aquellos objetos relacionados con el hecho y que eventualmente van a constituir los elementos de convicción para demostrar en el proceso el cuerpo del delito y la responsabilidad de los autores y partícipes, con lo que en definitiva, nuevamente lo que se busca es proteger no sólo a los individuos, sino igualmente, el resultado del proceso.

Pero aún en esta situación la propia ley establece una limitación, en el sentido de que sólo podrá practicarse la detención de aquel individuo que sea sorprendido cometiendo un delito que tenga prevista una pena privativa de libertad, ya que si se tratara de un hecho punible cuya sanción no implica la perdida de la libertad no puede considerarse legítima la aprehensión.

En estos casos, si bien en un momento inicial la aprehensión la puede realizar un funcionario o incluso un particular a tenor de lo establecido en el artículo 373 del citado Código, esta situación en un término muy breve, que no debe exceder a las 48 horas contadas a partir del momento de su detención, se somete a la consideración del Juez de Control a quien le corresponde, oídos los planteamientos del representante del representante del Ministerio Público, bien ordenar la inmediata libertad del aprehendido, o bien, ordenar que continúe detenido, con lo que la situación de hecho se convierte a la mayor brevedad en una orden judicial, porque en definitiva, ese debe ser el principio que rige la materia, que sólo el órgano judicial tiene facultades para ordenar la privación de libertad de un ciudadano, ya que esta es una facultad que constitucionalmente le está reservada a dicha autoridad.

En el proceso penal venezolano, la única razón que legitima la privación de libertad durante el proceso penal es la protección de ese proceso, por ello, es que la aplicación de medidas de coerción en contra del imputado durante el proceso, siempre debe ser considerada de carácter excepcional, ya que en esta materia priva como principio fundamental la presunción de inocencia, expresamente contemplada en el artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal,

el cual determina que el imputado debe ser tratado como inocente hasta que se demuestre lo contrario, y esa demostración no puede hacerse de cualquier modo, sino a través de una sentencia definitivamente firme, producto de una juicio previo, en el que se ha respetado el debido proceso; sentencia que sólo puede fundarse en la prueba legalmente obtenida, en virtud de la cual, ha quedado demostrado que efectivamente ese imputado intervino como autor o partícipe en el delito.

Por eso, es que respecto a una persona que se presume inocente, sólo puede ser lógico aplicar el procesamiento en libertad, y sólo en situaciones excepcionales claramente preestablecidas por el legislador, para obtener una sentencia que haga realidad la justicia, que como finalidad del proceso nos impone la norma constitucional, puede ser restringida durante dicho proceso esa libertad.

La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, se ha expresado al respecto:

"Está prohibido dar al imputado o acusado un tratamiento de culpable como si estuviera condenado por sentencia firme; por lo que no se le puede hacer derivar las consecuencias de una condena antes de que ésta haya recaído en el proceso y adquiera firmeza. Igualmente, se traduce en el hecho de que la carga de la prueba corresponde al Estado y por tanto es a éste a quien corresponde demostrar la existencia del hecho, la infracción a una norma penal, la autoría, culpabilidad y responsabilidad penal del imputado o acusado." ³⁹

Al respecto Ferrajoli es radical "Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena. En este sentido el principio de jurisdiccionalidad - al exigir en su sentido lato que no haya culpa sin juicio, y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación haya sido sometida a prueba y refutación- postula la presunción de inocencia del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena." En su criterio la prisión preventiva "es solo el producto de una inconfesada concepción inquisitiva del proceso que quiere al imputado en situación de inferioridad respecto de la acusación, inmediatamente sujeto a pena ejemplar y sobre todo, más allá de las virtuosas proclamaciones contrarias, presunto culpable."

C. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, Tercera Edición. Editorial Trotta. Madrid 1998. p 549.

³⁹ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia No. 397 del 21-6-2005.

Nuestro legislador nacional estableció como fundamento general en lo que se refiere a las medidas de coerción personal que se aplican durante el proceso, el principio de proporcionalidad, que determina que el Juez, único funcionario legitimado para ordenar la detención de una persona, no podrá dictar dicha medida cuando esta aparezca, "desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable" ello determina que el funcionario judicial al cual se le ha solicitado en el curso del proceso penal la restricción de la libertad del imputado, está obligado a realizar un ejercicio de ponderación a fin de determinar si efectivamente resulta legítimo sacrificar la libertad de la persona procesada a cambio de salvaguardar el proceso penal.

Para realizar esa ponderación la ley le señala al Juez unos parámetros precisos; tiene que tener en cuenta la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable que merecería el hecho punible en caso de que efectivamente se demuestre que su comisión le es atribuible al encausado.

Respecto a este punto la Sala de Casación Penal de nuestro Máximo Tribunal ha señalado:

"...la libertad personal es un derecho que le corresponde a todo ciudadano y, por tal razón, todas las disposiciones que la restringen y limiten sólo pueden ser decretadas cuando sean estrictamente proporcionales en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de la realización y la posible sanción a imponer." 42

El concepto de gravedad del delito implica a su vez un análisis por parte del funcionario que le impone apreciar opciones de valor, ya que para establecer la gravedad puede optar por tener en cuenta la entidad del daño causado con lo que estaría considerando un elemento objetivo del delito, o podría optar por considerar la participación del imputado y entonces le tocaría apreciar un elemento subjetivo.

Por otra parte, le toca al Juez también analizar las circunstancias particulares de la comisión del delito y la sanción que para este establece la norma penal sustantiva, de forma que la decisión judicial en estos casos no es una mero trámite ni un asunto sencillo, sino que implica una actividad intelectual profunda por parte del Juez, que además debe quedar debidamente reflejada en el texto de la orden de detención, donde deben constar las razones que le sirvieron de fundamento. Se trata de una decisión clara y detalladamente motivada, que además suministra a las partes en el proceso información indispensable a los fines de su eventual impugnación, en caso contrario, la

⁴¹ COPP Art. 244

⁴² TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia Nº 744, Expediente Nº A07-0414 de fecha 18/12/2007

orden estaría sujeta a la sanción de nulidad absoluta, como expresamente lo establece el artículo 173 del Código Orgánico Procesal Penal.

En ese sentido, el COPP de forma expresa dispone que las medidas de coerción personal, sean estas la privación de la libertad o las medidas sustitutivas sólo podrán decretarse en sujeción a lo dispuesto en ese Código "mediante resolución fundada" 43

Esa ponderación propia del principio de proporcionalidad, en definitiva lo que busca es establecer un justo equilibrio entre la ventaja procesal que representa la medida y la limitación del derecho a la libertad que esta significa, tanto más, si se tiene en cuenta que las circunstancias que le dan lugar no son hechos probados de manera cierta, sino que se trata de una situación de eventual peligro, lo que excepcionalmente da lugar a la medida.

"La evolución dogmática que sucedió a los principios liberales del siglo pasado logró desarrollar un estatuto fundamental que gobierna la aplicación del encarcelamiento preventivo, el cual, sintéticamente desarrollado por máximas, consiste en: partir, como principio, de la libertad del imputado y solo autorizar su encierro en situaciones excepcionales, cuando, fundada la probabilidad de estar frente al partícipe en un hecho punible, el peligro de fuga o de entorpecimiento en la averiguación de la verdad, cuya verificación como hecho real frustraría los fines del procedimiento penal, sea cierto y no pueda evitarse por otros medios (principio de excepcionalidad); aun en estos casos, evitar siempre que la medida de coerción procesal sea más gravosa para el imputado que la propia pena amenazada o la que se espera en caso de condena, con lo cual el encarcelamiento preventivo no debe autorizarse cuando no está amenazada o no se espera la privación de la libertad como reacción penal o, de otra manera, hacerlo cesar cuando el encarcelamiento sufrido, computado para la pena según las reglas respectivas, permite afirmar que, según la pena que se espera, no se prolongaría la privación de libertad en caso de condena (principio de proporcionalidad), con lo cual, como nos encontramos en uno de los casos excepcionales de peligro en los que procede el encarcelamiento preventivo, es claro que prevalecen los valores de la personalidad humana, aún a riesgo que los fines del procedimiento se frustren; acudir a otros medios menos gravosos que la privación de libertad personal que, cuando sea necesario, permitan resguardar eficientemente los fines del procedimiento, evitando encarcelamiento (principio de subsidiariedad)."44

Es de señalar que el texto procesal penal desarrolla este principio de proporcionalidad cuando establece limitaciones para aplicar la detención preventiva a determinadas personas, realizando de esta forma el propio

⁴³ COPP. Art. 246

⁴⁴ MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal argentino. Tomo 1. Volumen 2. Fundamentos. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1989. p. 154.

legislador la ponderación necesaria para hacer efectiva la proporcionalidad. En efecto, no se decretará la privación preventiva de la libertad en el caso de:

- 1.- Las personas mayores de setenta años.
- 2.- Las mujeres en los tres últimos meses de embarazo.
- 3.- Las madres durante el periodo de seis meses de lactancia de sus hijos.
- 4.- Las personas afectadas por una enfermedad terminal.

De ser absolutamente necesaria la restricción del derecho a la libertad en estos casos se decretará la detención domiciliaria o en un centro especializado.⁴⁵

Igualmente, hace el propio legislador un ejercicio de ponderación que conlleva a la aplicación del principio de proporcionalidad, cuando establece que no procede la privación judicial preventiva de la libertad, cuando se acredite ante el Juez correspondiente que el delito que se le imputa al investigado "merezca una pena privativa de libertad que no exceda de tres años en su límite máximo, y el imputado o imputada haya tenido una buena conducta predelictual" En esos casos el Juez sólo está facultado para imponer, en caso que lo considere necesario, medidas cautelares sustitutivas.

D. LA TEMPORALIDAD DE LA PRIVACIÓN PREVENTIVA DE LA LIBERTAD

El texto del artículo 422 del COPP, que ya citamos y que contiene el principio de proporcionalidad, incluye igualmente unos parámetros objetivos respecto a la duración máxima de la medida, con lo cual se establece un nuevo principio que es el de la temporalidad, puesto que la medida de coerción personal durante el proceso, independientemente de la gravedad del delito objeto del proceso, no puede prolongarse indefinidamente en el tiempo, es por su propia naturaleza temporal.

En efecto, el citado artículo establece que la medida "En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de dos años; si se tratara de varios delitos se tomará en cuenta la pena mínima del delito más grave"

La temporalidad aquí se fija en relación con la duración normal del proceso, comprometiendo por vía indirecta al juzgador a dar oportuna respuesta a los requerimientos de justicia.

Este lapso máximo de dos años puede ser prorrogado. Cuando la medida esté próxima a su vencimiento el Ministerio Público o el querellante podrán hacer una solicitud debidamente motivada ante el órgano jurisdiccional, siempre que existan causas graves que así lo justifiquen. En el caso de concederse esta prórroga, no podrá ser superior a la pena mínima del delito más grave atribuido al imputado.

⁴⁵ COPP. Art. 245

⁴⁶ COPP. Art. 253.

Igualmente, puede solicitarse la prórroga en el caso de que la prolongación del proceso se deba a dilaciones indebidas provocadas por el imputado o sus defensores.

Esta circunstancia que hace referencia a la posibilidad de que el proceso seguido en contra de un imputado que se encuentra privado de la libertad se prolongue más allá del lapso máximo de dos años, en razón de que el propio imputado o su defensor hayan hecho uso de tácticas dilatorias indebidas y que por esta causa sea procedente la prorroga de dicho lapso, fue incluida expresamente en el texto del artículo 244 del COPP, en el que se contempla el Principio de Proporcionalidad, en la reciente reforma del 4 de septiembre del 2009, pero ya había sido tratada desde el año 2001 en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como se evidencia a continuación:

"Sin embargo, debido a tácticas procesales dilatorias abusivas, producto del mal proceder de los imputados o sus defensores, el proceso penal puede tardar más de dos años sin sentencia firme condenatoria que sustituye la medida y, en estos casos una interpretación literal, legalista, de la norma, no puede llegar a favorecer a aquél que trata de desvirtuar la razón de la ley, obteniendo la mala fe un resultado indebido. La torpeza en el actuar, dilatando el proceso, no puede favorecer a quien así actúa"⁴⁷

Más recientemente, en el año 2007, la misma Sala amplio su criterio al establecer que no sólo se justificaba ampliar el lapso de detención preventiva en los casos en los que el retraso se debiera a las dilaciones indebidas del imputado y su defensor, sino que igualmente podía prolongarse cuando el caso particular presentara una marcada complejidad. Ese es el criterio que se explana en la siguiente sentencia.

"Cabe recalcar que en el proceso pueden existir dilaciones propias de la complejidad del asunto debatido, por lo que el simple transcurso del tiempo no configura íntegramente el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, pues, de lo contrario, la compresible complejidad que pudiera llegar a tener un caso se convertiría en un mecanismo que propenda a la impunidad. Tal circunstancia, en un razonamiento lógico, conduce a concluir que la norma per se excluye los retrasos justificados que nacen de la dificultad misma de lo debatido; sólo esta interpretación justifica que el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se refiera al deber del Estado de garantizar una justicia sin dilaciones indebidas, lo que reconoce implícitamente que en los procesos pueden existir dilaciones debidas o, dicho en otras palabras, que se pueden justificar, tal como lo refiere en igual sentido el propio artículo 1 del Código Orgánico Procesal Penal. Así, un proceso penal puede prolongarse sin que exista una tardanza de mala fe imputable a las partes o al

⁴⁷ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia No.1712 de fecha 12-12-2001.

Juez, pues en algunos casos es posible y hasta necesario para la búsqueda de la verdad de los hechos que las partes, en ejercicio pleno de su derecho a la defensa y dada la complejidad del caso, promuevan un número importante de medios de pruebas que luego deberán ser evacuadas, en estos casos, se insiste, la tardanza del proceso penal se debe a la complejidad de los hechos controvertidos y mal puede dicha complejidad beneficiar a los posibles culpables"48

Pero también se ha pronunciado la Sala de Casación Penal sobre el lapso de prolongación de la medida, en relación a la gravedad del delito objeto del proceso:

"...para el decaimiento de la medida de privación judicial preventiva de libertad, debe considerarse que si bien la regla general es ir a juicio en libertad, en atención a los principios de estado y afirmación de la libertad; este criterio no es absoluto, ya que también debe atenderse a la gravedad de los delitos contenidos en la acusación Fiscal, así como cualquier otra de significativa incidencia que amerite ser considerada por el Tribunal Competente, y pueda de esta forma adoptar las medidas que fueran necesarias y proporcionales, y velar así porque la acción del Estado no quede ilusoria y evitar cualquier circunstancia que vaya en detrimento de la causa penal en general."

Es de hacer notar, que la norma establece que la decisión en este caso corresponde al Juez de Primera Instancia que conoce o conoció del caso, de manera que si las actuaciones se encontraren bajo el conocimiento de una Corte de Apelaciones para el momento en que se efectúe la solicitud, se las debe enviar al Juez de Primera Instancia para que tome la decisión, previa celebración de una audiencia oral a la que se convocarán las partes en el proceso, muy especialmente al imputado. Durante la audiencia el Juez escuchará los alegatos de los convocados y al finalizar decidirá acerca de la prorroga teniendo el cuenta el principio de proporcionalidad.

En otro sentido cabe destacar un aspecto que pareciera no haberse tomado en cuenta, el que si bien el texto legal señala el lapso máximo que puede durar la medida y la prorroga, nada obsta, contrario a lo que ha sido la práctica en nuestros tribunales, para que el Juez señale un lapso menor de detención o de prórroga según sea el caso, porque como se desprende de la norma estos lapsos están sujetos al principio de proporcionalidad.

Por otra parte, si bien nuestro código procesal hace una predeterminación legal respecto a la asignación de un lapso máximo de duración de la medida, confiere al Juez la determinación de la medida a aplicar para proteger el

⁴⁸ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia No. 626 de fecha 13-4-07

⁴⁹ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia Nº 727. Expediente Nº 08-59 de fecha 17/12/2008.

proceso, puesto que le corresponde a este funcionario decidir cual es la medida mediante la cual se asegura en cada caso concreto la protección del proceso, la que no necesariamente tiene que ser la privación de libertad, pues existe en ese mismo código un amplio catálogo de medidas sustitutivas a esa opción extrema y excepcional.

E. LA EXCEPCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL

Como ya antes se ha señalado, las medidas que privan o restringen el derecho a la libertad tienen una naturaleza excepcional, sólo se acude a ellas para proteger la realización efectiva del proceso penal y para lograr que este consiga sus objetivos que no son otros que la búsqueda de la verdad y la aplicación de la justicia, pero es fundamental dejar claramente establecido que si estos fines se logran sin la imposición de medidas que limiten el derecho a la libertad no es legítimo que estas se apliquen.

La regla general será siempre el procesamiento en libertad, aún para los delitos que por la sanción que contempla la ley en el caso de una sentencia condenatoria se consideren graves; si no se dan las circunstancias previamente establecidas por la ley, que evidencian el peligro en el que se encuentra la realización del proceso penal, no es posible aplicar medidas de coerción personal durante el proceso.

Por mucha repulsa que pudiera causar un delito, si no hay riesgo para el proceso, no procede la privación de libertad del imputado, ni siquiera una medida sustitutiva, pues a favor de este obra la presunción de inocencia y no hay razones para que un inocente sea privado o limitado en su libertad, sólo si llegare a demostrar la responsabilidad del encausado dejaría de operar a su favor este principio de rango constitucional.

Sin duda, desde la perspectiva de nuestra realidad, para que esta afirmación sea comprendida y aceptada por la población y aún por los propios operadores de justicia se requiere un cambio de mentalidad y para que este cambio de mentalidad opere, es indispensable que prevalezca la seguridad jurídica, que la impunidad se reduzca a su mínima expresión y que los tribunales actúen efectiva y diligentemente impartiendo justicia oportuna; sólo en estas condiciones será posible la vigencia efectiva del principio de afirmación de la libertad y la aplicación eficaz de la presunción de inocencia.

El juzgamiento en libertad no es sólo un principio ético que se asienta en la presunción de inocencia, sino que es igualmente una necesidad práctica para el imputado y un requisito para el ejercicio efectivo del derecho a la defensa. Como lo señala Ferrajoli: "El imputado debe comparecer libre ante sus jueces, no solo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también —es decir, sobre todo- por necesidades procesales: para que quede

situado en pie de igualdad con la acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas."⁵⁰

F. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS NORMAS QUE ESTABLECEN LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL

Siendo la libertad un derecho fundamental y su restricción excepcional, la interpretación que se haga de las normas que disponen su limitación, debe ser de manera restrictiva. Así lo dispone la ley cuando en el código procesal penal establece los principios rectores del proceso; no sólo el legislador afirma la vigencia de la libertad durante el proceso, sino que indica que las disposiciones que autorizan su privación son excepcionales y se interpretan de manera restrictiva.⁵¹

No es posible aplicar el derecho sin antes cumplir una labor previa de interpretación, esta tarea será más o menos complicada según la norma se adecue con mayor o menor precisión a la situación de hecho concreta. La norma procedimental penal no escapa a este ejercicio que consiste en señalar el sentido de la norma y precisar si es aplicable al caso concreto, lo que la convierte en una labor indispensable.

En cuanto al método apropiado para interpretar las normas que consagran derechos y garantías, mucho se ha dicho que debe estar regido por el principio de que esta labor ha de realizarse en beneficio del ciudadano y no del Estado. Es precisamente el ciudadano el que generalmente se encuentra desprotegido frente a la acción poderosa del Estado, el cual cuenta con sus propios instrumentos para hacer cumplir las órdenes que imparte.

Este método de interpretación es el que se designa como "pro ciudadano" y que en el caso de las sentencias interpretativas debe atenerse al contenido normativo que se extrae del texto constitucional. Asimismo, en el caso de derechos constitucionales que no tienen prevista la forma de su ejercicio, el intérprete debe dar la solución al problema con vista a la garantía de los derechos humanos, más que a la parte orgánica de las normas. ⁵²

La interpretación que de manera expresa dispone la Constitución y la ley para las normas que restringen el derecho fundamental de la libertad es la restrictiva, que consiste en la prohibición expresa de aplicar la analogía en el sentido de extender la aplicación de la norma a situaciones que no son la

⁵⁰ FERRAJOLI. Ob. Cit. Pag. 559

⁵¹ COPP. Art 9.

⁵² DUQUE CORREDOR, Román. Apuntes de la cátedra "Fuentes del Derecho Constitucional e Interpretación Constitucional. Universidad Católica Andrés Bello. Septiembre-Diciembre 2005.

expresamente descritas en el texto legal, aunque pudieran resultar aparentemente similares.

Cuando una duda se presenta, la interpretación restrictiva "manda disipar la duda de manera que abarque la menor cantidad de casos entre los significados posibles. Tal obligación, por lo demás, se entiende como veda para la interpretación extensiva y para la aplicación analógica en el caso previsto. Frecuentemente, el mandato de interpretación restrictiva se confunde con el favor rei, de modo que es obligatorio emplear este tipo de interpretación a favor de una persona determinada, por ejemplo, el imputado."⁵³

Respecto a este punto el Tribunal Supremo de Justicia ha afirmado que siempre que la norma represente una desventaja o desmejora para la posición jurídica del enjuiciado, la interpretación que de ella se realice debe ser siempre restrictiva, mientras que cuando la norma le favorece, la interpretación que corresponde es la extensiva, que procura abarcar el mayor numero de situaciones en las cuales resulta beneficiado.

"En el campo penal la interpretación debe ser restrictiva, cuando se trata de normas que representen perjuicio o desventaja para el enjuiciado, y de manera extensiva cuando lo favorece, no así para el Fiscal o la víctima, puesto que si se interpreta de manera extensiva a favor de éstos se perjudica al procesado, violentándose el principio de seguridad jurídica"⁶⁴

G. PRIVACIÓN JUDICIAL PREVENTIVA DE LA LIBERTAD

Como ya se ha señalado, nuestra Constitución al garantizar el derecho a la libertad, establece que este sólo podrá ser limitado en dos únicas situaciones; los casos de detención en flagrancia y aquellos en los que se ordena la privación de libertad a través de la orden emanada de un juez. Cada una de estas situaciones será analizada a la luz de las disposiciones que las regulan en nuestro Código Procesal Penal.

Mientras que la aprehensión en flagrancia responde a una situación de hecho en la que al ser sorprendido el individuo en la ejecución de una conducta delictual, se le somete no sólo para impedir que continúe cometiendo el hecho punible, sino igualmente para impedir que obtenga los beneficios de su conducta y eventualmente ocasione mayores daños a la víctima.

En cambio, la detención judicial responde a la orden emanada de un juez competente, quien al resolver una solicitud que previamente le ha sido presentada por alguno de los sujetos legitimados para ello, decreta que un determinado individuo sea privado de su libertad.

⁵³ MAIER. Ob Cit. P. 270.

⁵⁴ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia Nº 0585. Expediente Nº C01-0292 de fecha 10/07/2001

El COPP dispone que tienen facultades para decidir respecto a las solicitudes de medidas privativas de libertad los Jueces de Control y eventualmente también los Jueces de Juicio.

En ambos casos, el funcionario judicial actúa por solicitud de la parte, no tiene iniciativa propia, no actúa de oficio, su posición es la del árbitro imparcial que si bien salvaguarda el proceso, no asume posición en uno u otro sentido. Las partes deben tener la garantía de que aquel que asume la función de administrar justicia sólo se encuentra sometido a la Constitución y a las leyes de la República y que sus decisiones son el resultado de un estudio objetivo de los hechos, en las que no intervienen prejuicios, ideas preconcebidas o intereses particulares o políticos.

1. Requisitos de Procedencia

El Código Orgánico Procesal Penal⁵⁵ establece de manera expresa los requisitos que debe contener la solicitud dirigida al Juez, en el sentido de ordenar la privación preventiva de la libertad del imputado por un delito, cuando el solicitante efectivamente acredita estos elementos; ellos se convierten a su vez, en requisitos de procedencia para dictar la medida:

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

La norma le exige al juez que haga un juicio anticipado en el sentido de determinar si efectivamente existen elementos suficientes para afirmar que se ha cometido un hecho punible de los que merecen pena privativa de libertad y que la acción para perseguirlo no se encuentre evidentemente prescrita. Determinar estas circunstancias indudablemente requieren que el funcionario judicial haga una precalificación del delito, ya que ello resulta indispensable para establecer la pena que corresponde y para afirmar que la correspondiente acción penal no se encuentra evidentemente prescrita; por ello es que se hace necesario que el solicitante señale de manera detallada cuales son los elementos que obran en la investigación que configuran el hecho punible objeto del proceso; sólo con esos datos puede el Juez determinar estos extremos.

En segundo lugar, es necesario que el juez considere que existen elementos que relacionan al imputado con el hecho o hechos que se le atribuyen, esto es que se encuentra implicado en el delito, bien sea como autor o

⁵⁵ COPP. Art. 250.

como partícipe. Con ello, nuevamente se le está pidiendo al Juez que anticipe un juicio acerca de la posible responsabilidad del imputado, todo con el fin de evitar que alguno, en relación al cual no existen elementos que lo vinculen al delito, pueda ser privado indebidamente de su libertad. Se requiere que el funcionario judicial analice antes de tomar la decisión privativa de libertad, las circunstancias que hasta el momento emergen de la investigación realizada. Y que indican cómo presuntamente se cometió el hecho objeto del proceso.

Ahora bien, resulta menester hacer mención a una serie de circunstancias previstas dentro de la normativa legal referentes a la imposición de la medida privativa de libertad y que tienen que tenerse en cuenta en la oportunidad de dictar alguna de las medidas cautelares sustitutivas, porque como lo ha afirmado la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se trata en ambos casos de medidas coercitivas y por ello, también en ambos casos, deben cumplirse los requisitos legales necesarios para la afectación del derecho a la libertad.

Lo requerido son elementos de convicción y no pruebas

Respecto a estos requisitos, es menester hacer algunas precisiones. La primera, es que lo que exige el legislador para dictar una medida privativa de libertad o cautelar sustitutiva durante el proceso, son elementos de convicción acerca de la comisión de un delito y la participación del imputado en ese hecho punible; en ningún caso se trata de pruebas concluyentes, ello en razón de que en el proceso no existen pruebas hasta que se producen en el debate durante la etapa de juicio, en forma oral, pública y controladas por las partes. En las etapas investigativa e intermedia del proceso, sólo estamos en presencia de elementos de convicción extraídos de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público, que si bien no tienen el valor para fundamentar una sentencia, sin embargo tienen la suficiente fuerza para apoyar los actos conclusivos de la etapa investigativa o preliminar del proceso y para fundar cualquier otra decisión de las que legalmente pueden dictarse antes de establecer el fallo definitivo.

