



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO  
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ÁREA DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL**

**LIMITACIONES DE LA QUERRELLA COMO MECANISMO DE TUTELA DE  
LOS DERECHOS DE LA VICTIMA EN EL PROCESO PENAL  
VENEZOLANO**

**Trabajo Especial de Grado para  
optar al Título de Magíster en  
Derecho Procesal**

**Autor: Nelly del valle Mata  
Tutor: Dr. Jesús Ollarves**

**Caracas, octubre de 2011**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO  
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ÁREA DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL**

**APROBACIÓN DEL TUTOR**

En mi carácter de Tutor del Trabajo Especial de Grado presentado por la por la ciudadana Abogada **NELLY DEL VALLE MATA**, para optar al título de Magister en Derecho Procesal, cuyo título es: **LIMITACIONES DE LA QUERRELLA COMO MECANISMO DE TUTELA DE LOS DERECHOS DE LA VICTIMA EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO**, considero, que el mismo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a evaluación, la cual solicito, se realice por parte del Jurado Examinador que se designe.

En Caracas, a los cinco (05) días del mes de octubre de 2011.

Dr. Jesús Ollarves

C.I. 66.242.440



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO  
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ÁREA DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL**

**APROBACIÓN DEL JURADO**

En nuestro carácter de Jurado designado para examinar el trabajo Especial de Grado presentado por la ciudadana Abogada **NELLY DEL VALLE MATA**, para optar al Título de magíster en Derecho Procesal, cuyo título es: **LIMITACIONES DE LA QUERRELLA COMO MECANISMO DE TUTELA DE LOS DERECHOS DE LA VICTIMA EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO**, una vez examinado el mismo llegamos al siguiente veredicto: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

En Caracas, a los \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_) días del mes de \_\_\_\_\_ de 201\_\_.

JURADO

JURADO

JURADO

## DEDICATORIA

A Dios todopoderoso,

A la virgen del Valle conductora espiritual de nuestro pueblo,

A mi madre...siempre luchadora, persistente y soñadora, quien aún cerca de su viaje a la eternidad, pedía al altísimo quedarse conmigo para cuidarme...sin duda, lo hizo y sigue haciéndolo...!!.

A mi abuelita Emma Centeno de Mata, una de las estrellas que alumbra mi firmamento.

A mi hermana Omaris, mis sobrinas Marinellis, Adela y Lemaris y sobrinos nietos: Marinellis; William, Juancamilo y Cristal.

A Mis tías Rosa y Aura, quien partió a la eternidad a reunirse con Policarpo, sus hijos Leonel y Humberto, y mi madre.

A mis alumnos.

A los amigos del alma.

Dedico.

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios, a quien debo el ser y las fuerzas, que me permitieron arribar a esta meta.

A mi madre, quien disfruta de la luz divina..., a quien robé parte de su tiempo para dedicarme a la realización de este trabajo.

A la Universidad Católica Andrés Bello, pozo de sabiduría, de cuya savia no me canso y no ceso de tener sed.

A la Dra. Minerva González de Gowlee, quien inició este periplo conmigo, pero razones ajenas a su voluntad, le hicieron acercarse a otros horizontes, lejos de nuestras fronteras.

Al Dr. Jesús Ollarves, quien me asió de la mano, y continuó la ruta conmigo, para concluir este hermoso viaje al conocimiento.

Al Dr. Freddy Vallenilla, a todos mis profesores y maestros, forjadores de parte de mi vida.

A todos....infinitas gracias.

## INDICE GENERAL

<b>APROBACIÓN DEL TUTOR</b>	<b>ii</b>
<b>APROBACIÓN DEL JURADO</b>	<b>iii</b>
<b>DEDICATORIA</b>	<b>iv</b>
<b>AGRADECIMIENTO</b>	<b>v</b>
<b>RESÚMEN</b>	<b>ix</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>10</b>
<b>CAPITULO I: LA NUEVA VISIÓN DEL ESTADO</b>	<b>16</b>
Del Estado Todopoderoso al Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia	<b>16</b>
El Ciudadano como eje impulsor de cambios.	<b>28</b>
El nuevo paradigma estatal.	<b>34</b>
<b>CAPITULO II. EL PROCESO COMO INSTRUMENTO FUNDAMENTAL DE LA JUSTICIA</b>	<b>44</b>
Fundamento Constitucional	<b>44</b>
El Nuevo Proceso Penal	<b>57</b>
Del Sistema Inquisitivo al Sistema Acusatorio.	<b>64</b>
El Debido Proceso	<b>72</b>
La Tutela Judicial Efectiva.	<b>83</b>
El Objeto del Proceso Penal	<b>90</b>
<b>CAPITULO III. EL ROL DE LA VICTIMA EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO</b>	<b>99</b>

Definición. . .	99
Breve Reseña Histórica de la Víctima..	106
Los Derechos de la Víctima. .	115
Instrumentos Internacionales. .	126
Fundamento Constitucional. .	134
Fundamento Legal. .	140
El Rol Protagonístico de la Víctima. .	143
<b>CAPITULO IV. LA QUERRELLA EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO</b>	<b>157</b>
Definición . . .	157
Antecedentes. . .	168
Legitimación.	187
La Querrella como mecanismo de tutela de los derechos de la víctima en el Proceso Penal Venezolano.	191
La querrella en el Proceso penal Ordinario.	199
La querrella en los Delitos de Acción Pública.	208
La querrella en los Delitos de Acción Privada.	251
En el Proceso Penal del Adolescente.	278
En los Delitos de Acción Pública.	287
En los Delitos de Acción Privada.	302
Trámite.	308
Admisibilidad.	317
Desestimación.	324

Efectos.	339
Desistimiento.	343
Efectos del Desistimiento	350
Recursos	359
Responsabilidad	362
<b>CAPITULO V. LOS DERECHOS DE LA VICTIMA Y LOS DERECHOS DEL IMPUTADO EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO</b>	<b>367</b>
Los Derechos del Imputado en el proceso penal respecto de la víctima.	367
La víctima como protagonista del proceso penal.	393
<b>CAPITULO VI. EL ROL DE LOS JUECES EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO Y DE JUSTICIA</b>	<b>397</b>
• El Valor de los Instrumentos Internacionales.	397
• La Supremacía Constitucional.	421
• La Integridad Constitucional.	428
• Los jueces como garantes de los derechos de la víctima en el proceso penal.	432
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>	<b>444</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.</b>	<b>447</b>

**ÁREA DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL**

Autor: Nelly del Valle Mata  
Asesor: Dr. Jesús Ollarves.  
Caracas, noviembre de 2006

**LIMITACIONES DE LA QUERELLA COMO MECANISMO DE TUTELA DE LOS  
DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO  
RESUMEN**

Con la presente investigación se ha establecido, producto del análisis de las disposiciones contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Código Orgánico Procesal Penal, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, tratados, convenios y acuerdos suscritos y ratificados por Venezuela, sumado a lo que sostienen los estudiosos del proceso penal tanto en el ámbito nacional como en el internacional, y a la posición jurisprudencial asumida por los tribunales de la República, las limitaciones que experimenta la Querella como mecanismo de tutela de los derechos de la víctima en el Proceso Penal Venezolano. Se trata de una investigación analítica, a nivel descriptivo y de desarrollo conceptual, con la aplicación del método documental monográfico, el cual se apoyó en una revisión bibliográfica interpretada a través del uso de la técnica de análisis de contenido, mediante un sistema lógico que combina la inducción, la deducción y la síntesis. La interpretación jurídica de la normativa empleada, se ha realizado bajo un argumento de interpretación lógica y sistemática, que atiende a los motivos que tuvo el legislador para crear normas y la relación de éstas con el resto del ordenamiento jurídico, entrelazados de tal manera que forman un todo coherente. Los resultados obtenidos, pese a la escasa o casi inexistente bibliografía patria sobre el tema, han evidenciado que la Querella, aunque señalada como mecanismo de tutela de los derechos de la persona afectada por un hecho punible, se circunscribe a la condición de instrumento impulsor de la investigación, a pesar de que desde la perspectiva constitucional, legal y de parte de la doctrina, la víctima ejerce un rol verdaderamente protagónico en el proceso penal venezolano. El análisis realizado y las conclusiones a las que se ha arribado, ha permitido el aporte de datos y conocimientos de gran utilidad para los operadores de justicia: Jueces, fiscales y defensores, para abogados en ejercicio, profesores y estudiantes de derecho, la ciudadanía en general y sobre todo, servirá de soporte para aquellas personas que siendo víctimas pretendan el ejercicio efectivo de sus derechos y la defensa de sus intereses, uno de los objetivos fundamentales del proceso penal.

**Descriptor:** Víctima, Proceso Penal, Querella, Derechos, Investigación; Acusación; Adhesión; Desestimación; Desistimiento.

## INTRODUCCIÓN

La entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal (COPP) el 1º de julio de 1999 y de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA), el 1º de abril del año 2000, hoy denominada Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA), representan sin duda, no sólo el cumplimiento de la función legislativa atribuida al Estado, sino la honra de compromisos adquiridos por la República, al suscribir una serie de tratados, acuerdos y convenios internacionales, mediante los cuales se asumía la obligación de adecuar su normativa interna a las tendencias que ganaban espacio en el ámbito mundial en materia de derechos humanos.

Se incorporaba Venezuela al grupo de países, para los que el Estado debía colocarse al servicio del ciudadano y dejar de ser estructura privilegiada, desde la cual se imponía una política de vasallaje, que propendía a desconocer los derechos que en tanto seres humanos les eran inherentes.

Se rompía con el paradigma del Estado todopoderoso, que llegó a cometer grandes injusticias, proscribiendo prácticamente la participación ciudadana y por ende la intervención del individuo en defensa de sus intereses, hecho determinante del surgimiento de movimientos dirigidos a reivindicar el rol del ciudadano y auspiciar un trato equilibrado por parte de los órganos estatales.

La actividad dirigida a la adecuación de las leyes internas a los instrumentos internacionales, aparejó, al menos en Venezuela, la elaboración de un nuevo texto constitucional, vigente desde el 15 de diciembre de 1999, y en cuyo artículo 2 se diseña un Estado que acoge una serie de valores superiores, sobre los cuales descansan su ordenamiento jurídico y su actuación, dentro de los cuales destacan la Justicia y los derechos humanos.

Los cambios jurídicos implicaron la transformación del proceso penal, tanto el aplicado a los adultos, como el previsto para quienes incurriesen en la comisión de un hecho punible, sin haber alcanzado la mayoría, sobre todo por los agravios ocasionados al perseguido penal, al considerársele peligroso, tanto para él mismo, como para la sociedad.

Pero además, el ofendido por los hechos recibía un peor trato, puesto que de ser protagonista en una primera etapa de la humanidad y del sistema penal, se convirtió en la gran figura ausente del proceso e incluso sustituida por el Estado, el cual llegó a considerar que el hecho punible no constituía un agravio a persona en particular, sino a la sociedad misma y por lo tanto, en nombre de esta asumía la persecución del hecho punible, sin permitir actividad ninguna a la víctima.

La nueva visión de Estado y del ciudadano y sobre todo de sus derechos, ha determinado, no sólo que se conciba el proceso como instrumento fundamental para la administración de justicia, sino que a esos fines, es menester garantizar el acceso a la justicia y el debido proceso, sin distinción entre quienes intervienen en el mismo, de modo que deben respetarse los

derechos tanto del imputado como la víctima, a la que además se le reconoce no sólo el derecho a participar, sino a hacer uso de un mecanismo concebido exclusivamente para ella, a los efectos de la defensa de sus intereses y coadyuvar en la búsqueda de la verdad, como lo es la querella.

La Querella, es el instrumento que atribuido su empleo sólo a la víctima, sea esta persona jurídica o natural, tanto en el caso de los delitos de acción pública como en los de acción privada, pareciera constituir el mecanismo idóneo para garantizar el acceso a la justicia del ofendido por el hecho punible, no obstante se observa, que pese a los avances experimentados en materia legislativa y constitucional, gracias al desarrollo de los derechos humanos, pareciera persistir la rémora o los vicios del pasado.

Sucede que si bien entre los fines del proceso están la verdad, la justicia y la reparación de la víctima, tal como se verifica de los artículos 13 y artículo 118 de Código Orgánico Procesal Penal, concordantes con el artículo 30 del texto constitucional, las propias norma adjetivas penales, se han encargado de hacer nugatorio el derecho de acceder a la Justicia que corresponde a la víctima, pareciendo prevalecer los criterios legicentristas presentes en el Estado liberal de Derecho, que requerían del desarrollo de los derechos en la ley, para que pudieran ser objeto de protección por el órgano jurisdiccional, pese a los avances que se observaba sobre la materia en el texto constitucional.

Se presenta la querella, como un instrumento afectado por limitaciones que impiden a la víctima, el derecho de acceso a la justicia, misión que

corresponderá corregir a los jueces, responsables como son de aplicar de manera directa e inmediata la Constitución, conforme al principio de la Supremacía que la caracteriza, hacer efectivos los derechos de la víctima en el proceso penal y dentro de ellos el acceso a los órganos de administración de justicia, aplicando de ser necesario con preeminencia los tratados, acuerdos y convenios internacionales suscritos por la República en materia de derechos humanos.

Lo antes señalado ha determinado la realización de la presente investigación, denominada Límites de la Querrela como mecanismo de defensa de los derechos de la víctima en el proceso penal venezolano, que si bien no pretende convertirse en un estudio acabado del asunto, procura en todo caso, ser un modesto aporte a los efectos de dar a conocer aspectos que han sido observados en torno a tan interesante figura jurídica.

El estudio realizado se desarrolla a lo largo de seis capítulos a saber: Capítulo I La Nueva Visión del Estado, a través del cual se hace una revisión del viejo concepto de Estado y de la percepción que desde la perspectiva humana del Derecho se tiene del mismo; por ello, se analizarán los siguientes temas: Del Estado Todopoderoso al Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia; el Ciudadano como eje impulsor de cambios y el nuevo paradigma estatal.

El Capítulo II El Proceso como Instrumento Fundamental de la Justicia, permite considerar los cambios experimentados por el proceso, gracias a las transformaciones experimentadas por los derechos ciudadanos y el Estado.

Así se tratarán tópicos como: El Fundamento Constitucional; el Nuevo Proceso Penal; del Sistema Inquisitivo al Sistema Acusatorio; el Debido Proceso; la Tutela Judicial Efectiva y el Objeto del Proceso Penal.

El Capítulo III. El Rol de la Víctima en el Proceso Penal Venezolano. Esta referido a los criterios a través de los cuales se evidencia la contradicción entre lo que se proclama legalmente y las visiones de los estudiosos del tema. De la víctima, los cuales se verificaran, a través de aspectos como: Definición; Breve Reseña Histórica; Derechos de la Víctima; Instrumentos Internacionales; Fundamento Constitucional ; Fundamento Legal y el Rol Protagonico de la Víctima en el Proceso Penal Venezolano.

El Capítulo IV. La Querella en el Proceso Penal Venezolano. Sin pretender agotar el tema, por cuanto es mucho más profuso, sobre todo en legislaciones extranjeras, se procura hacer un análisis de la figura jurídica, estableciendo lo poco efectivo que resulta como mecanismo de tutela de los derechos de la víctima, así como, resulta poco efectiva la participación de la víctima en el proceso penal, en ejercicio de otros derechos distintos a la querella. Ello logra establecerse a través de temas como: Definición; Antecedentes; Legitimación; la Querella como mecanismo de tutela de los derechos de la víctima en el Proceso Penal Venezolano; en el Proceso Penal Ordinario y dentro de éste, en los Delitos de Acción Pública y de Acción Privada; en el Proceso Penal del Adolescente, en los delitos de acción pública y en los de acción privada.

Se analiza igualmente en dicho capítulo, el trámite de la querrela; la Admisibilidad; la Desestimación, los efectos, el Desistimiento; Efectos; Recursos y la Responsabilidad.

El Capítulo V. Los Derechos de la Víctima y los Derechos del Imputado en el Proceso Penal, mediante el cual se ha establecido el trato diferencial que se ofrece al victimario respecto de la víctima, y ello a través de temas como: Los Derechos del imputado en el proceso penal respecto a los derechos de la víctima y la Víctima como protagonista del Proceso Penal.

El Capítulo VI El Rol de los Jueces en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia. Se establece a través de este capítulo el rol que están llamados a desempeñar los jueces en un Estado como el venezolano, proclamado Democrático y Social de Derecho y de Justicia., como garantes del goce y ejercicio pleno de los derechos ciudadanos. Ello a través de los siguientes aspectos: El valor de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; la Supremacía constitucional, la Integridad de la constitucionalidad y los Jueces como garantes de los derechos de la víctima en el proceso penal.

Por último se ofrecen conclusiones y recomendaciones surgidas a la luz de la reflexiones producto de la investigación desarrollada...

## CAPITULO I

### LA NUEVA VISIÓN DEL ESTADO

- **Del Estado Todopoderoso al Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia.**

Uno de los hechos que caracteriza al Estado actual, en la mayoría de los lugares del orbe, es la preocupación del mismo por la observancia y garantía de los derechos ciudadanos, por lo menos, así se verifica del contenido de muchos textos constitucionales, no obstante, para que la sociedad arribara a esos estadios, se hizo necesaria una larga lucha y, en el marco de ésta o como detonante de la misma, el sacrificio de muchas vidas.

La historia ha demostrado que la sociedad creó la organización estatal y la dotó de poder, con miras a ejercer el control de los comportamientos o conductas considerados, según su criterio, lesivos o contrarios a los intereses de sus integrantes. Es así, como después de una convivencia sin límites, el hombre procuró organizarse, de manera que conferida la responsabilidad del control a una persona, grupo u organización, fueran éstos quienes se encargaran y no él mismo, de resolver los conflictos deparados por la vida misma, resultantes de la competencia surgida entre quienes se desenvuelven en una comunidad de personas con criterios, pensamientos y pretensiones vitales disímiles.

El término Estado de origen italiano y cuya creación ha sido atribuida a Maquiavelo en su obra “El Príncipe”, ha dado lugar a no pocas discusiones y por ende, ha determinado la asunción de variadas posiciones acerca de su concepto, visión y fines.

Para Loaiza y Bigott (1996, p.6) la palabra Estado:

...comporta diferentes sentidos, algunas veces queremos indicar con ella el conjunto de gobernantes por oposición a los gobernados, otras veces designamos con semejante vocablo al presupuesto nacional y las finanzas públicas, y así decimos:”Esto lo pagará el Estado” También lo usamos para diferenciar el organismo superior en una jerarquía de Organismos; ejemplo, “el municipio se encuentra subordinado al Estado.

Hernández (2004, p.27) sostiene que Estado es: “Un grupo de personas asentadas sobre un territorio y sujeto a la actividad de un gobierno”

El mismo autor, al ofrecer explicación acerca de la definición dada, indica que se trata de una sociedad necesaria establecida en un territorio, regido por un poder, señalando como objetivo de la misma, la búsqueda de la felicidad de todos.

Como puede observarse, el Estado en tanto organización dotada de poder, que rige en un territorio, persigue la obtención de beneficios para la población ocupante de ese espacio, pero ello no significa en definitiva, que los resultados obtenidos con sus ejecutorias coincidan con tales fines, observándose más bien, en muchas oportunidades una actuación totalmente alejada de los objetivos que deben orientar la actuación de los entes estatales.

Para concebir y poner en práctica un Estado al verdadero servicio del ciudadano, se requirió de un largo proceso de luchas que desembocaría en la firma de tratados, acuerdos y convenciones, a través de los cuales se perfilaría la construcción de una estructura estatal prociudadano.

Considerado el Estado, en términos generales, como la organización política y jurídica de un pueblo en un determinado territorio y bajo un poder de mando según la razón, se hace menester hacer algunas consideraciones, con miras a conocer grosso modo el proceso histórico que hubo de experimentarse para desembocar en la construcción del mismo.

Bracamonte (2000, p 92) señala: "Para muchos autores la historia del Estado arranca de los tiempos más remotos, pues retrotraen su origen a los brumosos linderos en que el hombre se diferenciaba de la bestia"

Para quienes sostienen esta tesis, como es el caso del autor citado, el Estado existe desde los albores de la humanidad, sólo que a lo largo de la historia la sociedad ha experimentado importantes transformaciones, desde las cuales ha adquirido innovadoras e interesantes características.

Si bien en la antigüedad no se conocía el Estado en los términos en los que se le conoce en tiempos actuales, desde entonces se ha venido considerando la idea de su existencia. Así, Platón ya hablaba de ello, cuando al comparar las partes de Estado y las del ser humano las asimilaba y señalaba al primero como anterior al hombre y sus partes más objetivas o evidentes, a pesar de la similitud que había entre ellas.

Aristóteles concibe al Estado como un hecho natural anterior al individuo, quien terminaría relacionándose con el todo, en cuanto se relacione con cada una de las partes que lo conformen. Tal posición lo condujo a sostener, que quien no convive con los demás en una comunidad, "o es una bestia, o es un dios".

Una de las características del Estado, visionado en tiempos pretéritos, era la de su confusión con la figura de quien ejercía el poder, hecho que se pone de manifiesto, cuando se hace una revisión de las antiguas estructuras estatales. Así las cosas, en Egipto, el Estado se caracterizó por su personalización en el sentido que la concepción de autoridad se confundía o identificaba con quien la ejercía. El Estado era el faraón, afirmación que no solo era sostenida por el mismo jerarca, si no considerado así por todos los subordinados.

Debe entenderse que en un Estado como el antes señalado, la figura central y por tanto en ejercicio de todos los poderes, era el faraón, como ocurrió con muchas figuras cimeras, a lo largo de la historia de la humanidad.

A pesar de la determinante personalización del Estado en tiempos superados, los griegos tenían costumbres organizacionales, en las cuales se permitía la participación en los asuntos públicos por medio de asambleas, significando ello, una disminución de la centralización y personalización de la autoridad. De ese modo, se morigeró el ejercicio de la autoridad, la que no se atribuyó a una sola persona por haberse adjudicado a varios jefes y se le reconoció poder al "consejo de ancianos".

Los teóricos políticos de esa época consideraban al Estado, por una parte como la ciudad o el sitio donde debía desarrollarse la plenitud de la vida humana; por otro lado sólo se referían a las funciones públicas, es decir, aquellas concedidas a cualquier ciudadano que pudiera realizarlas mediante la renovación de los cargos. Los griegos concibieron la Polis griega como un entramado de problemas jurídicos.

A diferencia de los griegos, los romanos crearon un Estado caracterizado por las marcadas interacciones entre diferentes grupos, y su origen obedece a la necesidad de imponer autoridad centralizada al pueblo., no obstante, no se ha dejado de reconocer la influencia del Estado Etrusco, similar a aquel desarrollado en Grecia, en la formación de Roma como Ciudad-Estado.

Sin embargo, el mérito de los romanos radica en la concepción del Estado en términos jurídicos, en el marco del cual se establece un conjunto de competencias y facultades.

El desarrollo de los grupos sociales y sus retos, han traído y trajeron consigo no pocos problemas, impulsados por aspiraciones libertarias y conjuntamente con ello, deseos de igualdad y progreso, determinando con ello que en la Edad Media se concibiera al Estado como instrumento para el alcance de las aspiraciones de los hombres libres.

Desde esa perspectiva, para Del Vecchio, citado por Bracamonte (2000, p.9): “El origen del Estado que actualmente conocemos es Europeo, pues en su opinión su historia arranca en la Edad Media, siendo su forma originaria la del Estado Carolingio fundado o estructurado con el Emperador Carlo Magno“

En la edad media los hombres se plantean la creación de una organización que les permitiera enfrentar los abusos y las cargas impuestas por los dueños de la tierra, razón por la cual dan nacimiento a las “comunidades de hombre libres”, sólo que las mismas, por estar bajo la egida del rey, se convirtieron a la postre, en centros en los cuales se dio pie a la progresiva concentración del poder.

La creación del Estado, surgido como una respuesta frente al poder desmedido del monarca, dio paso, sin embargo, a una nueva casta, a una clase privilegiada que al atribuírsele roles y funciones adquirió fueros, derechos y libertades hasta entonces desconocidos, conduciendo con ello a la discriminación de grupos sociales respecto de otros.

El desmedido poder alcanzado por unos pocos, trajo consigo el surgimiento del absolutismo, caracterizado por la concentración del poder en manos del monarca, quien se consideraba ungido, dotado de poderes y derechos divinos, que le permitían autoatribuirse la soberanía y además considerarse exigido para asegurar el orden y la felicidad de sus súbditos, justificando así sus actos por cuanto obedecían a razones de Estado.

En tiempos del absolutismo Luis XIV Rey de Francia, se atrevió a decir la ya conocida frase "El Estado soy yo", muestra de la falta de raciocinio caracterizadora de esa época en el marco de la cual, el Estado es sinónimo de régimen político y en el que una sola persona, el soberano, ejercía el poder con carácter absoluto, sin límites jurídicos, ni de ninguna otra naturaleza. El Estado, no era sino una prolongación de las características absolutas del rey en ese período.

Con el transcurrir del tiempo, el surgimiento de la clase burguesa como resultado del desarrollo de la economía y del capital, trae consigo confrontaciones con la nobleza, en la búsqueda de espacios de poder y autoridad, dando al traste con la vieja concepción de la estructura estatal y trayendo como consecuencia la asunción de funciones políticas por parte de

la nueva clase, lo que determinó modificaciones en el rol del Estado y sus integrantes.

El advenimiento de nuevas clases y la reacción frente al poder omnímodo del rey, da lugar a las Revoluciones Francesa y Americana y con ellas al surgimiento del Estado Liberal Burgués, que se rige por el derecho y su actuación se fundamenta en la ley

Ahora, si bien el Estado Liberal proclama la propiedad y la igualdad entre los hombres, hecho que se recoge en la norma, las contradicciones se ponen de manifiesto, fundamentalmente en cuanto a la distribución de la riqueza y el ejercicio del derecho a la propiedad, acentuándose así, las diferencias entre las clases sociales.

La distinción entre grupos sociales va a determinar el regreso del Estado todopoderoso colocado al servicio de quienes detentaban el poder, y como consecuencia de ello, el retorno de prácticas aplicadas en detrimento de los derechos ciudadanos, y la utilización de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento de tareas persecutorias, que se tradujeron en criminalización de la conducta de quienes se mostraban adversos al abuso de poder y sobre todo, en la aplicación de las leyes penales para acallar las voces de protesta.

Así las cosas, el rol del Estado termina por confundirse nuevamente, al extremo de emplear su poder para avasallar los derechos ciudadanos,

fundamentalmente cuando de perseguir conductas calificadas como delitos se trataba.

De esa manera, desde las esferas del poder la nueva casta, los nuevos líderes, trastocaron las ideas inspiradoras de la búsqueda de una nueva organización estatal, en la cual prevaleciera la separación de poderes, colocados al servicio de los ideales que habían motivado su surgimiento, con lo que se estaba cambiando, un despotismo por otro. Se instauró el desprecio por el Estado de Derecho, convirtiendo esa conducta en la práctica sistemática de la organización estatal.

El ejercicio del poder por parte de la nueva casta social imperante, atribuyó al Estado el monopolio de la violencia, y le facultó para actuar en nombre de la sociedad para dar solución a los problemas surgidos entre la gente. Ello con la finalidad de evitar la preponderancia de la venganza como método para dirimir conflictos, pero en ese deseo de regular las conductas, se segregó a la víctima de los hechos, la que de protagonista fundamental paso a ser convidada de piedra, dado el criterio preponderante que el Estado, estaba facultado para actuar en nombre de la colectividad.

Este tipo de Estado suele confundir su misión con la de quienes detentan el poder, obviándose la importancia del ciudadano y sus derechos, centrando sus ejecutorias en sí mismo, en sus logros, en su imposición, sin importar que la población resulte satisfecha con la actividad desplegada por los entes que lo conforman.

Ese comportamiento por parte del Estado, ha determinado el avasallamiento ciudadano, la imposición de la fuerza y la actuación arbitraria de sus órganos, se trata de una actuación llevada a cabo, en detrimento de derechos que no debieron requerir su reconocimiento expreso para ser objeto de respeto y protección.

Uno de los hechos característicos de esta visión hegemónica del ejercicio del poder, lo constituyó el desprecio por los juristas y al mismo tiempo, la utilización del poder judicial como brazo ejecutor de los actos despóticos emanados del Estado.

Ejemplo de lo antes señalado, se observa durante la vigencia del nacionalismo nazi, hecho que condujo a Llobet (2004, p. 31) a plantear lo siguiente:

...Hitler tenía un profundo desprecio por los juristas, lo que explica también sus preferencias por las soluciones policiales, sin ataduras de procedimientos y leyes...Debe indicarse, para entender el nacionalsocialismo, que el mismo a diferencia de lo que ocurre en un Estado de Derecho, no se encontraba sometido a las disposiciones legales, las que de todas maneras podían ser variadas por el Estado.

Antillón, citado por Llobet (op. cit, p. 17), al referirse al proceso penal imperante durante la Alemania Nazi, sostiene que:

El proceso jurisdiccional es un fenómeno socio-histórico, mostrando su manera particular de insertarse en el tejido social, su estrecha relación con el poder político, su tenebrosa función al servicio de las tiranías y la misión educadora y liberadora que estaría llamado a cumplir en las democracias, en otras palabras la persistente pero atormentada vocación del hombre por hacer de ese proceso un instrumento en la búsqueda humana de la justicia.

Como puede observarse del comentario del citado autor, el Estado suele hacer uso de la jurisdicción para la imposición de criterios, por lo que constituye un peligro cuando las decisiones emanadas de los órganos que imparten justicia se colocan al servicio de quienes detentan el poder, puesto que ello implica, la materialización de muchas injusticias en desmedro de un verdadero Estado, en el marco de cuya actuación el ciudadano tenga atribuido papel preponderante.

Es precisamente ese tipo de comportamiento, el que procura las soluciones de los conflictos al margen de la ley y de la aplicación del procedimiento, todo como resultado del profundo desprecio que se experimentaba y experimenta frente a los derechos ciudadanos, fundamento de los campos de concentración nazi, de la aparición de la peligrosidad como mecanismo para aplicar sanciones, de las masacres policiales, las persecuciones y desapariciones forzadas y desconocimiento de la víctima como persona con derechos..

En el marco de esta conducta estatal, se desconoce durante mucho tiempo el Derecho a la Defensa que asiste a los hombres, dado al poder inquisitivo del Estado y se justifica la aplicación como ocurrió en Venezuela, de textos

normativos como los derogados: Código de Enjuiciamiento Criminal; la Ley Tutelar de Menores y la Ley de Vagos y Maleantes, anulada esta última, al ser declarada inconstitucional por la antigua Corte Suprema de Justicia.

Este estado de cosas, ha conducido a que en todo el orbe se haya decidido repensar en el rol jugado hasta ahora, por el Estado y sus órganos, razón por la cual Llobet (2004 p.142) ha sostenido que: “La administración de justicia debe llevarse a cabo manteniendo intangible la dignidad de la persona humana”

La dignidad de las personas y los derechos humanos, ejercen un rol fundamental en la transformación del concepto de Estado y sus alcances, razón por la cual en un mundo globalizado, la justicia trasciende fronteras en aras de la protección de los mismos, todo gracias a la actividad desplegada por organizaciones y entes nacionales e internacionales defensoras de los derechos del hombre, lo que conduce a la definitiva transformación de una estructura estatal hegemónica a una antropocéntrica, es decir centrada en el individuo y cuya actividad descansa y se desarrolla, sobre y a partir de los derechos humanos.

Las luchas impulsadas por cada una de las antes señaladas organizaciones, conducen a la construcción de un Estado Democrático y Social, de Derecho y de Justicia, como el definido en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que de acuerdo con la apreciación de Combellas (2001; p.35): “Se trata de una síntesis en la cual confluyen un

conjunto de ideas-fuerza, que han terminado por cristalizar en el contemporáneo constitucionalismo democrático”

Ese constitucionalismo democrático convierte al individuo en el eje orientador de las actividades a desplegar por el Estado, razón por la cual su ordenamiento y su actuación se sustentarán en una serie de valores, destacando dentro de ellos, la preeminencia de los derechos humanos, razón por la cual el mismo Combellas (op. cit, p 39) sostiene:

...conceptos axiológicos y ontológicamente superiores al Estado, ejemplificación de una estatalidad que imprime a sus objetivos una inminencia que subordina los súbditos a la definición de sus designios (el denominado interés nacional) es relativizada, subordinada, al reconocimiento, garantía y promoción de los derechos humanos.

La transformación del Estado, producto de los avances experimentados por la sociedad en materia de derechos humanos, constituirá el eje impulsor de los cambios que se experimentarían luego en materia legislativa y de la nueva visión del proceso, concebido ahora como mecanismo para tutelar efectivamente los derechos de las personas, facilitar el acceso a la justicia y además, garantizar el juicio y el debido proceso. El Proceso es hoy en día el instrumento fundamental para la realización de la justicia.

- **El Ciudadano como eje impulsor de cambios.**

Tal como se desprende de los planteamientos recogidos en las líneas anteriores, el Estado y el proceso permanecerán inmutables o cambiarán, atendiendo a la percepción que se tenga de las personas y sus derechos.

En efecto, Casal (2006, p16) plantea que:

Como ya hemos señalado, los derechos humanos no son inmunes al devenir histórico, ni son una categoría absoluta originada en una visión abstracta o aséptica de la persona, libre de influencias políticas o sociales. Muy al contrario, si bien la dignidad humana en que descansan siempre ha existido, aunque no siempre haya sido reconocida, los derechos o libertades fundamentales de las personas afloran en circunstancias particulares de la evolución de la humanidad. Las premisas básicas que condujeron a la proclamación de tales derechos se han consolidado, por lo que los derechos humanos son los cánones o parámetros ético-jurídicos de nuestro tiempo.

En los primeros tiempos de la humanidad, prevaleció la venganza privada como medio empleado para dirimir los conflictos, fundamentalmente por el predominante criterio de lo privatístico, producto de la carencia de la necesaria organización para dar respuesta desde otra perspectiva distinta, a los problemas surgidos como resultado de las relaciones sociales.

La asunción por parte del Estado de la solución de los conflictos, determinó el paso de la autotutela, para permitir la intervención de un tercero que procuraría resolver la diatriba, no obstante la intervención estatal se convirtió en un mecanismo que cercenó derechos al perseguido o demandado y sobre todo, en materia penal a la víctima, desaparecida del panorama procesal por el accionar de los entes estatales.

Los atropellos sufridos desde las instancias del Estado, han determinado la necesaria y oportuna reacción, sobre todo ante la conciencia de la precaria situación vivida por las personas en cuanto al respeto de sus derechos, provocando revoluciones y movimientos, que han desembocado en la búsqueda de soluciones, la mayoría de ellas de corte legislativo e institucional.

Concluida la II Guerra Mundial se observa en la mayoría de los países del orbe una tendencia a la consideración y protección necesaria de los derechos ciudadanos, cuando del accionar del Estado y sus órganos se trata, iniciándose desde entonces, un interesante y determinante proceso de transformaciones, que culmina con la universalización y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Ligado a lo antes señalado, está la conformación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), hecho al cual siguió en diciembre de 1948 la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, posteriormente de Derechos Humanos, luego se proclama en 1955, la Convención Americana de Derechos Humanos, y en 1966 se aprobó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo.

En ese orden de ideas Gros (1985, p.1) señala:

En verdad en la historia de la humanidad es difícil encontrar un período de tiempo en el que el tema de los derechos del hombre haya tenido, como en el lapso que va desde 1945 hasta hoy, una mayor y más general significación teórica y práctica. Podrán citarse en el pasado momentos en que el asunto tuvo importancia

capital en un Estado o una región, pero nunca como en los años en que vivimos, la cuestión de los derechos de la persona humana ha sido de una tan amplia generalización espacial como a la que hoy asistimos. Y nunca, por lo demás, el tema ha interesado tanto como en estos años a las masas y a los pueblos de prácticamente todo el mundo.

El mismo autor (op. cit. 16) plantea que:

Ese proceso de universalización e internacionalización de la cuestión de los derechos humanos es, evidentemente un proceso no concluido, un asunto abierto...Posee raíces y precedentes muy anteriores al período a que se refieren estas páginas; pero sin duda su inicio puede situarse a los efectos que nos interesa ahora, al término de la segunda Guerra Mundial, con la entrada en vigencia de la Carta de las Naciones Unidas...”

Casal (op. cit, p. 41), plantea sobre el particular lo siguiente:

Recordemos que la tarea de garantizar los derechos fundamentales fue asumida primeramente por el Derecho Interno, dentro del cual sufrieron una significativa evolución que antecedió a su plasmación en declaraciones y tratados internacionales. Tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial los derechos humanos irrumpieron de manera directa y específica en la escena jurídica internacional y ello ha dado lugar a un interesante proceso de mutua influencia entre el Derecho interno y el internacional en lo que atañe a la consagración de estos derechos.

A partir de tan importante acontecimiento histórico, se considera necesaria la concepción del individuo como sujeto de derecho y no como objeto e incluso como persona carente de derechos, susceptible de ser sometido y avasallado por el Estado sin posibilidad de acceder a instancias que le

permitieran requerir la protección de los derechos inherentes a su condición de ser humano.

El individuo, contrario a lo que ocurría antes, concebido como ciudadano es titular de derechos exigibles, y el Estado se convierte, no sólo en propulsor de su reconocimiento, sino se proclama garante de su goce y ejercicio. El progresivo reconocimiento y desarrollo de los derechos ciudadanos resultaría incompleto, si desde las instancias estatales no se produjeran los cambios necesarios que conduzcan a la efectiva protección de los mismos.

Es así, como paulatinamente se desarrolla la construcción de un nuevo Estado, que no sólo actúe apegado a derecho, sino que propugne como fundamento de su ordenamiento y actuación una serie de valores, cuya observancia esté dirigida a la consecución de la justicia, con estricto apego al respeto de los derechos humanos.

El nuevo Estado debe garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales, el acceso a los órganos de administración de justicia, el juicio previo y el debido proceso, haciendo de éste el mecanismo idóneo para requerir de las instancias legalmente competentes, el pronunciamiento rápido y oportuno acerca de los asuntos sometidos a su conocimiento.

Tal como se ha señalado anteriormente, las transformaciones asumidas hasta hace poco sólo a lo interno de las instancias estatales, se observan en el ámbito internacional, por lo que el asunto de los derechos humanos se convierte en un hecho de consideración global, más allá de las fronteras de cada país, creándose incluso tribunales internacionales cuyo fin es enjuiciar y

condenar a criminales de guerra por delitos cometidos contra la humanidad e incluso a los Estados por la violación de los derechos ciudadanos.

Es indudable, que las transformaciones observadas tienen una razón de ser, y es la preponderante importancia dada a los individuos, con el transcurrir del tiempo, quienes aparecen avasallados en principio y reivindicados posteriormente, ante la necesidad de garantizar el ejercicio de derechos que le son inherentes, y negados sistemáticamente por quienes detentaban el poder, convirtiendo así las estructuras estatales en instrumentos encargados de evitar su ejercicio y con ello justificar sus ejecutorias.

El hombre se ha convertido en el mecanismo impulsor de transformaciones, representadas por un lado por el reconocimiento, proyección e internacionalización de los derechos humanos, y por otro en la nueva concepción del Estado y la conversión de la justicia en un valor fundamental, cuya esencia está representada por el respeto y garantía de los derechos inherentes al hombre, siendo temas recurrentes, la dignidad humana, la libertad, la igualdad contenidas, incluso en normas de Derecho Internacional, que han sido constitucionalizadas a los fines de garantizar la salvaguarda de los derechos fundamentales del ciudadano.