En otras palabras, no pueden exigirse pruebas de que el imputado pretende fugarse, ni de que pretende obstaculizar la búsqueda de la verdad durante el proceso, de lo que se trata es de una presunción razonable, que se entiende en este caso como una probabilidad seria de que estas conductas se verificarán en caso de que no se tomen medidas para evitarlas.

Cafferata Nores define la probabilidad como la coexistencia de elementos positivos y negativos, "pero los elementos positivos sean superiores en fuerza conviccional a los negativos; es decir que aquellos sean preponderantes desde el punto de vista de su calidad para proporcionar conocimiento" 56. La

⁵⁶ CAFFERATA NORES, José. La Prueba en el Proceso Penal. Tercera Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1998. P 9.

probabilidad va más allá que la simple posibilidad, así lo explica Jauchen cuando se refiere a la decisión de procesar al imputado "será necesario que, conforme a la investigación, se hayan obtenido elementos que lleven a superar aquella inicial sospecha hasta el grado de probabilidad. Ello implica más que la mera posibilidad. Y estando referida a la existencia del hecho y a la participación del imputado, requiere que los elementos positivos o incriminantes superen a los negativos o desincriminantes."⁵⁷

De forma que no es necesaria la prueba de estas circunstancias; ello es improcedente porque en esta etapa no hay pruebas, exigirlas es un contrasentido y admitirlas es atentar contra los principios que rigen el proceso penal venezolano, básicamente porque los elementos obtenidos durante la investigación no han sido sometidos al debido control de las partes en el proceso, y si bien estas aspiran a convertirlos en pruebas durante el debate en la fase de juicio, aún no han adquirido ese carácter. "Se trata pues, en definitiva de actos que introducen los hechos en el proceso y contribuyen a formar en el juez el juicio de probabilidad." ⁵⁸

Es pertinente precisar, que el legislador no se conforma con exigir para la imposición de una medida privativa o una restrictiva de la libertad durante el proceso que existan elementos que evidencien la comisión de un hecho punible y que el imputado haya actuado como autor o participe en el delito, sino que igualmente reclama que se haga presente el peligro de fuga o el de obstaculización de la obtención de la verdad durante el proceso, ya que no se trata de imponer una medida coercitiva por la presunta comisión de un hecho punible, sino que la razón que la justifica es el peligro de que el proceso no se verifique o no cumpla su objetivo.

Por si fuera poco, aún en el caso de que se de una de estas circunstancias o ambas, el legislador para evitar que la imposición de la medida responda a razones subjetivas o caprichosas del operador de justicia, señala en los artículos 251 y 252 una serie de parámetros acerca de los elementos en los que el juez debe basarse para concluir que se configuran estas dos circunstancias.

En este caso, no se exigen pruebas porque en esta etapa no existen, ni se pide certeza porque ésta sólo la puede arrojar la prueba, sólo se requieren elementos de convicción serios, obtenidos a través de diligencias de investigación revestidas de toda la legalidad y respeto a los derechos fundamentales exigidos en estos caso.

⁵⁷ JAUCHEN, Eduardo. Tratado de la Prueba en Materia Penal. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. 2002. P. 41.

⁵⁸ VASQUEZ, Magaly. Actos de Investigación y Actos de Prueba. Temas Actuales de Derecho Procesal Penal. Sextas Jornadas de Derecho Procesal Penal. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2003. P.362

Igualmente la ley exige que exista una presunción razonable de que en ese caso particular los fines del proceso pueden ser vulnerados, bien sea a través de la sustracción del imputado respecto al proceso, porque efectivamente existe el peligro de fuga o porque el imputado puede obstaculizar o entorpecer la búsqueda de la verdad, respecto de un acto concreto de la investigación.

2. Peligro de Fuga

La presencia del imputado es indispensable para la realización del proceso; en nuestro país, de conformidad con lo establecido en la Constitución, ⁵⁹ no es posible el juzgamiento en ausencia, de allí que la no comparecencia del encausado a los actos del proceso impide que el proceso se verifique y por tanto su conducta afecta de manera grave y definitiva a la administración de justicia.

Esta circunstancia justifica que se tomen medidas que impidan que el proceso se vea frustrado por la rebeldía del imputado a comparecer cuando es requerido por los órganos judiciales. Sin embargo, la afirmación de que existe un peligro de fuga no puede sustentarse en una mera sospecha o percepción personal del solicitante y consecuencialmente del Juez que acuerda una medida preventiva privativa de libertad; por ello es que el legislador ha establecido ciertos parámetros objetivos que deben ser analizados en cada caso por el funcionario judicial a los fines de establecer que efectivamente se está en presencia de dicha circunstancia.

- "1.- Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.
 - 2.- La pena que podría llegarse a imponer al caso.
 - 3.- La magnitud del daño causado.
- 4.- El comportamiento del imputado o imputada durante el proceso, o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.
 - 5.- La conducta predelictual del imputado o imputada."60

Si analizamos los elementos que establece la norma y que debe tener en cuenta el Juez a los fines de determinar si está en presencia de un peligro de fuga por parte del imputado que puede impedir la celebración del proceso seguido en su contra, hay que señalar que mientras algunos de ellos responden a elementos relacionados con la conducta y posición del imputado, otros se refieren a elementos objetivos del delito. Respecto a los primeros, es evidente que el comportamiento actual o anterior que mantiene el imputado respecto al proceso, su conducta predelictual, así como la situación de arraigo familiar y económico son determinantes para establecer el peligro de una eventual fuga; sin embargo, consideramos que los elementos relativos al delito no deberían ser

⁶⁰ COPP. Art. 251.

⁵⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Art. 49

tomados en cuenta para establecer esta circunstancia, porque se trata de elementos relativos a un hecho que aún no puede atribuírsele como autor o participe y que por tanto no deberían servir de base para decidir la aplicación de una medida de coerción. Admitir que estos elementos son indicativos del peligro de fuga sería afirmar que todos aquellos imputados por delitos en los que el daño ha sido grave y que por ello, lógicamente tienen previstas penas importantes, deben ser privados de su libertad durante el proceso; por el contrario, el examen de la conducta y las circunstancias personales del encausado, en nuestro criterio, si es un elemento importante que debe ser apreciado de manera ponderada y objetiva por el Juez para tomar una decisión respecto a esta circunstancia.

Dentro de esta misma esfera de circunstancias personales que indican el comportamiento futuro del imputado frente al proceso, se encuentra la contenida en el parágrafo segundo del mismo artículo, que se refiere a: "La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado o imputada constituirán presunción de fuga, y motivarán la revocatoria, de oficio a (sic) petición de parte, de la medida cautelar sustitutiva que hubiere sido dictada al imputado o imputada". Esta circunstancia, sin duda, indica que el imputado pretende ocultar al tribunal los datos que permiten localizarlo con lo que se podría evidenciar la intención de sustraerse de la persecución penal.

Por otra parte, el parágrafo primero del citado artículo establece una circunstancia propia del hecho punible imputado, similar a las que analizamos antes, ya que dispone que "Se presume el peligro de fuga en casos de hechos punibles con penas privativas de libertad, cuyo término máximo sea igual o superior a diez años"

Sin embargo resulta importante señalar que dentro del este mismo parágrafo primero se establece que es al Juez al que le corresponde examinar esta última circunstancia relacionada con el monto de la pena y decidir si acuerda o no la medida de coerción solicitada, lo que quiere decir no es forzoso dictar la medida cada vez que el delito imputado contempla una pena igual o superior a diez años de privación de libertad, aunque si es obligación del Fiscal del Ministerio Público, en estos casos, hacer siempre la solicitud. Sin embargo, cuando el Juez niega la solicitud deberá necesariamente dictar una medida cautelar sustitutiva aún en el caso de que considerara que las circunstancias particulares no lo ameritan.

En todo caso, el Juez está obligado a realizar un análisis detenido de cada una de las circunstancias que pudieran dar lugar a la presunción y luego compararlas y evaluarlas en conjunto para llegar a una conclusión lo más próxima a la realidad, de manera de no incurrir en excesos, tanto más, en un asunto tan delicado como lo es la restricción de la libertad personal; en ese sentido se pronuncia la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia:

"...Del artículo trascrito se infiere, que estas circunstancias no pueden evaluarse de manera aislada, sino por el contrario, deben analizarse con los diversos elementos presentes en el proceso, que permitan juzgar si existe objetivamente una presunción real de fuga o de obstaculización de la investigación, y así evitar vulnerar los principios de la afirmación y el estado de libertad, establecidos en los supra citados artículos 9 y 243 del Código Orgánico Procesal" 61

3. Peligro de Obstaculización del Proceso

La finalidad del proceso penal es la búsqueda de la verdad, se trata de reconstruir intelectualmente el hecho objeto del proceso a fin de establecer con la mayor certeza la realidad de lo ocurrido para en base a ello administrar justicia.

En un sentido político o material, se trata de cumplir un fin social, que no sólo busca realizar el derecho penal o sustantivo, sino igualmente brindar a las personas seguridad y en última instancia recomponer la paz y la seguridad jurídica rotas como consecuencia del delito.

Esta función del proceso penal sólo es posible en la medida en la que se accede a la verdad, aún más, el proceso es el único medio legítimo para acceder a esa verdad; sólo a través de la prueba obtenida en un juicio revestido de todos los derechos y garantías establecidos en la ley pueden darse por establecidos los hechos sobre los cuales se ha de dictar la sentencia.

De allí que el hecho de que el imputado pretenda obstaculizar la búsqueda de la verdad, respecto a un acto concreto de la investigación tiene graves consecuencias, no sólo para que un determinado proceso cumpla sus fines, sino que igualmente perjudica a toda la sociedad que resulta lesionada cada vez que se rompe el orden social por la actividad delictiva.

Si bien el imputado no está obligado a decir la verdad, ni tiene que colaborar en la búsqueda de los elementos destinados a esclarecer los hechos, ni tiene que suministrar evidencias a las autoridades, sin embargo, tampoco le es permitido entorpecer, obstruir o impedir que los órganos de investigación puedan acceder a la verdad de los hechos. Por eso, si existieran evidencias de que el imputado ejecuta o está determinado a ejecutar esa conducta, el juez puede ordenar la aplicación de una medida de coerción en su contra a fin de salvaguardar la finalidad del proceso.

⁶¹ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia N° 242. Expediente N° A07-0463 de fecha 28/04/2008

A tal fin, el COPP dispone que se aplicará la medida de coerción a la que hubiere lugar en el caso de que el Juez observe que existe una "presunción razonable", "la grave sospecha" de que el imputado:

- "1.- Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de convicción.
- 2.- Influirá para que coimputados o coimputadas, testigos, víctimas expertos o expertas, informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducirán a otros u otras a realizar esos comportamientos, poniendo en peligro la investigación, la verdad de los hechos y la realización de la justicia."⁶²

Ahora bien, esa grave sospecha, esa presunción razonable debe obedecer a hechos concretos originados por la conducta del imputado, que le son suministrados al Juez por el solicitante de la medida; no pueden responder a meras suposiciones, creencias particulares o a intuiciones, deben estar sustentadas en acciones concretas.

Igualmente, esas actitudes y hechos atribuidos al imputado con el fin de entorpecer la búsqueda de la verdad deben ser conductas activas y no la mera falta de colaboración, a la que no está en ningún momento comprometido el señalado como autor o participe de un delito. No se trata de la omisión en suministrar o ayudar en la investigación, sino de comportamientos claramente destinados a impedir que el proceso cumpla sus fines.

En este sentido, resulta pertinente referirnos a la precisión que hace el legislador en el ordinal 3 del artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal cuando establece "peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto de un acto concreto de investigación.

Si procedemos a interpretar que fue lo que quiso decir el legislador cuando al enumerar los requisitos que deben cumplirse para imponer una medida de coerción, estableció que la obstaculización en la búsqueda de la verdad por parte del imputado a quien se le pretenda aplicar dicha medida, tiene que darse respecto a un acto concreto de la investigación, debe entenderse no sólo que en la solicitud que el acusador hace ante el juez debe precisar cual es el acto o actos de la investigación que en su criterio, el imputado pretende obstaculizar, sino igualmente, que realizados esos actos o concluida la investigación, consecuencialmente, cesa la razón que sustentaba la medida coercitiva.

Ello quiere decir, que el solicitante no puede, de manera general, indicarle al juez que existe el temor de que el sospechoso obstaculice la búsqueda de la verdad, sino que es menester que señale cuales son los actos concretos de la investigación que se corre temor de perder por obra de la acción del imputado.

⁶² COPP. Art. 252.

Igualmente, como ya se refirió, si esos actos que fueron señalados como motivo para imponer una medida restrictiva a la libertad, fueron realizados o si concluida la fase de investigación el Ministerio Público no los realizó, debe entonces entenderse que ha cesado la causa o motivo para mantener la medida y por lo tanto esta debe cesar.

Sin embargo, es necesario hacer una precisión relativa al caso en que el temor a la obstaculización persista, ello puede ocurrir cuando lo que se pretende impedir con la medida es que el imputado amedrente o amenace a la víctima o a los testigos y con ello pretenda impedir que se arribe al conocimiento de la verdad del hecho objeto del proceso, en ese caso el peligro puede subsistir hasta el momento en que estos depongan en calidad de órganos de prueba, ante el tribunal de juicio en la oportunidad del debate.

4. La Imputación como requisito para dictar el auto de Privación Judicial Preventiva de la Libertad

Si bien la norma penal contenida en el Código Orgánico Procesal Penal, en ningún momento hace referencia dentro de los requisitos para dictar la orden privativa de libertad, sin embargo, el desarrollo jurisprudencial ha establecido una serie de criterios relacionados con la necesidad del cumplimiento de ciertos extremos dentro del proceso.

La jurisprudencia tiene un valor importante en la interpretación y desarrollo del derecho, mediante ella se adaptan las normas a la realidad cambiante y se uniforma la aplicación del derecho, pero aún más, cuando nuestra Constitución decidió atribuirle valor vinculante para todos los tribunales de la República, a las sentencias de la Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, cuando interpreta el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales⁶³, introdujo un cambio fundamental en nuestro sistema jurídico y en la labor de los diferentes despachos tribunalicios, que en lo adelante deben tener en cuenta los criterios de dicha Sala a la hora de dictar sus decisiones.

Respecto a la imputación, han surgido dentro de la propia Sala Constitucional diversos criterios; por una parte, se ha sostenido que el acto de imputación formal del investigado es un requisito indispensable y previo a la orden de privación preventiva de la libertad, e igualmente, se ha afirmado que la celebración de dicho acto no es necesaria.

De esa variedad de criterios es ejemplo palpable la sentencia del 30-10-09 de la Sala Constitucional, en la que con carácter expresamente vinculante la mayoría decide que dicho acto no es necesario, y por la otra en un voto salvado uno de los magistrados se acoge al criterio que había sido mayoritario hasta ese momento que opina lo contrario.

⁶³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Art. 335.

"...tal como se encuentra configurado actualmente el régimen legal de la medida de privación judicial preventiva de libertad (Capítulo III, Título VIII del Libro Primero del Código Orgánico Procesal Penal), el Ministerio Público puede solicitar al Juez de Control una medida de esa naturaleza contra la persona señalada como autora o partícipe del hecho punible, sin haberle comunicado previa y formalmente el hecho por el cual se le investiga, es decir, sin haberla imputado, toda vez que tal formalidad (la comunicación al imputado del hecho por el que se le investiga), así como también las demás que prevé el artículo 131 del Código Orgánico Procesal Penal, deberán ser satisfechas, necesariamente, en la audiencia de presentación regulada en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, la cual deberá realizarse dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la práctica de la aprehensión, ello a los fines de brindar cabal protección a los derechos y garantías previstos en el artículo 49 de la Constitución y 125 de la ley adjetiva penal.....Pero también debe advertir esta Sala, que el interés en que las finalidades del proceso penal sean cumplidas, encuentra un límite tajante en el derecho del procesado a presumirse inocente hasta tanto exista la plena certeza procesal de su culpabilidad. En el proceso penal, esta garantía se hace extrema ante la desproporcionalidad de la fuerza del aparato estatal frente al individuo, la funesta posibilidad de fallo injusto que pueda implicar equívocos y, sobretodo, el reconocimiento de encontrar en la acción delictiva una eventualidad que, de suyo, no se reconoce como normal y deseable en una sociedad civilizada regida por la justicia. Sin embargo, la protección de los derechos del imputado a la libertad y a ser tratado como inocente mientras no se establezca de manera plena su culpabilidad, tampoco puede significar el absoluto abandono de los mecanismos cautelares destinados a garantizar los objetivos del proceso, esto es, su normal desarrollo y la seguridad del cumplimiento de sus resultas (sentencias números 2.426/2001, del 27 de noviembre; 1.998/2006, de 22 de noviembre; y 2.046/2007, del 5 de noviembre), y ese abandono se produciría, indefectiblemente, de ser aceptada la postura sostenida por la parte actora."64

Por su parte el voto salvado incluido en la misma sentencia expresa:

En efecto, coincide este Magistrado disidente en que no la ley no ordena la realización, propiamente, de un acto "formal" de imputación, pero, del texto de diversas disposiciones que contiene el Código Orgánico Procesal Penal se desprende, de manera inequívoca, que el Ministerio Público está en el deber, por lo menos, de notificación al imputado, inmediatamente a la incorporación del mismo, como tal, a la investigación en curso, con detallada información sobre los hechos que se atribuyan a aquél, conforme al derecho que, a dicha parte, le reconoce el artículo 125.1 eiusdem. Tal información y la anotada perentoriedad de la misma resultan esenciales al aseguramiento del derecho a la defensa, el

⁶⁴ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia No. 1381 del 30-10-09.

cual rige en todo estado y grado de la causa, de acuerdo con el artículo 49.1 de la Constitución, vale decir igualmente, "desde los actos iniciales de la investigación", en los términos del artículo 125 de nuestra ley procesal penal fundamental". 65

Por su parte la Sala de Casación Penal al referirse a este tema ha dejado sentado su criterio:

"En cuanto al acto formal de imputación, como actuación propia e indelegable del representante del Ministerio Publico, la Sala de Casación Penal ha reiterado que: '... El acto de imputación formal, es una actividad propia del Ministerio Público, el cual previa citación del investigado y asistido por defensor se le impone formalmente: del precepto constitucional que lo exime de declarar y aun en el caso de rendir declaración hacerlo sin juramento; al igual que se le impone de los hechos investigados y aquellas circunstancias de tiempo, modo y lugar, la adecuación al tipo penal, los elementos de convicción que lo relacionan con la investigación y el acceso al expediente según los artículos 8, 125, 126, 130, 131 del Código Orgánico Procesal Penal....En este sentido, es oportuno mencionar que la naturaleza del proceso penal acusatorio, dispone como garantía máxima la presunción de inocencia, y en este orden, el Código Orgánico Procesal Penal dispone una serie de actos de estricto cumplimiento, necesarios para garantizar el debido proceso, el derecho a la defensa y la igualdad entre las partes....La realización previa del acto de imputación formal, permite el ejercicio efectivo del derecho a la defensa, mediante la declaración y la proposición de las diligencias necesarias para sostener la defensa, porque si bien el Ministerio Público ostenta autonomía e independencia, reconocida constitucionalmente en el artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y legalmente en el artículo 108 del Código Orgánico Procesal Penal; el investigado de conformidad con el artículo 49 (numeral 1) constitucional, tiene la defensa como garantía inviolable, en todo estado y grado de la investigación y del proceso...".66

Respecto a este tema nuestra opinión es que toda persona que aparece como sospechosa de un delito y que está siendo objeto de una investigación penal, tiene el derecho de ser informada al respecto y las autoridades el deber ineludible de participárselo, ello con el fin de evitar que se realice a sus espaldas una indagación en su contra y consecuencialmente se le prive de ejercer el derecho a la defensa. Pero igualmente creemos que convertir ese deber de informar en un acto formal de imputación que no está previsto en ninguna parte de nuestro proceso penal, resulta no solo una verdadera violación al principio del debido proceso, en el sentido de que la única forma legítima y válida de investigar y enjuiciar a una persona es de acuerdo a las normas expresamente

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia Nº 568 del 18-12-06.

previstas en el Código Orgánico Procesal Penal, lo contario es arbitrariedad y violación a la Constitución y a la ley.

Por otra parte, la exigencia de la celebración de ese acto formal, cuya realización y oportunidad se deja en manos del representante del Ministerio Público, puede terminar siendo el mecanismo mediante el cual se burla el derecho del imputado a conocer y acceder en las actuaciones de la investigación realizada en su contra, porque si hasta que no se celebre ese hipotético acto del proceso, no se puede considerar al imputado como tal, tampoco hasta entonces puede ejercer sus derechos, eso sólo podrá ser posible hasta tanto el Fiscal decida realizarlo.

La condición de imputado se adquiere mediante la realización de cualquier acto del proceso realizado por una autoridad encargada de la persecución penal que lo señale como autor o partícipe⁶⁷. Desde que se ejecuta cualquier acto de esa naturaleza nacen para el imputado una serie de derechos, entre ellos, uno de los más importantes, el acceso a las actuaciones de la investigación.

Si bien, durante la investigación se dan una serie de diligencias que evidencian de manera directa e indubitable que se está realizando una investigación en contra de determinada persona, como sería el caso de la citación a declarar ante el Ministerio Público como imputado, o la práctica de un allanamiento en su residencia, existen en cambio, otros que no resultan de fácil conocimiento. En esos casos, es indudable que para que el representante del Ministerio Público cumpla a cabalidad con su deber de actuar de buena fe, está en la obligación de poner en conocimiento de la persona su condición de imputado.

Pero esta exigencia se hace para salvaguardar sus derechos y no puede ni debe por el contrario convertirse, en una manera de cercenárselos.

H. TRÁMITE DE LA PRIVACIÓN JUDICIAL PREVENTIVA DE LA LIBERTAD

Como ya se adelantó, en estos casos, el Juez llamado a decidir la solicitud para aplicar la medida de privación de libertad es el Juez de Control y excepcionalmente el Juez de Juicio cuando en esa etapa del proceso se evidencie que el imputado no dará cumplimiento a los actos del proceso.

El funcionario judicial actúa a solicitud de las partes y sólo excepcionalmente lo hace de oficio; en ese sentido, recibe la petición del interesado que debe cumplir con todos los requisitos exigidos por la ley y que ya arriba fueron analizados.

⁶⁷ COPP. Art. 124.

El trámite contemplado en el artículo 250 del COPP, dispone que una vez que el Juez constate que en la solicitud se ha acreditado la existencia de un hecho punible que merece pena privativa de libertad, cuya acción no se encuentra evidentemente prescrita, que constan elementos de convicción que vinculan al imputado en contra del cual se solicita la aplicación de la medida, con el referido delito y que hay una presunción razonable de peligro de fuga o de obstaculización, o ambos, por parte del mismo imputado al cual se le relaciona con el delito, deberá tomar una decisión dentro del plazo máximo de veinticuatro horas contados a partir de la recepción de dicha solicitud.

La decisión será la de ordenar la captura del imputado a través de la expedición de una boleta de detención, en el caso de que se haya cumplido con los requisitos legales o de negar la solicitud, en caso contrario.

Emitida la orden de captura corresponderá a los órganos policiales realizar la aprehensión del imputado, debiendo el funcionario que practica la detención informar en ese momento al imputado cual es el hecho que se le atribuye y cual la autoridad judicial que ordenó su captura y a la orden de la cual ha de quedar detenido. 68

En relación con la diligencia policial de captura, la Sala de Casación Penal ha anotado la obligación que tienen las autoridades judiciales de notificar a los órganos policiales a los que se les puso en conocimiento de la orden detención, cuando esta haya sido efectivamente ejecutada, ello con el fin de evitar futuras confusiones respecto a las personas que continúan solicitadas por la justicia y aquellas que ya han sido puestas a la orden de las autoridades competentes.

"... al acordarse una medida judicial privativa de libertad y, según el caso, se acuerde una orden de aprehensión (dependiendo si el imputado se encuentra presente o no o, si está a derecho o no), corresponde al órgano jurisdiccional que la dictó, notificar la referida decisión a los diferentes órganos de seguridad del estado, a los fines de iniciar el procedimiento de búsqueda del solicitado y presentación ante el Tribunal y, cuando en cumplimiento de lo ordenado se logra la aprehensión del solicitado, corresponderá a la misma autoridad judicial que generó inicialmente la orden de búsqueda, el suspender los efectos de la misma, informando a todos los organismos de seguridad del estado inicialmente notificados de la orden de aprehensión, que la misma ha sido satisfecha y se ha ejecutado, lográndose sus fines legales. Es por estas razones que en cuanto a la ejecución de la orden de aprehensión, la actuación de los funcionarios de los organismos de seguridad del estado, estará circunscrita a las órdenes emanadas de los órganos jurisdiccionales, por cuanto los mismos son totalmente ajenos a la investigación e incidencias del proceso." 69

⁶⁸ COPP. Art. 255

⁶⁹ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de Casación penal. Sentencia Nº 665. Expediente Nº A08-167 de fecha 09/12/2008

Una vez practicada la aprehensión, el imputado en cumplimiento a lo dispuesto en la propia Constitución de la República, debe ser presentado dentro del lapso de cuarenta y ocho horas a partir de su detención, ante el Tribunal que emitió la orden, donde se realizará una audiencia con la presencia de las partes en el proceso, para resolver acerca de si se mantiene la medida de coerción, se sustituye por otra menos gravosa, o se revoca la medida.

Es de observar que si bien la norma no especifica que esta última posibilidad existe, es evidente, que si el Juez durante la audiencia de presentación recibe información en el sentido de que no están realmente llenos los requisitos exigidos por la ley para dictar la medida, está en el deber de revocarla y no tan sólo de cambiarla por otra menos gravosa, posibilidad que por supuesto, será la procedente cuanto se estime que la privación de la libertad, como medida extrema, no es necesaria para salvaguardar el proceso y que es suficiente imponer alguna medida sustitutiva.

En caso de que se mantenga la medida privativa de libertad, nace para el representante del Ministerio Público un plazo de treinta días dentro de los cuales debe presentar un acto conclusivo, sea éste la acusación contra el imputado detenido, el archivo de las actuaciones o la solicitud del sobreseimiento de la causa.

Este lapso puede ser prorrogado por quince días más, en el caso de que el Fiscal lo solicite por lo menos cinco días antes del vencimiento de los treinta días iniciales. En este caso, el Juez deberá decidir acerca de la prorroga dentro de los tres días siguientes a la recepción de la solicitud. Si se acuerda con lugar dicha prorroga el tribunal debe notificar lo conducente a la defensa del imputado detenido.