En este sentido Fernández (2006, p.XLIV), señala lo siguiente:

Ha sido el ser humano, que vive en sociedad, el creador del Estado (Hobbes 1651), el cual está destinado a conservar la paz social y la seguridad de las personas y sus bienes. De tal forma que la razón de ser del Estado, es fundamentalmente la de asegurar la supervivencia de la sociedad y sus integrantes, al garantizar la tranquilidad que se deriva de la realización del

contrato social. Mal podría, entonces, pensarse que el ente estatal no está al servicio de quienes integran la sociedad. En ningún caso puede el Estado aplastar a los ciudadanos bajo supuestos y falsos principios de superioridad de armas, de poder o de fuerza.

Aunque los avances en la materia son valiosos, es indudable que aún persisten posiciones dirigidas a obstruir la efectiva observancia de los derechos fundamentales, haciéndose menester mayores esfuerzos dirigidos a hacer cesar los obstáculos, sean políticos, económicos, sociales o de cualquier otra índole. No obstante, puede señalarse que gracias al avance en cuanto al trato del ciudadano, se está hoy día ante un nuevo paradigma estatal.

- **El nuevo paradigma estatal.**

Gracias a lo antes señalado, en la mayoría de los pueblos suscriptores de los antes citados instrumentos internacionales, se está en presencia de una estructura estatal diferente a la existente hasta hace poco para la cual, el reconocimiento y protección de los derechos humanos se convierte en uno de los valores superiores que sustentan su accionar, y en aras de lo cual, se ha construido todo un andamiaje jurídico e institucional, constitutivo de un nuevo paradigma constitucional y estatal.

Destacan las características del nuevo Estado, el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando establece:

Venezuela se constituye en Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos...(Omissis)...

Se desprende del texto del artículo antes citado que Venezuela asume como organización jurídico política, la figura del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, dentro de cuyos fines pueden señalarse la búsqueda del bienestar de toda su población, mediante la garantía del goce y ejercicio pleno de sus derechos, sin discriminación alguna.

La primera característica a resaltar es que se trata de un Estado Democrático, cuyas actividades y atribuciones se sustentan en el poder conferido por el pueblo y hacia el cual, al menos en los tiempos presentes debe dirigirse su accionar, constituyendo fundamento de esa estructura estatal, el trato en igualdad de condiciones y sin discriminación a ser observado respecto de cada uno de sus pobladores.

Íntimamente ligado al carácter democrático que lo identifica, el Estado actual ofrece una vertiente social, prevista desde las perspectivas del texto constitucional. Así, sobre el Estado Social, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, conforme a Sentencia N° 85, Expediente N° 01-1274 de fecha 24/01/2002, con ponencia del Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero, ha señalado:

...A juicio de esta Sala, el Estado Social debe tutelar a personas o grupos que en relación con otros se encuentran en estado de debilidad o minusvalía jurídica, a pesar del principio del Estado de Derecho Liberal de la igualdad ante la ley, el cual en la práctica no resuelve nada, ya que situaciones desiguales no pueden tratarse con soluciones iguales. ...(Omissis)... El Estado está obligado a proteger a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución, sobre todo a través de los Tribunales; y frente a los fuertes, tiene el deber de vigilar que su libertad no sea una carga para todos. ...

Pero además, se trata de un Estado de Derecho, para cuya conceptualización y visión, se acude la tesis sustentada por el mismo Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero en la antes citada sentencia N° 85 del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional de fecha 21 de enero de 2002, la cual señala lo siguiente:

La formación y desarrollo del concepto de Estado de Derecho, tiene su origen histórico en la lucha contra el absolutismo, y por ello la idea originalmente se centraba en el control jurídico del Poder Ejecutivo, a fin de evitar sus intervenciones arbitrarias, sobre todo en la esfera de la libertad y propiedades individuales. Sin embargo, tal concepto fue evolucionando, y dentro de la división de poderes que conforman el Estado, en la actualidad el Estado de Derecho consiste en que el poder se ejerce únicamente a través de normas jurídicas, por lo que la ley regula toda la actividad Estatal y en particular la de la administración; y parte de la esencia del concepto consiste en “el control judicial de la legalidad desde lo que se va a considerar la norma suprema: la Constitución” (“El Estado Social de Derecho en la Constitución” por Encarnación Carmona Cuenca. Consejo Económico y Social. Madrid. 2000), la cual encabeza una jerarquía normativa, garantizada por la separación de poderes.

Se trata entonces, de un Estado cuyas ejecutorias pretenden borrar todo vestigio de absolutismo y convertir la aplicación de la norma en la vía para alcanzar sus fines. En específico, se trata de un Estado que acude al Poder Judicial para ejercer el control, de la legalidad de sus actos, teniendo como norte la Constitución, en tanto norma suprema.

La norma subexamine indica otra determinante característica del nuevo tipo de Estado surgido a la luz de la Constitución de 1999: Estado de Justicia.

Tal como se ha señalado con anterioridad el Estado está llamado a actuar en el marco de un ordenamiento jurídico, desde el cual se ha diseñado y adjudicado funciones y atribuciones a cada uno de sus entes, de modo que en la oportunidad de llevar a cabo sus actuaciones, cada uno de ellos, deberá hacerlo con apego a la normativa vigente.

No obstante lo antes señalado, en muchas ocasiones aplicar el Derecho no es en modo alguno, la efectiva consecución de la Justicia, de allí que el constituyente conocedor de la realidad, plantee en el artículo 334 constitucional que: "...en caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio resolver lo conducente"

Desde la perspectiva del texto constitucional se auspicia el respeto a la justicia, implicando ello que los órganos jurisdiccionales deberán encargarse de la tarea de procurar o imponer la justicia, por encima de la legalidad formal. La aplicación del derecho muchas veces luce alejado de la consecución del valor superior justicia.

Para Fernández (2006, p. LVII): “El Estado de Derecho y de Justicia, significa entre otros elementos constitutivos, que el hecho judicial debe estar centrado en la actuación de los jueces”.

En ese mismo sentido se pronuncia Casal (op. cit, p.15), cuando plantea que: “La consecución de la Justicia estará íntimamente vinculada a otros valores superiores a prevalecer en un Estado como el insurgido desde los lineamientos y postulados de la Constitución de 1999, es decir, los Derechos Humanos”.

En efecto, el Estado de Justicia será posible en la medida que los órganos que lo conforman y fundamentalmente los órganos jurisdiccionales auspicien en la oportunidad de dictar sus decisiones, la observancia de los derechos y garantías inherentes a los ciudadanos, es decir a los justiciables.

Combellas (op. cit, p. 36), señala que.

El Estado de Derecho significa la sujeción de los poderes públicos a los dictados de la Constitución, respeto a los derechos humanos e independencia judicial. Ahora bien, dicho concepto se une a la valoración especial de la justicia, la cual tiene su principal consecuencia en que el exceso de formalismo y la codificación adjetivada del derecho, como rémoras de una concepción formalista del Estado de Derecho, deben subordinarse y hasta superarse en la interpretación del derecho en aras de facilitar la cabal realización de la justicia.

Las antes señaladas características del Estado moderno, surgido como consecuencia del desarrollo alcanzado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, conforman lo que dentro de la doctrina se ha denominado Estado Constitucional.

En este orden de ideas. Ferrajoli (2000, p 7) sostiene:

Para el positivismo jurídico, el criterio de reconocimiento tanto de la existencia como de su validez es la forma como se producen las leyes, independientemente de su contenido, mientras que el constitucionalismo jurídico, condiciona la validez de las leyes también a la sustancia de las decisiones, o sea, a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia establecidos por las constituciones.

Rivera (2009, p.3), señala que:

La idea de Estado constitucional está sólidamente unida a la idea de la Constitución como norma suprema, que debe prevalecer sobre toda norma o acto estatal. A partir de ella se organizan los

poderes públicos, se limita su actuación y se protege a los ciudadanos

Del mismo modo, Fernández (op. cit, p. XLV), plantea que:

El Estado Constitucional de Derecho lleva en su base la noción de un régimen constitucional democrático, con poderes públicos independientes que garanticen un adecuado contrapeso y control frente al poder político, de las armas y de cualquier naturaleza, como fundamento de las relaciones jurídicas, políticas y sociales y en las cuales los DDHH pueden desarrollarse plenamente.

El Estado Constitucional, no es más que el Estado de Justicia, democratizador del trato ciudadano, ante la preocupación por la felicidad de sus pobladores, para cuya consecución hace uso de los órganos jurisdiccionales, llamados como están a garantizar la efectiva realización de los valores y principios constitutivos del norte de sus ejecutorias, los cuales ante su reconocimiento constitucional, no requieren ser desarrollados en norma alguna puesto que dada la supremacía de la carta magna y su carácter normativo, son de obligatoria aplicación, tal como se desprende del texto del artículo 23 de la Constitución Nacional.

En este orden de ideas Rivera (op.cit, p.6) señala que:

Venezuela conforme al artículo 2 constitucional, se configura como un Estado Social y Democrático, del cual se derivan consecuencias jurídicas y políticas. Así tenemos la conexión entre las garantías materiales y procesales que la constitución y

los acuerdos internacionales establecen y la función jurisdiccional del Estado. En ella se establecen los marcos de desenvolvimiento de la acción del aparato del Estado... (Omissis)

En ese mismo sentido se pronuncia Casal (op. cit 15), cuando plantea lo siguiente: "Lo anteriormente expuesto patentiza la íntima vinculación existente entre la Constitución y la Justicia Constitucional... La Constitución no sería lo que es sin el acompañamiento de los mecanismos judiciales dirigidos a asegurar su vigencia..."

Las antes citadas posiciones dan a entender que la realización efectiva del Estado Constitucional o Estado de Justicia, dependerá de contar con Poder Judicial comprometido, conocedor de su rol, en aras de trascender de aquella estructura permisiva o abstencionista instaurada luego de las revoluciones francesa e inglesa, para convertirse en garante del ejercicio eficaz de los derechos fundamentales, con base en la eliminación de los obstáculos de cualquier tipo, que interfieren muchas veces en la efectiva realización de sus fines.

La realización de la justicia no puede ser mera retórica, es y debe ser el verdadero norte del Estado, y cuando de dirimir conflictos se trata, debe obrar con estricto observancia y respeto de la dignidad humana; de principios como el de legalidad y debido proceso, en aras de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos de los justiciables.

Así las cosas, la nueva estructura estatal que emerge de los tratados, acuerdos y convenios internacionales sobre derechos humanos y que se diseña en la constitución de 1999, debe caracterizarse, conforme a las previsiones constitucionales, por:

- a) Por hacer de la Justicia, el valor fundamental de de su actividad,
- b) Garantizar el Acceso a los órganos de Administración de Justicia;
- c) Observar las previsiones del artículo 49 del texto constitucional, consagradorio del debido proceso y el juicio justo,
- d) Garantizar, sin discriminación y en igualdad de condiciones el ejercicio pleno y efectivo de derechos ciudadanos,
- e) Proporcionar trato igualitario a todos los individuos, sobre todo cuando de proceso se trata, razón por la cual no puede haber distingos entre autores o partícipes de los hechos y quienes hayan resultado afectadas por el hecho;
- f) Garantizar la tutela de los derechos ciudadanos, para lo cual debe convertir el proceso en el mecanismo fundamental, a través del cual le sea posible a cualquier ciudadano la solución de sus conflictos,

Significa que un Estado que se precie de democrático, de derecho y Justicia, es y debe ser un Estado de los Derechos ciudadanos y no debe hacer distingos entre hombres mujeres, niños, adolescentes, adultos, hombres libres u hombres subjudices, víctimas y victimarios, en la oportunidad de aplicar la ley y respetar sus derechos.

En resumen, a partir del desarrollo alcanzado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se ha operado un importante cambio, en la manera concebir al Estado, el cual se coloca al servicio del ciudadano, considerado ahora sujeto de Derecho, emergiendo desde esta visión, el denominado Estado Constitucional o Estado de Justicia, siendo elemento motivador de la nueva manera de concebir la estructura estatal, el individuo y sus derechos.

## CAPITULO II

### EL PROCESO COMO INSTRUMENTO FUNDAMENTAL DE LA JUSTICIA

- **Fundamento Constitucional.**

La sola existencia de formulas creadas por el hombre para resolver los conflictos deparados por la convivencia, indica a las claras que el mismo debió considerar desde los inicios de la humanidad, diferentes métodos y vías a objeto de lograr la paz social.

Sin duda, en principio, ante la carencia de reglas formales, la solución de los conflictos dependió de la connotación atribuida por cada persona al hecho que afectaba sus intereses, convirtiéndose la venganza en la vía o el mecanismo empleado en los primeros tiempos para retribuir el daño sufrido.

Francisco Pagano, citado por Camargo (2002,19), sostiene que:

...las bárbaras naciones no conocen el proceso. Sus causas se deciden con el hierro en la mano o con el parecer del árbitro de un senado compuesto por los jefes de nación y por un rey, caudillo en la guerra, juez y sacerdote en la paz

Como puede observarse, durante mucho tiempo prevaleció la justicia personal, como mecanismo que permitió a las víctimas de ofensas disponer a su arbitrio, tal como señala el autor antes citado, de la vida, la libertad y los bienes de los débiles y subyugados, significando ello, la comisión de múltiples desafueros y excesos en la búsqueda de saciar la sed de venganza, más que para hacer justicia.

Sólo que trasladar la solución de las manos de la víctima “con el hierro en la mano”, a otras esferas “caudillos en la guerra, juez y sacerdote en la paz” significó el tormento para el victimario y omisión de la persona ofendida, por cuanto el daño ocasionado por el delito, no era a esta última, sino a la divinidad o a quienes detentaban el poder, con el agravante de no hacer distinción entre hechos delictivos de los que no lo eran.

La historia de las soluciones a los conflictos está íntimamente ligada, a la evolución experimentada por el proceso penal, verificándose tal como se ha indicado supra, que en tiempos iniciales de la humanidad la magnitud de la respuesta dada por la persona ofendida o afectada, no dependía de la naturaleza del hecho en sí, sino de la connotación conferida u otorgada por la misma a la situación o conflicto, de modo que la respuesta estaba dirigida, generalmente, contra la persona causante o autora de la situación.

Con el transcurso del tiempo, el hombre distinguió los hechos de connotación fundamentalmente penal, susceptibles de una sanción corporal, de aquellos que exigían una respuesta de distinta naturaleza.

Así las cosas, al organizarse el Estado y materializarse el Derecho, en aras de evitar la arbitrariedad, se procedió a definir las conductas consideradas socialmente reprochables, además de establecerse las sanciones a aplicar frente a cada conducta, con el agregado que para poder establecer si se había materializado el comportamiento repudiado y la sanción a aplicar era menester ofrecer mecanismos para su establecimiento.

De esa manera surge el Proceso, definido por muchos como un conjunto sucesivo y ordenado de actos que deben ser llevados a cabo, por un tercero denominado juez en tiempos actuales, y por las partes y sujetos involucrados en el hecho.

Para Vescovi (1984, p. 9) el proceso es:

...el conjunto de actos dirigidos a un fin (como sucede en todos los demás: proceso químico; fisiológico): la solución del conflicto (o la satisfacción de la pretensión) mediante la imposición de la regla jurídica, el derecho (o más mediatamente, la implantación de la paz y la justicia en el medio social).

Niceto Alcalá y Zamora, citado por Camargo (op. cit, p. 24), al referirse al juicio señala:

En otras palabras, juicio del latín *judicium* (acto de impartir justicia o aplicar el derecho) es sinónimo de procedimiento: la palabra juicio en el lenguaje forense, tiene dos diversas acepciones: unas veces

se toma por la sola decisión o sentencia del juez, y otras por la reunión ordenada y legal de todos los trámites de un proceso.

El citado maestro español, identifica juicio con procedimiento, asimilándolo por un lado a la sentencia y por otro, al conjunto de actos o trámites ordenados legalmente.

Para Manzini, citado por Villamizar (2002, p.14), el Proceso Penal: “tiene por finalidad, la de obtener mediante la intervención del juez la declaración de certeza positiva o negativa, del fundamento de la pretensión punitiva derivada de un delito, que hace valer por el Estado el Ministerio Público”

La visión de Manzini, más que definir el Proceso Penal, señala la finalidad del mismo, mientras que para Florián, citado por el mismo autor (op.cit, p.15), el proceso es:

El conjunto de actos mediante los cuales se provee, por órganos fijados y preestablecidos en la Ley, y previa observancia de determinadas formas, a la aplicación de la Ley Penal en los casos singulares concretos, o sea se provee a la definición de una concreta relación de derecho penal

Así las cosas, el proceso representa un vehículo mediante el cual, órganos preestablecidos legalmente, y previo el cumplimiento de formalidades legales, darán respuesta a objeto de definir una concreta relación de derecho penal.

Vásquez, (1999, p.1) plantea al respecto:

...constituye una serie encadenada de actos dirigidos hacia una finalidad, que se concretan en la reconstrucción metodológica de un suceso, lo cual supone un orden lógico de aprehensión valorativa desde la posibilidad, pasando por la probabilidad para finalmente arribar a la certeza sobre su comisión, su carácter delictivo, la imputación y responsabilidad que pueda predicarse, así como los efectos civiles derivados del hecho, o en caso contrario, establecer la inocencia del sindicado, aún en términos de posibilidad en aplicación del principio in dubio pro reo.

De la definición ofrecida por la citada autora, en franca referencia al proceso que discurre en el marco de un sistema garantista, resulta lógico entender que la administración de justicia habrá de valerse de un mecanismo o instrumento, que permita arribar a la verdad de los hechos o a la reconstrucción o redefinición de los hechos, dando lugar a una sentencia condenatoria previa destrucción del principio de presunción de inocencia o de lo contrario deberá haber un pronunciamiento que acuerde la absolución del sometido a persecución penal.

De la revisión del texto constitucional y la lectura de las posiciones ofrecidas por los citados autores, se desprende que no podría haber proceso, sin privilegiar los derechos ciudadanos.

Con base en lo antes señalado, el proceso penal, en tanto conjunto de actos ordenados, sucesivos y concatenados, realizados por los sujetos procesales, debe sustentarse en el respeto de los derechos y garantías constitutivos del debido proceso, en aras de establecer si se ha cometido un

hecho punible y en caso afirmativo, determinar la identidad de los autores o partícipes en su perpetración, así como la sanción o pena aplicable y el control de la misma.

Como puede observarse el proceso, desde su implementación ha sido considerado, el mecanismo idóneo para poner fin a otros medios empleados por el individuo, para dar solución a las controversias generadas por la propia convivencia.

No obstante, para arribar a los criterios sustentados en tiempos actuales sobre el proceso, hubo de experimentar a lo largo de la historia de la humanidad, diferentes concepciones, dependientes, fundamentalmente, de la visión manejada acerca del Estado, en un momento histórico determinado y sobre todo, la percepción sostenida sobre los derechos del hombre, desde las esferas del poder.

Los antes señalados derechos fueron reconocidos con el advenimiento del Estado liberal, a decir de algunos autores, pero ello no significó la definitiva protección de los mismos.

En efecto, sostiene Casal (op.cit, p. 18), que:

Tras la celebre declaración de derechos de la Revolución Francesa y las declaraciones de derechos de colonias británicas

en Norteamérica, se inicia el proceso de constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona ... (Omissis)...Contra su real operatividad jurídica conspiró por un lado la pervivencia del principio monárquico en algunos países europeos y, por otro lado, la falta de aceptación de la fuerza normativa y la supremacía de la constitución, estimulada por la creencia en la soberanía del parlamento y en la primacía de la ley como expresión de voluntad popular.

Acentúa el citado autor, que el reconocimiento y constitucionalización de los derechos fundamentales, no constituyó obligación alguna para el Estado, en cuanto a su efectiva protección, dada la exigencia de su desarrollo en un texto normativo, con lo que no se primó el contenido del texto constitucional.