En caso de que el Fiscal del Ministerio Público no presente acusación contra el detenido, dentro del plazo concedido, el Juez debe poner en libertad al imputado; así mismo debe hacerlo en el caso de que el representante fiscal decida archivar las actuaciones o solicitar el sobreseimiento de la causa, ello porque es este funcionario el que tiene la titularidad de la acción penal y si decide no ejercerla, cesa la persecución en contra del imputado y consecuencialmente todas las medidas en su contra.

En el caso de que el Fiscal del Ministerio Público efectivamente presente su acusación, el proceso sigue su curso de acuerdo a las normas del procedimiento ordinario.

Dispone igualmente el artículo 250 del COPP, la posibilidad de que la medida privativa de libertad se dicte sin el cumplimiento previo de las formalidades legales antes descritas. Esta situación que ha sido descrita como

⁷⁰ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Art. 44 Ord.1

peligrosa porque puede dar lugar a abusos de poder y detenciones arbitrarias sin ningún sustento legal, permite que el Juez "en casos de extrema necesidad o urgencia" autorice la medida, siempre que el Fiscal del Ministerio Público se lo solicite, ordenando la detención del imputado por "cualquier medio idóneo", con la obligación de ratificar formalmente la decisión a través de una auto fundado que deberá ser dictado dentro de un lapso no mayor de doce horas, contado a partir de la aprehensión.

"...para que una aprehensión sea autorizada con fundamento en el último aparte del artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, debe necesariamente verificarse y constar en la solicitud que presenta el Ministerio Público las circunstancias de extrema necesidad y urgencia "71"

Respecto a esta posibilidad hay que señalar, que a pesar de la situación de urgencia, el Juez no actúa de oficio, siempre lo hace a solicitud del Ministerio Público. El órgano Fiscal aún cuando se trata de una situación especial, está siempre obligado a acreditarle al Juez en la solicitud, la existencia de los requisitos exigidos en el artículo 250 del COPP; lo contrario sería admitir la posibilidad de dictar medidas de coerción sin ningún sustento, incluso en contra de personas a las cuales no se les ha imputado ningún hecho delictivo concreto. El lapso de doce horas para formalizar la orden a través de un auto debidamente motivado, de acuerdo a lo establecido en el texto del artículo 254 del COPP, debe contarse a partir del mismo momento en el que el Juez comunica la orden de detención, independientemente de que se haya logrado la aprehensión del imputado; todo ello en beneficio de la legalidad y seguridad jurídica, ya que si no se lograra la aprehensión inmediata del solicitado y por tanto el Juez no formalizara la orden que impartió, quedaría ésta en un limbo y consecuencialmente el Juez no se haría responsable de demostrar que efectivamente le fueron acreditados los requisitos legales para ordenar la medida de coerción.

En todo caso, el Juez llamado a decidir acerca de la solicitud de privación de libertad ha de tener en cuenta que esta no procede en el caso previsto en el artículo 253 del COPP, que ya analizamos como evidencia de la ponderación realizada por el propio legislador en aplicación del principio de proporcionalidad y que se refiere al caso de un imputado que ha observado buena conducta predelictual y le señala como autor o partícipe de una delito con pena restrictiva de la libertad menor a tres años.

Igualmente, ha de tener en cuenta el Juzgador lo referente a las limitaciones que por razón de la edad y condición personal contempla el artículo 245 del COPP; en esos casos cuando resulte indispensable la privación de la libertad, se aplicará la detención domiciliaria o en un centro especializado.

⁷¹ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia Nº 499. Expediente Nº A07-0024 de fecha 08/08/2007

Por último, es importante señalar que en base a la reforma del COPP de fecha 4-9-09, el imputado permanecerá detenido en el centro de reclusión establecido por el Juez que dictó la medida y que de allí no podrá ser trasladado a otro sitio de internamiento diferente sin orden del propio Juez.⁷²

I. EL AUTO DE PRIVACIÓN JUDICIAL PREVENTIVA DE LA LIBERTAD

Hasta ahora nos hemos referido a la obligación que tiene el Juez que dicta la medida de coerción de dejar plasmada por escrito su decisión, decisión que como ya se anotó debe estar debidamente motivada, tanto más si se tiene en cuenta que dicha resolución es impugnable, de allí que el Juez deba expresar los fundamentos que le sirven de base, a fin de que las partes puedan ejercer debidamente el derecho a la defensa en lo que respecta a una decisión que dadas las consecuencias que genera, nada menos que limitar un derecho fundamental, debe estar sujeta al control de los sujetos procesales.

Ahora bien, es la propia ley⁷³ la que regula de manera detallada el contenido de dicha decisión:

- 1.- Debe estar debidamente fundada.
- 2.- Debe contener los datos personales del imputado y todos aquellos que puedan servir para identificarlo.
 - 3.- La sucinta enunciación del hecho que se le imputa.
- 4.- Las razones por las que consideran acreditados el peligro de fuga y de obstaculización, según el caso.
 - 5.- Las disposiciones legales aplicables al caso concreto.

Al analizar uno a uno los extremos que debe llenar la decisión, resulta claro que la exigencia de motivación es esencial, pues la única manera en la que es posible impedir el ejercicio de un derecho fundamental, es en el caso de que no sólo esta limitación esté autorizada por la norma de más alta categoría, esto es por la propia Constitución de la República, sino que además el funcionario expresamente autorizado para ello, está obligado a realizar un estudio minucioso de las circunstancias que rodean el hecho que da lugar a la limitación y dejar plasmadas sus razones de manera clara y comprensible. Una decisión que no cumpla con la exigencia de la motivación es nula de manera absoluta.⁷⁴

Los datos del imputado y todas aquellas referencias que sirvan para identificarlo, que deben ser suministrados en la decisión, son una exigencia resultante de la necesidad práctica de individualizar al sujeto y permitir a los funcionarios encargados de su captura ubicarlo exitosamente para hacer efectiva la medida dictada en su contra.

⁷² COPP. Art. 255.

⁷³ COPP. Art. 254

⁷⁴ COPP. Art. 173.

El hecho especifico que se le atribuye y en virtud del cual se acuerda ordenar la detención del imputado, permite delimitar el objeto del proceso que se sigue en su contra; para la defensa es esencial, porque le señala cual es el delito respecto al cual se está investigando a su patrocinado y cuales son los elementos que debe aportar para atacar ese señalamiento.

En el mismo sentido, las razones en virtud de las cuales el Juez consideró que se encontraba acreditado el peligro de fuga o de obstaculización de la proceso, le van a permitir al imputado y su defensa hacer los alegatos que considere necesarios para destruir esa presunción.

Igualmente, resulta esencial que el Tribunal señale cual es la normativa legal sobre la cual sustenta su decisión; el cumplimiento de este extremo evidencia que no se trata de una decisión caprichosa o arbitraria sino que está debidamente fundamentada en la ley.

Como se desprende del análisis realizado, los requisitos que la ley exige para el auto que ordena la detención judicial preventiva no son más que garantías que le permiten al afectado por la medida, su futura defensa y limitan el poder del funcionario judicial para dictar esta decisión, porque es sólo en los casos que pueda darse cumplimiento a los mismos que puede procederse en consecuencia.

Contra el auto que ordena la privación judicial preventiva de la libertad puede interponerse el recurso de apelación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 447 ordinal 4º del COPP que regula cuales son los autos del proceso que están sujetos a este medio de impugnación. En estos casos el legislador dispone que los plazos establecidos para el trámite del recurso se reducen a la mitad, en razón de lo gravosa que resulta la medida. Con ello se busca que la Corte de Apelaciones, a la que le corresponde conocer, resuelva con toda preferencia la impugnación interpuesta.

Es impugnable el auto que acuerda la medida, pero no aquel que la ratifica, bien porque se solicitó su revocatoria y no se declaró con lugar el pedimento o porque se revisó la medida y se acordó dejarla vigente.⁷⁵

En cambio el auto que niega la medida de coerción solicitada no es susceptible de impugnación, así se desprende del textos del citado ordinal 4º del artículo 447 del COPP que textualmente expresa que son recurribles ante la Corte de Apelaciones: "Las que declaren la procedencia de una medida cautelar privativa de la libertad o sustitutiva."

La razón para que no exista recurso contra la decisión que niega la medida podría encontrarse en la circunstancia de que ya el Juez que examinó la solicitud de aplicación de la medida, no encontró debidamente acreditados los

⁷⁵ COPP. Art. 264.

requisitos exigidos por la ley para esta petición, en razón de lo cual, lo que corresponde en esta situación, es hacer una nueva solicitud en la que se llenen a cabalidad los extremos legales.

Distinto es el caso de la libertad que se da después de una detención en flagrancia, en la que el Ministerio Público ha solicitado que la aprehensión se ratifique a través de una orden judicial y ante esta situación el Juez niegue el pedimento. En estos casos la norma de manera expresa concede el recurso de apelación al Ministerio Público, e incluso atribuye efecto suspensivo al recurso, situación que se examinará en detalle en este trabajo más adelante. En este caso, vista las circunstancias en las que presuntamente se detuvo al imputado, a pesar de lo cual, el Juez niega la solicitud fiscal y ordena su libertad, el legislador si confiere la facultad de impugnar la negativa.

Respecto a la competencia de la Sala de Casación Penal para conocer de la materia relativa a las medidas de coerción, ese Alto Tribunal ha sido claro al señalar que no existe recurso de Casación en esta materia y que la Sala no tiene competencia para sustituir la medida privativa de libertad.

"La decisión que pretende recurrir la defensa, contiene una Medida Judicial Privativa de Libertad, la cual se encuentra establecida en el artículo 259 del Código Orgánico Procesal Penal, y que está fundamentada en el artículo 260 ejusdem, la cual a juicio de esta Sala, no es recurrible en casación vista las sentencias que pueden ser recurridas, conforme al artículo 251 ibidem. En efecto, se trata pues de una Medida Cautelar para garantizar que el imputado no obstaculice el proceso y que sea localizable cuando así lo requiera el Ministerio Público." 76

"esta Sala considera que no tiene competencia para sustituir la medida judicial de privación preventiva de libertad, por lo cual deberá solicitarla ante el Juez de Control, de conformidad con el artículo 273 del Código Orgánico Procesal Penal".⁷⁷

En cuanto a los efectos de la impugnación del auto que acuerda la imposición de una medida cautelar, sea esta privativa de la libertad o sustitutiva, la norma de manera expresa dispone que no tiene efecto suspensivo, ⁷⁸ lo que significa que la orden de detención se ejecuta con prescindencia del recurso interpuesto, correspondiendo a la Corte de Apelaciones decidir si confirma o revoca la medida.

⁷⁶ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia Nº 1428. Expediente Nº C00-1259 de fecha 08/11/2000

⁷⁷TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de casación Penal. Sentencia Nº 0203. Expediente Nº C01-0054 de fecha 21/03/2001

⁷⁸ COPP. Art. 254, Último Aparte.

J. LA APREHENSIÓN POR FLAGRANCIA

El texto constitucional cuando dispone la inviolabilidad de la libertad personal, establece únicamente dos situaciones en las que se admite la privación de libertad: En el caso de una orden judicial y en los casos de flagrancia.⁷⁹

El delito flagrante lo define la propia ley: "Se tendrá como delito flagrante el que está cometiéndose o acaba de cometerse".

Seguidamente define lo que la doctrina designa como cuasi-flagrancia "También se tendrá como delito flagrante aquel por el cual el sospechoso o sospechosa se vea perseguido o perseguida por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, o en el que se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él o ella es el autor o autora."80

En estos casos la Constitución, así como el COPP autorizan la detención del individuo sorprendido cometiendo un hecho punible o a poco de cometerlo, no sólo para evitar la consumación del delito, sino igualmente para evitar o bloquear los efectos del delito, asegurando al autor o partícipe y a los objetos relacionados con el hecho.

La situación de flagrancia no sólo abarca los delitos consumados sino que igualmente comprende los casos en los que el presunto delincuente es sorprendido ejecutando los actos preparatorios que se consideran punibles e igualmente durante la ejecución de los actos propios del delito imperfecto, así como mientras dure la permanencia o continuidad en los llamados delitos permanentes o continuados.

Tanto la autoridad como los particulares están legitimados para aprehender al sujeto sorprendido ejecutando la conducta delictiva, la diferencia estriba en que si bien para la autoridad la aprehensión se presenta como una obligación, para los particulares es una facultad, en el sentido de que les corresponde a ellos decidir si ejercen esa posibilidad de capturar al delincuente, ello sin duda por los peligros que evidentemente entraña la acción de someter a un delincuente.

Dejando a un lado las discusiones propias del derecho sustantivo penal que se han presentado acerca del alcance del concepto de cuasi-flagrancia, respecto a la exigencia de mayor o menor cercanía en el tiempo y en el espacio en relación al lugar de consumación del delito y muy especialmente en lo que se refiere a las normas contenidas en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las

80 COPP. Art. 248.

⁷⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Art. 44.1.

Mujeres a una Vida Libre de Violencia⁸¹ que extienden al máximo el concepto, lo que hay que destacar en el campo del derecho procesal penal es la existencia del Procedimiento Abreviado contemplado en el COPP para tramitar los casos de Flagrancia.

K. PROCEDIMIENTO ESPECIAL EN LOS CASOS DE FLAGRANCIA

Los artículos 372 al 374 del COPP contienen el llamado Procedimiento Abreviado aplicable en los casos en los que el imputado ha sido detenido en flagrancia o cuasi-flagrancia; se trata de un procedimiento especial que viene a ser una de las alternativas para la tramitación de estos casos, puesto que legalmente es posible aplicar en los casos de flagrancia el procedimiento ordinario, cuando así lo solicite el representante del Ministerio Público.

En efecto, aprehendido el individuo presuntamente sorprendido cuando cometía el delito, o a poco de cometerlo, la autoridad o el particular que efectuó la captura, debe ponerlo a la orden del Ministerio Público en un plazo no mayor de 12 horas. A su vez, el representante de la vindicta pública tiene un plazo máximo de 36 horas para presentarlo ante un Juez de Control. Como se notará la suma de estos dos lapsos resulta en un total de 48 horas, lapso máximo establecido por la Constitución para que un detenido sea presentado ante la autoridad judicial. En la práctica, tanto la entrega por parte del aprehensor como la presentación ante el juez de Control suelen hacerse en lapsos menores de tiempo.

Esas treinta y seis horas que se asignan al Fiscal están destinadas a concederle un tiempo prudencial para completar y organizar los elementos que llevará al conocimiento del Juez de Control, a través de los cuales se busca poner de manifiesto la legitimidad de la aprehensión, básicamente mediante la presentación de elementos que evidencian la comisión de un delito que amerita pena privativa de libertad y que relacionan al aprehendido con su ejecución.

En el caso de que el sorprendido en flagrancia sea un diputado de la Asamblea Nacional o del Consejo Legislativo de un estado⁸², quienes gozan de inmunidad de acuerdo a lo previsto en el artículo 200 de la Constitución de la República, se le colocará bajo custodia en su residencia e inmediatamente se notificará al Tribunal Supremo de Justicia de la situación. Los funcionarios que actúen en contravención con esta norma y violenten la inmunidad del diputado serán responsables penalmente.

Una vez trasladado el aprehendido ante el Juez de Control, se celebrará en su despacho la llamada Audiencia de Presentación en la que estarán presentes el imputado asistido por su abogado defensor, el Fiscal del Ministerio Público y la víctima si así lo decidiere; allí cada uno de ellos expondrá sus

⁸¹ Gaceta Oficial No.38647 del 19-3-07.

⁸² COPP. Art. 248 único aparte.

razones y alegatos relacionados con las circunstancias de la detención. El Juez escuchará a las partes y al final de la audiencia tomara una decisión que básicamente está referida a dos aspectos fundamentales:

- a) Si continúa o no la detención del imputado.
- b) Si se aplica al caso el procedimiento abreviado o se sigue la causa de acuerdo a las reglas del procedimiento ordinario.

En caso de que el Juez considere que la detención debe continuar, dictará su decisión en ese sentido y la aprehensión de hecho se convertirá en una privación de la libertad por orden judicial. Igualmente puede el Juez hacer cesar la detención e imponer una medida sustitutiva que garantice las resultas del proceso y también podría acordar la libertad plena del imputado. En este último caso, el Fiscal puede impugnar la libertad concedida y de acuerdo a lo pautado en el COPP, el recurso de apelación interpuesto trae consigo el efecto suspensivo de la decisión judicial, o lo que es lo mismo, la libertad no se ejecuta hasta tanto la Corte de Apelaciones no decida el recurso, con lo que se incurre en una evidente violación de la Constitución que dispone que ninguna persona continuará detenida después de dictada una orden de excarcelación a su favor por la autoridad competente⁸³. El tema se analiza más adelante en este mismo trabajo.

Respecto al segundo asunto, esto es el procedimiento mediante el cual ha de tramitarse el asunto, corresponde al Fiscal del Ministerio Público solicitar al Juez de Control la aplicación del procedimiento que considere apropiado al caso en cuestión, sea este el abreviado o sea por el contrario el ordinario.

En el caso de que se opte por el procedimiento abreviado, el Juez de Control remitirá las actuaciones al Juez de Juicio que constituido siempre como tribunal unipersonal, independientemente del monto de la pena prevista para el hecho punible en cuestión, convocará a las partes directamente a la audiencia de juicio y a partir de ese punto se seguirán las reglas del procedimiento ordinario.

De lo expuesto se desprende que cuando se aplica el procedimiento abreviado, no se verifica la etapa preliminar o de investigación, ni la fase intermedia del proceso, ello porque se asume que si la detención se produjo en flagrancia, idealmente, no hace falta la investigación, pues se tienen a la mano todos los elementos necesarios para pasar directamente al juicio oral y público.

Si por el contrario el Fiscal del Ministerio Público solicita la aplicación del procedimiento ordinario, lo que en la práctica resulta lo más frecuente, el caso se ubicará dentro de la fase preliminar o de investigación con el fin de que bajo la dirección del Ministerio Público se proceda a recabar y completar los elementos necesarios que pudieran servir de base a una acusación.

⁸³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Art. 44.5.

Claramente ha señalado la Sala de Casación Penal las alternativas procesales que se presentan en los casos de flagrancia, pero además hace énfasis en la obligación que tienen los jueces de analizar el grado de verosimilitud que deben arrojar los elementos obtenidos en el procedimiento de detención en flagrancia, ya que del grado de certeza que estos arrojen depende que se haga o no necesaria la fase de investigación y consecuencialmente se opte por uno u otro procedimiento.

".Si el juez de control ordena el procedimiento abreviado remitirá las actuaciones al Tribunal de Juicio Unipersonal, el cual convocará el juicio oral y público dentro de los diez a quince días siguientes, en este supuesto, la Fiscalía y la víctima presentarán directamente la acusación en la apertura del debate y se seguirán las reglas del procedimiento ordinario. En cambio, si el juez de control aprecia excepcionalmente la aplicación del procedimiento ordinario, así lo hará constar en el acta de la audiencia. En todo caso, la determinación de la aplicación de uno u otro procedimiento, obliga tanto al Ministerio Público cuando solicita la aplicación del procedimiento abreviado u ordinario y/o al juez de control cuando lo acuerda, valorar la existencia de la verosimilitud de los hechos y los elementos de convicción que permitan obtener ese nivel de convencimiento para decretar el procedimiento abreviado, además de responder al principio de proporcionalidad, tendentes a criterios de racionalidad y ponderación, sin llevar a esta fase preliminar el rigor que conlleva el enjuiciamiento de los hechos¹⁸⁴

L. EXAMEN Y REVISIÓN DE LA MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Una vez que la orden de privación preventiva de la libertad ha quedado definitivamente firme, bien porque habiendo sido impugnada la Corte de Apelaciones ratificó la medida, o porque habiendo transcurrido el lapso establecido por la ley para impugnar la medida no se interpuso recurso en su contra, se podrá solicitar su revocación o sustitución por una medida menos gravosa cada vez que el imputado lo considerare pertinente.

Así mismo, el Juez que dictó la medida está obligado a revisarla cada tres meses o cuando estime que han variado las condiciones que le dieron lugar, en esos casos podrá revocarla o cambiarla por otra menos gravosa.

"...se desprende información de la cual no disponía el Juez de Control para el momento en que acordó la medida privativa de la libertad, por lo que evidentemente estas circunstancias deben ser consideradas a los fines del estudio y revisión de la medida, en virtud de estar relacionadas con la magnitud del daño que pudiera llegar a causarse..."⁸⁵

⁸⁴ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia Nº 447. Expediente Nº A08-100 de fecha 11/08/2008

⁸⁵ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia Nº 242. Expediente Nº A07-0463 de fecha 28/04/2008

En el caso de que el Juez negare la solicitud de revocar o de sustituir la medida, de acuerdo a lo expresamente dispuesto por la norma⁸⁶ su decisión no es apelable, lo que resulta perfectamente lógico, porque se trata de una decisión que no tiene naturaleza definitiva ya que el imputado podrá solicitar nuevamente su revisión cada vez que lo considere pertinente.

En ese sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Penal:

"...el legislador le concede al imputado el derecho a solicitar la sustitución de la medida judicial de privación preventiva de libertad, las veces que lo considere pertinente, tanto es así que el precepto le impone al juez la obligación de examinar la necesidad del mantenimiento de las medidas cautelares cada tres meses, y cuando lo estime conveniente la sustituirá por otras menos gravosas, es decir, que el juez decidirá, de acuerdo con su prudente arbitrio. También dispone esta norma, que no es susceptible de ser apelada aquella decisión del juez mediante la cual niegue la revocación o sustitución de la medida privativa de libertad, es decir que aquel dispositivo sin lugar respecto a la solicitud de la revocatoria de la medida de privación judicial preventiva de libertad, no es apelable, y por ende, no puede ser recurrida en casación."87

"El legislador le concede al imputado el derecho a solicitar la sustitución de la medida judicial de privación preventiva de libertad, las veces que lo considere pertinente, tanto es así que el precepto le impone al juez la obligación de examinar la necesidad del mantenimiento de las medidas cautelares cada tres meses, y cuando lo estime conveniente la sustituirá por otras menos gravosas, es decir, que el juez decidirá, de acuerdo con su prudente arbitrio. También dispone esta norma que no es susceptible de ser apelada aquella decisión del juez mediante la cual niegue la revocación o sustitución de la medida privativa de libertad" el ser apelada aquella decisión del juez mediante la cual niegue la revocación o sustitución de la medida privativa de libertad" el ser apelada aquella decisión del juez mediante la cual niegue la revocación o sustitución de la

M. DERECHOS DEL DETENIDO

Los artículos 44 y 46 de la Constitución disponen una serie de derechos que asisten al detenido y que constituyen un marco infranqueable que limita la actuación de los órganos del Estado frente a la persona que mantienen privada de su libertad.

Debe ser llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de 48 horas a partir del momento de su detención.

⁸⁶ COPP. ART. 264.

⁸⁷ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de casación Penal. Sentencia Nº 162. Expediente Nº A08-0121 de fecha 01/04/2008

⁸⁸ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de casación Penal. Sentencia Nº 158, Expediente Nº C05-0103 de fecha 03/05/2005

- Ser juzgada en libertad, excepto por la razones determinadas en la ley.
- La caución que se le exija para concederle la libertad no causará impuesto alguno.
- Tiene derecho a comunicarse inmediatamente con sus familiares, abogados o persona de confianza., a quienes debe informarse acerca del lugar de la detención.
- Ser notificado del motivo de la detención
- Que se deje constancia del estado físico y psíquico del detenido.
- Que se deje constancia mediante registro público de la detención.
- En el caso de extranjeros debe notificarse a la autoridad consular.
- La pena no puede exceder de la persona del condenado, no puede ser perpetua o infamante, ni exceder de treinta años
- Toda autoridad que practique una detención está obligada a identificarse
- Ninguna detención puede continuar después que se ha dado la orden de excarcelación por autoridad competente o una vez cumplida la pena impuesta.
- No puede ser sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- Debe ser tratada con el respeto inherente a la dignidad del ser humano

Así mismo, el Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 125 establece los derechos que tiene todo aquel que ha sido imputado por la comisión de un delito, derechos estos aplicables en el caso de que el imputado se encuentre en libertad o privado de ella.

- Que se le informe de los hechos que se le imputan.
- Comunicarse con sus familiares, abogados o asociación de asistencia jurídica.
- Ser asistido desde los actos iniciales de la investigación por un defensor que designe el o sus parientes, o en su defecto por un defensor público.
- Ser asistido gratuitamente por un intérprete o traductor en el caso de que no domine el idioma castellano.
- Pedir al Ministerio Público la práctica de diligencias de investigación, así como que ésta sea activada y a conocer su contenido.
- Ser impuesto del precepto constitucional que lo exime de declarar y a no hacerlo bajo juramento.
- No ser sometido a tortura, a tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- No ser juzgado en ausencia.

También dispone esa misma norma, que puede el imputado de un delito acudir ante un Juez de Control para que este declare anticipadamente la improcedencia de la privación de libertad, en el entendido de que se dejará establecido ante ese funcionario que no existe peligro de fuga o de obstaculización del proceso por parte del imputado, únicas causas que legitiman la detención durante el proceso.

Igualmente, resulta especialmente importante destacar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 264 del Código Orgánico Procesal Penal, el detenido tiene la facultad de solicitar al Juez que ha dado la orden privativa de libertad, que revise esa medida cada vez que en su criterio han cambiado las condiciones que le dieron lugar y que además el Juez está obligado a realizar de oficio esta revisión cada tres meses o cuando lo estime prudente para cambiarla por otra menos gravosa. Con ello se persigue que la autoridad judicial permanezca atenta a la condición del detenido y que las medidas privativas de libertad no se prolonguen innecesariamente.

La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado sobre el derecho que tiene el imputado a ser informado acerca de los hechos que se le imputan ya que sólo de esa forma puede efectivamente ejercer su derecho a la defensa, "La obligación de informar al investigado o imputado surte efectos perentorios en la fase de investigación y preparación del juicio, a los fines de que conozca con certeza de que se le acusa o porque se le investiga, y así pueda ejercer su defensa desde la fase inicial del proceso." 89

Es de señalar, que en el caso de las detenciones durante el proceso, aún cuando al imputado se encuentra privado preventivamente de la libertad, el trato hacia su persona debe continuar siendo el que se le da a un inocente, puesto que a los fines procesales continua siéndolo, hasta que se demuestre lo contrario por medio de la prueba concluyente obtenida legal y oportunamente dentro del proceso. De allí que se le debe garantizar un lugar de reclusión digno, la comunicación y visita con sus parientes y muy especialmente con su defensor, acceso a la información, control constante de las condiciones de reclusión y lapso de detención por parte del tribunal del cual ha emanado la medida y el ejercicio de sus derechos civiles y políticos.

CAPITULO III EL EFECTO SUSPENSIVO DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL MINISTERIO PÚBLICO CONTRA LA ORDEN DE LIBERTAD DEL IMPUTADO

⁸⁹ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia No. 425 del 2-12-03.

A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Resulta especialmente interesante no solo desde el punto de vista teórico, sino igualmente desde la perspectiva práctica, estudiar la situación que se plantea a partir de la introducción de la disposición contenida en el artículo 374, en la reforma del Código Orgánico Procesal Penal decretada el 14 de noviembre de 2001.

La referida norma establece para el procedimiento en los casos de detención en flagrancia, lo siguiente:

Artículo 374. Efecto Suspensivo. "...Cuando el hecho punible merezca una pena privativa de libertad menor de tres años en su límite máximo y el imputado tenga antecedentes penales; y, en todo caso, cuando el hecho punible merezca una pena privativa de libertad de tres años o más en su límite máximo, el recurso de apelación que interponga en el acto el Ministerio Público contra la decisión que acuerde la libertad del imputado, tendrá efecto suspensivo. En este caso, la corte de apelaciones considerará los alegatos de la defensa, si ésta los expusiere, y resolverá dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, contadas a partir del recibo de las actuaciones." (resaltado nuestro)

El efecto suspensivo de los recursos está contemplado en el artículo 439 del mismo Código y tiene como resultado práctico que se suspendan los efectos del contenido de la decisión, lo cual quiere decir, que en el caso que nos ocupa. aun cuando el órgano jurisdiccional ha dado la orden de poner en libertad a la persona que se encontraba privada de ella, esta orden no se ejecuta y el imputado continúa detenido hasta tanto la Corte de Apelaciones conozca el recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público y en todo caso ratifique la orden del juez de Primera Instancia.

En consecuencia en contra de lo dispuesto en el ordinal 5º del artículo 44 de nuestra Constitución, que de manera expresa dispone que ninguna detención podrá continuar una vez que se ha dado la orden de excarcelación, la norma adjetiva penal determina que en los casos antes señalados, el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público tiene como efecto que dicha orden de excarcelación no se ejecute y que el detenido continúe privado de su libertad hasta tanto un tribunal superior decida al respecto.

Esto quiere decir que en el caso de nos ocupa, la manifestación de voluntad de un funcionario del Estado distinto al Juez, que es a quien le corresponde la función de determinar si procede o no la privación de libertad de acuerdo con la disposición constitucional, tiene sin embargo, la potestad de prolongar la medida privativa de libertad.

B. NORMATIVA CONSTITUCIONAL

Como se señaló arriba, nuestra Constitución no sólo declara de manera expresa que toda persona tiene derecho a la libertad, sino que además la norma contenida en el artículo 44 desarrolla ese derecho estableciendo no sólo las dos únicas situaciones en las que se puede privar a una persona de la libertad, sino que igualmente reseña los derechos del detenido, establece limites relativos a temporalidad y persona del detenido, la forma en la que se debe ejecutar la detención y concluye declarando en el ordinal 5º de la citada norma que "Ninguna persona continuará en detención después de dictada orden de excarcelación por la autoridad competente, o una vez cumplida la pena impuesta."

La expresión no deja lugar a dudas, la simple lectura del texto trascrito revela claramente la intención del constituyente, la palabra que usa es "NINGUNA", expresión esta que no admite excepciones y lo que deja explicitado es que una vez dictada una orden judicial de excarcelación nadie puede continuar privado de su libertad.

Tal es la contundencia de este precepto constitucional y sus efectos en el proceso penal, que dictada en la audiencia de juicio una sentencia absolutoria, ésta debe ejecutarse en la misma Sala de Juicio aún cuando la sentencia no esté firme y que en el caso de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, cuando por efecto de su decisión deba cesar la privación de libertad del acusado, se ordenará inmediatamente su libertad, según se desprende del texto de los artículos 366 y 469 del Código Orgánico Procesal Penal, respectivamente.

C. DISPOSICIONES DEL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL

Como ya se señaló, el artículo 374 del Código Orgánico Procesal Penal que se ubica dentro de las normas relativas al procedimiento en el caso de la detención en flagrancia, que como sabemos es una de las dos situaciones en las que por mandato constitucional excepcionalmente es legítimo privar de la libertad a una persona, se refiere al efecto suspensivo que se produce en el caso de que el Fiscal del Ministerio Público apele de la decisión del Juez de Control que ordena la libertad del detenido.

Nuestro legislador al definir la flagrancia en el texto del artículo 248 ejusdem, legitima la aprehensión de todo aquel que sea sorprendido cometiendo un delito, el que acaba de cometerlo, aquel que se vea perseguido por la autoridad judicial, por la víctima o por el clamor público, el que sea sorprendido a poco de cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es

el autor. De esta manera acoge las figuras que la doctrina ha definido como flagrancia propiamente dicha, así como la de la cuasi-flagrancia.

En estos casos cualquier particular podrá y cualquier autoridad deberá aprehender al sospechoso quien será puesto en un primer momento a la orden del Ministerio Público, que deberá presentarlo ante el Juez de Control para solicitar no solo lo relativo a la continuación o no de la detención, sino igualmente el procedimiento que estima apropiado para el caso en cuestión, esto es que el aprehendido sea procesado siguiendo las normas del procedimiento ordinario o aquellas relativas al procedimiento abreviado.

En el caso en que, presentado el detenido ante el Juez de Control este no encuentre elementos suficientes que legitimen la prolongación de la detención, bien porque el hecho atribuido al aprehendido no es punible, porque el delito no contempla una pena privativa de libertad o porque no se encuentra en presencia de una verdadera situación de flagrancia, la actuación que legalmente se impone al juez es la de ordenar la inmediata libertad del detenido.

En contra de esta decisión el Ministerio Público podrá interponer recurso de apelación, actividad procesal esta que a tenor de lo dispuesto en el citado artículo impedirá que la orden del juez se ejecute y consecuencialmente el imputado continuará detenido hasta tanto la Corte de Apelaciones resuelva el recurso interpuesto.

D. JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado sobre el punto que nos ocupa al conocer del recurso de amparo interpuesto por un imputado afectado por lo que considera una violación a sus derechos constitucionales.

En efecto, en sentencia de fecha 27-02-03, esa Sala dispuso: "Ahora bien, según establece el artículo 439 del Código Orgánico Procesal Penal, la interposición de un recurso suspende la ejecución de la decisión; en consecuencia, al haber ejercido la apelación el Ministerio Público, lo ajustado a derecho era suspender la decisión apelada y cumplir el procedimiento de tramitación del recurso establecido en el código anteriormente citado por lo tanto, el Juzgado Quinto de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, actuó de conformidad con la ley al suspender la ejecución de la medida dictada hasta tanto la Corte de Apelaciones de ese Circuito Judicial Penal resolviera la apelación ejercida, no incurriendo así en violación de derecho constitucional alguno."

⁹⁰ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia No.416. 27-02-03.

En este sentencia la Sala acude a la norma general en materia de recursos y basa su razonamiento en el texto del citado artículo 439 del COPP: "La interposición de un recurso suspenderá la ejecución de la decisión, salvo que expresamente se disponga la contrario". Omite la Sala hacer referencia a la parte final de la citada norma que hace la salvedad de que en los casos en los que se disponga lo contrario, este efecto suspensivo no se produce.

En el caso que nos ocupa la norma que dispone lo contrario y que impide que el efecto suspensivo no se produzca es precisamente una de rango constitucional, esto es, el ordinal 5° del artículo 44 de nuestra Carta Magna.

El efecto suspensivo en el caso del recurso interpuesto en contra de la orden del juez que ordena la libertad del imputado, incluido dentro del texto del Código Orgánico Procesal Penal en la reforma del 2001 exclusivamente para los casos de flagrancia, pero a tenor de lo decidido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, este efecto parece haberse ampliado a los casos de detenciones que no tienen su origen en una situación de flagrancia, sino incluso a los casos en los que la detención se ha efectuado por parte del organismo policial, de manera irregular, por el simple señalamiento de una ciudadana y sin mediar orden judicial.

En efecto, así parece desprenderse de la sentencia de fecha 25-3-03 en la que dicha Sala, al conocer de un recurso de amparo relativo a un caso en que el imputado no fue detenido en situación de flagrancia, pero tampoco cursaba en su contra ninguna orden judicial de detención, se pronunció de la siguiente manera:

"Según se asevera, el Tribunal de Control declaró la nulidad de la aprehensión realizada, conforme a lo previsto en el artículo 44, numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Sin embargo, la Fiscalía Vigésima Tercera del Ministerio Público manifestó su oposición y solicitó el efecto suspensivo previsto en el artículo 374 del Código Orgánico Procesal Penal, por tratarse de un delito sancionado con pena superior a los tres años. Al respecto, afirmó que la aplicación del efecto suspensivo se hubiera justificado en caso de flagrancia, pero como el ciudadano Giordani Antonio Gracina Rivero fue presentado en razón de una investigación que se realizaba lo procedente era que, una vez que la Fiscalía General de la República determinara los autores del hecho, solicitara la medida privativa de libertad de un Tribunal de Control, para llevar a cabo la detención correspondiente...consta que el Juez acordó la libertad del imputado dado que consideró írrita su detención, por no estar precedida de la orden correspondiente dictada por un tribunal competente,...En relación a lo anterior, visto que el juzgador actuó con total apego a la Ley, puesto que fundamentó su decisión en el artículo 374 de la Ley procesal penal,...Por lo tanto, cuando el juzgador acuerde la liberación del imputado y el Ministerio Público ejerza el recurso de apelación contra tal decisión, la misma se suspenderá provisionalmente, mientras se tramita el conocimiento del caso en alzada. Así es posible afirmar que se trata de una medida de naturaleza instrumental y provisional, cuya eficacia esta limitada en el tiempo, por cuanto la suspensión se extingue al dictarse la decisión de alzada, sea que confirme o revoque la providencia apelada. De esta forma y sin que ello contraríe el carácter garantista de los derechos del imputado y del acusado que caracteriza el Código Orgánico Procesal Penal, este prevé expresamente el efecto suspensivo en referencia, a fin de asegurar la posibilidad de aplicar, posteriormente, la sanción privativa de libertad, en caso de que se revoque la decisión impugnada; ello, el objeto de garantizar la aplicación de la ley penal y, por tanto, tutelar los bienes jurídicos que a través de ella se protegen". 91

Al respecto, vale la pena señalar que no sólo se pretende a través del pronunciamiento judicial acudir a la privación de libertad como medio para asegurar los efectos de una futura decisión, que eventualmente pudiera ordenar la reclusión del imputado, sino que además, se admite que esta futura decisión podría convalidar un acto que el mismo Juez de Control consideró írrito.

E. ANÁLISIS DEL CRITERIO DE LA SALA CONSTITUCIONAL

El análisis de esta situación particular, nos impone examinar y contrastar la normativa constitucional y adjetiva penal, de ese examen se evidencia que mientras la disposición constitucional consagra el derecho a la libertad y pareciera no admitir restricciones en lo atinente a la ejecución de la orden judicial que ordena la libertad inmediata de todo ciudadano a favor del cual se ha librado una orden de excarcelación, sin embargo, el Código Orgánico Procesal Penal dispone lo contrario, cuando establece que en el caso de que el representante del Ministerio Público recurra de la decisión que acuerda la libertad, esta orden no se ejecutará, sino que por lo contrario, quedará en suspenso hasta tanto una Corte de Apelaciones no decida al respecto.

Por su parte la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al conocer del punto en cuestión a través del recurso de amparo ha sostenido el criterio de que la disposición del Código Orgánico Procesal Penal no lesiona el derecho a la libertad pues considera que el efecto suspensivo del recurso interpuesto por el Fiscal del Ministerio Público tiene carácter meramente instrumental y que además resulta útil para garantizar una futura decisión privativa de libertad, con lo que se concluye que de acuerdo con el criterio del más alto tribunal de la República tal disposición no viola los derechos fundamentales.

Por otra parte, resulta menester igualmente analizar las consecuencias prácticas que se generan como resultado de la aplicación de la norma cuestionada. Uno de ellos, en relación con los lapsos que concede el Código

⁹¹ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia No. 592. 25-03-05.

Orgánico Procesal Penal a las partes para la fundamentación y contestación del recurso. En el caso de la impugnación por parte del Fiscal contra la orden de excarcelación el asunto no queda resuelto, pues si bien el legislador señala un plazo perentorio de cuarenta y ocho (48) horas, para que la Corte de Apelaciones resuelva acerca del recurso interpuesto por el Ministerio Público en contra de la decisión judicial que ordena la libertad del imputado, en ningún momento determina que ocurrirá con los plazos de 5 días para que el apelante fundamente su recurso y de 3 días para que su contraparte conteste el recurso, a tenor de lo dispuesto en los artículos 448 y 449 del citado Código.

Esto quiere decir o bien que el lapso breve de 48 horas que el imputado debe permanecer privado de su libertad, con posterioridad a la orden del Juez de Control, no es tal, porque a este debe sumársele el correspondiente al tiempo requerido para la fundamentación y contestación del recurso o que el simple anuncio de un recurso es suficiente para suspender la ejecución de una orden judicial, puesto que si no se deja transcurrir el lapso para su fundamentación quiere decir que la apelación se ha de tramitar sin este requisito con lo que se estaría procediendo en contra de lo dispuesto en el citado artículo 448 que establece que el recurso de apelación "se interpondrá por escrito debidamente fundado ante el tribunal que dictó la decisión" y adicionalmente se le estaría cercenando al imputado y su defensor el derecho a la defensa al impedírsele que hagan los alegatos que consideren procedentes en contra del recurso que es contrario a sus intereses.

Al respecto debemos anotar, que lo que está ocurriendo en la práctica en nuestros tribunales, es que aquellos imputados que se encuentran en la situación que nos ocupa permanecen detenidos ilegítimamente por espacios de tiempo que sobrepasan en mucho al lapso de 48 horas que señala la ley.

Por otra parte, también resulta apropiado plantearse que ocurre en el caso de que la orden de excarcelación se ejecute y posteriormente el Fiscal haciendo uso del lapso legal de cinco días a partir de su notificación para interponer el recurso, impugne la decisión, habría entonces que preguntarse si lo procedente será detener nuevamente al imputado para que permanezca así hasta que la Corte de Apelaciones decida al respecto. La ley adjetiva penal nada dice al respecto, con lo que se abre un amplio margen a la inseguridad jurídica de los ciudadanos.

Respecto a este asunto y a fin de proporcionar mayor claridad a la conclusión a la que se pueda arribar, resulta útil consultar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, que cuando se ha pronunciado sobre la materia, en una situación similar, al respecto ha dicho en sentencia No. 71 del 3 de marzo de 1994: "La intervención judicial en la adopción o confirmación de una privación cautelar de libertad constituye una garantía inherente, y como tal ineludible, al derecho de libertad personal del art. 17 del CE, que el legislador debe respetar. Por esa razón se declaró inconstitucional el art. 504 bis LECr,

según la redacción que le dio la LO 4/88 al atribuir indebidamente al Fiscal la suspensión de la excarcelación durante un mes, caso de recurrir contra la decisión judicial de puesta en libertad de los detenidos o presos por delitos cometidos por bandas armadas o elementos terroristas."

Ratifica el Tribunal Constitucional este criterio en sentencia No. 71 del 3 de marzo de 1994 en la que precisa: "si vulnera el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE), por el carácter necesario o automático de la suspensión, una vez el juez se ha pronunciado ya a favor de la libertad y esa facultad judicial inherente a la libertad e integrante de su contenido esencial no puede ser sustituida por el Ministerio Fiscal."

Por su parte, el profesor colombiano Alejandro Aponte en su trabajo sobre Legalismo vs Constitucionalismo, cuando expone acerca de la detención preventiva y la libertad del procesado, hace referencia a una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia que trata el mismo problema que se presenta en nuestro país y que es el tema de este trabajo. En efecto, el autor nos explica: "la Corte declaró inconstitucional un inciso de esta norma que establecía que la Ílibertad provisional procederá siempre y cuando no se hubiere interpuesto recurso de apelación por parte del Fiscal delegado o del agente del Ministerio Público. En el evento en que se hubiere interpuesto el recurso de apelación, la libertad solo se concederá una vez confirmada la decisión de primera instancia por el superior. Es decir, aun habiéndose cumplido los términos, que es una operación matemática, el sindicado debía seguir esperando para ser liberado. Debe agregarse que el motivo para la existencia de dicha norma está rodeado de misterio: se dice que se debe a que los funcionarios de primera instancia son más "vulnerables" a las amenazadas y al soborno y, por ende, es mejor que sean revisadas por el superior sus decisiones. No obstante, a partir de ese argumento, todo el sistema debería ser declarado en emergencia o suprimido, porque el punto de partida para la administración de justicia sería la perspicacia. Con buen criterio la Corte declaró este inciso inconstitucional. Según la Corporación, "el inciso significa que la presunción de inocencia desaparece para prolongar indebidamente la privación de la libertad del procesado, lo que equivale a presumirlo culpable con ostensible quebranto del artículo 29 de la Carta, y con violación además, del artículo 28 de la Constitución, que instituye como regla general la libertad persona"93

F. JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Con posterioridad a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que arriba hemos comentado, la Sala de Casación Penal se

⁹² GUI MORI, Tomás, Ob cit. P. 1623 y 1624.

⁹³ APONTE, Alejandro. Legalismo vs Constitucionalismo: Institucionalización de la Función Penal y Superación de una Antinomia. Derecho Constitucional. Universidad de Los Andes Facultad de Derecho Observatorio de Justicia Constitucional. Legis. 2001. P. 44.

ha pronunciado sobre el mismo tema, esta vez dando preeminencia a la norma constitucional:

"...no puede ser conculcado el derecho a la libertad, acordado en virtud de orden judicial, sea por el derecho a la impugnación, sea por las finalidades del proceso, por cuanto el Estado en su función jurisdiccional, tiene amplias potestades para la persecución penal y ello incluye, evidentemente, la capacidad de aprehender nuevamente a una persona que haya sido previamente liberada y que con ocasión de un recurso de apelación sea acordada nuevamente la restricción de su libertad... mantener la privación de libertad de una persona. pretextando el efecto suspensivo de la apelación, contra el auto que acuerda la libertad, es una violación al principio de la libertad garantizado en el texto constitucional... el efecto suspensivo previsto en los artículos 374 y 439 del Código Orgánico Procesal Penal no es aplicable al Auto que acuerda la libertad...existe expresamente establecido el mandato contenido en el artículo 44, numerales 1 y 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. ... El artículo constitucional, norma rectora sobre la libertad y su restricción, es clara en determinar que sin orden judicial no existe sustento legal para la privación de libertad y si existe orden de excarcelación ésta debe ser ejecutada...si la autoridad judicial acordó la libertad de una persona aprehendida, no existe una orden de privación de libertad que sustente la privación material o corporal de esa persona, por lo que, mantener la privación por el efecto suspensivo de la apelación contra el auto que acuerda la libertad previsto en el artículo 374 de la ley pena adjetiva, sería colocar el derecho a la impugnación por encima del derecho fundamental a la libertad, protegido constitucionalmente",94

G. ANÁLISIS DEL CRITERIO DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL

De la lectura de la sentencia dictada por los magistrados de la Sala Constitucional, contrario a lo que se observa de la emitida por la Sala Constitucional, se rescata el valor supremo de la norma constitucional en el ordenamiento jurídico y se razona en el sentido de que una vez que se ordena la libertad esta orden debe ejecutarse inmediatamente como lo establece la Ley Fundamental, ya que, habiendo cesado la orden privativa de libertad no hay mandato que sustente la detención.

Antepone el derecho a la libertad a las finalidades del proceso, sobre la base de que existen variados mecanismos mediante los cuales el Estado puede lograr la captura de las personas que habiendo sido puestas en libertad, les sea nuevamente ordenada su aprehensión.

Considera que el derecho a la libertad tiene una jerarquía superior que el de impugnación dentro del proceso.

⁹⁴ SENTENCIA No. 370 de la Sala de Casación Penal. Expediente No.AO7-0086 de fecha 4-7-07

H. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL TEMA

De lo expuesto se evidencia que estamos en presencia de un caso en el que una norma de rango legal y por tanto inferior a la norma constitucional contradice lo dispuesto en la Carta Magna, pero lo que resulta aun mas sorprendente, es que sometido el asunto al conocimiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como último interprete de la Ley Fundamental, ésta ha llegado a la conclusión de que la disposición contenida en el Código Orgánico Procesal Penal no es inconstitucional, ratificando de esta forma la norma de carácter legal, desaplicando en este caso particular el desarrollo que la propia Constitución hace de un derecho fundamental.

El artículo 7 de la Constitución ratifica el principio básico de la supremacía constitucional al disponer con toda claridad que "La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución".

Está claro, que sólo una orden judicial legitima la detención de un ciudadano, pero en este caso esa orden no existe, por lo que estaríamos en presencia de una violación flagrante a la norma constitucional.

El Tribunal Constitucional Español en sentencia No. 88 de fecha 9 de mayo de 1988, establece una premisa que debería ser la norma suprema para el juez que debe decidir acerca de la constitucionalidad o no de una determinada situación "En caso de duda debe siempre aplicarse la Ley más favorable, o sea, la menos restrictiva del derecho a la libertad"

El propio Tribunal Supremo de Justicia, pero en este caso por vía de la Sala Penal ha mantenido: "la obligación principal de la Sala es garantizar la libertad del pueblo y defender los derechos de los venezolanos, mediante la certeza en la aplicación del Derecho Penal, cuyo fundamento es proteger la libertad del ser humano."

Nuestra propia legislación dispone de manera expresa que los jueces penales deben decidir siempre conforme a la Constitución. Así se desprende del texto del artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal: "Corresponde a los jueces velar por la incolumidad de la Constitución de la República. Cuando la ley cuya aplicación se pida colidiere con ella, los tribunales deberán atenerse a la norma constitucional."

El Tribunal Supremo de Justicia y más específicamente la Sala Constitucional es el más alto intérprete de la constitucionalidad y en el ejercicio de sus funciones debe ser leal a esa obligación, poniendo en primer lugar como fundamento de sus decisiones la garantía de los derechos fundamentales, sin

⁹⁵ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia No. 445 del 7-4-2000.

dejarse guiar por criterios utilitarios que los contrarían. En ese sentido, resulta pertinente revisar la opinión del autor Brage Camazano, "Una competencia a través del amparo constitucional, o tribunal supremo en su caso, permite, sobre todo, que se produzca, como ha ocurrido en Alemania o España la omnipresencia de los derechos fundamentales y la ubicuidad de la jurisdicción constitucional en el entero sistema jurídico (Rainer Wahl) con un criterio unificador,"96

Cuando la Sala Constitucional conoce del recurso de amparo donde se denuncia la violación del derecho a la libertad y para negar la procedencia del recurso se basa en el efecto suspensivo de las decisiones en sentido general, infringe en nuestro criterio lo dispuesto en el artículo 9 del Código Orgánico Procesal Penal que dispone que todas las normas relativas a la privación de libertad deben interpretarse restrictivamente.

La privación de libertad durante el proceso sólo es legítima cuando tiene como fin proteger el proceso y nunca puede ser un anticipo de la pena, porque de esta manera se estaría violando la presunción de inocencia que ampara a todo aquel que es imputado de la comisión de un delito.

En ese caso podríamos decir, respecto a nuestro país, como el profesor colombiano Alejandro Aponte ante una situación parecida: "Nuestra tesis general en relación con el proceso penal es que en Colombia éste, más que un escenario regulado para la discusión de derechos, se ha convertido, en si mismo, en la pena: el proceso es ya la pena" 97

Si en cambio, lo que justifica la decisión de la Sala Constitucional es la desconfianza en los operadores de justicia, lo que implica que sólo cuando la decisión de primera instancia que ordena la excarcelación sea confirmada por un superior, pueda ejecutarse, entonces no tiene sentido mantener a estos funcionarios, porque el sistema judicial debe funcionar sobre la premisa de la honestidad y confianza de sus integrantes y los ciudadanos no pueden resultar vulnerados en su derechos fundamentales como consecuencia de esa situación.

Afortunadamente, transcurridos dos años desde que la Sala Constitucional expusiera su criterio sobre este delicado tema, la Sala de Casación Penal, en nuestro criterio, ha puesto las cosas en el lugar que corresponde; de manera directa ha rebatido los argumentos que sustentaban la jurisprudencia anterior y ha declarado la preeminencia de la norma constitucional, ubicando como corresponde dentro de la jerarquía de los derechos, el que tiene rango fundamental, la libertad por encima de las facultades de las partes en el proceso y ha colocado en el Estado la responsabilidad de garantizar a los ciudadanos la seguridad mediante el

⁹⁷ APONTE, Alejandro. Ob Cit. P. 45.

⁹⁶ BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Ob Cit. P. 22.

oportuno y efectivo ejercicio de los mecanismos que la ley le confiere para ejecutar las ordenes judiciales.

CAPITULO IV LAS MEDIDAS CAUTELARES SUSTITUTIVAS A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

Las medidas cautelares sustitutivas a la privación de libertad durante el proceso, deben su existencia a la aplicación del principio de proporcionalidad previsto en el artículo 256 de nuestro Código Orgánico Procesal Penal, que dispone que siempre debe optarse por una medida menos gravosa cuando los fines que se persiguen a través de la privación de libertad puedan razonablemente ser satisfechos por ella.

Corresponde al juez, actuando de oficio o a solicitud de parte, determinar si las circunstancias que dan lugar a la privación de libertad pueden ser contrarrestadas por otros medios, que si bien restringen la libertad de la persona, sin embargo, constituyen una menor limitación a ese derecho.

"Tal como sucede en el Derecho penal con la pena privativa de libertad, el movimiento que intenta limitar el encarcelamiento preventivo va acompañado de la búsqueda de alternativas para él, esto es, de la autorización de otras medidas coercitivas que lo reemplacen con menor detrimento para la persona humana y similar garantía para el procedimiento."

Con respecto a esas medidas, el legislador establece de manera expresa que ellas no pueden ser desnaturalizadas en cuanto al fin que las justifica y que no pueden imponerse de forma que resulten de imposible cumplimiento para el imputado, por eso es que no pueden ser utilizadas para burlar la presunción de inocencia y la afirmación de libertad durante el proceso, ni pueden convertirse en instrumentos de imposible cumplimiento para lograr que el imputado continúe privado de su libertad.