En efecto el mismo autor (2004, p. 21), sostiene:

El legicentrismo característico del Estado Liberal –burgués, que fue inicialmente expresión de la soberanía que el parlamento había sustraído al monarca, condujo a un sobredimensionamiento del valor de la ley, en virtud del cual los derechos proclamados sólo regían en la medida en que esta los regulara. El control judicial de la constitucionalidad de las leyes se hacía, en estas coordenadas, impensable.

Se entendía entonces, que la justicia se lograría, desde esa perspectiva en tanto y en cuanto el derecho estuviese contemplado o desarrollado en una ley, independientemente de su previsión constitucional, situación materializadora de muchas injusticias y de la negación de la protección de muchos derechos, con base en el subterfugio del carácter programático de la

norma, pese a su consagración constitucional o por considerar que al no estar previsto en la ley, mal podría ser objeto de protección.

La frecuente vulneración de los derechos humanos, condujo a muchos países entre ellos Venezuela a construir un andamiaje normativo, en la búsqueda de la creación de un procedimiento dirigido a la protección de los derechos humanos, como lo fue con la promulgación el 22 de enero de 1988, de la Ley Orgánica de Amparo de Derechos y Garantías Constitucionales, acontecimiento, si bien importante, resultó, no obstante insuficiente, ante la continuidad de los desafueros jurisdiccionales, negando la protección de los derechos fundamentales, con el fundamento de la inexistencia de leyes que los desarrollasen.

Este estado de cosas condujo a Rosell-Senhen (1986, p. 453) a señalar que:

La desafortunada tesis de que es necesario distinguir entre normas operativas y programáticas, ha sido sin lugar a dudas, el obstáculo hasta hace poco insalvable, que impidió el ejercicio efectivo de la función jurisdiccional en Venezuela, trayendo esto como consecuencia, la desprotección del ciudadano en algunas áreas de los derechos humanos...

El constante irrespeto por parte de los órganos jurisdiccionales de los derechos humanos, condujo a la reconsideración del comportamiento del Estado y los entes que los conforman, frente a los mismos, y fundamentalmente, en cuanto a los mecanismos de los cuales debe disponer

el ciudadano e incluso el propio Estado, para garantizar el goce pleno y efectivo de los derechos inherentes a las personas.

El desarrollo alcanzado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha conducido a la superación paulatina de los escollos y las posibles dudas motivadoras de interpretaciones erradas que han hecho nugatorio, durante mucho tiempo, el derecho de cada ciudadano a lograr la protección efectiva y eficaz de sus intereses.

Ocurre entonces, que a pesar de la existencia de mecanismos creados para resolver conflictos entre individuos, era muy poco lo que podía hacerse en oportunidades desde las esferas del Poder Judicial para proteger los derechos de las personas, por cuanto prevalecía la idea del necesario desarrollo de los derechos en un texto normativo.

Gracias al desarrollo alcanzado por los derechos humanos, la nueva visión del Estado y del proceso, el texto constitucional, resuelve las dudas, al menos desde el punto de vista jurídico, acerca de los derechos a ser protegidos.

El artículo 22 del texto constitucional establece:

La enunciación y garantías constitucionales contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre los

derechos humanos no deben entenderse como negación de otros que siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Del contenido de la norma se evidencia, que no es necesario el desarrollo de los derechos ciudadanos en texto normativo alguno, para ser merecedores de protección, basta su inherencia a los seres humanos para desde las esferas del Estado, propiciar y garantizar su goce y ejercicio pleno, más aún cuando se observa el artículo 27 constitucional.

Es precisamente el Estado, el conminado a respetar los derechos inherentes a los seres humanos, hecho que no sería posible de no ser considerada la dignidad de las personas, los principios de igualdad y progresividad, la no discriminación, la supremacía de la norma constitucional y su directa y obligatoria aplicación, elementos fundamentales y garantizadores del acceso a los órganos de administración de justicia, con miras a la obtención de una respuesta pronta y oportuna, en el marco de un proceso justo.

Pero esos principios no podrían materializarse de no haber una vía o mecanismo adecuado, a través de los cuales pueda hacerse valer, con miras a lograr la solución de los conflictos y el orden social, fines ulteriores de la actuación estatal. Así, desde la Constitución vigente se hace indicación clara y precisa de aquellos medios a ser empleados para la realización de los fines perseguidos por la estructura estatal.

En perfecta armonía con lo antes expresado, de la carta magna se desprende la decisión del Estado de proscribir las vías de hecho, el empleo de la fuerza y cualquier otra manifestación distinta a aquella que derive de la propia organización estatal, gracias al impulso dado por la ciudadanía, la que procedió a dotarle de poder o potestad para administrar justicia, representado por la jurisdicción, la cual es ejercida por los diferentes tribunales de la República, a los cuales se les faculta para emitir pronunciamientos dirigidos a poner fin al asunto o conflicto sometido a su conocimiento.

Así las cosas, el artículo 253 constitucional establece que:

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

Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia, mediante procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias... (Omissis)...

De conformidad con la antes citada norma constitucional, el fin de la jurisdicción es el de administrar justicia, la cual se materializa mediante un pronunciamiento o sentencia de obligatoria cumplimiento, emanado del órgano dotado de poder decisorio, y el cual requiere para arribar a la decisión y a su ejecución, del despliegue y realización de una serie de diligencias y actos, previstos en la norma.

Ahora bien, si la jurisdicción es la potestad estatal de administrar justicia, ésta sólo podrá alcanzarse, a la luz del nuevo texto constitucional, a través del proceso, único medio capaz de ofrecer las reglas y pautas, conducentes a la seria, lógica y coherente consecución de un pronunciamiento, que basado en el respeto de los derechos fundamentales, esté dirigido a resolver los conflictos surgidos entre los individuos.

En efecto, el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana establece:

El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptaran un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales

Desde la perspectiva de la citada norma, al convertírsele en instrumento fundamental para la realización de la justicia, el Proceso se erige en el mecanismo a través del cual el Estado ratifica o confirma su decisión de proscribir, por un lado, las vías de hecho o la autotutela de los derechos y por otro, la discrecionalidad de los juzgadores, quienes deberán someterse a las pautas o reglas establecidas en la ley adjetiva y en el texto constitucional.

Así las cosas, el Estado procurará a través de los órganos competentes, mediante el empleo de mecanismos adecuados y actos caracterizados por la oralidad, publicidad y simplificación, no sólo el establecimiento de la verdad,

sino el ofrecimiento de la respuesta oportuna al conflicto sometido a su consideración, razón por la cual sólo se exigirá rigurosamente el cumplimiento de las formalidades esenciales, es decir, aquellas cuya inobservancia pueda afectar la validez del acto.

Se infiere de lo antes señalado, que la obtención de los fines de la justicia convertidos esencialmente en la razón de la tranquilidad ciudadana y la paz social, no serían posibles, cuando se le pretendiese alcanzar por cualquier vía y a cualquier precio y fundamentalmente, en desmedro de los privilegios procesales que los derechos ciudadanos confieren en tiempos de globalización a los seres humanos.

En ese orden de ideas los conocedores del tema sostienen la tesis de la construcción, cada vez con mayor fuerza de la denominada, por gran parte de la doctrina, constitucionalización del proceso, identificada como el derecho constitucional que se garantiza mediante la observancia de normas constitucionales, con trascendencia procesal.

En el mismo sentido sostiene Duque Corredor (2004, p.4) que: “la garantía de un derecho constitucional procesalmente viable resultará del hecho de observar: “principios constitucionales procesales, normas procesales en la constitución y principios o normas procesales elevadas a normas constitucionales”.

Desde la visión ofrecida por el antes citado maestro venezolano, los principios constitucionales, serían aquellos que concretizan en un segundo grado los valores constitucionales, entendidas como ideas directivas generales o valores superiores del ordenamiento jurídico, que a decir de Pérez Luño, citado por Duque Corredor (2004, p. 4), son:

El de la Justicia pronta y cumplida; el de gratuidad de la justicia, simplificación de los trámites procesales; uniformidad de los trámites; el Debido Proceso, la igualdad ante la ley procesal; la consagración de medios alternativos a la jurisdicción para la solución de conflictos y entre otros, la justicia constitucional.

Así las cosas, la justicia sería alcanzable en la medida en que se garantice un proceso justo, previo, con garantía de los derechos, sin distinción y en el marco del cual el órgano jurisdiccional integrante de la estructura estatal, tenga presente los fines, los valores superiores que orientan la actividad de los órganos que conforman el Estado.

- **El Nuevo Proceso Penal**

Sin duda alguna, el proceso ha experimentado grandes cambios sobre todo cuando, gracias a la introducción de una serie de principios y exigencias a ser observadas, se ha procurado acercar la justicia al ciudadano, pero tal vez, el impacto más significativo provocado por esos cambios se observa en el procesal penal.

Como puede observarse, la percepción que se tiene del proceso penal conduce a considerar que a través del mismo, los órganos competentes del Estado están facultados para aplicar la ley penal, previa la configuración de una conducta delictiva prevista legalmente, no en balde el numeral 6 del artículo 49 constitucional prohíbe la aplicación de sanciones a conductas no descritas como delitos en los textos legales respectivos.

Conocido es que bajo la égida del sistema inquisitivo, a los efectos de establecer si se había cometido un hecho punible, se privilegió un conjunto de prácticas a través de las cuales se dejaba en evidencia la escasa o inexistente consideración de las personas como sujetos de derecho.

En verdad, si bien Venezuela había suscrito algunos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, los mismos, carecían, en su mayoría, de la suficiente fuerza coercitiva para obligar a su aplicación y hacer efectivos los derechos correspondientes o inherentes a los ciudadanos.

Prueba de lo antes señalado, lo constituía el Código de Enjuiciamiento Criminal (1924), desde cuya normativa se desarrollaba todo un proceso, en el marco del cual la culpabilidad se presumía y prevalecía la privación de libertad como regla, caracterizándose por la omnipotencia del órgano jurisdiccional, dotado de potestad investigativa y el cual actuaba, fundamentalmente, basado en las investigaciones y pruebas aportadas por sus órganos auxiliares, los cuerpos policiales.

Si lo antes señalado ocurría con el procedimiento aplicado en aquel tiempo a las personas mayores de edad, incurso en delitos, ocurre que durante la vigencia de la Ley Tutelar de Menores (1975) se impuso un “procedimiento” con sentido inquisitivo, que impidió a las personas, consideradas conforme a las normas vigentes “menores de edad” de la posibilidad de ser sometidas a un proceso justo, basado en la observancia del Debido Proceso y los derechos y garantías que lo conforman.

Pero lo más grave de lo antes planteado, estuvo representado por el hecho de que ese mismo procedimiento se aplicaba sin distinciones, por un lado a menores de edad incurso en la perpetración de delitos y por otro a quienes sin alcanzar la mayoría, se les ubicaba en las categorías de menores en situación de abandono y menores en situación de peligro, según los artículos, 84, 85 y 86 de dicha ley.

En ambos procedimientos, es decir, el desarrollado en el Código de Enjuiciamiento Criminal y el contemplado en la Ley Tutelar de Menores, negadores de derechos, si bien las personas consideradas sospechosas de estar incurso en infracción de normas penales o perpetración de hechos punibles, carecían prácticamente de posibilidades ciertas de defensa, no se observaba un trato distinto respecto de quien resultase afectado por el hecho punible, y por lo tanto, que pudiese actuar con libertad y por ende solicitar la intervención de los órganos competentes e incluso acceder a ellos, en aras de lograr la tutela de sus derechos.

Se trataba pues, de un autentico ejemplo de la acumulación de violaciones y negación de la protección de los derechos ciudadanos, todo en procura de hacer prevalecer el poder del Estado y sus ejecutorias, en detrimento de los ciudadanos.

A raíz, tal como se ha indicado supra, de la suscripción por parte de la República de Venezuela, de una serie de tratados, acuerdos y convenios internacionales, comienza a forjarse un proceso que culminaría, por lo menos en el caso venezolano con la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal el 1º de julio de 1999, reformado posteriormente en varias oportunidades.

Se suma al antes citado texto, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA) promulgada el 1º de abril de 2000, denominada hoy Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA), instrumentos normativos internos que acogen criterios contemplados en los señalados textos internacionales, todos dirigidos a la consideración del ciudadano como sujeto de Derecho, susceptible de ejercerlos y exigirlos.

Ambos textos contemplan sendos procedimientos penales, el primero aplicable a los adultos y el segundo, sólo a los adolescentes, abandonándose la tesis de la Ley Tutelar de Menores, producto de la cual, se incluía como infractores de la norma penal, a todo menor de edad, sin hacer distinción alguna, dando lugar con ello a la aplicación del mismo procedimiento para situaciones disímiles, haciéndose prevalecer la privación

de libertad como el más importante remedio para resolver males y problemas de naturaleza distinta.

Ambos procedimientos penales son de corte acusatorio, y por lo tanto caracterizados por la oralidad, la publicidad en el primero, la audiencia reservada en el segundo, la concentración y la continuidad; la inmediación y la contradicción; pero sobre todo, constituyen ejes orientadores del sistema, la observancia del principio de legalidad; el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

Uno de los aspectos a destacar es la relevante importancia atribuida a los derechos ciudadanos, cuya observancia debe ser garantizada por el órgano jurisdiccional, so pena de nulidad de las actuaciones, diligencias y actos violatorios o contrarios a los derechos humanos y garantías constitucionales, tal como se desprende de los artículos 90 y 91 del Código Orgánico Procesal Penal, relacionados con la teoría de las nulidades.

Se trata entonces de un proceso penal de los derechos ciudadanos, fundamentado en el derecho atribuido al Estado de perseguir el delito, establecer la verdad e imponer la pena o sanción correspondiente; pero esto sólo podría ocurrir, una vez se haya destruido, como resultado del acervo probatorio llevado al proceso, la presunción de inocencia inherente a toda persona.

Si bien el Código Orgánico Procesal Penal y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, parecieran referirse, en esencia cuando de protección de los derechos procesales se trate, al imputado o acusado, las características y exigencias que informan el sistema de corte acusatorio, deberían cumplirse en igualdad de condiciones respecto de las personas con interés en el proceso, salvo las excepciones contempladas, en el caso de la especialísima Ley. No en balde el texto constitucional proscribiera la discriminación.

En realidad, los textos adjetivos antes citados, si bien anteriores en cuanto a su entrada en vigencia a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, guardan estrechísima relación con ella, pudiendo señalarse, ciertamente, que se ha operado una constitucionalización del proceso, y por lo tanto, en cada procedimiento desarrollado en los mismos deben aplicarse como fundamento para la consecución de la justicia, los principios y valores superiores consagrados en la carta magna.

Evidentemente, se está frente a un proceso propio de un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, para el cual se hace obligatorio observar: la democracia, la primacía constitucional y la legalidad.

En efecto, el proceso debe ser democrático, porque el mismo no es sólo actividad atribuida o realizable sólo por el Estado, sino que requiere de la participación efectiva y comprometida de cada uno de los sujetos procesales y de la ciudadanía, además debe respetar el principio de primacía constitucional, producto del cual debe hacerse prevalecer la carta magna por

encima de normas instrumentales o procesales, de allí su preferente y directa aplicación, y debe obedecer al principio de legalidad, porque ese Estado para perseguir penalmente, imponer y ejecutar sanciones debe someterse a la ley.

Atendiendo a lo antes planteado, un procedimiento penal tal como se le concibe actualmente, no puede obedecer a parámetros convertidores de la investigación que lleva aparejado, en instrumento de impunidad o de abuso, por el contrario, debe tratarse de una serie de diligencias y actuaciones, en el marco de las cuales se tengan presentes las garantías correspondientes a las personas involucradas en el proceso.

Así el imputado, sometido a proceso, debe ser objeto de trato respetuoso y privilegiado de sus derechos, y en contraposición quien haya sido víctima de su actuación delictiva, debe tener garantizada la intervención en defensa de sus intereses, tal como se desprende de los artículos 19, 21 y 26 de la carta magna, consagratorias de los principios de no discriminación e igualdad, y tutela judicial efectiva, y por tanto, garantizadores del ejercicio de manera irrenunciable, interdependiente e indivisible de los derechos a cualquier ciudadano, sin importar su rol en el proceso.

El proceso, actual y sobre todo, el penal, debe constituir un escenario para el equilibrado ejercicio de los derechos ciudadanos, más aún cuando el Estado venezolano, otorga preeminencia a los derechos humanos como fundamento para alcanzar el valor superior justicia.

Sostiene Rivera (2008, p. 12) que:

El proceso penal en la actualidad tiene el reto de consolidarse en ser salvaguarda del régimen de valores, garantías y libertades fundamentales que consagra la Constitución. Eso significa que el Proceso Penal debe ser un medio adecuado para velar por la tutela judicial efectiva de los derechos y libertades contenidos en la norma suprema... (Omissis)...

De lo sostenido por el citado autor se evidencia, la relevante importancia alcanzada en tiempos actuales por los derechos inherentes a las personas, cuyo ejercicio debe ser garantizado y además, protegido, de ser necesario, correspondiendo tan importante tarea al órgano jurisdiccional, llamado a hacer efectiva la tutela de los mismos.

El Proceso, tal como se le concibe en tiempos actuales, apareja un cambio de paradigma, representado por la ruptura con el viejo esquema denegador de derechos, aplicado hasta épocas recientes, razón por la cual en perfecta congruencia con el texto constitucional, debe garantizarlos sin distinción a hombres y mujeres, libres o sometidos a proceso, a adultos y adolescentes, víctima o victimario. Esta ruptura da lugar al abandono del Sistema Inquisitivo para dar paso al Sistema Acusatorio.

- **Del Sistema Inquisitivo al Sistema Acusatorio.**

Durante mucho tiempo se ha llegado a considerar que la pena representa la necesaria y habitual reacción ciudadana y social frente al hecho delictivo,

razón por la cual en la búsqueda de la ejemplar punición, se le ha atribuido diferentes fines, considerándosele por un lado, mecanismo de carácter absoluto, sin objetivos ulteriores y por lo tanto sin ningún efecto social, mientras que durante mucho tiempo, llegó a conferírsele una finalidad retribucionista y por lo tanto compensatorio del mal provocado por el hecho delictivo.

El criterio retribucionista de la pena, alcanza niveles de relevante importancia durante la época de Cesare de Beccaría con su obra “De los Delitos y las Penas”, antecedente del principio de proporcionalidad, pero se llega al extremo de considerar la necesidad de atribuir una pena a cada conducta delictiva, con el agravante de no haberse realizado estudios serios, profundos y detallados sobre el fenómeno criminal, en cuanto a causas, sus efectos y tampoco se realizaron actividades alternativas, a fin de ofrecer soluciones frente a su ocurrencia.

Se trataba, de una manera simplista de ver las cosas, porque al convertirse la pena en el único medio capaz de compensar el daño ocasionado por el hecho delictivo, la actividad desplegada por los órganos encargados de su persecución, se justificaba sólo a los fines de imponerla, convirtiéndose esta estrategia, durante mucho tiempo, en actividad denegadora de derechos, no sólo de la persona señalada como autora del hecho, sino de la víctima de la ofensa, al impedírsele intervenir en el proceso con miras a vigilar las resultas del mismo.

Ese estado de cosas, condujo con posterioridad a la revisión y diseño de métodos y estrategias empleadas o a ser empleadas por los órganos facultados para perseguir el delito y aplicar las sanciones, de manera que de mecanismos basados en la absoluta imposición del Estado se pasó a otros en los cuales si bien el ente estatal, seguía y sigue teniendo rol preponderante, los sujetos involucrados en los hechos están llamados a asumir un papel protagónico, morigerándose así, la visión fundamentalmente retribucionista, no sólo de la pena, sino de la metodología empleada, para establecer la comisión de un hecho punible.

Puede observarse de lo antes señalado, que el derecho atribuido al Estado con el fin de perseguir el delito e imponer sanciones, no se ha sometido a un único o específico método procesal, al contrario ha obedecido a pautas y reglas previstos en sistemas distintos, aplicando en determinado momento un modelo de corte inquisitivo, en el marco del cual, el desarrollo y control de la actividad procesal está en manos de los jueces y en otras oportunidades ha empleado un sistema o modelo acusatorio, que a su vez ofrece versiones, unas puras y otras combinadas, dando paso así a los denominados sistemas mixtos.