Distintas son las medidas cautelares destinadas a garantizar que una vez dictado el fallo definitivo este pueda ejecutarse. En este caso, las medidas se relacionan con el aseguramiento de bienes muebles e inmuebles y se rigen por las normas del Código Procesal Civil, en base a la remisión expresa del artículo 551 del Código Orgánico Procesal Penal. Así lo ha establecido la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia:

"Las medidas de prohibición de enajenar y gravar, son de carácter cautelar, que tienen relación con asuntos de propiedad, y cuyo objeto, como bien

⁹⁸ MAIER, Julio. Ob. Cit. P. 156.

lo señala el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, es evitar que quede ilusoria la ejecución del fallo, cuando éste se produzca."99

A. NATURALEZA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES SUSTITUTIVAS DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

En cuanto a las medidas cautelares sustitutivas a la privación de libertad, lo primero que tenemos que tener en cuenta es que estas restringen la libertad personal, de allí que están sujetas a las limitaciones y garantías constitucionales y legales destinadas a proteger el derecho a la libertad.

Por esa razón, es que al igual que ocurre con la privación de la libertad durante el proceso, la imposición de medidas cautelares sustitutivas, está sometida a los requisitos legales exigidos para la primera y tienen también como único objetivo que las legitima, la protección del proceso.

Sólo pueden dictarse con la finalidad de lograr que el proceso efectivamente se verifique y que a través de él, se pueda revelar la verdad del hecho objeto del proceso, para entonces aplicar la justicia, tal y como lo establece el artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal, "El proceso debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho, y a esta finalidad debe atenerse el Juez al adoptar su decisión.", norma que se encuentra en total consonancia con el dispositivo constitucional contenido en su artículo 257: "El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia"

La Sala de Casación Penal al referirse a estas medidas ha establecido claramente cual es la finalidad que persiguen:

"En efecto, se trata pues de una Medida Cautelar para garantizar que el imputado no obstaculice el proceso y que sea localizable cuando así lo requiera el Ministerio Público." 100

La razón por la cual las medidas cautelares sustitutivas al igual que la privación de la libertad durante el proceso, sólo pueden tener como finalidad esa protección, es el mandato expreso contenido en el ordinal 2 del artículo 49 de la Constitución: "Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario". Por ello, es que resulta opuesto a la idea de justicia y a la lógica, que un inocente sea privado o restringido en su libertad.

Ahora bien, es indudable que la presencia del imputado resulta indispensable para que el proceso pueda efectivamente verificarse, por ello debe garantizarse su comparecencia en los actos procesales, ya que

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia No. 1045 del 25-7-00.
 TRIBUNAL SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia No. 1428 del 8-11-00.

constitucionalmente es inadmisible el procesamiento en ausencia. De allí que no pueda dejarse al arbitrio o capricho del imputado su comparecencia, tanto más que con su omisión podría atentar contra el principio de celeridad en el proceso.

Cuando surgen elementos que evidencian que el imputado no ha asumido este compromiso y que por lo contrario piensa sustraerse de los actos procesales puede, entonces, procederse a privar o restringir su libertad.

Igualmente, cuando aparecen evidencias de que con su conducta el imputado se propone obstaculizar la finalidad esencial del proceso, que como ya se señaló, es la de descubrir la verdad, para en base a ella aplicar la justicia, nuevamente se legitima ordenar una medida privativa o restrictiva de la libertad.

Lo que se persigue es garantizar el proceso y en ningún caso adelantar una pena sobre la base de una presunción de culpabilidad, sanción que por lo demás solo puede imponerse como consecuencia de un juicio debidamente realizado. Por ello, debe quedar perfectamente claro que la finalidad que persiguen estas medidas es exclusivamente procesal.

Ciertamente, debemos admitir de cara a la realidad, que todas estas limitaciones y garantías están estrechamente vinculadas y logran su finalidad, dentro de un proceso que se verifique dentro de los lapsos establecidos en la ley, en el que efectivamente los actos se realicen en la oportunidad legal correspondiente y en el que se imparta justicia de manera oportuna.

El excesivo retraso en los procesos contribuye a que los ciudadanos e incluso los funcionarios pierdan la perspectiva de que es lo que realmente se persigue en el proceso penal, que no es más que establecer la verdad y que sólo en el caso de que a través de ella, quede destruida la presunción de inocencia que obra a favor del imputado, pueden aplicarse las sanciones a que haya lugar.

Cuando los procesos se prolongan de la manera alarmante, como ocurre en nuestro país, surge el temor de que no puedan efectivamente verificarse, entonces se pasa a aplicar sanciones adelantadas, sobre la base de que los procesos no llegarán a producirse y que si esto ocurre la búsqueda de la verdad a través de la producción de la prueba será infructuosa, dado el tiempo transcurrido desde que ocurrió el hecho objeto del proceso y la inseguridad personal que perciben las víctimas y los testigos. De lo que se trata es de una total y absoluta desconfianza en nuestro sistema de justicia, desconfianza que como ya se mencionó, no sólo está presente en los ciudadanos, sino lo que es más grave también en nuestros funcionarios.

B. PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES SUSTITUTIVAS

El propio texto del artículo 256 del Código Orgánico Procesal Penal nos suministra las bases sobre las que se fundan las medidas cautelares sustitutivas: "Siempre que los supuestos que motivan la privación judicial preventiva de la libertad puedan ser razonablemente satisfechos con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado o imputada, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del Ministerio Público o del imputado o imputada, deberá imponerle en su lugar, mediante resolución motivada, alguna de las medidas siguientes:...."

Del texto antes trascrito se evidencia que los supuestos para dictar las medidas cautelares sustitutivas son los mismos que para dictar la privativa de libertad, de allí que debe quedar establecido no sólo que existen elementos de convicción que evidencian la comisión de un hecho punible que tenga prevista una pena restrictiva de libertad, cuya acción para perseguirlo no se encuentre evidentemente prescrita, que existan elementos que vinculen al imputado como autor o partícipe de ese hecho punible, sino que además se debe temer con suficientes fundadas y serias razones que el imputado no va a presentarse a los actos del proceso o que pretende obstaculizar la obtención de la verdad.

Circunstancias todas estas que deben quedar plasmadas en un auto motivado, como igualmente lo expresa la norma transcrita, ello porque esas medidas sustitutivas si bien no revisten la misma gravedad y fuerza que la privación de libertad, sin embargo, son, a no dudarlo, verdaderas restricciones al derecho a la libertad. No de otra manera pueden interpretarse aquellas que de manera expresa se disponen en el mismo artículo 256, cada una de ellas representa una seria limitación al libre albedrío de la persona humana. Así tenemos: la detención domiciliaria, el sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución, la presentación periódica ante un tribunal o autoridad, la prohibición de salir del país, de concurrir a reuniones o lugares, de comunicarse con determinadas personas, el abandono del domicilio o la prestación de caución económica.

Sin duda, esta enumeración de medidas que el legislador somete a la consideración del tribunal, a las que se agrega la posibilidad de que la autoridad judicial pueda establecer cualquier otra medida preventiva que estime procedente o necesaria, con lo cual se deja al prudente arbitrio del juez la imposición de medidas distintas a las sugeridas por el legislador, van desde la efectiva privación de libertad dentro del domicilio del imputado, la restricción seria del derecho al libre transito que la Constitución garantiza a todo ciudadano, la limitación en cuanto al desenvolvimiento de su vida de relaciones, hasta la interferencia dentro del ámbito patrimonial.

De allí, que podamos afirmar con toda certeza que dichas medidas son serias limitaciones a la libertad de la persona humana y por ello para imponerlas hace falta que se cumplan estrictamente los requisitos establecidos en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal para los casos de privación judicial preventiva de la libertad. Los supuestos son los mismos y los requisitos también son los mismos.

"el derecho a la libertad personal no se viola solamente cuando se priva de libertad a un ciudadano, sino también cuando el ejercicio de ese derecho resulta restringido más allá de lo que la norma adjetiva indica, como en el caso que nos ocupa, pues hay que recordar que las medidas cautelares sustitutivas, si bien no son privativas de libertad, sí son restrictivas y la garantía constitucional – cuando se refiere al derecho de libertad personal – se concreta en el ejercicio pleno de dicho derecho."

Siendo que tanto para nuestro ordenamiento constitucional, como para el procesal penal la privación de libertad dentro del proceso es excepcional, sólo se recurre a esta medida extrema en los casos absolutamente necesarios, porque, lo que procede en primer lugar es aplicar medidas menos gravosas. De manera pues, que lo legalmente procedente es que la autoridad judicial frente a los supuestos establecidos en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, analice primero la posibilidad de aplicar medidas cautelares sustitutivas y sólo si a través de ellas no puede garantizarse el proceso, entonces proceda a imponer la privativa de libertad.

Esta manera de enfrentar el problema, que en nuestro criterio es la que se ajusta a la normativa legal y constitucional, es totalmente contraria a la que pareciera usual en nuestros tribunales, donde en primer lugar se contempla la posibilidad de privar de la libertad y sólo si esto resulta ostensiblemente improcedente se acude a las medidas cautelares sustitutivas.

Cuando la norma establece que las medidas cautelares sustitutivas proceden en el caso de que los fines que se buscan con la privación de libertad, puedan ser "razonablemente satisfechos", está claro que lo que se le requiere al juez, es que aplique un criterio de razonabilidad que le indique la conveniencia de la imposición de la medida sustitutiva, porque en estos casos y sobre todo en las etapas tempranas del proceso, no se puede aspirar a una seguridad absoluta.

Las garantías materiales que deben darse para privar de manera legítima la libertad personal, igualmente deben estar presentes en la aplicación de las medidas cautelares sustitutivas, dado que como ya se ha sostenido, ellas constituyen verdaderas restricciones al derecho a la libertad, porque limitan y regulan las actividades del imputado y le impiden realizar una serie de acciones que en principio son perfectamente lícitas y que le están permitidas a la generalidad de las personas. En este caso se trata de impedir que el imputado se fugue o que obstaculice la obtención de la verdad en el proceso, pero para

¹⁰¹ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia No. 1927 del 14-8-02.

ello se le prohíben una serie de actividades que no se consideran ilegales, sino que están admitidas para el común de las personas ya que se consideran parte integrante de la dinámica humana y del libre desenvolvimiento de la personalidad.

Son sin duda medidas menos gravosas, porque ninguna lo es tanto como la privación de la libertad, pero no hay que perder de vista, que las medidas cautelares sustitutivas no pueden convertirse en imposiciones de tal entidad que constituyan obligaciones tanto o más gravosas que la perdida de la propia libertad.

C. REQUISITOS LEGALES PARA QUE PUEDA IMPONERSE UNA MEDIDA CAUTELAR SUSTITUTIVA

1. Requisitos Generales

Para que pueda dictarse cualquiera de las medidas cautelares sustitutivas expresamente previstas en nuestro ordenamiento legal, así como cualquier otra que en criterio del tribunal sea procedente en el caso concreto, se hace necesario el estricto cumplimiento de los siguientes requisitos:

a. Resolución Motivada

En efecto, el texto del artículo 256 del Código Orgánico Procesal Penal lo señala de forma expresa, cuando dispone que **siempre** que puedan quedar **razonablemente satisfechos**, los supuestos que hacen procedente una medida privativa de libertad, **deberá** imponérsele en su lugar una medida **menos gravosa**, mediante **resolución motivada**.

Esta obligación expresa para el tribunal, que, bien de oficio o a petición de parte, ha decidido imponer una medida sustitutiva en contra del imputado viene a ser la ratificación de un principio fundamental de nuestro ordenamiento procesal penal establecido en el artículo 173 ejusdem: "Las decisiones del tribunal serán emitidas mediante sentencias o autos fundados, bajo pena de nulidad, salvo los autos de mera sustanciación". Principio este que se ratifica en el texto del artículo 246 ibidem: "Las medidas de coerción personal sólo podrán ser decretadas conforme a las disposiciones de este Código, mediante resolución judicial fundada."

El deber que se le impone al órgano jurisdiccional viene a ser una real y efectiva garantía del derecho a la defensa cuya violación genera de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 del citado Código, la más grave sanción procesal, la nulidad absoluta de las actuaciones realizadas en violación a este derecho de rango constitucional, previsto en el artículo 49, ordinal 1º de nuestra Carta Magna.

Sólo a través de decisiones debidamente razonadas y fundamentadas puede el Tribunal imponer obligaciones a las partes en el proceso, porque es de esa manera que puede controlarse que la actividad jurisdiccional esté efectivamente apegada al ordenamiento legal vigente y que esa manifestación del tribunal sea efectivamente el ejercicio de las facultades que le confiere la ley. Pero además, sólo conociendo las partes las razones que sirven de base a la decisión judicial pueden efectivamente ejercer su derecho a la defensa, porque son precisamente esas razones las que van a ser impugnadas en el caso de que los afectados las consideren improcedentes o ilegales. Las decisiones de los jueces no deben ser, ni pueden tener la apariencia de un producto del capricho de los funcionarios, y por eso es que deben estar debidamente razonadas y fundadas en las disposiciones legales aplicables al caso particular.

Una decisión judicial que carece de motivación, por imperativo legal debe ser anulada, en razón de lo cual todas las consecuencias que de ella derivan también resultan anuladas. En el caso de las medidas cautelares, si estas han sido ordenadas a través de una decisión que carece de motivación, no sólo la propia decisión, sino igualmente las medidas que de ella derivan, deben ser declaradas como inexistentes, porque están viciadas de nulidad absoluta, lo que quiere decir que no pueden ser subsanadas o corregidas, sin que puedan alegarse razones de ningún tipo, mucho menos razones políticas para pretender mantener su vigencia.

En ese sentido, y específicamente en lo que se refiere a la necesidad de que toda decisión mediante la cual se imponga una medida que prive o restrinja el derecho a la libertad, esto es, que aplique una de las medidas a las que se designa como "medidas coercitivas" esté debidamente motivada, se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

"...resulta oportuno señalar que el artículo 44, numeral 1, in fine de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra el derecho a ser juzgado en libertad, y remite, como excepción a tal regla, a 'las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso`. En este sentido, entre los principios y garantías procesales que prevé el Código Orgánico Procesal Penal en los primeros 23 artículos, destaca la afirmación de libertad, contenida en el artículo 9 eiusdem, que establece el carácter excepcional, la interpretación restrictiva y la aplicación proporcional de las normas del referido Código que autoricen preventivamente la privación o restricción de la libertad, lo cual se encuentra desarrollado, especialmente, en los artículos 243, 244 y 247 eiusdem.

A mayor abundamiento, tanto la privación preventiva de la libertad, que puede calificarse de subsidiaria según el artículo 243, aparte único de la ley procesal penal, como cualquier otra medida de coerción personal, 'sólo podrán ser decretadas conforme a las disposiciones de este Código, mediante resolución judicial fundada` (subrayado añadido), de acuerdo con el artículo 246

eiusdem, exigencias que responden a la gravedad de las medidas que afectan los derechos de una persona sometida a proceso y que se presume inocente (Cf. Alberto Arteaga Sánchez, <u>La Privación de la Libertad en el Proceso Penal Venezolano</u>. Caracas, Livrosca, 2002, p. 23)."¹⁰²

Igualmente, la Sala Constitucional ha considerado integrante del contenido complejo de la llamada *tutela judicial efectiva*, el derecho a obtener sentencias motivadas y congruentes, ya que sólo de esa manera las partes pueden conocer los fundamentos de las decisiones tomadas respecto a sus solicitudes y sólo en base a ellos les es posible fundar sus recursos. Así se ha expresado en sentencia No. 1893-02, criterio que ha ratificado en sentencias 2654 y 3218, ambas del año 2005.

"Esta Sala ha señalado que en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se prevé un conjunto de garantías procesales que sintetizan lo que constituye el debido proceso en un Estado de Derecho y de Justicia. Dentro de esas garantías procesales se encuentra la referida a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 26 de la Constitución, la cual tiene un contenido complejo, que se manifiesta, entre otros, en el derecho a obtener una sentencia fundada en Derecho que ponga fin al proceso. Este contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, se compone de dos (2) exigencias: 1) que las sentencias sean motivadas, y 2) que sean congruentes. De manera que una sentencia inmotivada no puede considerarse fundada en derecho, siendo lesiva del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (vid. sentencia del 16 de octubre de 2001, caso: Luisa Elena Belisario de Osorio).

Además, [e]s la falta de motivación de la sentencia, en criterio de esta Sala, un vicio que afecta el orden público, ya que todo el sistema de responsabilidad civil de los jueces no podría aplicarse y la cosa juzgada no se conocería como se obtuvo, y principios rectores como el de congruencia y de la defensa se minimizarían, por lo cual surgiría un caos social` (vid. sentencia del 24 de marzo de 2000, caso: José Gustavo Di Mase Urbaneja y otro).

Es por ello, que surge una exigencia para que los jueces expongan o expliquen con suficiente claridad, las razones o motivos que sirven de sustento a la decisión judicial, y que no pueden ser obviadas en ningún caso, por cuanto constituyen para las partes garantía de que se ha decidido con sujeción a la verdad procesal, la cual en el proceso penal debe acercarse a la 'verdad de los hechos', como lo dispone el artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal.

Esa obligación del Juez de tomar en cuenta todo lo alegado y probado en autos y de analizar el contenido de los alegatos de las partes así como de las pruebas, para explicar, en consecuencia, las razones por las cuales las aprecia o desestima, se materializa a través de una sentencia, o bien de un auto, y así el Estado Venezolano cumple con su labor de impartir justicia, en la resolución de conflictos jurídicos."¹⁰³

¹⁰² TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia No. 2672 del 6-10-03.

¹⁰³ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia 1893 del 12-8-02.

Esta exigencia de motivación se entiende como parte integrante del contenido esencial de la llamada tutela judicial efectiva, sólo a través de una decisión razonada y fundada en derecho pueden conocerse los criterios jurídicos que la sustentan, lo cual es garantía frente a una eventual irracionalidad de los jueces; están obligados a dictar sus resoluciones en base a la normativa legal y no como resultado del capricho o la arbitrariedad. Sólo así pueden los ciudadanos impugnar debidamente las decisiones judiciales y los órganos superiores controlarlas.

Como acertadamente lo establece en su jurisprudencia el Tribunal Constitucional español "...en un Estado de Derecho hay que dar razón del Derecho judicialmente interpretado y aplicado." 104

b. Cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal

Es un error grave pensar, como lo afirman algunos, que las medidas cautelares sustitutivas pueden aplicarse en los casos en los que, a pesar de que no se encuentran llenos los requisitos previstos en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal para la privación de la libertad, sin embargo, el Tribunal considera apropiado imponer alguna de estas medidas. Esta posición estaría avalando el criterio de que los jueces pueden actuar por simples opiniones o convicciones personales, sin apoyar sus actuaciones en el ordenamiento legal vigente, ello atenta contra la seguridad de los ciudadanos que se ven sometidos a los arbitrios personales de los funcionarios. Para los ciudadanos el ordenamiento legal y muy particularmente el ordenamiento procesal penal es una garantía de que el Estado tiene límites en su actuación.

En ese sentido, se expresa Julio Maier: "el poder penal, tanto en su definición, cuanto en su ejercicio práctico, representa en manos del Estado, el medio más poderoso para el control social; su utilización en pos de lograr la paz social puede servir tanto a un grupo de individuos, que ostentan el poder político, para sojuzgar a sus semejantes, reprimiendo toda desobediencia, cuanto a mayorías para someter a minorías o, aplicado racionalmente, para resguardar ciertos valores esenciales para la vida de una comunidad organizada, a los que todos sus miembros han prestado consenso, a través de algún método de verificación sobre el acuerdo social...con la creación del *Estado de Derecho*, se declaran una serie de derechos y garantías que intentan proteger a los individuos, miembros de una comunidad determinada, contra la utilización arbitraria del poder penal del Estado; ellos conforman la base política de orientación para la regulación del Derecho penal de un Estado, el marco político

¹⁰⁴ PUCHE RODRIGUEZ, Julia y BERTELLI, Luís. La tutela Judicial Efectiva. Fundación Jurei. Madrid. 2006. Sentencia No. 116 del 2-6-98. p. 21.

dentro del cual son válidas las decisiones que expresa acerca de su poder penal, sean ellas generales o referidas a un caso concreto." 105

En el caso de las medidas cautelares sustitutivas, estas proceden siempre que los fines que persigue la privación de la libertad durante el proceso pueden ser obtenidos mediante la imposición de una medida judicial menos gravosa, ello en razón de que la privación de la libertad durante el proceso es sin duda una medida extrema, porque allí tiene absoluta vigencia la presunción de inocencia que obra a favor del imputado.

Ello quiere decir que esta medida, que dentro del proceso debe considerarse extrema, tiene exclusivamente fines procesales, ya que lo que se persigue cuando se acude a ella es precisamente preservar el proceso, de allí que nunca pueda utilizarse como sanción anticipada o como un medio de presión para obtener la verdad. 106

Si no tiene justificación privar de la libertad a un inocente, tampoco la tiene restringirle seriamente ese derecho, y sólo puede hacerse cuando el proceso a través del cual se busca reconstruir intelectualmente el hecho objeto del proceso para establecer la verdad y aplicar la justicia, se encuentra seriamente amenazado, bien porque el imputado pretende sustraerse de los actos procesales o porque pretende obstaculizar seriamente la búsqueda de la verdad, requisito indispensable para aplicar la justicia.

La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia ha ratificado el principio de presunción de inocencia, indicando como se hace operativo dentro del proceso a través del trato que se le debe dar al imputado, quien no puede ser sometido a una sanción adelantada, porque ésta sólo puede derivarse de una sentencia condenatoria:

"Está prohibido dar al imputado o acusado un tratamiento de culpable como si estuviera condenado por sentencia firme; por lo que no se le puede hacer derivar las consecuencias de una condena antes de que ésta haya recaído en el proceso y adquiera firmeza. Igualmente, se traduce en el hecho de que la carga de la prueba corresponde al Estado y por tanto es a éste a quien corresponde demostrar la existencia del hecho, la infracción a una norma penal, la autoría, culpabilidad, y responsabilidad penal del imputado o acusado. "107"

Así es que los mismos requisitos que se exigen para legitimar la privación de libertad durante el proceso y que se encuentran contenidos en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, son los mismos requisitos que han de llenarse para proceder a dictar una medida cautelar sustitutiva, porque el fin que

106 SILVA DE VILELA, Maria Trinidad. Ob. Cit. p. 220.

¹⁰⁵ MAIER, Julio. Ob. Cit. p. 235-236.

¹⁰⁷ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia No. 397 del 21-6-05.

persiguen es el mismo, proteger y garantizar el proceso y lo único que las distingue es que unas son menos gravosas que las otras.

Esa y no otra, es la conclusión a la que se arriba de la lectura del texto del artículo 256 del Código Orgánico Procesal Penal, en el cual el legislador establece las medidas cautelares sustitutivas, así como de su interpretación a la luz de los principios constitucionales y legales que antes hemos analizado.

La Sala Constitucional, mediante la interpretación del citado artículo, ha ratificado ese criterio:

"Así las cosas, para que proceda la aplicación de una medida cautelar sustitutiva de la privativa de libertad, antes tienen que estar satisfechos los extremos de procedencia de la medida privativa de libertad, tal como claramente deriva del artículo 256 del Código Orgánico Procesal Penal. Esto es que, en aquellos casos en los cuales sea procedente la medida privativa de libertad, porque estén satisfechos los requisitos del artículo 250 eiusdem, si el juez estimara que las finalidades del proceso -que son al fin y al cabo la única razón de ser de las medidas cautelares de coerción personal, según el artículo 243 ibídem- pueden ser garantizadas a través de una medida menos gravosa o menos aflictiva que la privativa de libertad, deberá dictarla. De allí que resulte obvio que las medidas cautelares sustitutivas tienen como requisito previo de procedencia, que estén satisfechas las exigencias legales para el decreto de la medida privativa. El legislador habla claramente de medidas sustitutivas de la privativa de libertad, de modo que sólo puede concebirse la posibilidad de una medida sustitutiva cuando es procedente la principal que habrá de ser sustituida. Así se declara"108.

Para ordenar la aplicación de alguna de las mediadas previstas en el señalado artículo, es menester que se acredite la existencia de un hecho punible que merezca pena privativa de libertad y cuya acción no se encuentre evidentemente prescrita, que además existan fundados elementos de convicción que señalen que aquel eventualmente afectado por la medida ha actuado en ese hecho punible como autor o partícipe y que exista una presunción razonable de que éste puede fugarse u obstaculizar la búsqueda de la verdad.

Resulta importante hacer referencia a una serie de disposiciones incluidas dentro de los requisitos para dictar una medida de coerción y que desde la perspectiva particular de las medidas cautelares sustitutivas presentan ciertas particularidades que vale la pena analizar:

Buena conducta predelictual en imputados por delitos leves

Cabe señalar que de conformidad con lo previsto en el artículo 253 del Código Orgánico Procesal Penal, en presencia de delitos con penas privativas

¹⁰⁸ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia No.1383 del 12-7-06.

de libertad que no excedan los tres años en su límite máximo, cuando el imputado haya observado buena conducta predelictual, lo que en la práctica se ha interpretado en el sentido de que no posee antecedentes penales, sólo procede en su contra, siempre que se den los requisitos generales previstos en el artículo 250 ejusdem, la aplicación de medidas cautelares sustitutivas. Ello en razón de que, siendo estas menos gravosas que la privación de libertad aparecen como las más adecuadas en estos hechos punibles que se consideran leves, por lo que resultan ser la aplicación práctica del principio de proporcionalidad obligatorio en esta materia.

Imputación respecto a delitos con penas privativas de libertad iguales o superiores a diez años

Igualmente, es menester referirnos al parágrafo primero del artículo 251 del Código Orgánico Procesal Penal, que establece la presunción del peligro de fuga en el caso en el que los delitos que se imputen al sospechoso contemplen penas privativas de libertad cuyo término máximo sea igual o superior a diez años. En estos casos, no sólo es preciso que se de la circunstancia de un delito con una pena igual o superior a diez años de privación de libertad, sino que igualmente el solicitante y luego el juez tienen que dejar perfectamente establecidos los requisitos contenidos en los ordinales 1 y 2 del artículo 250 del citado código. No se trata de adelantar una sanción dada la gravedad del delito imputado, o de la repulsa que en la comunidad puedan causar esos hechos punibles, sino de presumir que quien es señalado de cometer tales delitos, podría verse inclinado a sustraerse de los actos del proceso dada la posibilidad de que se le imponga una larga pena.

Esto quiere decir que la sola existencia de un delito sancionado con una alta pena no da lugar a la medida, tanto es así que el Juez puede rechazar la petición del Fiscal en este sentido, sin embargo, en este caso el Juez pareciera que debe imponer siempre una medida cautelar sustitutiva. Frente a esta norma resulta indispensable precisar que esa medida sustitutiva no puede ser impuesta de manera automática con el solo alegato de la existencia de ese tipo de delito, sino que es menester que se encuentre perfectamente acreditada además de la evidencia del hecho punible, la presencia de fundados elementos de convicción que relacionen al imputado con el delito, ya sea a título de autor o de partícipe.

Por más demostrado que pareciera encontrarse el cuerpo del delito, sino no hay elementos que vinculen al señalado con ese hecho, no puede fundarse ni legitimarse una medida cautelar sustitutiva y mucho menos una privativa de libertad, a pesar de la gravedad del delito.

Respecto a las presunciones, debemos recordar que en el proceso penal estas tienen un uso verdaderamente restringido, pues generalmente se prohíben como medio para demostrar el hecho objeto del proceso. Excepcionalmente se admiten con fines puramente procesales en relación a ciertas circunstancias que

dan lugar a la imposición de algunas medidas, como ocurre en el caso que nos ocupa, en el que se presume el peligro de fuga en razón de la pena establecida para el delito imputado.

Cafferata Nores define la presunción, "en sentido propio, es una norma legal que suple en forma absoluta la prueba del hecho, pues lo da por probado si se acredita la existencia de las circunstancias que basan la presunción y sin admitir demostración en contrario."

En la presunción que se establece en el parágrafo primero del artículo 251 del Código adjetivo penal, la circunstancia que da lugar a la presunción es la existencia de elementos de convicción que evidencian la comisión de un hecho punible con pena privativa de libertad, cuyo término máximo sea igual o superior a diez años.

Pero aún en estos casos, el juez como ya se anotó, puede negar la imposición de la medida coercitiva, en cuyo caso su decisión puede ser impugnada por el Fiscal o la víctima, mediante la interposición del recurso de apelación.

Información falsa o desactualizada respecto al domicilio del imputado.

Nuevamente se hace referencia en la norma procesal penal a la existencia de una presunción, en este caso referida a la información falsa o desactualizada respecto al lugar del domicilio del imputado.

En relación a este asunto, es procedente recordar lo que el propio Código Orgánico Procesal Penal refiere acerca de los derechos del imputado, en el texto del artículo 12, allí en el ordinal 9° se establece que el imputado debe ser impuesto del precepto constitucional que lo exime de declarar y, aún en caso de que consintiera, lo hará sin juramento, ello quiere decir, que el imputado no está obligado a decir la verdad, ya que su declaración a tenor de lo establecido en el artículo 131 ejusdem, debe considerarse un medio de defensa, tan es así, que de acuerdo a lo previsto en el artículo 126 ibidem, si el imputado al momento de ser identificado se abstiene de proporcionar sus datos personales, señas particulares, lugar de trabajo y la forma más expedita para comunicarse con el, se procederá entonces a identificarlo por medio de testigos o por otros medios útiles.

El imputado no está obligado a decir la verdad, nunca incurre en falso testimonio, rinde declaración voluntariamente y aún en estos casos puede suspenderla o negarse a contestar las preguntas que se le formulen cuando lo considere pertinente, sin que pueda extraerse de su silencio ningún elemento en su contra.

¹⁰⁹ CAFFERATA NORES, José. Ob. Cit. P. 191.

Por esas razones es que resulta llamativa la norma que estamos analizando, ya que en este caso, si se evidencia que el imputado miente o no informa oportunamente al tribunal acerca de su domicilio, la ley dispone que esa circunstancia se considerará como una presunción de que pretende fugarse y un motivo para revocar de oficio o a petición de parte, la medida cautelar sustitutiva que eventualmente pesa en su contra, y aunque la norma no lo señala expresamente, es evidente que el efecto de esa revocatoria es la imposición de una medida privativa de libertad en contra del imputado.

Consideramos que esta diferencia viene dada por la situación particular del imputado, quien al concedérsele una medida cautelar sustitutiva se obliga, mediante acta firmada a no ausentarse de la jurisdicción de tribunal o la que este fije y a presentarse cada vez que sea requerido. Como señal de que asume ese compromiso, el imputado debe suministrar al tribunal su identificación, aportando sus datos personales, dirección de residencia y el lugar donde ha de ser notificado, todo ello a tenor de lo dispuesto en el artículo 260 del Código Orgánico Procesal Penal.

El imputado varía su posición en el proceso y pasa a ser un sujeto procesal que a cambio de la imposición de una medida menos gravosa, se compromete formalmente ante el tribunal a no ausentarse del lugar fijado por el órgano jurisdiccional y a comparecer cada vez que sea llamado, pero para hacer operativo ese compromiso es indispensable que el tribunal conozca su domicilio, entre otras cosas porque allí debe ser convocado cada vez que proceda su comparecencia en los actos del proceso.

Este compromiso del imputado de suministrar los datos verdaderos y oportunos acerca de su domicilio, no implica que se suspenda en adelante el derecho del imputado a decidir si rinde o no declaración y en caso positivo a hacerlo sin juramento, ya que sigue operando para el, el precepto constitucional contenido en el ordinal 5º del artículo 49 de la Constitución que lo exime de declarar en contra de si mismo y de confesarse culpable.

En relación a este punto, la Sala Constitucional se ha pronunciado en el sentido de aclarar que cuando se niega la revocatoria de una medida cautelar sustitutiva que ha sido solicitada en base a que se ha suministrado información falsa o desactualizada acerca del domicilio del imputado, no estamos en presencia de una revisión de medida prevista en el artículo 264 del Código Orgánico Procesal Penal, sino que los motivos se sustentan en el texto del artículo 251, en razón de lo cual contra esa decisión procede el recurso de apelación.

"Respecto al fondo del asunto, esta Sala observa que la solicitud de revocatoria de las medidas cautelares sustitutivas de la privación de libertad intentada por el Ministerio Público tiene como basamento lo señalado en el parágrafo segundo del artículo 251 del Código Orgánico Procesal Penal, referido

a la falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio procesal del imputado.

En efecto, el referido parágrafo segundo del artículo 251 del Código Orgánico Procesal Penal, preceptúa:

La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado constituirán presunción de fuga y motivarán la revocatoria, de oficio o a petición de parte, de la medida cautelar sustitutiva que hubiere sido dictada al imputado.`

Esa revocatoria, a juicio de esta Sala, no es la señalada en el artículo 264 del Código Orgánico Procesal Penal, que debe entenderse a aquellos casos en los cuales han cambiado los motivos por los cuales se dictó una medida de privación judicial preventiva de libertad, o una medida cautelar sustitutiva.

Así pues, al no corresponder la solicitud fiscal a una revisión y examen de las medidas cautelares sustitutivas de la privación de libertad, la negativa de la concesión de esa petición le causó un gravamen a ese órgano fiscal que le permite acudir a la segunda instancia en el proceso penal, conforme con lo señalado en el numeral 5 del artículo 447 del Código Orgánico Procesal Penal."¹⁰

2. Requisitos Particulares de las Medidas

Nos referiremos en este punto a los requisitos legales particulares para la procedencia de algunas de las medidas cautelares sustitutivas previstas en el texto del artículo 256 del Código Orgánico Procesal Penal. Al respecto, es oportuno señalar que el principio fundamental en esta materia es que el juez que impone una medida debe establecer con toda claridad cuales son las condiciones para que esa medida pueda llevarse a cabo. Así lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

"...esta Sala ha exhortado 'a los jueces a quienes corresponda autorizar la imposición de tales medidas, determinen las condiciones requeridas, de tal forma que se puedan llevar razonablemente a cabal término, en salvaguarda de la libertad personal garantizada por la Constitución` (sentencia Nº 1128 del 5 de junio de 2002. Caso: M.A. Romero)."

Así mismo, el legislador ha precisado de manera expresa en el texto del artículo 263 del mismo código, que las medidas cautelares sustitutivas no pueden ser utilizadas desnaturalizando su finalidad, ello quiere decir que no pueden imponerse como sanción anticipada ante un imputado respecto al cual obra la presunción de inocencia, sino que por lo contrario están destinadas a garantizar el proceso. Igualmente, dispone la norma, que no pueden imponerse

¹¹⁰ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia No. 1594 del 13-8-04.

¹¹¹ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia No. 375-04 del 16-3-04

medidas de esta naturaleza cuyo cumplimiento sea imposible, imposibilidad ésta que debe interpretarse siempre para el caso concreto, ya que de lo que se trata, es de examinar si la medida puede o no ser satisfecha por ese imputado en particular, para no convertirla en un instrumento para prolongar o imponer indebidamente la privación de libertad; ello en virtud de que resulta evidente que el imputado no puede cumplir con los requisitos de la medida.

a. Detención Domiciliaria.

Nos toca en primer lugar, referirnos a la detención domiciliaria del imputado, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal ordene.

En este caso, estamos en presencia de una verdadera privación de libertad, sólo que esta se verifica en condiciones menos gravosas que las que se dan en un centro de reclusión, tanto más si se trata de los que funcionan en nuestro país. Pero dejando atrás esa circunstancia, que a los fines prácticos es muy importante, tenemos que admitir que esta medida cautelar consiste en la reclusión del imputado ordenada por la autoridad en la que se le impide desplazarse a voluntad.

El arresto domiciliario está igualmente contemplado, junto con la reclusión en un centro especializado, dentro de las alternativas que contempla la ley para los casos en que se encuentra expresamente prohibida la privación de libertad durante el proceso, si acaso esta medida se considera imprescindible. Así lo establece el artículo 245 del Código Orgánico Procesal Penal, que impide que se decrete la privación judicial preventiva de la libertad en el caso de las personas mayores de setenta años de edad, de las mujeres en los tres últimos meses de gestación, de las madres dentro de los seis meses posteriores al nacimiento de sus hijos lactantes y de las personas afectadas por una enfermedad en fase terminal.

Este arresto domiciliario que se contempla como medida cautelar sustitutiva, puede cumplirse en el propio domicilio del imputado, pero también puede ejecutarse en otro lugar, en el que alguna persona expresamente aceptada y autorizada por el tribunal, se hace responsable frente el órgano jurisdiccional de la vigilancia del detenido. En ambos casos, en el sitio en el que se cumple la medida puede ordenarse la colocación de una custodia por parte de funcionarios, generalmente agentes policiales, quienes se encargaran de permanecer atentos para impedir que el imputado burle la medida, aunque existe la posibilidad legal de que este arresto domiciliario se cumpla sin ningún tipo de custodia, esto podría ocurrir, en el caso de personas que por su propia condición física o mental no tuvieran la posibilidad real de abandonar el sitio del arresto.

b. Obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, la que informará regularmente al tribunal.

Esta medida se diferencia de la anterior en que si bien el imputado permanece vigilado por alguna persona o institución, no se le impone la reclusión, ni se le impide en principio desplazarse libremente. En este caso la persona o institución designadas por el tribunal para la vigilancia, son las eventualmente tienen la potestad de imponer al imputado las condiciones que consideran apropiadas para cumplir con la misión que les ha encomendado el órgano jurisdiccional.

Sin embargo, es de señalar que el tribunal debe permanecer atento frente a esta circunstancia, porque también aquí podría darse una privación o restricción excesiva o ilegítima de libertad, cuando esas condiciones que eventualmente se le podrían fijar al sometido a la medida por parte de la persona o institución encargada se extralimiten.

En todo caso, para la designación de la persona o institución que se encargará de la vigilancia del imputado, el tribunal debe atender a las condiciones y capacidades que esta posea y que le permitan garantizar ante el órgano jurisdiccional que los fines de protección al proceso, finalidad de cualquiera de las medidas cautelares sustitutivas que se impongan, efectivamente van a lograrse.

Junto con la obligación de vigilancia del imputado, la persona o institución no sólo asume el compromiso de impedir que este se sustraiga del proceso o lo obstaculice, sino que igualmente, asume la obligación de informar periódicamente al tribunal sobre el desenvolvimiento de su función, con lo que se busca mantener un efectivo control de la medida que garantice el cumplimiento de los fines que la justifican.

c. Presentación periódica del imputado ante el tribunal o ante la autoridad que aquel designe.

De lo que se trata en este caso es de mantener un control periódico del imputado, obligándolo a presentarse ante la autoridad jurisdiccional o cualquier otra que el tribunal designa, generalmente ante las prefecturas o jefaturas civiles. Con esta medida lo que se busca es evitar que el sospechoso se fugue e impida de esta manera que el proceso se realice, dado que en nuestro país es imposible realizar un proceso en ausencia.

Respecto a esta obligación de presentarse periódicamente, si bien la norma no establece la frecuencia o periodicidad de la presentación, el tribunal al imponer la medida debe tener muy en cuenta que esta obligación no puede ser de tal naturaleza que le impida al ciudadano sometido a la medida desarrollar

sus actividades, básicamente aquellas relacionadas con sus obligaciones laborales.

Como todas las medidas cautelares sustitutivas, debe privar el principio de que no pueden imponerse aquellas que sean de imposible cumplimiento, de allí que, presentaciones excesivamente frecuentes o ante autoridades que se encuentran extremadamente retiradas del lugar donde el imputado reside o en lugares de difícil acceso o que el traslado hasta estas dependencias sea extremadamente oneroso para el obligado, de forma que se le impida cumplir debidamente con la obligación, son maneras de convertir la medida en una sanción adelantada, más que en una garantía para que el proceso se verifique sin contratiempos.

Suele ocurrir que los tribunales una vez que han constatado el correcto cumplimiento de las presentaciones por parte del imputado, generalmente a solicitud de su defensor o del imputado mismo, deciden espaciar los periodos de presentación, concediéndoles una condición de mayor confianza, que sin duda resulta positiva ya que representa un criterio de progresividad en lo que se refiere a una menor gravedad de la medida.

d. Prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.

Esta medida está dirigida básicamente a asegurar que no se materialice el peligro de fuga y de esta manera el encausado no pueda sustraerse de los actos del proceso. Cuando nos referimos a ella, tenemos que tener en cuenta, que el derecho al libre transito, así como la posibilidad de salir del país constituye un derecho de rango constitucional, previsto en el artículo 50 de nuestra Carta Magna, que garantiza a toda persona el derecho a transitar libremente y por cualquier medio en el territorio nacional, así como a ausentarse de la República y volver.

Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 12, dispone que toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia, así como, que toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.

En ese mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 22 establece el derecho a circular en el territorio de un Estado y a salir libremente de este. Ambos tratados están suscritos por nuestro país.

Vistas las normas señaladas queda en evidencia como el derecho que se restringe mediante la medida que estamos tratando, es un derecho de la más alta categoría, por lo que los jueces al disponer su restricción deben actuar con

la debida prudencia, aplicando el principio de proporcionalidad, sobre todo, cuando esta medida puede significar implícitamente la imposibilidad para el imputado de ejercer su profesión u oficio, de cumplir con sus obligaciones familiares, desarrollar las más esenciales actividades de relación interpersonal o ejercer sus legítimos derechos políticos.

Cuando un juez aplica esta medida, debe estar abierto a su revisión siempre que se lo solicite, examinando la situación particular que se le plantea en cada oportunidad, a fin de determinar si resulta procedente levantar la medida para una ocasión en particular, o más bien de manera general, por supuesto, sin perder de vista la protección al proceso y la posibilidad de que este cumpla su efectiva finalidad.

e. Prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.

En este caso, lo que especialmente se persigue al imponer esta medida, es evitar que el imputado pueda obstruir la finalidad del proceso, que como ya antes lo señalamos, es averiguar la verdad acerca de la imputación que se le ha hecho.

La búsqueda de la verdad, significa un esfuerzo por parte del Ministerio Público, a quien se le ha asignado dentro del proceso la obligación legal de investigar todos los hechos punibles y ejercer la acción penal, y que está asistido en esta actividad por los órganos de investigación penal.

Esa actividad esta dirigida a incorporar al proceso penal los rastros y señales que conducen al conocimiento cierto del objeto procesal, ese propósito de averiguar la verdad sólo puede hacerse realidad de manera legítima a través de la prueba. Pero si el imputado pretende obstaculizar la obtención de la prueba, con una conducta que va más allá del ejercicio de su legítimo derecho a la defensa, desplegando acciones positivas destinadas a destruir esos rastros o evidencias o a presionar, amenazar o amedrentar a los sujetos que pueden aportar al juicio las evidencias que le permitan al juez conocer la verdad, en base a la cual le corresponde dictar una sentencia justa, entonces indudablemente se hace necesario tomar medidas para impedir que el imputado logre su propósito.

Es esa y no otra la finalidad que debe perseguir esta medida, que no debe imponerse para impedir que el imputado pueda desplegar sus actividades laborales, sociales o políticas, cuando esas actividades que le son propias, estén efectivamente ajustadas al ordenamiento legal vigente.

f. Prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.

En relación a esta medida, nos toca repetir los conceptos que expresamos respecto a la anterior, pues ambas están concebidas con la misma finalidad, evitar que el imputado obstruya la búsqueda de la verdad en el proceso.

Resulta interesante resaltar que el legislador al redactar este ordinal, puso especial cuidado en resaltar que la imposición de esta medida no puede afectar el derecho a la defensa, que es dentro del proceso junto con la presunción de inocencia la mayor garantía que le ofrece la Constitución y la ley. El ejercicio de ese derecho es lo que le permite al imputado esperar, que la sentencia que finalmente se dicte en el caso en el cual aparece señalado como autor o partícipe, será el resultado de un juicio justo y apegado a la normativa legal.

g. Abandono inmediato del domicilio si se trata de agresiones a mujeres y niños, o de delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado.

Esta medida cautelar parece más bien destinada a proteger a las mujeres y menores víctimas de delitos de agresiones sexuales y lesiones y menos al proceso, pero no hay duda que cuando se aleja al presunto implicado del domicilio, igualmente se evita que este ejerza presión sobre sus víctimas a fin de impedir que ellos aporten a los organismos de investigación, al Ministerio Público y en su oportunidad al Juez, información acerca del hecho objeto del proceso.

Ahora bien, a partir de la promulgación de la nueva Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, 12 esta medida cautelar sustitutiva deja de tener aplicación en los casos específicos de violencia contra la mujer, aunque la conserva en los casos en que las víctimas sean niños o adolescentes. Ello en razón de que en el artículo 89 de dicha ley, se establece que las medidas cautelares y de protección y seguridad previstas en ese dispositivo legal son de aplicación preferente en los casos de violencia contra la mujer.

En efecto, dicha ley establece en su artículo 87, entre las medidas de protección y seguridad que deben aplicar los órganos receptores de denuncias de manera inmediata y con fines preventivos, entre otras, la de ordenar la salida del presunto agresor de la residencia común, prohibir o restringir el acercamiento del presunto agresor a la mujer agredida, prohibición de que realice actos de persecución, intimidación o acoso a la mujer agredida o a algún miembro de su familia, así como ordenar apostamiento policial en el sitio de residencia de la mujer.

¹¹² LEY ORGÁNICA SOBRE EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA. Gaceta Oficial No.38647 del 19-3-07.

Por otra parte, dispone igualmente la ley en su artículo 92, las medidas cautelares que puede imponer el Tribunal de Violencia contra la Mujer a solicitud del Ministerio Público:

- 1.- Arresto transitorio del agresor por el lapso de 48 horas.
- 2.- Prohibición de salida del país.
- 3.- Prohibición de enajenar y gravar bienes de la comunidad conyugal o concubinaria, hasta por un 50%.
- 4.- Prohibición para el agresor de residir en el mismo municipio donde la mujer haya fijado su nueva residencia cuando se evidencie persecución.
- 5.- Allanamiento del lugar donde se cometieron los hechos.
- 6.- Fijar obligación alimentaria para la víctima.
- 7.- Imponerle al agresor la obligación de asistir a un centro especializado para el tratamiento de la violencia de género.
- 8.- Cualquier otra medida para la protección de la víctima.

Del examen de las medidas arriba reseñadas es evidente que si bien se trata de decisiones que tienen una finalidad cautelar, en el sentido de que se toman para prevenir o precaver, su objetivo a diferencia de lo que ocurre con las disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal, no está dirigido a la protección del proceso sino más bien de la víctima frente a la conducta de su presunto agresor.

En todo caso, y debido a que como ya se dijo, las normas contenidas en la Ley Orgánica sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia, en la que incluso se contempla un procedimiento y una jurisdicción especial para la investigación y juzgamiento de los hechos punibles en ella tipificados, son de aplicación preferente a las previstas en el citado código, está claro que en presencia de estos casos, habrán de imponerse las medidas especiales en ella contempladas.

h. Prestación de una caución económica adecuada, de posible cumplimiento por el propio imputado o por otra persona, atendiendo al principio de proporcionalidad, mediante deposito de dinero, valores, fianza de dos o más personas idóneas, o garantías reales.

Estas medidas cautelares contenidas en el ordinal 8 del artículo 256 del Código Orgánico Procesal Penal tienen una importante significación económica, porque afectan el patrimonio del imputado o de terceros que asumen la responsabilidad de garantizar ante el órgano jurisdiccional mediante un compromiso de tipo económico, que el imputado cumplirá con su obligación de comparecer cada vez que sea requerido en los actos del proceso.

Respecto a estas medidas de naturaleza patrimonial, el legislador ha sido muy claro y preciso, cuando en el texto del artículo 263 de la ley adjetiva penal dispone: "En especial, se evitará la imposición de una caución económica

cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado impidan la prestación."

En este sentido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha expresado de manera congruente con dicha norma:

"Como puede evidenciarse de lo expuesto, el Juez de Primera Instancia en Función de Control al negarse a revisar las medidas cautelares acordadas y mantener, de hecho, privado de su libertad por un lapso que excede ampliamente los lapsos contemplados en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, infringe a su vez, el artículo 9 eiusdem (principio de afirmación de la libertad) y, en particular, el artículo 263 eiusdem que prohíbe utilizar estas medidas cautelares 'desnaturalizando su finalidad', o imponiendo otras 'cuyo cumplimiento sea imposible. En especial, se evitará la imposición de una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado impidan la prestación'".

Las disposiciones legales antes mencionadas, fueron violentadas por el Juez de Control, en perjuicio del derecho constitucional a ser juzgado en libertad contemplado en el artículo 44, numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; y así se declara."¹¹³

Igualmente, ha ratificado ese criterio al establecer en otro caso:

"En razón de lo anterior, comparte la Sala los argumentos esgrimidos por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, al considerar que efectivamente al accionante se le vulneraron sus derechos constitucionales al mantenérsele sometido a medidas de coerción personal por un lapso que excede al límite máximo establecido en el Código Orgánico Procesal Penal, condicionado por el cumplimiento de una medida que le resultaba imposible al accionante en desmedro de sus derechos constitucionales." 14

Respecto a este punto es importante precisar que en la imposición de estas medidas de carácter económico el Juez debe analizar cada caso en particular, a fin de establecer con precisión si efectivamente el imputado puede satisfacer los requisitos que se le imponen, ya que de lo contrario se podría estar disfrazando el fin que realmente se persigue, mediante la imposición de una medida de imposible cumplimiento, con lo que, ocultamente se estaría prolongando una detención, o dando lugar a la imposición de una medida privativa de libertad, además que se estaría violando el dispositivo legal que establece que estas medidas de carácter económico no pueden aplicarse cuando el imputado carezca de los medios que le permitan satisfacerla.

 ¹¹³ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia No. 375-04 del 16-3-04.
 114 TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia No. 990-04 del 26-5-04

Al respecto, se ha pronunciado la Sala Constitucional reiterando su criterio respecto a como deben actuar los jueces en estos casos:

"En efecto, los Tribunales Penales están facultados para acordar, en caso que sea procedente, una medida cautelar sustitutiva de la privación de libertad referida a la prestación de una caución económica, pero a tales fines, deben tomar en cuenta que esa medida debe ser '...de posible cumplimiento por el propio imputado o por otra persona, atendiendo al principio de proporcionalidad...', como lo establece el artículo 256 del Código Orgánico Procesal Penal vigente. Para determinar la imposibilidad o no del cumplimiento de esa medida que se piensa acordar, deberá tomar en cuenta, igualmente, lo previsto en el artículo 257 eiusdem, referido al arraigo en el país del imputado, la capacidad económica del imputado y la entidad del delito y del daño causado, las cuales también estaban contempladas en el entonces vigente artículo 266, ibídem. Ahora bien, en caso en que el solicitante no pueda dar cumplimiento a dicha caución económica, puede el imputado interponer el recurso de apelación al observar que el Tribunal que acordó la medida de caución económica no cumplió con los requisitos establecidos en el Código Penal adjetivo, es decir, que era de imposible cumplimiento, circunstancia que igualmente estaba prevista en el entonces artículo 265, aplicable en el presente caso. En consecuencia, al haberlo considerado así la abogada de los accionantes, debió interponer dicho medio de impugnación, antes de acudir a la vía de amparo...".

En relación a estas medidas cautelares de carácter económico pasamos a analizar las normas contenidas en los artículos 257 y 258 del mismo código, mediante las cuales se desarrollan los requisitos que estas deben reunir.

1) Fijación del monto de la caución económica

En efecto, el artículo 257 le señala al juez los parámetros a seguir para la fijación del monto de la caución económica, y al respecto establece unas cantidades que son referenciales para el juez que ha de dictar la medida, que van de treinta a ciento ochenta unidades tributarias, disponiendo que para fijarla debe tener en cuenta el arraigo en el país del imputado, y que ese arraigo debe estimarse en base a una serie de circunstancias relacionadas con la persona del sospechoso, su nacionalidad, su domicilio, su residencia, donde está asentada su familia y las facilidades que pudiera tener para abandonar el país o permanecer oculto dentro de el.

Igualmente se le indica al tribunal que deberá tener en cuenta la capacidad económica del imputado, la entidad del delito y el daño causado con ocasión de aquel, pero agrega que esa cantidad de unidades tributarias previamente señalada en el texto legal, puede ser superada en el caso de que

¹¹⁵ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia No371del 6-3-02 Criterio ratificado en sentencia No. 1339 del 14-7-04.

aparezca acreditada ante el tribunal la especial capacidad económica del imputado o la del daño causado.

No se trata de hacer discriminaciones en base a la nacionalidad o a la capacidad económica del imputado, sino más bien de adaptar la medida al caso particular, ya que indudablemente una persona extranjera sin residencia o domicilio dentro del país y cuya familia no se encuentra asentada aquí, pudiera estar más dispuesta a fugarse del país y sustraerse de los actos del proceso con lo cual se impediría su realización.