En Venezuela, durante la vigencia del procedimiento penal contemplado en el Código de Enjuiciamiento Criminal (1924), derogado el 1º de julio de 1999, al ponerse en práctica el Código Orgánico Procesal Penal, se impuso el sistema penal inquisitivo.

El sistema inquisitivo, propio de los gobiernos autoritarios y contrarios a la democracia, se ha caracterizado por la preeminencia de actuaciones escritas en la casi totalidad de los actos, hecho que le restaba el aspecto humano y sensitivo que debe regir todo proceso penal

Aunque la falta de escritura y el carácter consuetudinario del proceso penal de los primeros tiempos de la humanidad determinó la oralidad de las iniciales denuncias, el sistema inquisitivo fue el primero de los empleados para perseguir el delito.

En Roma, el antes citado sistema se impone a lo largo de las diferentes etapas del proceso, acentuándose el carácter abusivo de dicho esquema cuando a la caída del imperio, se asumen métodos impuestos por la Iglesia Católica, producto del predominante dominio del Derecho Canónico, prevaleciendo las actividades secretas y escritas, hechos que impiden conocer el contenido de la investigación, a una población en su mayoría analfabeta.

Con el transcurrir del tiempo el Estado atribuye a los jueces, en el marco del Sistema Inquisitivo, la conducción del proceso, convirtiéndose así, prácticamente, en figuras omnipotentes, dotadas de facultades casi infinitas y discrecionales, concentrando en sus manos aspectos esenciales del proceso, tales como: acusación, defensa y decisión, puesto que era quien investigaba en el sumario, fase procesal durante la cual la averiguación de los hechos se realizaba prácticamente en secreto y a espaldas del perseguido penal, conducía el “debate” durante el plenario, una segunda fase, durante la cual, en teoría, el acusado podía enterarse de su situación y, finalmente, dictaba sentencia.

Pero el sistema penal, fundamentado en la escritura adolecía de fallas centradas en la ausencia de la presencialidad y lo comunicacional, denegando toda posibilidad de inmediatez, entre los funcionarios del proceso y quienes estaban involucrados en el mismo, además del retardo representado, por las facultades inquisitivas del juez, quien muchas veces prolongaba la decisión con el pretexto de alcanzar la verdad.

El Sistema Inquisitivo, se mantuvo vigente, hasta que se imponen las ideas de los conductores de la Revolución Francesa, acontecimiento gracias al cual se echan las bases para la construcción de un nuevo sistema, que hace de los derechos ciudadanos, su más importante motivación y se fundamenta en la oralidad, forma de expresión procesal practicada en Inglaterra desde 1215, con la promulgación de la carta magna, logrando alcanzar preponderancia, gracias a los cambios progresivos introducidos por las revoluciones de 1640 y 1689, el debilitamiento del régimen feudal, de la Iglesia Romana y el desarrollo del capitalismo.

El abuso representado por el viejo sistema, determinó la necesidad de introducir cambios que propiciaran la humanización de la actividad procesal, hecho posible de lograr con la obligatoria observancia de los derechos de las personas involucradas en el hecho sometido a conocimiento de los órganos competentes para establecer la verdad, y que se ha interpretado puede ser logrado gracias al Sistema Acusatorio.

No obstante es necesario hacer buenas las palabras de Pérez Sarmiento (1997, p. 18), cuando expresa:

Sin embargo, no existen en los ordenamientos jurídicos contemporáneos formas puras de estos sistemas y sólo, puede hablarse de formas mixtas, las que serán catalogadas como acusatorias o inquisitivas en la medida en que recojan mayoritariamente, las características de uno u otro sistema.

El Sistema Acusatorio, de marcada tendencia garantista, procura atender los derechos del autor del hecho punible y establece o reconoce los derechos de la víctima a la reparación del daño ocasionado, hecho que se traduce no sólo en indemnización económica, sino en respuesta adecuada, pronta y oportuna a sus planteamientos, a diferencia de lo ocurrido con la víctima durante mucho tiempo.

El Sistema Acusatorio, caracterizado por la oralidad fue introducido en Venezuela con el Código Orgánico Procesal Penal (1º de julio de 1999) y el Sistema Penal desarrollado en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, (1º de abril de 2000), hoy denominada Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA), propio de Estados y gobiernos respetuosos de la participación ciudadana, de la democratización de la justicia, en los cuales, las funciones de acusar, defender, juzgar y sentenciar están atribuidas a diferentes órganos y sujetos procesales.

La actividad acusatoria en delitos de acción pública, corresponde, esencialmente, al Ministerio Público, atribuyéndosele, exclusivamente, tal facultad a la víctima en los delitos de acción privada o dependientes de instancia de parte, mediante la interposición de la acusación o querrela privada, la defensa compete al imputado y a su defensor, sea éste público o privado y la función de llevar el debate durante el juicio oral corresponde al Juez, quien también decide, a través de la sentencia.

A decir del Tribunal Supremo de Justicia, el sistema acusatorio iguala a las partes involucradas en la diatriba y confiere a la víctima, rol protagónico. En efecto, el máximo tribunal de la República, en sentencia de fecha 24/01/2005, dictada en expediente BP01-R2004-24, sostiene al respecto lo siguiente:

El proceso penal venezolano actual, es de corte garantista, al punto que podríamos válidamente denominarlo proceso penal constitucional, en razón de que priva por encima del derecho procesal penal, el derecho constitucional que asiste a todas las partes que participan en el proceso, o dicho de otra forma, todos los sujetos procesales se encuentran en situación de igualdad y por ende son titulares de idénticos derechos, ora procesales ora constitucionales, de conformidad con la norma prevista en el artículo 12 del texto adjetivo penal, en concordancia con el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. De allí que en el sistema de justicia acusatorio se han enaltecido los derechos de la víctimas, al tiempo que se les ha colocado a la par de los derechos que asisten a los imputados o acusados, en el entendido de que todos los sujetos que intervienen el proceso, tienen las mismas oportunidades para ejercer su defensa, no se trata tan solo de respetar y garantizar los derechos y garantías de la persona a quien el Estado pretende reclamar responsabilidad penal, es también que las personas que aparezcan de conformidad con la ley perjudicados por la acción, hagan valer en juicio su mejor derecho. La función del Estado por órgano del

Ministerio Público está dirigido a investigar y aclarar la verdad de los hechos para determinar su tipicidad y autoría; de allí que las partes tienen derechos reconocidos por la legislación patria en función de la garantía constitucional al debido proceso; con toda la potestad de ejecutar a plenitud los derechos que les asisten en las oportunidades previstas por la ley. En este sentido, se pronunció la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 305 del 18/06/2002, con ponencia de la Magistrada Blanca Rosa Mármol de León, así: "¿El principio de la igualdad entre las partes ante la ley, debe ser total y plenamente respetado por todos los funcionarios actuantes en la justicia penal, en una forma rigurosa y de plena observancia, pues se busca con este principio garantizar el equilibrio entre ambas partes, de forma que (dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación)¿¿ (subrayado nuestro). Lo anterior equivale a la afirmación, que el proceso penal al ser de corte principista, es condición sine qua non para la validez, para la licitud de sus actuaciones, que estén perfectamente ceñidas a la obligación de respeto a los derechos que imponen la Constitución y las leyes, de manera que las partes tengan la oportunidad de ser oídas y presentar sus peticiones ante los órganos competentes y que estén encargados de la investigación penal, amén de la obligación de los jueces de primera instancia en funciones de control principalmente de controlar la constitucionalidad de la investigación y del proceso, de conformidad con la norma prevista en el artículo 282 del Código Orgánico Procesal Penal; dentro del marco de la justicia, donde los organismos involucrados preserven los derechos.

Del texto de la sentencia citada, se verifica el diseño de un proceso centrado en la primacía de los derechos ciudadanos, destacando como un hecho de gran importancia el que la víctima deba ser tenida como verdadera protagonista del proceso, permitiéndosele participar en igualdad de condiciones que el imputado o acusado, a los efectos de defender sus intereses, de lo contrario no tendría ningún sentido la consagración de principios, a ser observados en beneficio de todos los ciudadanos sin distinción.

Lo antes señalado armoniza con lo contemplado en el artículo 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el cual se garantiza derechos a la víctima, corroborando de esa manera, lo contemplado al respecto en el Código Orgánico Procesal Penal y en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, textos en los cuales, la protección de los derechos del ofendido por el hecho punible constituye uno de los objetivos del proceso.

Los derechos de la víctima, no pueden ser reconocidos para luego ser desdeñados, por lo que en el marco de un proceso garantista, la víctima se haya constituido o no en parte, debe tener garantizados principios fundamentales como: El Debido Proceso y la Tutela Judicial Efectiva.

- **El Debido Proceso**

Tal como ha señalado Camargo en cita anterior, los estados bárbaros desconocían el proceso, y ello ocurría, debido a la carencia de reglas preestablecidas, hecho que permitió el libre albedrío, el imperio de la autotutela y el uso de la fuerza. Esta práctica prevaleció en la época medieval, alcanzando su exacerbación con la inquisición, dando lugar a una desigual administración de justicia.

La carencia de reglas condujo necesariamente a proporcionar tratos desiguales, y durante la inquisición, aun cuando se conocía el proceso, condujo a las instancias estatales, a la desobediencia o inobservancia, de

exigencias lógicas y naturales, inherentes a la dignidad de las personas, representadas por la necesidad de un trato igualitario, el derecho a conocer, a ser oído, a defender sus intereses y fundamentalmente a la libertad.

Los excesos observados por quienes detentaban los hilos de la administración de justicia, determinó la búsqueda de espacios y la conquista de garantías mínimas para poder enfrentar el poder desplegado por el Estado, así, ante el absolutismo surge el Debido Proceso.

Los orígenes del Debido Proceso se encuentran en el Capítulo 39 de la Carta Magna Inglesa en 1215, derecho desarrollado durante el reinado de Juan Sin Tierra, teniendo la misma como antecedente la Carta de Libertades de Enrique I, pero ante la carencia de fuerza se consideró necesario dotarle de contenido, llegándose a denominarle Debido Proceso Constitucional, con la idea de convertirlo en garantía de toda una serie de derechos y principios, con miras a ofrecer protección a las personas, frente a los excesos, el silencio o los errores, no sólo de los jueces, sino de los legisladores.

El principio del debido proceso, alcanza su desarrollo o se complementa gracias a la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de los Estados Unidos, cuando a través del principio de razonabilidad de las leyes y otros actos públicos y privados exige el ajuste del Debido Proceso, no sólo a la constitución, sino al sentido de justicia contenido en la misma, exigiéndose además, el cumplimiento de otros principios como la equidad, la proporcionalidad y racionalidad para realizar los fines, los principios y los valores contenidos en ella.

Como puede observarse, los excesos del autoritarismo, constituyen el detonante impulsor de la búsqueda de mecanismos, a través de los cuales se garantizase al individuo un trato ponderado, como persona y por lo tanto como ciudadano, dotado de derechos cuya preservación y respeto corresponde al Estado.

El debido proceso surge como una necesaria exigencia de los gobernados frente a quienes ejercían el poder, con miras a detener o poner un freno a las ejecutorias que por parte de éstos, constituyeron serios abusos y por lo tanto, lesivos a la dignidad de las personas.

En ese orden de ideas, sostiene Camargo (op.cit, p.19): “El debido proceso es una conquista paulatina de la humanidad civilizada que logra imponerse frente al absolutismo y la autocracia. En otras palabras, el freno legal que los gobernados logran, después de muchos siglos de injusticias y atropellos, imponerles a los gobernantes arbitrarios”

Pese a la conquista de la garantía del debido proceso, incorporada a todas las constituciones del mundo, hubo necesidad de incorporarla en instrumentos legales internacionales, con el ánimo de hacerla de obligatorio cumplimiento, ante el peligro que representaba mantenerlo sólo como norma interna carente de fuerza suficiente para su imposición vinculante.

El debido proceso alcanza fundamental relevancia con el triunfo de la Revolución Francesa, al ser incorporado a la Constitución derivada de tan

importante acontecimiento histórico, y a través de la cual se reconocen los derechos humanos y se diseña el Estado de Derecho.

Como puede observarse, hubo necesidad de fortalecer las instituciones nacientes, que si bien han sido contempladas en los textos constitucionales, no resultaron vinculantes en muchos casos, por ello el término debido proceso y su significado fue incorporado por las Naciones Unidas a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

De esa manera, el artículo 10 del antes mencionado instrumento establece:

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

Como parte del Debido Proceso, la citada norma consagra los principios del Juez Natural, igualdad procesal y el derecho a ser oído, elementos de esencial importancia en un sistema penal, dentro del cual se pretenda ofrecer garantías a los ciudadanos partícipes en el mismo.

Así mismo, el Artículo 11 del antes citado instrumento plantea que:

1) Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2) Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Se desprende del contenido de las citadas normas, la preeminencia de principios que sólo pueden ser preservados en un sistema basado en garantías, de modo que nadie pueda ser objeto de condena, ni imponérsele una pena más grave que la aplicable al delito, si no se demuestra que ha cometido un hecho, que debe ser considerado punible en una norma escrita y hasta tanto como resultado de un juicio previo, se haya destruido producto del acervo probatorio el estado de inocencia inherente a toda persona.

En perfecta congruencia con lo antes señalado, el artículo 1 del Código Orgánico Procesal Penal, estatuye que:

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

De la lectura de la antes citada norma, se evidencia que el debido proceso, no es una mera mención retórica, sino la amalgama de una serie de mecanismos garantizadores de la efectiva realización de la justicia.

La justicia habría de realizarse en el caso del proceso penal, cuando a la verdad se arribe observando un juicio previo, oral y público, sin dilaciones indebidas, dirigido por un juez imparcial, quien deberá garantizar el goce y ejercicio pleno de los derechos y garantías consagradas a todos los ciudadanos en la Constitución; el Código Orgánico Procesal Penal, las leyes, tratados, acuerdos y convenciones suscritas por la República.

Sostiene Balza (2002, p.2) al referirse al debido proceso, que:

Este postulado procesal, más allá de ser un principio que rige los parámetros ordinarios y extraordinarios de todo proceso-en su sentido procesal-es una garantía que se materializa y enriquece en cada acto del proceso. Es la maximización y a su vez consagración plena de todos y cada uno de los derechos y garantías que la ciencia y la legislación procesal le reconocen a toda persona dentro del proceso, específicamente a cada una de las partes y sujetos procesales.

Ahora bien, la norma en principio se refiere fundamentalmente a quien por sus acciones se convierte en perseguido penal, resultando ello lógico, pues si el Estado se ha reservado el monopolio de la justicia y dispone por ello de todos los medios para obtener la verdad, al haberse operado un cambio de paradigma conceptual y funcional de la estructura estatal, debe dotarse al imputado o acusado, de ciertos privilegios para equilibrarse frente al accionar

de los entes estatales, lo que de hecho constituyan un límite al poder desplegado por los mismos.

Pero la búsqueda de equilibrio del perseguido penal respecto de los poderes del Estado, no puede significar obrar en desmedro de otras partes o personas con interés en las resultas procesales, por ello, las garantías del Debido Proceso, deben y tienen que ser observadas respecto de la víctima, porque de lo contrario, la visión garantista del Estado sólo sería una verdad a medias o una simple entelequia.

Algunos textos legales y autores suelen otorgarle sinonimia a los términos juicio y debido proceso, de hecho el antes citado artículo 1 del Código Orgánico Procesal Penal, pareciera, para algunos, dar a entender que ambas instituciones deben ser consideradas como idénticas.

En el marco de la antes señalada realidad, más de una persona ha sido condenada sin debido proceso e incluso, personas afectadas por hechos delictivos han sido víctimas de impunidad. Asimilar juicio a debido proceso, significaría que siempre que haya un procedimiento se entenderá que se observarán las reglas del debido proceso y ello no suele ser así.

Considera quien suscribe el presente trabajo que ambos términos no significan lo mismo en sentido estricto, puesto que una persona puede haber sido sometido a juicio previo y no obstante, no haberle garantizado el

ejercicio pleno y efectivo de los derechos y garantías que conforman el debido proceso.

Balza (op.cit, p. 3), señala lo siguiente.

El debido proceso, sin relajamiento ni excepción, rige estricta y magnéticamente (generalmente se atraen uno a otro) en todos y cada uno de los actos procesales que constituyen las etapas y fases del proceso penal, desde el preciso momento en que es incoado el derecho a la tutela judicial (penal)-independientemente de modo de inicio-, hasta el fin de éste (proceso). No se concibe la validez y eficacia de un acto procesal sin el respeto a los derechos fundamentales pertinentes.

Suárez, citado por Balza (2007, p. 24) sostiene que:

En sentido formal el debido proceso consiste en que nadie puede ser juzgado sino de conformidad con la ritualidad previamente establecida, para que se cumpla aquel axioma de que nadie puede ser condenado sin antes haber sido oído y vencido en juicio con la plenitud de las formalidades legales.

En realidad, el legislador ha querido evitar que en el marco de un Estado de Justicia, alguna persona resulte condenada sin fórmula de juicio y sin averiguación previa, lo que debe aparejar observancia de derechos fundamentales como: la defensa y la asistencia jurídica, el goce del privilegio de la excepcionalidad de la privación de libertad, tener acceso a las actuaciones, ser tratado como inocente, mientras no se demuestre lo

contrario utilizar todo medio de prueba, declarar cuantas veces lo considere necesario y obrar en igualdad de condiciones frente a la otra parte e incluso poder recurrir de la decisión que se pronuncie respecto al asunto, sometido a conocimiento del juez.

Ahora bien, se materializa el debido proceso, en la medida en que el juez que conozca y decida, sea competente, idóneo, capaz, objetivo, preexistente al hecho e imparcial, pero al mismo tiempo ha previsto a posibilidad de retribuir a quien resulte ser víctima de un hecho, sea éste producto de un acto del Estado mismo o de los particulares.

La observancia del debido proceso, significa la posibilidad de poder emplear igualdad de mecanismos, recursos y pruebas por parte de quienes actúan como interesados dentro del mismo. Por ello, si bien el perseguido penal, debe ser objeto de todas las garantías antes señaladas, también debe serlo quien haya resultado afectado por la actuación delictiva de un tercero.

En perfecta congruencia con las tendencias actuales que conceden, desde el punto de vista de los instrumentos internacionales, relevante importancia a los derechos humanos, el constituyente quiso incorporar al texto constitucional no sólo la visión del debido proceso, sino darle contenido, lo que no quiere decir, que esa sea la única norma que haga referencia o esté vinculada con dicha garantía, sino que a lo largo del texto constitucional se desarrollan instituciones, íntimamente vinculadas con la misma, de modo que no hacen más que reafirmar y fortalecer, al menos desde el punto de vista

normativo, el Estado en el marco del cual se diseña y consagran los derechos y garantías inherentes al debido proceso.

El artículo 49 de la carta magna plantea lo siguiente:

El Debido Proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y las leyes.
2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.
3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un interprete.
4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien lo juzga, ni podrá ser procesada por los tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.
5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable, o a declarar contra si misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad,

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes;

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza, y el Derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.

En torno al Debido Proceso, la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, según decisión de fecha 06 de Abril de 2003, con ponencia de Beltran Haddad, plantea:

Es decir, que el debido proceso es, en definitiva, el apego a la ley, respetando asimismo, los derechos fundamentales de los ciudadanos. Apego a la ley que suministra la garantía necesaria para asegurar la libertad y la seguridad del ciudadano; y no puede ser vulnerado ni por el Juez ni por ninguna de las partes en el proceso penal, sea el Fiscal del Ministerio Público o el defensor y su defendido, por cuanto esto quebrantaría la legalidad del proceso viciando su naturaleza y finalidad, los cuales son: descubrir la verdad y administrar justicia.

Según esto, e interpretando el sentido del debido proceso, un medio adecuado es aquel que se adecue a lo previsto en la ley, y dentro del apego al procedimiento legal previsto, pero que permita el resguardo de las garantías sustanciales del ser humano inmerso en la diatriba de un proceso penal.

En este orden de ideas, es dable reconocer que nuestra República Bolivariana se rige por la existencia de una serie de principios entre los cuales se encuentra el respeto a los derechos humanos dentro del alcance y vigencia de una Comunidad Internacional, y

de la existencia de todos aquellos Tratados, Convenios, Acuerdos y Pactos suscritos por la Nación, y que tienen vigencia en el orden interno tal como prevé el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se encarga de aclarar, a través de la antes citada decisión, que la garantía del Debido Proceso es un mecanismo de resguardo de los derechos sustanciales del ser humano inmerso en la diatriba, sin distinción alguna y que han sido reconocidos en tratados y acuerdos internacionales de obligatorio cumplimiento por parte del Estado.

- **La Tutela Judicial Efectiva.**

Sostiene Ortiz (2001, p.237), que:

El Estado de Derecho es un Estado de tutela, es decir de protección y resguardo de los elementos estructurales de todo Estado de Derecho, a saber: a) La sujeción del Estado a la normativa que el ordenamiento jurídico comporta (Estado de Legalidad o Estado de Derecho (ejercicio del poder) y b) El respeto y garantía de todos los derechos fundamentales de la persona en el marco de su vida comunitaria (Estado de Derecho) (ejercicio de libertad). De modo que la tutela opera en dos sentidos claramente definidos, a) La tutela frente al ejercicio del poder por parte del Estado, y b) La Tutela como control del poder, cuando se ejerce en detrimento de la libertad y en general de los derechos fundamentales

Ahora bien, atendiendo a lo planteado por el arriba citado autor, la figura de la tutela Judicial efectiva permite verificar el apego del Estado a la Ley y su visión o percepción sobre el hombre y sus derechos, por lo que de ser respetada, se convertiría en límite o freno al poder de los órganos estatales.

El Estado de Derecho se convierte, en un Estado de Tutela, tal como lo afirma el autor objeto de consideración, por cuanto garantiza al ciudadano la posibilidad de acudir por ante sus órganos, con el objeto de dirimir un conflicto de procurar un pronunciamiento con relación a un caso que lleva a su conocimiento, pero al mismo tiempo, ofrece al ciudadano mecanismos para la defensa frente a situaciones emanadas del propio Estado que amenazan, impiden, obstaculizan o dificultan el ejercicio pleno de los derechos a los ciudadanos.

La Tutela Judicial Efectiva, se pone de manifiesto en dos importantes vertientes, significando por un lado ejercicio de poder por parte del Estado para garantizar al ciudadano, el goce y ejercicio pleno y efectivo de sus derechos, pero al mismo tiempo, constituye el mecanismo del ciudadano para atacar y por esa vía controlar a los órganos del Estado, en cuanto a aquellas decisiones lesivas al goce y ejercicio de tales derechos.

El artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de la administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos y difusos a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, equitativa y expedita, sin dilación indebida, sin formalismos o reposiciones inútiles.

La Tutela Judicial Efectiva es un derecho humano, incorporado por el constituyente a la carta magna, producto de las luchas por convertir el proceso en el mecanismo de exigibilidad del respeto al goce y ejercicio de los demás derechos, en aras de la materialización del Estado de Justicia. No en balde el artículo 27 constitucional obliga al juez a proteger derechos supraleales.

En ese sentido la Defensoría del Pueblo (2005, s/p) sostiene:

La Tutela Judicial Efectiva es un derecho humano cuya funcionabilidad se enmarca en el ámbito procesal. Tiene un papel relevante respecto al resto de los derechos humanos, pues permite la exigibilidad de aquellos ante un órgano del Estado que se debe caracterizar por su imparcialidad, idoneidad y transparencia, mediante un procedimiento previamente establecido en las leyes.

La Tutela Judicial garantiza el acceso a la Justicia, derecho consagrado en el artículo 14 .1 del Pacto de Internacional de los Derechos Civiles Y Políticos, está representado, por aquella facultad atribuida al ciudadano para acudir por ante los órganos competentes, a fin de solicitar la protección de sus derechos, verificándose de dicho texto la extensión del mismo a todas las personas.

Ahora bien, acceder al órgano jurisdiccional no representa sólo la posibilidad de formular peticiones al órgano correspondiente, sino que se pudiera requerir de los órganos de administración de justicia la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos, pudiendo ser éstos, individuales y colectivos, como establece el artículo 27 de la Constitución.

El derecho a la tutela judicial también comprende el derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho, salvo que exista una causa impeditiva prevista en la ley. Esta decisión puede ser denegatoria e inclusive puede ampararse en razones estrictamente formales, hecho que exige una decisión motivada por parte del juez, fundamentada en la razón, la lógica y no en la arbitrariedad.

Desde esta perspectiva, la motivación de las resoluciones judiciales ha sido consagrada como una garantía específica al punto que la jurisprudencia ha estipulado que su vulneración es causal de nulidad.

El derecho a la ejecución constituye otro de los elementos de la tutela judicial efectiva, significando ello, que las resoluciones judiciales firmes, no son meras declaraciones de intenciones, sino que es necesario que se ejecuten obligatoriamente, inclusive de modo coactivo en los casos en que voluntariamente no se cumpla el pronunciamiento contenido en ella.

Sobre la figura subexamine, la Sala Constitucional según sentencia N° 442 dictada en expediente N° 00-0269 de fecha 23 de mayo de 2000, con ponencia del Magistrado José M Delgado Ocando, expresa lo siguiente:

La tutela de los derechos constitucionales en el proceso, debe consistir primordial y en principio, completamente en la facilitación de los medios para obtener una decisión que se ajuste a lo alegado y probado en autos, y que en su transcurso se respeten los derechos correspondientes a cada una de las partes. Es decir, proveer el acceso sin requisitos de inadmisibilidad desnaturalizantes del derecho de acción, excitar la conciliación de los contendientes, asegurar el control a las partes de los medios de prueba, evitar las dilaciones injustificadas y otros por igual. El proceso debe permitir el acceso y fijar una ruta segura, que de a los litigantes las condiciones para discernir sin presiones desmedidas lo que más les convenga, y que no sea sólo la apremiante necesidad de recursos la que los lleve a componer la litis en posición de clara desventaja.

El principio objeto de análisis, íntimamente ligado al debido proceso, garantiza a los ciudadanos, cualquiera sea la condición, es decir, sin distinción alguna, el acceso a los órganos de administración de justicia, en la búsqueda de la solución del asunto en el cual tiene interés, con la obligación por parte de los órganos jurisdiccionales a dar respuesta pronta y oportuna.

La Tutela Judicial efectiva, no puede constituir sólo la posibilidad de acceder a los órganos de administración de justicia, sino que en su íntima relación con el debido proceso, comporta muchas cosas más, destacando el derecho a la defensa y la asistencia jurídica, argumentar y exponer planteamientos en su descargo o beneficio, presentar pruebas, obtener una decisión oportuna, eficaz, efectiva y recurrir del fallo, de resultar adverso.

En perfecta congruencia con lo antes planteado, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en decisión N° 2029 dictada en expediente N° 01-2840 en fecha 19 de agosto de 2002, plantea:

Conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela “toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses” y a la tutela efectiva de los mismos”(artículo 26 de la República Bolivariana de Venezuela) ahora bien dicha tutela no se reduce únicamente al acceso a los órganos judiciales para hacer valer la pretensión invocada por el justiciable, sino obtener una decisión de fondo sobre la resolución de la controversia, sea favorable o no, y a que la misma sea ejecutada....El derecho a la Tutela Judicial Efectiva de amplísimo contenido comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso, sino también el derecho a que cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y mediante una decisión dictada en derecho determinen el contenido y la extensión del derecho deducido....Dicho derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales y a obtener un pronunciamiento de éstos, se conjuga con los valores superiores del ordenamiento que propugna nuestro texto constitucional, entre otros los relativos a la preeminencia de los derechos humanos y a la justicia, (artículo 2) la cual se realiza a través del proceso...(omissis).

Como complemento de la posición sobre la Tutela Judicial Efectiva y su vinculación con el debido proceso, principio que la enriquece, ampliando su espectro y evitando se interprete como sólo acceso a los órganos de administración de justicia, la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 20 de noviembre de 2001, señala lo siguiente:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagra el derecho a la Tutela Judicial Efectiva (artículo 26), que no se agota como normalmente se ha difundido (i) en el libre acceso de los particulares a los órganos de administración de justicia para defenderse de los actos públicos que incidan en su esfera de derechos, sino que también comporta (ii) el derecho a obtener medidas cautelares para evitar daños no reparables por el fallo definitivo (iii) derecho a asistencia jurídica (asistencia de

letrados) en todo estado y grado del proceso (iv) derecho a exponer las razones que le asistan en su descargo o para justificar su pretensión(v) oportunidad racional para presentar las pruebas que le favorezcan y para atacar el mérito de las que lo perjudique (vi) obtener un fallo definitivo en un tiempo prudente y, otra garantía, hoy por hoy más necesaria ante órganos o entes contumaces a cumplir con las decisiones judiciales (vii) el derecho a obtener pronta y acertada ejecución de los fallos favorables.

De la revisión de la norma constitucional y de la posición del máximo tribunal sobre la Tutela Judicial Efectiva puede señalarse que comporta:

a) Acceso a los órganos de administración de Justicia; b) Derecho a la tutela de los Derechos, sean estos individuales o colectivos; c) derecho a obtener medidas cautelares para garantizar los resultados del proceso; d) Derecho a la Defensa y Asistencia Jurídica; e) Derecho a presentar argumentos a favor y contradecir lo planteado por la otra parte; f) Derecho a probar; g) Derecho a obtener un fallo oportuno; efectivo y eficaz; h) Derecho a recurrir del fallo en caso de ocasionar agravio i) La actuación de un órgano jurisdiccional imparcial, objetivo, idóneo, competente, preestablecido legalmente, y, j) Trato en Igualdad de condiciones a todas las personas involucradas en la diatriba.

En definitiva, la Tutela Judicial Efectiva es un derecho autónomo, integrado por diversas manifestaciones, dentro de las cuales destacan: a) derecho al proceso; b) derecho a obtener una resolución de fondo fundada en Derecho; c) derecho a los recursos legalmente previstos y, d) derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales.

Garantizado como está el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia y de tutela de los derechos fundamentales de toda persona, implica, en el caso del proceso penal, su observancia en beneficio de todo ciudadano, cualquiera sea su posición, por lo tanto ha de garantizarse tanto al imputado o acusado como a quien resulte víctima del hecho punible.

La víctima, de conformidad con el artículo 30 del texto constitucional, concordante con los artículos 118 del COPP y 662 de la LOPNNA, tiene derecho a acudir por ante los órganos jurisdiccionales en resguardo de sus intereses, solicitar la indemnización de los daños sufridos e incluso ,conforme a los artículos 293 y 327 del COPP, así como el 566 de la especialísima ley tiene derecho a querellarse, sólo que es menester establecer el sentido y alcance de esta participación de la víctima en ambos procedimientos penales.

- **El Objeto del Proceso Penal.**

El artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal plantea que: “El Proceso tiene como objeto la verdad por las vías jurídicas y la justicia en aplicación del Derecho...”

De la citada norma se desprende que para el legislador patrio, el proceso es un instrumento dirigido a obtener, dos objetivos esenciales: a) La verdad y b) La Justicia.

En los primeros tiempos de la humanidad, la búsqueda de la verdad, la averiguación de los hechos, careció de importancia, ante la prevalencia de la autotutela. En dicho período imponer la pena constituyó en esencia, el fin de la persecución del delito.

Cuando la actividad persecutoria del hecho punible se coloca en manos del Estado, si bien se sustrae la aplicación de la sanción de manos del particular, continuó siendo la imposición de la pena, con su carga retributiva, la razón de ser del proceso, por lo que cualquier medio, estrategia o vía, lucían adecuados, en tanto se pudiera satisfacer la sed de venganza, más que de justicia, como se indicó supra.

La creación del proceso ha representado una verdadera conquista para la humanidad, urgida como estaba de poner fin a las arbitrariedades prevaletentes durante mucho tiempo, y aún en los actuales, con el subterfugio de combatir el delito y castigar al delincuente.

El reconocimiento de los derechos ciudadanos y su incorporación a los tratados, convenios y acuerdos internacionales, así como a los textos legales y constitucionales, conminó al Estado, a reconocer que el fin ulterior del proceso es la paz social y en aras de conseguirla, es menester establecer la verdad.

El establecimiento de la verdad, sin pretender profundizar o plantear aspectos filosóficos sobre el tema, comporta esclarecer los hechos y en el

caso del proceso penal, determinar además, quien o quienes son autores o partícipes en la perpetración de los mismos.

Ahora, la búsqueda de la verdad a diferencia de tiempos superados, no puede lograrse por cualquier vía y a cualquier precio, todo lo contrario, el constituyente ha señalado los elementos característicos del proceso en tiempos actuales, de conformidad con lo previsto en el artículo 257 del Código Orgánico Procesal Penal; y además, ha indicado las condiciones de modo, tiempo, lugar y los sujetos que habrán de llevar a cabo las actuaciones y diligencias tendentes a su consecución.

Sostiene Balza (op. cit, 47) al referirse a la antes citada norma, lo siguiente:

Esta norma es en parte expresión de la tendencia de la verdad procesal o verdad material, y por la otra el principio que este código ha manifestado abiertamente en muchas partes de su articulado que no es otra que la actuación judicial y extrajudicial del Ministerio Público como parte de buena fe... (Omissis)...

Es indudable que la investigación, propia de la fase preparatoria del proceso penal, está a cargo del Ministerio Público; pero el legislador ha previsto, que tanto el imputado como la víctima, estén facultados para intervenir durante esa fase y en las otras del proceso, para coadyuvar en la búsqueda de la verdad.

Lo antes señalado se desprende, por lo menos, del texto del numeral 1 del artículo 49 constitucional, cuando prevé la posibilidad de las personas

involucradas en la diatriba, de argumentar, solicitar la práctica y la presentación de pruebas, como ejercicio del derecho a la defensa, pero además, se corrobora, tal posibilidad del contenido de los artículos 23, 25 y 120 del Código Orgánico Procesal Penal, 662 y 664 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

En ese sentido plantea Vásquez (1999, p. 7), que:

Si bien el proceso tiene por finalidad la búsqueda de la verdad material, esta verdad no puede obtenerse a toda costa, de allí la necesidad de plasmar positivamente una serie de garantías para los sujetos procesales intervinientes, y, entre ellos, fundamentalmente para el imputado, es este el fundamento de la recepción del Título Preliminar del COPP de una serie de principios y garantías procesales

El empleo de las vías adecuadas, es decir las vías jurídicas, constituyen una limitante a las arbitrariedades, a los desmanes y abusos, por parte de los particulares y fundamentalmente por parte del Estado, so pena de incurrir en faltas, que puedan afectar la validez de los actos y actuaciones.

En ese sentido el legislador patrio ha contemplado en el artículo 190 del Código Orgánico Procesal Penal:

No podrán ser apreciadas para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuesto de ella, los actos cumplidos en contravención o con inobservancia de las formas y condiciones

previstas en este Código, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes, tratados, convenios o acuerdos internacionales, suscritos por la República, salvo que el defecto haya sido subsanado o convalidado.

En efecto la búsqueda de la verdad comporta, al menos en el proceso diseñado en el marco de un Estado de Derecho y de Justicia, el apego a las exigencias de las formas y condiciones legalmente previstas para los actos, diligencias y actuaciones procesales, por lo que no podrán emplearse en aras de lograr la verdad, cualquier procedimiento, incumplir las formalidades esenciales, las exigencias respecto a las oportunidades, manera de obtener las pruebas, ofrecerlas, incorporarlas y valorarlas, quienes deben llevar a cabo las actuaciones, los medios o recursos a emplear para enervar los efectos de las decisiones.

Así las cosas, las pautas y reglas contempladas en los instrumentos internacionales, la Constitución y las leyes, se convierten en las vías idóneas, el procedimiento a emplear para alcanzar la verdad, es decir, establecer los hechos y la autoría de los mismos.

La preservación de la paz social, no se conforma únicamente con la observancia de los métodos, estrategias y pautas preestablecidas con el fin de garantizar la transparencia de los actos, diligencias y actuaciones procesales, se requiere además, arribar a una conclusión, ofrecer una solución al asunto sometido a conocimiento del juez, es decir es necesario hacer justicia en aplicación del derecho.

Pero hacer justicia en aplicación del derecho, implica fundamentalmente, que arribar a una determinada conclusión pasa porque a lo largo del proceso, se hayan respetado derechos y garantías inherentes al ciudadano.

En ese orden de ideas, el artículo 191 del mismo texto adjetivo penal antes citado, plantea que:

Serán consideradas nulidades absolutas aquellas concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que este Código establezca, o las que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías fundamentales, previstos en este código, la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela, las leyes, los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritas por la Republica.

Señala Balza (op. cit, p.266), sobre la antes citada norma: “Las nulidades absolutas no pueden ser limitadas proceden en cualquier estado y grado del proceso, se dan por actos ejecutados en forma lesiva a los derechos fundamentales, por eso su cualidad y magnos efectos”

Atendiendo a lo antes planteado, en la oportunidad de analizar el desarrollo del proceso, sus actos, actuaciones y diligencias, deberá verificarse que se haya respetado, los derechos y garantías fundamentales reconocidos a las personas, razón por la cual el Estado debe ser garante de la prevalente aplicación de la Constitución, de los tratados, acuerdos y convenciones internacionales, subordinado u obligado como está, conforme a lo contemplado en el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana

de Venezuela a la aplicación de la citada norma, convertida en plexo axiológico y jurídico del sistema de justicia venezolano.

El Estado de Derecho sería aquel cuyas actuaciones se someten al imperio de la ley, pero en la oportunidad de tomar decisiones, de resolver conflictos de tutelar los intereses de las personas, deben dictar resoluciones además de oportunas, eficaces y efectivas, ejecutables, en aras de lo cual se hace menester, observar en forma privilegiada los derechos fundamentales de las personas, a fin de garantizar un proceso justo.

La aplicación del derecho debe corresponderse con la búsqueda de una justa y equilibrada decisión, producto de haberse respetado, los derechos inherentes a las personas involucradas en la diatriba, de tal modo que aunque la decisión le resultare adversa o contraria a lo esperado, quien la requiera perciba que ha sido objeto de un trato basado en la observancia y respeto a sus derechos.

Un proceso, no conduciría a la verdad, ni sería justo, si en el transcurso del mismo se privilegiaran los actos, actuaciones y derechos concernientes a unos involucrados en la diatriba en detrimento de otros, por esa razón en perfecta congruencia con los artículo 23 y 30 constitucional, el artículo 118 del texto adjetivo penal plantea que:

La protección y reparación del daño causado a la víctima del delito, son objetivos del proceso penal. El Ministerio Público está obligado a velar por dichos intereses en todas las fases. Por su

parte los jueces garantizarán la vigencia de sus derechos y el respeto, protección y reparación durante el proceso.

Asimismo, la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato acorde con su condición de afectado, facilitando al máximo su participación en los trámites en que deba intervenir

Desde la perspectiva de la norma citada, se impone la obligación del Estado de velar y preservar el goce y ejercicio de los derechos de la víctima, a través de sus órganos competentes, y sobre todo de garantizar la tutela de los mismos, fundamentalmente, cuando convierte a los jueces en, resguardadores y vigilantes de su vigencia, su respeto, protección y reparación.

La redefinición del hecho y la consecución de la justicia, lleva implícito, no solo establecer hechos inculpatórios o exculpatórios del autor o partícipe en la perpetración del delito, sino garantizar sus derechos y los de la persona afectada por el hecho punible, de manera que la inobservancia de los mismos, significará un hecho constitutivo de un grave impedimento para el efectivo alcance del objeto del proceso.