El deber que se le señala al juez de tener en cuenta la capacidad económica del imputado, es congruente por argumento en contrario, con el principio previsto en el artículo 263 del Código Orgánico Procesal Penal ya comentado, en el sentido de que no debe imponerse una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado impidan su prestación. Si bien no puede imponerse una medida de carácter económico a quien no pueda cumplirla, tampoco se debe imponer una que resulte intrascendente respecto al patrimonio del imputado, porque de lo que se trata es de examinar cada caso en concreto e imponer la medida de acuerdo a las características particulares de cada uno.

2) Entidad del delito y daño causado.

Así mismo, el legislador en el texto del mencionado artículo 257, le ordena al juez tener en cuenta la entidad del delito imputado y el daño causado, porque la suma establecida en la caución, debe guardar proporción con los hechos objeto de la investigación o del proceso, aunque se debe tener especial cuidado no sólo en imponer una medida de imposible cumplimiento, sino igualmente en pretender adelantar la sanción cuando el delito que se imputa es de aquellos que nos provocan especial repulsa.

Por otra parte, respecto a la fijación de la caución económica y el establecimiento de su monto en base a la condición patrimonial del imputado, la entidad del delito y el daño causado, toma nuevamente el legislador esta última circunstancia para establecer que si el delito que se le imputa al sospechoso tiene prevista una pena privativa de libertad, que en su límite máximo supere los ocho años, el tribunal deberá igualmente prohibir la salida del país, prohibición está que sólo en casos extremos y debidamente justificados podrá ser levantada, permitiéndosele al imputado salir del país por un lapso determinado por el tribunal. Estamos en presencia de una norma que no sólo obliga al juez a imponer dos medidas cautelares de forma contemporánea, sino que igualmente, toma en cuenta la misma circunstancia para aplicar las dos medidas, ya que es la entidad del delito, cuya pena en su límite máximo supera los ocho años, lo que da lugar a esta situación.

En el último aparte de dicho artículo, se expresa que "el Juez podrá igualmente imponer otras medidas cautelares según las circunstancias del caso, mediante auto motivado." Con ello parecería que le está permitido al tribunal no sólo imponer una caución económica acompañada de la prohibición de salida del país, sino que además a estas dos medidas puede agregar otras según las circunstancias que rodeen el caso, exigiéndosele sólo para ello hacerlo mediante auto motivado. Más adelante, trataremos lo relativo al número de medidas cautelares que podría el juez imponer en contra del mismo imputado.

i. Caución Personal

Contempla igualmente nuestro ordenamiento procesal penal, en su artículo 258, otra forma de garantizar las resultas del proceso, se trata de la constitución de una caución personal por parte de terceras personas que se comprometen ante el tribunal como fiadores, en el sentido de que el imputado no se ausentará de la jurisdicción del tribunal y se presentará a la autoridad que designe el juez, cada vez que se le ordene.

Estas personas, cuyo número no precisa el legislador, pero a las que se refiere de manera plural, en la práctica tribunalicia suelen ser generalmente dos.

Respecto a las condiciones que deben reunir, la ley les exige ser:

De reconocida buena conducta.

Responsables.

Tener capacidad económica para atender las obligaciones que contraen.

Estar domiciliados en el territorio nacional.

Para dejar constancia de manera expresa dentro de las actuaciones que lleva el tribunal de estas exigencias, usualmente se exige a las personas que se muestran dispuestas a actuar como fiadores del imputado, constancia de trabajo emitida por su empleador, así como de buena conducta y de residencia emitida por la Jefatura Civil. En el caso de que la cantidad que se fije como fianza supere el monto legalmente imponible por el impuesto sobre la renta, es usual que se le pida al eventual fiador, la última declaración de impuesto sobre la renta.

Cabe señalar que si bien la norma dispone que los fiadores residan en el territorio nacional, sin embargo los tribunales son más precisos y exigen que se encuentren residenciados en la jurisdicción del tribunal; ello facilita que cumplan debidamente con su misión de garantizar que el imputado permanecerá en esa misma jurisdicción y que ellos, al igual que el imputado, comparecerán cada vez que sean requeridos por el tribunal.

Los fiadores deberán firmar un acta levantada en el tribunal, donde no sólo se deja constancia de los recaudos consignados para acreditar las condiciones que legalmente se les exigen para asumir esta responsabilidad, sino

que igualmente en esa acta se deja constancia formal de las obligaciones que estos asumen, así como el compromiso de tipo económico que están dispuestos a satisfacer en caso del incumplimiento por parte del imputado de sus obligaciones ante el tribunal.

Es este compromiso económico que asumen los fiadores ante el tribunal en el caso de que su patrocinado se fugue, lo que determina que esta medida cautelar se ubique dentro de aquellas con significación patrimonial.

En efecto, en el caso de que el imputado se ausente de la jurisdicción del tribunal o no se presente cuando sea requerido, los fiadores asumen la obligación de pagar los gastos de captura, lo que generalmente resulta en que son los fiadores quienes se encargan de ubicar al imputado para presentarlo ante el juez; así mismo, los fiadores pagarán las costas procesales que se causen desde el día que el encausado se hubiere ocultado o fugado hasta su captura. En el caso en el que no se logre su captura, entonces se verán obligados a cancelar por vía de multa la cantidad afianzada que se fijará en el acta constitutiva de la fianza.

El tribunal para el momento en que admite a los fiadores como tal, fija el monto de la cantidad de dinero que estos se comprometen a pagar en caso del incumplimiento de sus obligaciones. Si bien no se dispone expresamente, es evidente que esa cantidad que asumen como fianza, debe ser fijada por el juez siguiendo los mismos criterios establecido por el legislador en el texto del artículo 257 del Código Orgánico Procesal Penal que ya arriba hemos comentado, esto quiere decir, que se debe tener en cuenta para la fijación de ese monto la capacidad económica del imputado y de sus fiadores y la entidad del delito cometido, así como el daño causado en razón del hecho punible.

Respecto a las costas procesales que se causen desde el día que el encausado se hubiere ocultado o fugado hasta su captura, la cual los fiadores deben cancelar al tribunal, en la práctica no se imponen debido a que de conformidad con jurisprudencia de la Sala Constitucional¹¹⁶ y dictamen de la Procuraduría General de la República,¹¹⁷ que interpretan el principio constitucional de gratuidad de la justicia,¹¹⁸ las actuaciones procesales no generan costas y estas en todo caso se limitan a los honorarios profesionales que corran por cuenta directa de las partes, los cuales sólo se hacen efectivos si estas demandan por el procedimiento de intimación de honorarios.

Esta aplicación de manera general del principio de gratuidad de la justicia para todas las situaciones en las que la normativa de código adjetivo penal se

¹¹⁶ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia del 2-3-2000.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión relativa a al procedencia o no de la emisión de planillas de liquidación por concepto de costas procesales existentes en el Ministerio de Finanzas del 29-5-2001.

¹¹⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Artículo 26.

refiere a las costas procesales, parece olvidar que en algunos casos el pago de esas costas procesales, deja de ser el pago correspondiente a los gastos causados por las actuaciones judiciales y tiene más bien la naturaleza de una verdadera sanción que se impone a aquel que ha desacatado sus obligaciones frente al órgano jurisdiccional, como en nuestro criterio sería en el caso que nos ocupa, o que ha actuado de manera irresponsable durante el proceso, con lo que ha motivado actividades procesales innecesarias¹¹⁹. De allí que, la aplicación del principio de gratuidad de la justicia parecería que no es aplicable indistintamente a todas las situaciones legales, ya que en algunos casos el pago de las costas procesales es una sanción expresa establecida por el legislador.

j. Caución Juratoria.

La previsión de esta modalidad de compromiso frente a las obligaciones que le impone el proceso al imputado y que el legislador contempla dentro del capitulo correspondiente a las medidas cautelares sustitutivas en el artículo 259 del Código Orgánico Procesal Penal, constituye el ejercicio más patente por parte del legislador de la efectiva vigencia del principio de presunción de inocencia. Sólo aquel que recibe el trato de un inocente, puede exigírsele que se comprometa personalmente a someterse al proceso y a no obstaculizar la investigación. Sin embargo, resulta llamativo que igualmente se le exija compromiso en el sentido de "abstenerse de cometer nuevos delitos", con lo que aparentemente queda sin efecto la presunción anterior, ya que la expresión "nuevos delitos" pareciera evidenciar que ya se le considera culpable de aquel por el cual se le exige la caución personal. En todo caso, frente a esta infortunada redacción de la norma, hay que reconocer que aun cuando ciertamente existen en su contra elementos de convicción que lo relacionan con el delito, de allí su condición de imputado, a pesar de ello en este caso, el juez le concede valor a la expresión formal de un compromiso que sólo tiene como garantía la palabra empeñada.

A esta opción acude el tribunal, en el caso de que el imputado se encuentre en la imposibilidad manifiesta de presentar fiadores o no tenga la capacidad suficiente para constituir una caución económica, pero igualmente, resulta evidente, aunque la norma no lo establece, que el juez asumiendo cabalmente la responsabilidad que tiene en el proceso, para conceder esta modalidad tendrá muy en cuenta la entidad del delito y las especiales condiciones personales del imputado.

Este compromiso personal que asume el imputado y en razón del cual no se le aplica una medida de coerción que se encuentra en la imposibilidad de cumplir, se hace operativo mediante la elaboración de un acta en la que se identifica plenamente aportando sus datos personales, dirección de residencia y lugar donde puede ser notificado por el tribunal acerca de cualquier

¹¹⁹ También sería el caso en las situaciones previstas en los artículos 270 290, 297del Código Orgánico Procesal Penal.

requerimiento, acta en la que también asume formalmente las obligaciones de no ausentarse de la jurisdicción del tribunal o de las que éste le fije y a presentarse cada vez que se le requiera.

k. Cualquier otra medida preventiva o cautelar que el tribunal, mediante auto razonado, estime procedente o necesaria.

Resulta pertinente referirse a esta potestad discrecional que el legislador le confiere al juez para imponer medidas cautelares sustitutivas no contempladas expresamente en la ley adjetiva penal, ello porque esta facultad que se le concede al funcionario judicial, resulta especialmente delicada ya que su actividad en esta materia debe estar encuadrada dentro de los principios que rigen la materia relacionada con las medidas coercitivas.

En efecto, tratándose de la restricción de un derecho de rango constitucional, el juez debe actuar apegado al principio de proporcionalidad, que le impone ponderar el fin que se persigue respecto a la medida que se impone, así como al de presunción de inocencia, que determina que el imputado debe ser tratado como inocente hasta que se establezca su culpabilidad por sentencia definitivamente firme, teniendo en cuenta que respecto a las normas que restringen el derecho a la libertad debe aplicarse una interpretación restrictiva que le impide hacer uso de la analogía para aplicar dichas normas a situación no prevista expresamente por la ley, sin olvidar que el único objetivo que legítima la imposición de estas medidas durante el proceso es justamente garantizar la presencia del imputado en los actos de procedimiento y la búsqueda de la verdad a través de la prueba.

Por otra parte, también en ejercicio de esta facultad, el tribunal no puede olvidar que la ley le prohíbe utilizar estas medidas desnaturalizando su finalidad, como sería el caso en el que se usarán para adelantar una sanción, y que igualmente no le es dado imponer sanciones de imposible cumplimiento.

En fin, en el ejercicio de esta facultad el juez debe actuar con la máxima prudencia, apegado estrictamente a los principios de carácter constitucional y legal que rigen la materia, porque toda medida que se aparte de estos parámetros, mediante la cual haga uso abusivo de la potestad que le concede la ley, debe considerarse ilegítima y por ser lesiva a un derecho tan fundamental como el de la libertad, estará viciada de nulidad.

D. LÍMITE EN EL NÚMERO DE MEDIDAS A IMPONER

Este punto es particularmente interesante porque si bien existe jurisprudencia de la Sala Constitucional respecto a la interpretación que se hace del contenido del último aparte del artículo 256 del Código Orgánico Procesal Penal que dispone: "En ningún caso podrán concederse al imputado, de manera contemporánea tres o más medida cautelares sustitutivas.", sin embargo una

vez efectuada una interpretación sistemática de las normas que regulan la materia de las medidas cautelares sustitutivas, la conclusión a la que se arriba pareciera ser diferente a la que ha dado hasta ahora la Sala a ese precepto legal.

En efecto, la Sala Constitucional ha establecido el criterio de que el sentido de esta norma es la de impedir que los jueces en ejercicio de la facultad que la ley les confiere para imponer medidas coercitivas respecto a un mismo objeto procesal, hagan de ella un uso abusivo, imponiendo restricciones excesivas al ejercicio del derecho a la libertad.

Al respecto se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo al conocer del recurso de amparo, considerando que cuando los jueces incurren en esa conducta abusiva violentan las garantías constitucionales. En ese sentido podemos señalar las siguientes sentencias:

"Este derecho a ser juzgado en libertad se conculca aún más, cuando se imponen varias medidas cautelares y no una, como lo ordena el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal. A este respecto, esta Sala Constitucional, en sentencia Nº 1927, del 14 de agosto de 2002 (R. O. Puentes en amparo), decidió que 'la aplicación de más de una medida (sustitutiva) en contravención con lo dispuesto en el referido Artículo 259 (hoy 250), constituye una clara y evidente lesión al debido proceso y, también, al derecho a la libertad personal...`. Continua el fallo mencionado, que ´el derecho a la libertad personal no se viola solamente cuando se priva de libertad a un ciudadano, sino también cuando el ejercicio de ese derecho resulta restringido más allá de lo que la norma adjetiva indica, como en el caso que nos ocupa, pues hay que recordar que las medidas cautelares sustitutivas, si bien no son privativas de libertad, sí son restrictivas y la garantía constitucional - cuando se refiere al derecho de libertad personal- se concreta en el ejercicio pleno de dicho derecho. De allí que acordar medidas cautelares sustitutivas de la privativa de libertad más allá del límite legal, constituye indudablemente, una lesión indebida al referido derecho fundamental, entendido en forma integral, como ha quedado expuesto...". 120

Como podemos observar, en este caso en concreto la Sala se pronuncia en un caso en que el Fiscal del Ministerio Público vencido el lapso correspondiente, no acusa, archiva o solicita el sobreseimiento respecto del imputado que permanece detenido por orden judicial y hace referencia a la circunstancia de que una vez que el juez hace cesar la medida privativa de libertad, sólo puede imponer una única medida cautelar sustitutiva a tenor de lo establecido en el texto del artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal.

En otro caso, en que el imputado y su defensor alegaron ante la Sala Constitucional "... que el Juzgado de Juicio le impuso una caución económica de quinientas (500) unidades tributarias, que no podía cumplir y que, por tanto, le

¹²⁰ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia No. 375-04 del 16-3-04

impedía que se materializara su libertad; asimismo, que se inobservó el contenido del artículo 256 del Código Orgánico Procesal Penal, que señala que no puede decretarse, en forma coetánea, tres o más medidas cautelares sustitutivas de la privación de libertad, por lo que pidió que, a través del amparo, se le decrete a su favor otras medidas, específicamente, la contenidas en los cardinales 3 y 4 de la referida disposición normativa o la señalada en el ´artículo 259 eiusdem."

La Sala Constitucional frente a este alegato decidió: "No obstante la declaratoria de inadmisibilidad en el presente asunto, esta Sala considera pertinente, en virtud de que se encuentra afectado el orden público, ordenarle al Juez que conoce la causa penal del quejoso, siempre y cuando no se haya dictado sentencia definitiva, que revise de oficio, de acuerdo con lo señalado en el artículo 264 del Código Orgánico Procesal Penal, la decisión que le acordó al quejoso tres medidas cautelares sustitutivas, toda vez que la parte in fine del artículo 256 eiusdem, establece que en ´ ningún caso podrán concederse al imputado, de manera contemporánea tres o más medidas cautelares sustitutivas`...". 121

Ahora bien, si analizamos el contenido de la norma que nos ocupa en relación y de manera conjunta con todas aquellas referidas a la materia de las medidas cautelares sustitutivas, surge más bien el criterio de que lo que el legislador quiso impedir con ella es que a una misma persona en procesos diferentes en los que se le imputan hechos punibles distintos, puedan concedérsele más de dos medidas cautelares sustitutivas, esto es, que una vez que surge una tercera imputación y respecto a esta se estudia la posibilidad de otorgarle otra medida cautelar sustitutiva, el juez debe negarla y proceder en caso de que corresponda, a imponer una medida privativa de libertad.

Arribamos a esta conclusión cuando examinamos las siguientes normas:

En primer lugar, el último aparte del artículo 256, ya arriba trascrito, que al referirse a este asunto no habla de la prohibición de imponer tres o más medidas de manera contemporánea, sino que usa el verbo "conceder". El uso de este verbo y no el otro, es en este caso significativo, pareciera querer indicar que la situación a la que se refiere la norma es la de un imputado al que se le han concedido ya dos medidas y no se le puede conceder otras, porque si bien obra a su favor la presunción de inocencia, ya ha sido imputado en dos procesos diferentes, en los que se han aportado elementos de convicción que lo relacionan con los hechos en calidad de autor o partícipe, tanto es así, que el órgano jurisdiccional ha considerado llenos en cada caso los requisitos legales exigidos para proceder a dictar esas medidas.

En el mismo sentido, el artículo 251 del citado Código, establece cuales son los parámetros que debe seguir el juez para fijar el monto de la caución

¹²¹ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia No. 4676 del 14-12-05

económica y agrega que si se tratare de un delito con pena mayor a ocho años debe el juez también imponerle al imputado la prohibición de salida del país, con lo que ya se estarían aplicando dos medidas cautelares, sin embargo, en el último aparte de dicho artículo dispone: "El juez podrá igualmente imponer otras medidas cautelares según las circunstancias del caso, mediante auto motivado."

Es decir, que por mandato expreso del legislador aquí se le está concediendo al juez la facultad de dictar tres o más medidas cautelares en un mismo caso.

Igualmente, en el artículo 259 del código adjetivo penal que contempla la llamada caución juratoria, el legislador dispone que el imputado que se comprometa frente al tribunal, a través de esta modalidad a someterse al proceso y a no obstaculizar la investigación, se le impondrá la obligación de no ausentarse de la jurisdicción del tribunal o de la que este le fije, medida cautelar contemplada en el ordinal 4º del artículo 256; así mismo, le impondrá la obligación de presentarse ante el tribunal o ante la autoridad que el juez designe las oportunidades que se le señalen, medida contemplada en el ordinal 3º del citado artículo 256. Esto quiere decir, que junto a la caución juratoria que es una medida por si sola, el propio legislador determina que se impongan al imputado dos medidas mas, con lo que se suman tres sobre la misma persona, respecto a un mismo hecho.

Cuando el legislador limita la imposición de una sola medida cautelar sustitutiva en el caso en que el fiscal no haya actuado oportunamente, lo hace de manera excepcional, ya que el texto del artículo 256 cuando enumera las distintas medidas cautelares sustitutivas que pueden imponerse cuando los fines del proceso puedan ser preservados mediante una medida menos gravosa que la privación de libertad, establece: "deberá imponerle en su lugar, mediante resolución motivada, **algunas** de las medidas siguientes".

Con ello quiere concederle al juez la posibilidad de imponer todas aquellas medidas que considere necesarias para preservar el proceso, eso si, sin olvidar que no puede utilizarlas desnaturalizando su finalidad o imponiendo medidas de imposible cumplimiento, evitando particularmente la imposición de medidas económicas cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado impidan la prestación.

De lo que se trata es de conceder una facultad, pero limitando el ejercicio de esa facultad, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad que le impone al juez la ponderación de la limitación que se impone respecto al fin que se persigue. Igualmente, el juez debe respetar la intangibilidad del contenido esencial del derecho destinada a preservar esa parte sustancial sin la cual el derecho pierde su sentido. Así mismo, el juez debe examinar la compatibilidad de la medida con el sistema democrático, en razón de la cual no puede considerarse legítima aquella limitación que si bien cumple todos los requisitos

formales exigidos para el caso, sin embargo, constituye una franca o velada negación a los principios democráticos que deben regir todo Estado moderno.

Por ello, es que no está preestablecido el número de medidas que el juez puede imponer al imputado, lo que si está claramente determinado es que estas medidas deben estar apegadas a las limitaciones y principios constitucionales y legales que rigen la materia.

Por último, debemos hacer referencia al parágrafo primero del artículo 262, que se refiere a la situación de aquel imputado sobre el cual ya pesa una medida cautelar sustitutiva previa relacionada con otro proceso, en esos casos el legislador se toma el trabajo de precisar que si es posible dictar otra medida cautelar, ya que si el juez considera que procede su imposición por otro hecho distinto, la ley le faculta para hacerlo, acumulándose entonces, dos medidas por dos hechos diferentes en contra del mismo imputado. Ello evidencia que si bien para el legislador lo ideal es que sólo se acuerden medidas cautelares respecto a un único proceso, sin embargo, atendidas las circunstancias particulares, es posible llegar a dictar hasta dos.

Ello revela la intención del legislador que quiere dejar en claro que en esta situación particular, la existencia de una medida previa no determina la imposibilidad de que se le imponga otra por un hecho distinto, lo único que se le exige al juez es que examine las circunstancias del caso y que decida al respecto, esto es, que en base a esas circunstancias tome la decisión que considere más prudente y conveniente.

En todo caso, es indudable que la redacción del último aparte del citado artículo 256 se presta a confusión. Con respecto a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, sobre este asunto observamos que en algunos casos en los que se menciona la norma, la decisión se refiere a situaciones diferentes, como la contemplada en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal y por tanto no es totalmente aplicable al caso que nos ocupa. Igualmente, podríamos decir que los criterios que maneja la Sala Constitucional si bien reflejan una interpretación favorable, sin embargo pensamos que esta no responde a la aplicación de una interpretación restrictiva de la norma, sino que más bien, es el producto de una interpretación aislada de la norma, referida a situaciones particulares, que no responde a una verdadera interpretación sistemática, en la que se tome en cuenta el conjunto total de la normativa aplicable en materia de medidas cautelares sustitutivas.

E.- DURACIÓN DE LAS MEDIDAS

Las medidas cautelares sustitutivas decaen, al igual que ocurre con la medida privativa de libertad, una vez transcurrido el lapso fijado por el tribunal en base a lo previsto en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, lapso

éste que no puede sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder de dos años.

El texto de dicho artículo no limita la aplicabilidad de este principio a la sola privación de libertad, como algunos parecen pensar, se refiere a las medidas de coerción de manera general y no distingue entre unas y otras.

En la referida norma se establece de manera expresa la aplicación del Principio de Proporcionalidad, para la duración de las medidas de coerción, y como la misma Sala Constitucional lo ha declarado son tan medidas de coerción las llamadas medidas cautelares sustitutivas como lo es la privativa de libertad, ambas restringen el derecho constitucional y sólo se diferencian en que unas son menos gravosas que la otra.

Partiendo de esa afirmación, surge entonces una interrogante relativa a si será legítimo aplicar medidas de coerción una vez que ha cesado la privativa de libertad en razón de del transcurso del lapso de pena mínima del delito o los dos años establecidos por la ley.

Respecto a la posibilidad de dictar una medida cautelar sustitutiva, una vez que cesa la privativa de libertad por el decaimiento de la medida por el transcurso de los dos años la Sala Constitucional ha dicho:

"Ahora bien, debe recordarse que, de conformidad con los artículos 9 y 247 del Código Orgánico Procesal Penal, las disposiciones que restrinjan la libertad del procesado o limiten sus facultades son de interpretación restrictiva. Así, el Código Orgánico Procesal Penal limita en el tiempo la duración de todas las medidas de coerción personal, y no sólo de la privativa de libertad, todas las cuales se tornan ilegítimas por el transcurso del lapso que dispone el referido artículo 244.

En tal sentido, observa la Sala que el quejoso estuvo sometido a medida de coerción personal privativa de libertad por un lapso que excedió el límite temporal que, respecto de la misma, preceptúa el tantas veces mencionado artículo 244, razón por la cual, a falta de decreto judicial de prórroga de la misma y por cuanto el retardo procesal en la celebración de la audiencia oral y pública no fue imputable al aquí demandante, debió procederse a la revocación de la misma y, en consecuencia, a decretar la libertad plena del imputado; en este sentido, resultó errada la decisión de la primera instancia constitucional cuando le impuso al quejoso una medida cautelar sustitutiva de la privativa de libertad."¹²²

La anterior decisión es clara, la Sala sobre la base de lo dispuesto en el artículo 244 del Código adjetivo penal y el principio que establece que las normas restrictivas de la libertad deben ser interpretadas de manera restrictiva,

¹²² TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia No. 369 del 31-3-05

afirma sin dejar lugar a dudas que imponer una medida cautelar sustitutiva después que la privativa de libertad ha decaído es un error, pero además hace un señalamiento muy importante que hay que tener en cuenta a los fines de ordenar la cesación de una medida de coerción, referido a que la prolongación por más de dos años de la medida no puede ser imputable al afectado por esa medida.

Este criterio aparece ratificado por la misma Sala que reitera los conceptos emitidos con anterioridad:

"La Sala observa, que dentro de los principios que regulan la aplicación de las medidas de coerción personal, el Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 244 estableció el principio de la proporcionalidad conforme al cual, entre otras regulaciones, las medidas de coerción personal, en ningún caso, podrán sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de dos (2) años.

Ello en razón de procurar diligencia en el desarrollo del proceso y, evitar dilaciones injustificadas por parte de los órganos jurisdiccionales. Igualmente dicho principio protege a los imputados de la posibilidad de sufrir detenciones eternas sin que, contra ellos pese sentencia condenatoria definitivamente firme.

Al respecto, estima la Sala preciso reiterar, la doctrina establecida en sentencia del 12 de septiembre de 2001 (Caso: Rita Alcira Coy y otros) donde apuntó:...

Etimológicamente, por medidas de coerción personal, debe entenderse no sólo la privación de libertad personal, sino cualquier tipo de sujeción a que es sometida cualquier persona, por lo que incluso las medidas cautelares sustitutivas, son de esa clase. En consecuencia, cuando la medida (cualquiera que sea) sobrepasa el término del artículo 253 del Código Orgánico Procesal Penal, ella decae automáticamente sin que dicho Código prevea para que se decrete la libertad, la aplicación de medida sustitutiva alguna, por lo que el cese de la coerción -en principio- obra automáticamente, y la orden de excarcelación, si de ella se trata, se hace imperativa, bajo pena de convertir la detención continuada en una privación ilegítima de la libertad, y en una violación del artículo 44 constitucional. A juicio de esta Sala, el único aparte del artículo 253 del Código Orgánico Procesal Penal, cuando limita la medida de coerción personal a dos años, no toma en cuenta para nada la duración del proceso penal donde se decreta la medida, el cual puede alargarse por un período mayor a los dos años señalados, sin que exista sentencia firme, y ello -en principio- bastaría para que ocurra el supuesto del artículo 253 del Código Orgánico Procesal Penal" (resaltado de la Sala).

Siendo ello así, es evidente que, en el presente caso, las medidas de coerción personal impuestas al imputado sobrepasan el término establecido en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, lo cual aunado a la circunstancia de la dilación indebida del proceso por causas no atribuibles a conducta alguna de éste o de su defensa, hace que ésta cese automáticamente."¹²³

Sin embargo, dentro de la jurisprudencia de la referida Sala Constitucional igualmente encontramos pronunciamientos que contradicen aquellos que de manera tan acertada reafirman los principios de proporcionalidad e interpretación restrictiva de las normas que restringen la libertad personal, así tenemos:

"A los fines de la conciliación de la obligatoria tutela de los derechos constitucionales de los demandantes con el interés social del aseguramiento de la prosecución y oportuna conclusión del proceso penal al cual éstos se encuentran sometidos, esta Sala ordena a la legitimada pasiva que, inmediatamente a la notificación de la presente decisión, decrete medida cautelar sustitutiva de la privativa de libertad, según lo que preceptúa el artículo 256 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal. Así se decide." 124

Resulta ilegítimo y sin fundamento legal imponer medidas sustitutivas cuando la cesación de la privativa de libertad responde al transcurso del plazo de dos años establecido por el legislador, como criterio de proporcionalidad respecto a la aplicación de las medidas de coerción, ya que tanto las medidas cautelares sustitutivas como la privativa de libertad afectan un derecho de rango constitucional que se ve restringido en su disfrute en ambas situaciones.

Lo que busca el citado artículo 244 es evitar la aplicación abusiva de las medidas de coerción y con ello establecer límites a la prolongación indefinida del proceso penal.

F. REVISIÓN DE LAS MEDIDAS

La revisión periódica de las medidas coercitivas, sean estas cautelares sustitutivas o privativas de libertad, a la cual se encuentra obligado el juez, responde al criterio de la excepcionalidad, que determina que estas sólo se imponen cuando resultan efectivamente necesarias para la protección del proceso, pero que cuando esta necesidad cesa, deben igualmente cesar las medidas. Por eso es que el tribunal debe permanecer atento y revisar las circunstancias que dieron lugar a la medida, ya que si bien estas debieron estar

 ¹²³ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia No. 990 del 26-5-04
 ¹²⁴ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia No. 1823-02 del 6-8-02

presentes para el momento en que el juez decidió imponerlas, no necesariamente se mantienen en el tiempo.

El artículo 264 del Código Orgánico Procesal Penal, establece que esta revisión la debe realizar el juez cada tres meses, ese lapso de tiempo nos podría indicar cuales son las expectativas del legislador respecto al tiempo que prudencialmente debería durar la medida, ello sobre la base de un proceso que se realiza con la debida celeridad, en el cual la investigación no se prolonga innecesariamente y el acusador procede a actuar en su debida oportunidad, en el que no se pretende adelantar la pena al imputado, sino que la medida tiene por único fin asegurar que el proceso efectivamente se realice, lo cual no es posible sin la presencia del imputado, y que además se concrete la finalidad del proceso que no es otra que la búsqueda de la verdad a través de la prueba para en base a ella dictar una sentencia justa.

Este período de tres meses que se le fija al juez no se aplica al imputado, a quien se le concede la facultad de solicitar esa revisión cada vez que lo considere pertinente, pertinencia que viene dada por la eventual desaparición o variación de las circunstancias que dieron motivo para dictar la medida. No se trata de una solicitud de revisión sin fundamento, sino que el imputado y su defensa están obligados a señalarle al juez cual es la razón en la que fundamentan su petición, a fin de que este proceda a revisar la medida, para entonces dictar la decisión a que hubiere lugar, hacerla cesar o cambiarla por otra menos gravosa, si las razones que motivaron la solicitud de revisión son valederas y mantenerla si resulta lo contrario.

En cuanto a cual es el juez al que le corresponde realizar la revisión periódica de la medida y resolver sobre la solicitud del imputado, habría que decir que es aquel que tiene el conocimiento de la causa para el momento en que, transcurrido el lapso correspondiente, procede la revisión de la medida o se presenta la solicitud en ese sentido del imputado o su defensor.

Al respecto, es conveniente referirnos a la situación frecuente en la que, en la etapa preparatoria o de investigación, si bien el juez de control ha dictado la medida de coerción, las actuaciones se encuentran en el despacho del fiscal del Ministerio Público, quien es a quien corresponde legalmente la práctica de las diligencias tendientes a la investigación del hecho. En esta situación, el juez de control debe ser extremadamente cuidadoso, porque si bien no le corresponde investigar el hecho y por tanto no tiene a su cargo las actuaciones en esa etapa del proceso, sin embargo, es él, el responsable de la vigilancia y revisión de la medida, en el sentido de verificar cada vez que legalmente le corresponda, si han cesado o variado las condiciones que dieron lugar a su pronunciamiento, sea esta privativa o cautelar sustitutiva, ya que en los casos en que lo considere procedente, es a él a quien le corresponde hacerla cesar o sustituirla por otra menos gravosa.

De allí que la resolución judicial que se tome por efecto de la revisión, no implica necesariamente la revocatoria o el mantenimiento de la medida, sino que igualmente puede consistir en el cambio de esta por una menos gravosa que mejore la condición del imputado, disminuyendo la restricción del derecho a la libertad.

Esta decisión judicial no es impugnable, así lo establece de manera expresa la norma, ello en razón de que la obligación del juez de revisar periódicamente la medida y la facultad del imputado de solicitarla subsiste, es permanente, y consecuencialmente ni la decisión ni la medida adquieren carácter definitivo, por lo que la situación puede variar al cambiar las circunstancias que dieron lugar a la medida.

Sin embargo, no podemos pasar por alto una eventual situación en la que a pesar de haber cesado o cambiado las circunstancias en base a las cuales se consideró necesaria la imposición de la medida, el juez sistemáticamente se niegue a reconocer esa realidad y consecuencialmente decida mantener ilegítimamente la privativa o la cautelar en contra del imputado. Siendo que esa decisión no puede ser apelada, podría el imputado ser perjudicado por la negativa expresa del recurso de apelación en contra de dicha decisión. En esos casos indudablemente, la vía idónea para hacer cesar esa indebida situación es el recurso de amparo en base a la violación al derecho fundamental a la libertad.

Resulta interesante, citar una jurisprudencia de la Sala Constitucional que se refiere precisamente a la no impugnabilidad de la decisión que se dicta en virtud de la revisión periódica de las medidas coercitivas y su diferencia respecto a aquella decisión que niega poner en libertad al imputado debido al decaimiento de la medida por el transcurso del lapso legal de dos años.

"No obstante, mención aparte amerita la medida de privación preventiva de la libertad, a la cual debe equipararse la detención domiciliaria prevista en el artículo 256, numeral 1 del antedicho Código. En estos casos, una vez cumplidos los dos (2) años sin que la misma haya cesado ni haya terminado el proceso penal, el juez debe, de inmediato, decretar la libertad del procesado, sea de oficio o a instancia de parte, para evitar la lesión del derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Sin embargo, debe aclararse que lo anterior no impide que, de ser necesario para garantizar la finalidad del proceso, el juez deba, simultáneamente, decretar una medida cautelar sustitutiva, para evitar que renazca el peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad.

Al respecto, se observa que en nuestro ordenamiento rige el principio de la doble instancia, de tal forma que la apelación constituye el recurso ordinario para someter el conocimiento de una controversia al juez superior; sin embargo, en determinados casos el legislador niega expresamente la posibilidad de

ejercer el recurso in commento, con lo cual establece que el acto no sea susceptible de impugnación. En este sentido, el artículo 264 del Código

"El imputado podrá solicitar la revocación o sustitución de la medida judicial de privación preventiva de libertad las veces que lo considere pertinente. En todo caso el juez deberá examinar la necesidad del mantenimiento de las medidas cautelares cada tres meses, y cuando lo estime prudente las sustituirá por otras menos gravosas. La negativa del tribunal a revocar o sustituir la medida no tendrá apelación (Subrayado añadido).

De acuerdo con la norma anterior, no es susceptible de ser apelada aquella decisión del juez mediante la cual niegue la revocación o sustitución de la medida privativa de libertad; ello encuentra su justificación en el propósito del legislador de evitar que se obstaculice el trámite del proceso penal a través de incidencias que ocasionen una dilación innecesaria, por cuanto esa solicitud puede volver a proponerse ante el juez, sin limitación alguna.

No obstante, la disposición in commento contempla el supuesto en que se solicite la revisión de la medida de privación preventiva de libertad en el curso de un proceso que se ha tramitado conforme a las previsiones legales y, por tanto, no ha excedido el lapso que normalmente debe durar el proceso penal, lo cual implica que la antedicha medida cautelar se encuentra aún dentro de los límites establecidos. Si por el contrario, la privación de la libertad se ha prolongado más allá del límite máximo establecido, esto es, dos (2) años, y sin embargo el juez se niega a hacerla cesar, no podría pretenderse aplicar la prohibición de ejercer el recurso de apelación, conforme al citado artículo 264 del Código Orgánico Procesal Penal, por cuanto el legislador no comprendió en esa norma dicho supuesto; y para constatar tal afirmación, basta con destacar que la aludida limitación temporal está prevista dentro del capítulo relativo a los principios generales que imperan en materia de medidas de coerción personal.

Asimismo, se evidencia de autos que el presunto agraviado se encuentra detenido desde el 21 de septiembre de 1999, cuando ingresó en el centro de reclusión, debido al auto respectivo que se había emitido el 8 de abril de ese año. Por lo tanto, ante la negativa del juez nº4 de juicio de sustituir la privación preventiva de libertad por una medida menos gravosa, el accionante podía ejercer el recurso de apelación, de acuerdo con lo expuesto ut supra, y en consecuencia, el amparo solicitado es inadmisible. Sin embargo, el criterio sentado en este fallo debe aplicarse con efectos ex nunc, puesto que lo contrario devendría en inseguridad jurídica.

Por lo tanto, esta Sala estima que la decisión del juez a quo, que ordenó al juez de instancia decretar una medida cautelar sustitutiva, a pesar de haber declarado la improcedencia in limine litis de la solicitud de amparo, si bien no se ajusta a la doctrina de esta Sala, resulta coherente con la búsqueda de la justicia y el derecho a la libertad, consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, e igualmente se adecua a la finalidad perseguida por el legislador en materia de derecho penal adjetivo.

En consecuencia, esta Sala confirma la sentencia apelada, aunque reitera que los jueces que actúen en sede constitucional deben abstenerse de otorgar mandamientos de amparo ante la negativa de los jueces de sustituir la medida de privación preventiva de la libertad que se haya prolongado por más de dos (2) años, por cuanto es posible impugnar tal decisión mediante el recurso ordinario de la apelación, conforme al criterio expuesto ut supra, el cual tiene efectos vinculantes a partir de la publicación del presente fallo. Así se decide."¹²⁵

G. REVOCACIÓN DE LAS MEDIDAS

En cuanto a la revocación de la medida, debemos distinguir la situación en la que habiendo cesado las circunstancias que dieron lugar a la imposición de la medida esta se revoca y cesa toda coerción, de la situación en la que debido al incumplimiento por parte del imputado de las obligaciones que asumió al momento en el que se le impuso la medida, el juez decide revocar la medida cautelar sustitutiva e imponer otra más gravosa.

En este último caso, el artículo 262 del Código Orgánico Procesal Penal dispone que el Juez de Control, de oficio o por solicitud del Ministerio Público o de la víctima que se ha querellado, podrá revocar la medida.

Esa revocatoria se dictará en los casos en los que el imputado apareciere fuera del lugar donde se le había ordenado judicialmente que permaneciera, así mismo, cuando habiendo sido requerido no comparezca injustificadamente ante el propio juez o ante el fiscal del Ministerio Público o cuando obligado como se encuentra a presentarse periódicamente ante la autoridad incumpla injustificadamente esa obligación.

Debe anotarse que la sola incomparecencia o la falta de presentación del imputado, no dan lugar a la revocatoria de la medida, sino que de acuerdo con ese dispositivo legal, es menester que esta sea injustificada, pues pueden darse situaciones en las que el imputado se encuentra impedido de cumplir con estas obligaciones, como sería el caso de alguna enfermedad propia o de una persona que se encuentre a su cuidado, alguna catástrofe natural o la ocurrencia de un acontecimiento que le haga imposible acudir al sitio en el que debe presentarse o es requerido.

Aunque respecto a la aparición del imputado en un lugar distinto a aquel en el que debía permanecer por mandato judicial, no se establece en el texto del artículo de manera expresa que esta circunstancia debe ser injustificada, es indudable que en ese caso el juez también debe estar pendiente de esa eventualidad, pues podría ocurrir que circunstancias iguales o parecidas a las que arriba se han señalado, pudieran dar lugar a que el imputado se viera precisado a abandonar el lugar donde debe permanecer, en esos casos, la situación podría resultar plenamente justificada, a semejanza de un verdadero estado de necesidad. Aunque en estos casos el imputado, en principio, debería

¹²⁵ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia No. 3060 del 4-11-03.

solicitar autorización previa al juez para abandonar el lugar y en el caso de que esto no fuera posible, por tratarse de una situación de urgencia inesperada, notificárselo lo más pronto que estuviera a su alcance.

Por otra parte, cuando la medida cautelar sustitutiva impuesta al imputado sea una de aquellas de naturaleza económica, procederá no sólo la revocatoria de la medida en el caso en que el imputado se fugue, sustrayéndose de los actos del proceso de manera definitiva, ya que ordenada su captura no puede ser aprehendido, sino que igualmente, el juez ordenará la ejecución de la caución económica que se hubiere constituido al efecto.

En ese mismo orden de ideas, el mismo artículo 262, se refiere a la situación de aquel imputado sobre el cual ya pesa una medida cautelar sustitutiva previa relacionada con otro proceso, en esos casos, si el juez considera que procede la imposición de una nueva medida por otro hecho distinto, la ley le faculta para hacerlo. Ello quiere decir que la existencia de una medida previa no determina la imposibilidad de que se le imponga otra por un hecho distinto, lo único que se le exige al juez es que examine las circunstancias del caso y que decida al respecto, esto es, que en base a esas circunstancias tome la decisión que considere más prudente y conveniente.

CONCLUSIONES

Es en el proceso penal que de manera más clara se evidencia el poder del Estado, de allí que es en el ámbito de la aplicación de la justicia penal que primero se detecta cuando la actuación del Estado está efectivamente adecuada al respeto de los derechos humanos o si por lo contrario estos son ignorados haciendo del proceso penal un instrumento para lograr sus fines.

Cuando un Estado percibe al ordenamiento jurídico como el marco que le señala los límites de su actuación estaremos dentro de un Estado de Derecho, por lo contrario, cuando las normas no son más que el instrumento para lograr sus fines estaremos en presencia de un régimen totalitario, y está claro que no hay normas más adecuadas para controlar y lograr esos fines que aquellas que regulan el proceso penal y muy especialmente el derecho a la libertad.

Si analizamos el proceso penal desde la perspectiva de su aplicación actual en nuestro país, lo primero que salta a la vista es que lo esencial para todos y cada uno de los sujetos procesales, por una u otra razón, es la privación de libertad, aquello que debería ser excepcional dentro del proceso se convierte en lo medular. Ello constituye sin duda, un indeseado legado del sistema inquisitivo que imperó entre nosotros hasta el año 1998, en el que la privación de la libertad era la regla dentro del proceso, porque la presunción de inocencia no

tenía efectiva vigencia en favor de aquel que era indiciado por la comisión de un delito. Esa realidad, en un sistema acusatorio como el vigente en nuestro país, lo que evidencia es la profunda desconfianza de muchos de los operadores de justicia respecto a la posibilidad de que el proceso cumpla efectivamente su finalidad, ello porque los exagerados retrasos y prorrogas que se aplican a los actos procesales, con mucha frecuencia derivan en la impunidad, de manera que se priva de la libertad al sospechoso y con ello se le aplica una sanción anticipada, porque dada la forma en que se desarrollan nuestros procesos, hay muy poca probabilidad de arribar a una sentencia cuyo fundamento sea la verdad que se evidencia de la prueba legal y oportunamente obtenida.

La realidad es que sobre la base de meros señalamientos, sin garantías, sin juicio previo y sin debido proceso, a través de las medidas de coerción se aplican sanciones adelantadas. Esta situación sólo será posible superarla cuando los operadores de justicia cumplan con sus funciones apegados estrictamente a las disposiciones legales, muy especialmente aquellas que establecen la oportunidad en que deben verificarse los trámites procesales y que los ciudadanos entiendan que los derechos humanos son de todos y cada uno por igual, que no se negocian ni se ceden, porque eventualmente cualquiera de nosotros puede llegar a ocupar la posición de imputado en un proceso.

Respecto al derecho a la libertad, se afirma con razón, que es parte de la esencia misma de la dignidad del ser humano, porque es sólo en libertad que nos es posible desarrollar nuestras potencialidades.

Este derecho está reconocido de manera expresa por la Constitución y las leyes, sin embargo, al igual que todos los derechos, la libertad personal también está sometida a limitaciones que derivan de la existencia y reconocimiento del derecho de los demás. Pero esas limitaciones que la propia Constitución establece y que las leyes desarrollan, tienen a su vez límites que se materializan a través de las garantías del derecho. Sólo un derecho verdaderamente garantizado es un derecho efectivo.

Es evidente que el derecho a la libertad se encuentra constantemente amenazado, bien sea por el desconocimiento de los funcionarios, bien por una cultura en la que la represión se confunde con prevención o por el intento conciente de ampliar el campo de las conductas sancionadas y restringir las garantías de los ciudadanos, de allí que resulta extremadamente grave y peligroso admitir ciertas situaciones, como lo hace la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que cuando el Código Orgánico Procesal Penal dispone el efecto suspensivo en virtud de la apelación por parte del Fiscal del Ministerio Público de la decisión que acuerda la libertad del detenido en flagrancia, no se violenta el mandato constitucional, a pesar de que estamos en presencia de un caso en el que una norma de rango legal y por tanto inferior a la norma constitucional contradice lo dispuesto en la Carta Magna.

Sin embargo, dentro de la propia organización del Estado existen mecanismos para corregir los errores y la Sala de Casación Penal, en nuestro criterio, ha puesto las cosas en el lugar que corresponde, ya que, de manera directa ha rebatido los argumentos que sustentaban la jurisprudencia anterior y ha declarado la preeminencia de la norma constitucional, ubicando el derecho a la libertad por encima de las facultades de las partes en el proceso y además, ha colocado en el Estado la responsabilidad de garantizar a los ciudadanos la seguridad mediante el oportuno y efectivo ejercicio de los mecanismos que la ley le confiere para ejecutar las ordenes judiciales

Por otra parte, es evidente que el derecho resulta gravemente restringido cuando se aplican medidas privativas a la libertad, pero también se restringe cuando se aplican en contra del imputado, medidas mediante las cuales se le prohíbe realizar actividades permitidas a la generalidad de las personas, comportamientos lícitos propios del normal desenvolvimiento de la personalidad. De allí que de manera general se las designa indistintamente del mismo modo, son medidas coercitivas, para cuya aplicación hace falta que se cumplan una serie de requisitos expresamente establecidos en la ley; sólo estos legitiman la restricción del derecho a la libertad.

Cuando un representante del Ministerio Público solicita la imposición de una de estas medidas y cuando el juez decide que es procedente su aplicación, el proceso intelectual que deben seguir es inverso al que pareciera aplicarse en nuestros despachos judiciales. En efecto, en presencia de las circunstancias previstas en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal para imponer una medida coercitiva, lo primero que debe hacerse es examinar si los fines que se buscan con la medida pueden obtenerse a través de la imposición de una medida cautelar sustitutiva, y sólo si esto no es razonablemente posible, debe acudirse a la imposición de la privación de la libertad.

Los fines que se buscan con la medida no pueden ser otros que los de proteger y asegurar el proceso, garantizando que este efectivamente se verifique y que en el se pueda reconstruir el hecho objeto del proceso para esclarecer la verdad de los acontecimientos que se someten a juicio.

Sin duda que esta es la forma que se acomoda a los principios y garantías consagradas en nuestra Constitución y en el ordenamiento procesal penal, porque la libertad es un derecho fundamental y su privación o restricción durante el proceso debe ser excepcional.

Cuando el juez dicta una de estas medidas dentro del proceso, no importa cual sea su gravedad, debe permanecer vigilante para que en caso de que las circunstancias que le dieron lugar cesen o cambien, proceda a revocarla o a dictar otra menos gravosa. Esa vigilancia es particularmente importante cuando se dictan las medidas en la etapa de investigación, en la que las actuaciones se encuentran en manos del representante del Ministerio Público, funcionario

encargado de practicar las diligencias tendientes a la investigación del hecho, porque si bien al juez no le corresponde investigar el hecho y por tanto no tiene a su cargo las actuaciones en esa etapa del proceso, sin embargo, es el responsable de la vigilancia y revisión de la medida, en el sentido de verificar cada vez que legalmente le corresponda si es procedente hacerla cesar o sustituirla por otra menos gravosa.

En cuanto a las disposiciones legales que tratan la materia relativa al número de medidas que es posible imponer al imputado, como lo hemos expresado en este trabajo, existe una confusión derivada de la forma en que se encuentra redactado el texto del último aparte del artículo 256 del Código Orgánico Procesal Penal. Si bien la Sala Constitucional ha establecido cual es su criterio al respecto, sin embargo, una vez realizada una interpretación sistemática, mediante la cual analizamos y comparamos dicha norma con el resto de las disposiciones que regulan la materia, ella arroja como resultado que cuando el legislador establece el límite de dos medidas aplicables contemporáneamente al mismo imputado, se refiere a procesos diferentes y no al número de medidas que puede imponer un juez para garantizar el proceso en un determinado caso. Ello, sin dejar de reconocer que el límite que se le impone al juez respecto al numero de medidas que legítimamente puede imponer a un imputado para garantizar un determinado proceso, está dado por la prohibición de que el juez desnaturalice la finalidad que persiguen las medidas o que aquellas que imponga sean de imposible cumplimiento.

Pero igualmente, tenemos que admitir que todas las limitaciones y garantías con la que la Constitución y las leyes han rodeado al derecho a la libertad, sólo pueden lograr su finalidad en un proceso que se verifique dentro de los lapsos establecidos en la ley, en el que efectivamente los actos se realicen en la oportunidad legal correspondiente y en el que se imparta justicia de manera oportuna.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert.

Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993.

APONTE, Alejandro.

Derecho Penal del Enemigo vs Derecho Penal del Ciudadano. Revista Brasileira de Ciencias Criminais. No. 51 noviembre-diciembre. Año 12. 2004

APONTE, Alejandro.

Legalismo vs Constitucionalismo: Institucionalización de la Función Penal y Superación de una Antinomia. Derecho Constitucional. Universidad de Los Andes Facultad de Derecho Observatorio de Justicia Constitucional. Legis. Bogota. 2001

BINDER, Alberto

El incumplimiento de las formas procesales. Ad-hoc. Buenos Aires. 2000

BORREGO. Carmelo.

La Constitución y el Proceso Penal. Livrosca. Caracas. 2002.

BOVINO, Alberto

Justicia Penal y Derechos Humanos. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2005.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín.

La Jurisdicción Constitucional de la Libertad. Editorial Porrúa. México 2005.

CAFFERATA NORES, José.

La Prueba en el Proceso Penal. Tercera Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1998.

CASAL, Jesús

Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales. El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI. Editorial Civitas. Madrid. 2003

CASAL, Jesús María

Derecho a la libertad personas y diligencias policiales de identificación. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998.

CASAL, Jesús María

El derecho a la libertad y a la seguridad personal.

Los Derechos Humanos y la Agenda del Tercer Milenio. XXV Jornadas "J.M. Domínguez Escovar". Colegio de Abogados del Estado Lara. Barquisimeto. 2000.

CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL.

Gaceta Oficial del 4 de septiembre de 2009. No. 5.930 Extraordinario.

CÓDIGO PENAL.

Gaceta Oficial del 13 de Abril de 2005. No. 5768 Extraordinario

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Gaceta Oficial del24 de marzo de 2000. No. 5453 Extraordinario.

DUQUE CORREDOR, Román.

Apuntes de la cátedra Fuentes del Derecho Constitucional e Interpretación Constitucional. Universidad Católica Andrés Bello. Septiembre-Diciembre 2005.

FERRAJOLI, Luigi.

Derecho y Razón. Tercera Edición. Editorial Trotta. Madrid 1998.

GUI MORI, Tomás.

Jurisprudencia Constitucional 1981-1995. Editorial Civitas. Madrid. 1997.

JAUCHEN, Eduardo.

Tratado de la Prueba en Materia Penal. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. 2002.

LANDA, Cesar.

Cuestiones Constitucionales.

Revista Mexicana de Derecho Constitucional. No.6 Enero-Junio. 2002

LEY APROBATORIA DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. "Pacto de San José de Costa Rica".

Eduven, Caracas, 1998.

LEY ORGÁNICA DE AMPARO SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.

Gaceta Oficial del 22 de Enero de 1988. No. 33891.

LEY ORGÁNICA SOBRE EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA.

Gaceta Oficial No.38647 del 19-3-07.

MAIER, Julio.

Derecho Procesal Penal argentino. Tomo 1. Volumen b. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1989.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.

Fundación de Derechos Humanos. Serie Cuadernos Divulgativos 3. Caracas. 1994.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio.

Curso de Derechos Fundamentales Teoría General. Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio.

Los Derechos Fundamentales. Séptima Edición. Editorial Tecnos. Madrid. 1998.

PEYTRINEGNET, Gèrard.

Sistemas Internacionales de Protección de la Persona Humana: El Derecho Internacional Humanitario. Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana. Editorial Porrúa. México. 2003.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

Opinión relativa a al procedencia o no de la emisión de planillas de liquidación por concepto de costas procesales existentes en el Ministerio de Finanzas del 29-5-2001.

PUCHE RODRÍGUEZ, Julia y BERTELLI, Luís.

La tutela Judicial Efectiva. Fundación Jurei. Madrid. 2006.

SILVA DE VILELA, Maria Trinidad.

El Derecho a la Libertad y el efecto suspensivo del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la orden de excarcelación del imputado. IX Jornadas de Derecho Procesal Penal. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2006.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

http://www.stj.gov.ve

VÁSQUEZ, Magaly.

Actos de Investigación y Actos de Prueba. Temas Actuales de Derecho Procesal Penal. Sextas Jornadas de Derecho Procesal Penal. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2003.

ZAGREBEBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Editorial Trotta. Tercera Edición. Madrid. 1999.