El artículo 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece el derecho de la persona afectada por actos provenientes del Estado o de particulares, que le hayan ocasionado lesiones o daños a su persona, sus bienes o intereses, a reclamar la indemnización correspondiente, en aras de lo cual se impone, efectivamente, la necesidad de obtener la verdad, y sobre todo, observar un procedimiento, en el marco del cual se respeten los derechos del imputado o acusado y los de la víctima,

facilitándole a ésta, su participación con la finalidad de coadyuvar en el alcance de los objetivos perseguidos por el proceso.

El proceso penal vigente, a diferencia de lo ocurrido bajo la égida del Código de Enjuiciamiento Criminal, confiere preponderancia a la víctima, por lo menos desde el punto de vista formal, al reconocerle derechos y ofrecerle mecanismos, con miras a su efectiva participación durante las diferentes etapas del proceso, sólo que la práctica demuestra la existencia de obstáculos que afectan en gran medida la intervención procesal del ofendido por el hecho punible.

Si bien la práctica pareciera dirigida a negar a la víctima, el efectivo ejercicio de sus derechos, no puede olvidarse que frente a esa realidad se halla otra representada por el conjunto de principios convertidos en la razón de ser de un Estado, proclamado desde el texto constitucional, de derecho, de justicia y fundamentalmente democrático.

Por lo antes señalado, la víctima no puede, ni debe seguir jugando el mismo papel que en viejos procedimientos, por lo que en la era de los Derechos Humanos, debe tener atribuido un preponderante rol.

## CAPÍTULO III

### EL ROL DE LA VICTIMA EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO

- **Definición.**

Tradicionalmente se ha considerado víctima a quien resulte afectado por la actividad desplegada por el o los autores o partícipes en la perpetración de un hecho punible, correspondiéndole asumir, por lo tanto, los deberes y derechos que le son atribuidos constitucional y legalmente.

No obstante, establecer quien ha de ser catalogado como víctima en el proceso, ha significado transitar por estadios de la humanidad que han dado lugar a variadas posiciones, derivadas de la percepción, visión o concepto asumidos en un momento histórico determinado, respecto de las personas y sus derechos.

En realidad, las complicaciones ofrecidas por el término víctima es una consecuencia a su vez, de la dificultad para definir o señalar la procedencia u origen de la palabra.

La historia de la víctima permite observar como para algunos, el término referido a ella, tiene su origen en las palabras “victus” o “vieo”, por lo que podría significar alimentos o atado, haciéndose referencia con ello, a sacrificio o al hecho producto del cual, el agraviado resulta vencido y por lo tanto, atado o inmovilizado.

La significación anterior está ligada a la época de las luchas, y a los premios o trofeos obtenidos por quienes resultaren victoriosos en las mismas, adquiriendo por ello derecho a recibir como suyo al vencido, atado o inmovilizado.

Según el Diccionario de la Real Academia Española (2001, p. 110) víctima es: “Aquella persona o animal sacrificado o destinado a ser sacrificado. Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra. Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita”

Cabanellas (1976, p. 401), señala sobre la definición de víctima lo siguiente:

Persona o animal destinado a un sacrificio religioso. Persona que sufre violencia injusta de una persona o ataque a sus derechos. El sujeto pasivo del delito y de la persecución indebida (v. Delincuente). Quien sufre un accidente casual, de que resulta su muerte u otro daño en su persona y perjuicio en sus intereses. Quien se expone a un grave riesgo por otro.

De la lectura de las ideas y definiciones antes ofrecidas, se observa la multiplicidad de criterios que se han manejado para dar contenido al término víctima, destacando dentro de ellos, el relacionado con el proceso penal, respecto al cual se señala, que se trata del sujeto pasivo del delito.

En ese orden de ideas, Balza (op. cit, p. 185), señala lo siguiente sobre el concepto de víctima:

Según la conceptualización general es la persona natural o jurídica ofendida directamente por la acción delictiva o que ha sufrido directamente el daño ocasionado por el acto humano tipificado en la legislación penal, es lo que se denomina en el derecho sustantivo, sujeto pasivo del delito. Todo ello a diferencia del perjudicado que no es ofendido directamente por el acto punible-no tiene nada que ver como agraviado-, sólo es perjudicado pero indirectamente. La víctima es el ofendido y perjudicado directo.

El citado autor hace distinción entre la víctima propiamente dicha, es decir, el directamente ofendido por el hecho punible, y quien por estar vinculado por lazos de consanguinidad o afinidad con el ofendido, resulta indirectamente afectado por el acto delictivo.

La concepción sobre la víctima, está íntimamente ligada al devenir histórico del Proceso Penal, resultando previsible que en los inicios, no habiendo límites de tipo legal para la represión de las conductas, quien resultare afectado por el comportamiento de otra persona, necesariamente estaba

facultado para conferir al hecho la connotación que su libre pensamiento le atribuyera.

La visión acerca de la víctima ha variado históricamente, a tal extremo que no sólo se incluye dentro de la definición a la persona individualmente afectada por el hecho, sino a parientes y personas colectivas, tal como se desprende del criterio sostenido por las Naciones Unidas en su “Declaración sobre los Principios Fundamentales de la Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder” del año 1985.

La condición de víctima, se atribuye desde la perspectiva del antes citado texto, a personas naturales y colectivas, que hayan sufrido lesiones físicas y morales, sufrimiento emocional, daños de cualquier tipo, pérdida financiera o menoscabo de cualquier derecho fundamental, como resultado de acciones u omisiones, infractoras de la legislación vigente en los estados miembros incluidos las derivadas del abuso de poder.

Atendiendo al criterio sustentado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) Carlos Parma (s/f, s/p), sostiene lo siguiente:

La palabra víctima se refiere a la persona que sufre o es lesionada en su cuerpo o en sus bienes por otra. En esta inteligencia la víctima sufre física, psicológica y socialmente a consecuencia de la agresión a la que es sometida. En la materia hay un concepto generalizado internacionalmente que entiende como “víctimas” a las personas que, individual o colectivamente hayan sufrido daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida

financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente.

Sobre el tema Paz y Muzio (2004 p. 2) sostienen que:

En primer lugar, se debe fijar como prioritario asumir un concepto de víctima en el sentido “amplio” del mismo, por ende será tanto víctima aquel que ha sufrido un menoscabo ante un delito cuyo imputado sean individuos físicos y jurídicos privados como personas físicas y jurídicas que forman las distintas agencias públicas que conforman el estado en su conjunto, por ejemplo delitos por abuso de autoridad, apremios ilegales, etc. Esto es importante recalcar, ya que es frecuente que por medio de una dialéctica falaz se trate de destacar aquellos damnificados por delitos cuyos autores son agentes privados como los únicos y verdaderos acreedores de protección penal. Esto es un fenómeno, con elementos metajurídicos, que se debe tomar como señal de una resistencia al cambio por la crisis que vive el paradigma actual del derecho penal antes explicado.

Del contenido de las antes transcritas citas puede percibirse la tendencia cada día más creciente de emplear en forma amplia el término víctima, de modo que ya, tal como se indicó supra, no se entiende sólo con esa condición a quien hubiese sido afectada en forma directa por un hecho considerado socialmente reprochable, sino asumirían esa posición en el proceso, personas naturales o jurídicas, indirectamente afectadas por el hecho.

Esta tendencia es entendible, por cuanto las luchas llevadas a cabo por las personas y organizaciones promotoras del desarrollo y la subsiguiente

protección de los derechos humanos han logrado, que al menos desde el punto de vista convencional y legal, la víctima haya adquirido un rol participativo y beligerante, aunque tal vez, y de hecho no lo es tanto, desde el punto de vista real, tal como se pretende dejar establecido en el presente trabajo.

Atendiendo a esos criterios amplios, garantistas en el fondo sobre los derechos ciudadanos, el Código Orgánico Procesal Penal, en su artículo 119 define a la víctima en los siguientes términos:

Se considera víctima:

1. La persona directamente ofendida;
2. El cónyuge o la persona con quien haga vida marital por más de dos años, hijo o padre adoptivo, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y al heredero, en los delitos cuyo resultado sea la incapacidad o la muerte del ofendido,; y, en todo caso cuando el delito sea cometido en perjuicio de un incapaz o un menor de edad;
3. Los socios, accionistas o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan;
4. Las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses y se hayan constituido con anterioridad a la perpetración del delito.

Si las víctimas fueren varias, deberán actuar por medio de una sola representación.

En ese mismo sentido, se pronuncia el artículo 661 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

La ampliación del espectro relacionado con la víctima, guarda íntima relación con los criterios contenidos al respecto en tratados, acuerdos y convenios suscritos por la República y en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, derivados a su vez de la Declaración emanada de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a la cual se ha hecho referencia anteriormente.

Como puede observarse, el legislador patrio se adecua a las exigencias de los tiempos de globalización, de allí que el daño ocasionado no sólo atañe a quien resulte afectado directamente por el hecho delictivo, sino a quienes comparten en forma cercana nexos de consanguinidad y afinidad, yendo mucho más allá cuando prevé, que los afectados pueden ser personas jurídicas, facultadas para ejercer acciones tendentes a la indemnización de los socios, cuando quienes ocasionaren el daño fuere quienes ejercen cargos de dirección.

Pero además, se concibe como víctima a las asociaciones, fundaciones, en definitiva personas jurídicas defensoras de intereses colectivos y difusos, para lo cual deberán ser preexistentes al delito.

De lo anteriormente dicho, puede señalarse que Víctima es aquella persona natural afectada directamente por un hecho punible o quienes por tener nexos de consanguinidad o afinidad resulten afectados en forma indirecta por dicho acto delictivo, incluyéndose dentro del término, a las personas jurídicas cuando el hecho hubiese sido cometido por los directores o administradores en detrimento de los socios, o las organizaciones fundacionales o asociativas, defensoras de derechos humanos cuando la violación se refiriera a aquellos defendidos por ellas, siempre que se hayan creado con anterioridad al hecho.

No obstante, resulta menester dejar sentado que la víctima no será parte en el proceso, sino se ha querellado, tal como se desprende de la lectura de la de las disposiciones legales sobre su participación en los actos procesales. La víctima entonces, será sólo sujeto procesal, no asumiendo las cargas correspondientes a las partes y sólo tendrá derecho a participar conforme a las previsiones legales respectivas. Al menos, es lo que se desprende de la lectura de la normativa reguladora de la participación de la víctima en el proceso penal.

- **Breve Reseña Histórica de la Víctima.**

Desde los inicios de la humanidad, debió producirse enfrentamientos entre individuos, como resultado de los roces y conflictos acarreados por la convivencia. En esos enfrentamientos, la pasión con la que se asumían las ofensas, daban lugar a respuestas muchas veces exageradas por parte de quien se considerase ofendido.

Sin embargo, referirse a la víctima en sentido histórico, implica hacer consideraciones acerca del desarrollo del Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, a través de los cuales se observan las diferentes etapas experimentadas por el agraviado, quien en principio aparece como gran protagonista del proceso y de la imposición de la pena, para luego experimentar un período de ostracismo o casi desaparición, hasta la actualidad, cuando gracias al desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se habla de relanzamiento, repensamiento y reelaboración de su rol en el proceso penal.

Tal como se indicó antes, los conflictos surgidos entre los primeros hombres, se resolvieron mediante el empleo de la fuerza, tiempos de la humanidad que informan sobre una víctima amparada en la prevalencia de la venganza privada, imponiendo, desde esa perspectiva, su visión personal acerca de la magnitud de los hechos, sobre todo ante la creencia que todo daño afectaba intereses privados y no colectivos y sociales.

En realidad, en tiempos en los cuales no existía un tercero dirimente del conflicto, éste se convertía en problema a ser resuelto entre víctima y victimario, con el agravante que la prevalencia de la venganza privada dio lugar a la desproporcionalidad, como resultado de dejar en manos del afectado la atribución de la importancia al hecho motivador de su reacción, y en muchos casos, ello originó una verdadera guerra de eliminación de grupos, clanes y familias.

Con posterioridad, como resultado de la Ley de Tali3n, la cual ofrecía aparente mayor racionalidad, frente a las arbitrariedades representadas por la imposición de la venganza privada y los sistemas compensatorios aparecidas en principio como una forma facultativa y luego como una solución obligatoria, se procedió a cuantificar los daños en aras de lograr la retribución de la víctima.

Las ideas representadas por la antes citada ley y los sistemas compensatorios, se trasladan a la edad media, procedediéndose a clasificar las ofensas, de acuerdo con su gravedad, para lo cual se tuvo en cuenta la distinción que a dichos efectos hacían los romanos entre “crimina” y “delicia”.

Con posterioridad, la creciente intervención de poderes centralizados erigidos en definidores de la contienda entre partes, termina por poner fin a la misma y empiezan, precisamente, por apropiarse de parte de la compensación económica, la cual en la mayoría de los casos debía ser compartida con la comunidad o con el rey, dándosele nacimiento así, a la sanción de multa, de gran connotación, sobre todo por la significación que la misma tenía para los intereses de quienes hicieron de tal hecho una actividad en su beneficio.

Con la consolidación del poder del Monarca en la edad media, la víctima pierde protagonismo, es relegada a un segundo plano, al considerarse que los daños originados por los hechos delictivos lesionaban intereses sociales y no precisamente los de la persona individualmente considerada.

Pero el proceso degenerativo del poder de la víctima se agudiza aún más, con la consolidación del Estado, la desprivatización de los conflictos y la despenalización de las conductas lesivas al interés de las personas. El proceso dejó de ser un conflicto interpartes para convertirse en un problema entre el ofensor y el Estado, desapareciendo la víctima, prácticamente, del proceso, al convertirse en simple delator.

Se da paso a una etapa oscura y lesiva a los intereses de la víctima, se trata de la etapa de su ostracismo, relegación o desaparición del proceso, cuya afirmación es mayor, en la medida en que el Sistema Inquisitivo fue ganando terreno.

En efecto, al atribuírsele al Juez poderes ilimitados, además de importante rol protagónico junto con el imputado, como resultado del Sistema Inquisitivo; el conflicto penal se convirtió en una lucha entre el representante estatal, defensor de los valores de la sociedad y el transgresor de esos valores, generándose de esa manera, la neutralización de la víctima, quien desaparece prácticamente del escenario, para convertirse en mero sujeto procesal, cuyos intereses quedaron totalmente al margen de la contienda penal.

La víctima pierde también espacio o se le obvia, dentro de los estudios sobre el fenómeno criminal desarrollados por el Derecho Penal y la Criminología, dentro de los cuales se convierten en puntos focales, sobre todo en sus escuelas Clásica y Positivista, el delito, la pena, el procedimiento y el delincuente.

Las Ciencias Penales centraron su atención sobre el delincuente para elaborar modelos explicativos del delito y comprender sus causas, durante el siglo XIX y parte del siglo XX, gracias al paradigma de la Criminología tradicional, abandonando a la víctima como objeto de su estudio.

Con la imposición del principio de oficialidad de la acción penal se consolidada la confiscación del conflicto al ofendido por parte del Estado, siendo reemplazado su interés desde el punto de vista sustantivo por el abstracto bien jurídico tutelado, y su derecho a la acusación se ve suprimido en aras de la persecución estatal.

Como consecuencia de lo anterior, a la víctima se le consideró solamente como material probatorio que podía ser utilizado por el Estado y por ello, su pretensión de resarcimiento se convirtió en un asunto meramente privado entre víctima y ofensor, sin mayor importancia para el proceso penal, prevaleciendo esta concepción del tema a lo largo de la historia.

La instauración del Estado Liberal, determinó la revisión del proceso penal, significando ello un avance, sobre todo porque cesa la prevalencia del sistema inquisitivo, para establecer una mixtura con la incorporación de actividades signadas por la visión acusatoria del proceso, pero los intereses de la víctima se mantienen en el olvido, desde el punto de vista legislativo preocupándose el Estado, por hacer mención de ella sólo en lo referente al Derecho Penal Sustantivo.

Ciertamente, la víctima fue incorporada al Derecho Penal Sustantivo, sólo a los efectos del establecimiento de atenuantes o eximentes de la pena, por lo tanto sin mayor significación, ni siquiera con miras a desarrollar un Derecho Penal o un Derecho Procesal desde y a partir de quien resulta afectado por el hecho punible.

Como resultado de la degeneración del papel de la víctima en el proceso, la posibilidad de reparación del daño quedó enclaustrada dentro de los estrechos límites del ejercicio de la acción civil resarcitoria en sede penal, siendo difícil afirmar dentro de estos límites, que efectivamente se da una adecuada satisfacción a los legítimos intereses de las víctimas.

El Estado Liberal se transformó, en conductor del proceso y convirtió al imputado en el sujeto de su accionar, por lo tanto en protagonista central de la actividad procesal, a pesar de la violación de los derechos de la que fue objeto, como resultado de la aplicación del Sistema Inquisitivo.

El abandono de la víctima y sus intereses, trajo consigo no pocas preocupaciones y con ellas, el surgimiento de importantes movimientos interesados en analizar el rol de la misma en el proceso penal, producto de lo cual se desarrolló una doctrina que con el transcurso del tiempo ha logrado gran trascendencia, al extremo de llegar a considerársele ciencia jurídica, se trata de la denominada: Victimología.

Con la victimología y la posición de organizaciones y autores preocupados por el estudio del tema, se produce un cambio de paradigma en la investigación criminológica, llegando a convertirse en objeto de su estudio, no sólo la pretensión punitiva del Estado, sino la prevención del delito, teniendo como objetivos la recuperación del infractor y la reparación del daño sufrido por la víctima, asumiendo ésta, por lo menos desde el punto de vista legal, un papel protagónico, al reconocérsele una gran relevancia en cuanto al origen y dinámica del delito.

La historia de la víctima en Venezuela, ha dependido, tal como se indicó previamente, del desarrollo histórico del proceso penal, verificándose su poca importancia. Así, la actividad estatal ha estado centrada en el sujeto activo del delito, convirtiéndose el tema de los derechos de la víctima y el resarcimiento del daño, producto del delito, en un asunto perteneciente a la esfera privada del derecho.

Acerca del abordaje del tema de la víctima, plantea Fernández (2005, p.203), lo siguiente:

Una de las razones por las que se hace imprescindible realizar esta tarea es porque el tema de las víctimas es novedoso en Venezuela donde ha existido un olvido por siglos en la legislación y una enorme violencia institucional que se ha hecho crónica, traducida en maltratos e indiferencia oficiales. Corresponde a los funcionarios de la administración de justicia penal, especialmente los jueces, la urgente tarea de poner fin a esta situación.

El Código de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Tutelar de Menores (LTM) constituyen elocuentes muestras de la ausencia de la víctima o su escasa presencia en el proceso penal, e igualmente de sus derechos.

En efecto, el antes citado y derogado código, muestra de la aplicación del sistema inquisitivo, se caracterizó por establecer un método procedimental, a través del cual se imponía la tesis estatal, cuya representación ejercía en esencia el órgano jurisdiccional, dotado de un poder casi hegemónico, privando de ese modo, a los interesados en la resolución de la diatriba, llámese procesado o víctima, de la posibilidad de ejercer sus derechos, afectando así, fundamentalmente al ofendido por el hecho, quien resulta prácticamente anulado o desechado, y cuya actuación se redujo al ejercicio de la acción en los delitos de acción privada.

Cabe destacar que en este período se hablaba de la querrela como un derecho de accionar reconocido a toda persona, que se siéntese afectada por el hecho.

En el caso de la Ley Tutelar de Menores, ya derogada, el asunto revestía mayor gravedad, por cuanto la actividad procesal se reducía al menor infractor y el Estado, representado por un juez omnipotente, discrecional, cuya hegemonía no permitía mayor desempeño, ni al menor objeto del particular proceso previsto en el caso de infracción de la norma penal, ni al afectado por el accionar de aquel, sobre todo porque, eufemísticamente se consideraba que el menor infringía la norma penal pero no debía ser

considerado delincuente; por ello, mal podría pensarse en cualquier intervención de la víctima en el señalado proceso.

Desde la perspectiva de la citada ley minoril, los eufemismos “menor infractor”; pero no autor de delitos; “menor tutelado” y no sometido a proceso penal, no era posible pensar en la existencia de una víctima, razón por la cual, se le negaban derechos, a quien quisiera intervenir, asumiendo el rol de afectado por la actividad infractora del menor de edad.

Los estudios sobre la víctima y el reconocimiento de sus derechos, se desarrollan con mayor precisión desde la década de los años cincuenta, como resultado de movimientos dirigidos a la defensa de su condición ciudadana, lo que dio lugar a que en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), se produjera la antes señalada “Declaración sobre los Principios Fundamentales de la Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder del año 1985”

En realidad, la Declaración antes referida, constituyó punto de partida para la consecución de una visión más justa, contenida o derivada desde la perspectiva, de los tratados, acuerdos y convenios suscritos por la República, para colocar al Estado al servicio del ciudadano, sin distinción y por supuesto, llevar a cabo una actividad tendente a la consecución de la justicia, fundamentalmente, en lo atinente a las víctimas de delitos y abuso de poder...

Del contenido de la antes citada Declaración, se verifica el reconocimiento de Derechos de la Víctima, destacando dentro de ellos: El acceso a la Justicia. Trato Justo; Resarcimiento; Indemnización y Asistencia.

Pero, si bien se ha pretendido abandonar definitivamente aquella posición asumida desde la perspectiva del Estado Liberal, según la cual, la finalidad del proceso era la protección de los derechos de la sociedad y el resguardo a lo largo del mismo, de los derechos del procesado, hoy imputado o acusado, dicho criterio no ha sido abandonado definitivamente, por cuanto pese al papel protagónico atribuido a la víctima, según se observa en la Constitución y las leyes adjetivas penales actuales, también se verifican vestigios de los viejos criterios, y el establecimiento de obstáculos legales que impiden a la víctima el real ejercicio de sus derechos y la consecución efectiva de la tutela de los mismos en el proceso.

- **Los Derechos de la Víctima.**

La asunción de un nuevo sistema penal para la persecución del delito por parte del Estado, halla sus fundamentos en la relevante importancia que se atribuye a los derechos ciudadanos. No en vano, la violación de los derechos y garantías que le son reconocidos a quienes estén involucrados en el proceso, constituye causal de nulidad de los actos procesales, conforme a las previsiones de la normativa adjetiva penal, antes citada.

En realidad, la mayoría de los países del orbe, después de aprobar la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1948, consideró necesario seguir avanzando en la construcción de un Estado garantista, cuyas ejecutorias estuvieran dirigidas a la preservación de los derechos inherentes a los seres humanos.

Desde esa perspectiva, y atendiendo a que la gran excluida del proceso penal, después de un rol verdaderamente protagónico fue la víctima, se desarrolló una determinante actividad, tendente a introducir modificaciones en cuanto a la visión legal y constitucional de la misma.

En el marco de la antes citada actividad, se lleva a cabo una importante investigación desde la visión victimológica, y su consecuencial discusión originó que, paulatinamente, tanto en instrumentos internacionales como en leyes de aplicación nacional, se hayan ido prefijando los derechos de las víctimas en el proceso penal.

Consecuencia de lo antes señalado, el 29 de noviembre de 1985 fecha histórica para el reconocimiento de los derechos de las víctimas, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó según resolución 40/34, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, que se había aprobado por consenso en el Séptimo Congreso de ese organismo sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán (Italia) del 26 de agosto al 6 de septiembre del mismo año.

La antes citada Declaración se caracteriza por definir la noción de víctima y especificar su derecho a tener acceso a la justicia y a un trato justo, a la asistencia y a la indemnización o resarcimiento.

La ardua tarea de construir un Estado al servicio del hombre y sus derechos, alcanza otro importante escaño, con la suscripción y puesta en marcha de otros instrumentos legales, que constituyeron el punto de partida o el fortalecimiento de los esfuerzos realizados para lograr la efectiva realización de los derechos atinentes al individuo y en específico, los relacionados con la víctima.

La influencia de los instrumentos internacionales, trajo como consecuencia, la adecuación de la legislación interna en muchos países, entre ellos Venezuela, de modo que el Código Orgánico Procesal Penal, desarrolla a lo largo de sus líneas, una serie de principios propios de un Estado garantista, y con ello, derechos inherentes a la víctima, dentro de los cuales destaca el derecho a acceder a los órganos de administración de justicia penal, sin menoscabo de aquellos que asisten a los imputados, de conformidad con el artículo 23 de dicho texto, previendo sanciones para quienes no procesen las denuncias de las víctimas de forma oportuna y diligente.

En efecto, el citado artículo establece lo siguiente:

Las víctimas de hechos punibles tienen el derecho de acceder a los órganos de administración de justicia penal, de forma gratuita, expedita, sin dilaciones indebidas o formalismos inútiles, sin menoscabo de los derechos de los imputados o acusados. La protección de la víctima y la reparación del daño, a la que tengan derecho serán también objetivos del proceso penal.

Los funcionarios que no procesen las denuncias de la víctima, de forma oportuna y diligente, y que de cualquier forma afecte su derecho de acceso a la justicia, serán acreedores de las sanciones que les asigne el respectivo Código de Conducta que deberá dictarse a tal efecto, y cualesquiera otros instrumentos legales.

En perfecta congruencia con lo planteado en el antes citado dispositivo, el artículo 118 del mismo texto adjetivo, consagra el derecho de la víctima a la protección de sus derechos, a la reparación del daño sufrido por la misma, asumiendo el Estado, a través del Ministerio Público, los jueces y la Policía la obligación de velar por sus intereses en todas las fases procesales, de garantizar la vigencia de sus derechos, y a otorgarle un trato acorde con su condición de afectado por el hecho punible.

El artículo 120 del Código Orgánico Procesal Penal, al establecer los derechos de la víctima, en absoluta coincidencia con lo antes planteado, señala lo siguiente:

Quien de acuerdo con las disposiciones de este Código sea considerado víctima, aunque no se haya constituido como querellante, podrá ejercer en el proceso penal los siguientes derechos:

1. Presentar querrela e intervenir en el proceso conforme a lo establecido en este Código;
2. Ser informada de los resultados del proceso, aun cuando no hubiere intervenido en él;
3. Solicitar medidas de protección frente a probables atentados en contra suya o de su familia;
4. Adherirse a la acusación del Fiscal o formular una acusación particular propia contra el imputado en los delitos de acción pública; o una acusación privada en los delitos dependientes de instancia de parte;
5. Ejercer las acciones civiles con el objeto de reclamar la responsabilidad civil proveniente del hecho punible;
6. Ser notificada de la resolución del Fiscal que ordena el archivo de los recaudos;
7. Ser oída por el tribunal antes de decidir acerca del sobreseimiento o antes de dictar cualquier otra decisión que ponga término al proceso o lo suspenda condicionalmente;
8. Impugnar el sobreseimiento o la sentencia absolutoria.

Lo primero que debe destacarse de la citada norma, es la incongruencia de su redacción, cuando en su encabezado señala como derecho de la víctima, “aunque no se hubiere querrellado” a 1. “Presentar querrela”. Cabe preguntarse ¿Cómo puede la víctima presentar querrela, aunque no se hubiere querrellado?

Seguramente, el legislador hace referencia a la facultad atribuida a la víctima de presentar acusación particular propia aunque no se hubiere querrellado previamente, derecho, cuyo alcance no está lo suficientemente claro.

Ahora bien, independientemente de esta observación cabe destacar que a la víctima se le atribuye en tiempos actuales, la posibilidad de intervenir en el proceso, y se le confiere un instrumento procesal con miras a defender, directamente sus derechos, como lo es la querrela. Se desprende, además, del contenido de la norma que la víctima podrá intervenir, adhiriéndose a la acusación fiscal o formulando acusación particular propia.

Del mismo modo, la víctima, cuando se trate de delitos dependientes de instancia de parte, podría presentar acusación privada.

Como parte de su derecho a la participación en el proceso, el afectado por el hecho punible, tiene derecho a ser informado y a informarse del contenido de las actuaciones, incluso aun cuando no hubiese obrado directamente en el mismo, es decir, a pesar de haber decidido no intervenir activamente.

Constituye derecho de la víctima, reclamar la responsabilidad civil proveniente del delito, ejerciendo la acción correspondiente.

Está facultada, la persona afectada por el hecho punible, para solicitar la aplicación de medidas de protección, debiendo ser, además, debidamente informada, a fin de oír su opinión, cuando el Ministerio Público, acordare el archivo de las actuaciones, solicitare el sobreseimiento de la causa, y en todos aquellos casos en los cuales se ponga fin al proceso, pudiendo

impugnar, en caso de acordarse el sobreseimiento y la absolución del acusado.

En términos parecidos al artículo 120 del Código orgánico Procesal Penal, se pronuncia el artículo 662 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, sólo que no admite a la víctima presentación de acusación particular propia, sino su adhesión a la acusación fiscal, en delitos de acción pública, conforme al literal d) de dicho dispositivo.

Respecto de los Derechos de la Víctima en el nuevo proceso penal el magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero según sentencia dictada en expediente N°00-2731, pronunciada en fecha 29 de junio del año dos mil, sostiene:

Ahora bien, el Código Orgánico Procesal Penal, en el Libro Primero, Capítulo V, del Título IV, consagra el respeto a los derechos de la víctima dentro del proceso penal venezolano. Así, tenemos que el artículo 115 **eiusdem** establece que “la protección y reparación del daño causado a la víctima del delito son objetivos del proceso penal. El Ministerio Público está obligado a velar por dichos intereses en todas las fases. Por su parte, los jueces garantizarán la vigencia de sus derechos y el respeto, protección y reparación durante el proceso”. Asimismo, el artículo 117, numeral 7 **ibídem** establece que “Quien de acuerdo con las disposiciones de este Código sea considerado víctima, aunque no se haya constituido como querellante, siempre que lo solicite, podrá ejercer en el proceso penal los siguientes derechos: ...7. Ser oída por el tribunal antes de la decisión de sobreseimiento o de otra que ponga término al proceso o lo suspenda condicionalmente...”.

Con posterioridad, la misma sentencia expresa:

De lo anteriormente transcrito se evidencia que, en el nuevo proceso penal venezolano, está regulada la protección a los derechos de la víctima, y dentro de esos derechos está el de la notificación de la solicitud de sobreseimiento de la causa, a fin de que la víctima pueda expresar su opinión al respecto; sin embargo, el Juzgado Octavo de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, al recibir la solicitud por parte del Ministerio Público de sobreseer la causa, no notificó a la víctima, violando así no sólo el debido proceso, sino también, su derecho a ser oído, consagrado en el Código Orgánico Procesal Penal, y también en tratados internacionales suscritos por Venezuela, como por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 10), y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (artículo 8), entre otros”.

Del texto de la citada sentencia puede colegirse que para el más alto tribunal de la República, la normativa adjetiva penal venezolana ha atribuido a la víctima de un hecho punible, un determinante papel al extremo de reconocérsele el derecho a una efectiva participación procesal, razón por la cual se hace menester observar el debido proceso, y como parte de él, el derecho a ser oído.

Sin duda alguna, el derecho a ser oído constituye parte del debido proceso y en esencia, de la tutela judicial efectiva, razón por la cual es obligación de los jueces su garantía, su observancia, que tal como se desprende de la citada resolución jurisdiccional es aplicable no sólo del imputado o acusado, sino a la víctima, no en balde, prima en el nuevo proceso penal el principio de no discriminación e igualdad.

Desde la perspectiva constitucional, los derechos de la víctima adquieren otra dimensión, puesto que el Estado se compromete a garantizar a la víctima y sus derechohabientes, la indemnización del daño sufrido como resultado de actos propios o provenientes de particulares, adquiriendo el compromiso de adoptar medidas legislativas dirigidas a garantizar la efectividad de dichas indemnizaciones.

En efecto el artículo 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela estatuye:

El Estado tendrá la obligación de indemnizar íntegramente a las víctimas de violaciones de derechos humanos que le sean imputables y a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios.

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

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

Aunque posterior al Código Orgánico Procesal Penal, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, acoge los criterios contenidos sobre la víctima en el antes citado texto adjetivo de carácter acusatorio, en el marco del cual se le considera sujeto de derecho, a diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia del Código de Enjuiciamiento Criminal, de contenido inquisitivo y cuya normativa convertía al ofendido en proscrito de la actuación procesal.

Respecto a la posición de la víctima en el proceso penal venezolano, Fernández (op. cit, p 208), expresa lo siguiente:

El término jurídico penal de víctima que introduce el COPP sustituye al de “agraviado” que existía en el sistema inquisitivo, escrito y secreto del CEC. La CRBV acogió completamente el modelo procesal del COPP y desarrolló el término víctima de delitos y abusos de derechos humanos, señalando al Estado y sus funcionarios como sujetos activos de tales hechos, en sentido estricto... (Omissis)

Si de avances jurídicos se trata, en realidad, la intervención de la víctima en el proceso, debe ser efectiva, desempeñando un rol vanguardista, sobre todo si se conjugan las previsiones del texto constitucional con la norma adjetiva penal.

En un principio, como resultado del avance experimentado por la legislación de los nuevos tiempos, la víctima ha sido dotada de un instrumento, representado por la querrela, cuyo efectivo empleo le permitiría intervenir directamente en el proceso para reclamar la protección de sus intereses y coadyuvar en la consecución de las resultas procesales.

No obstante, la práctica parece demostrar que pese a la concepción manejada respecto al antes señalado instrumento, es poca la efectividad de dicha figura, cuando de proteger los derechos del afectado por el hecho punible se trata.

Muestra de lo antes planteado lo constituye lo señalado por Ferrer (op. cit, p. 212) en los siguientes términos:

La realidad nos indica que el Ministerio Público, al ser titular de la acción penal..., deja muy poco espacio para la participación de la víctima, incluso en aquellos casos en los cuales, por excepción, la acción puede ser ejercida por la víctima en muchas ocasiones, es el Fiscal, quien en definitiva marca el desarrollo o no del proceso.

A lo sostenido por la citada autora debe indicarse, tal como se expresó previamente, que si bien la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, reconoce derechos a la víctima, en el artículo 662, no le atribuye la facultad de querellarse por cuenta propia en delitos de acción pública, permitiéndole sólo adherirse a la acusación fiscal.

Así las cosas, no obstante traducir un cambio de paradigma la posición vanguardista de los Estados en tiempos actuales, no deja de llamar la atención que pese a lo sostenido en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, no se está aún en presencia de un verdadero sistema garantizador de los derechos procesales de la víctima, ya que si bien se le ha dotado del antes citado instrumento procesal, él mismo carece de la suficiente fuerza y autonomía, para evitar temer por otra victimización del ofendido por el delito.

- **Instrumentos Internacionales.**

Si bien los seres humanos nacen dotados de derechos, la historia de la humanidad conoce de la escenificación de luchas dirigidas al reconocimiento formal y material de los mismos, ante la resistencia ofrecida por muchos Estados y sus órganos, en lo relativo a su efectiva protección.

Dada esa circunstancia, el trabajo realizado por personas naturales y organizaciones defensoras de los derechos humanos, logran desarrollar un andamiaje jurídico de corte internacional, que configuraría el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, desde cuya perspectiva, la figura de la víctima adquiere otra connotación.

El primer alcance de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, está representado por la introducción de un concepto amplio del término víctima, al extremo de incluir dentro del mismo además de la persona directamente afectada por el hecho, a las denominadas víctimas indirectas, además de llegar a considerarse la existencia de una víctima potencial.

Como resultado del progreso alcanzado por la estructura normativa internacional sobre derechos humanos, se logran desarrollar los siguientes textos: La Declaración Universal de los Derechos del Hombre; y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los que sin duda ejercerían marcada influencia en el decisivo avance del proceso.

El Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, citado por Taleva (1995, p. 59), plantea lo siguiente:

Considerando que el desconocimiento y menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad...

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo de recurso de la rebelión...

Constituyen los considerandos preliminares del precitado texto internacional, el fundamento o motivación esencial del reconocimiento expreso de los derechos de las personas, el cual está representado por el menosprecio sufrido por los mismos y la necesidad de evitar volver a los tiempos del imperio de la venganza privada.

El artículo 18 del segundo de los textos mencionados, según cita de Taleva (op.cit, p 135) establece lo siguiente:

Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve para el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Es en virtud de lo antes planteado que el mismo texto (op. cit, p.61) en su artículo 7 plantea: “Todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”

No obstante la existencia de los textos normativos a través de los cuales se reconocen los derechos inherentes a todas las personas, la mayoría de los países optaba y aún opta, por favorecer los derechos del imputado o acusado, dejándose de lado o desconociéndose los derechos de la víctima, incluidos los de sus familiares, de indudable y verdadero interés en las resultas del proceso penal.

Al lado del establecimiento del principio de igualdad, desde los textos normativos de corte internacional, se ha propendido a que los Estados garanticen el derecho de todo ciudadano, sin discriminación a acceder a los órganos de administración de justicia, el cual es observable, tal como se puede apreciar, no sólo en beneficio del imputado, sino de la víctima.

Ahora bien, la necesidad de garantizar, efectivamente o fortalecer el derecho de las víctimas a acceder a los órganos de administración de justicia, condujo a la Organización de las Naciones Unidas a implementar la vigencia de otros instrumentos jurídicos, entre los cuales destacan:

- a) La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder;
- b) Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones;
- c) El Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad de las Naciones Unidas.

Constitutivo como se afirmó supra de un importante hito, en cuanto al reconocimiento de los Derechos de la Víctima, el primero de estos tres últimos instrumentos, aunque aplicable en cuanto a los principios generales en los tribunales internacionales de justicia, se caracteriza fundamentalmente por establecer mecanismos de intervención de la persona afectada por el delito, ante los órganos nacionales de justicia.

Del análisis de la normativa internacional antes señalada se puede establecer que la promulgación de los principios de justicia para las víctimas abarca tres aspectos generales y fundamentales, a saber: a) Acceso real de la víctima a la justicia penal; b) Asistencia a las víctimas y c) Resarcimiento e indemnización.

El principio 4 del señalado instrumento indica: “Las víctimas... (Omissis)...tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido”

En lo relativo al primer aspecto, es decir, el acceso a los órganos de administración de justicia, íntimamente vinculado a la tutela judicial efectiva, el organismo internacional plantea e insta a los Estados firmantes al establecimiento de los mecanismos judiciales y administrativos dirigidos a que las víctimas logren la reparación del daño, mediante la implementación de procedimientos breves, expeditos, accesibles y poco costosos.

Del texto citado se desprende la previsión de la debida información a la víctima acerca del desarrollo del proceso, de modo que conozca de cada una de las decisiones, que se tomen respecto del asunto objeto del mismo. Del mismo modo se propicia la instauración de medios alternativos a la solución de conflictos, tales como el arbitraje, la conciliación y cualquier otra vía o medio que facilite la reparación de las víctimas.

Otra de las proposiciones contenidas en el instrumento subexamine es el de la asistencia de las víctimas, la cual debe ser médica, psicológica, social, y material, para lo cual se auspicia la creación y establecimiento de centros oficiales, comunitarios o voluntarios, dotados del personal especializado y preparado y en el marco de programas de asistencia, para prestar la debida y adecuada atención, conforme a las exigencias planteadas por el tipo de daño sufrido, debiendo informarse suficientemente a las víctimas, de la

existencia de los servicios correspondientes y facilitar el acceso a los mismos.

El antes citado texto, contempla el derecho a resarcimiento e indemnización a la víctima, en virtud del daño sufrido, comprendiendo tal derecho: a) La devolución de los bienes; y b) el pago de los daños sufridos.

En ese orden de ideas, la Declaración insta a los Estados Miembros a revisar sus legislaciones con miras a introducir los necesarios cambios, para la consecución del resarcimiento y la posibilidad de su conversión en sanción penal.

Concibe la misma Declaración, la rehabilitación del medio ambiente como resarcimiento, para el caso de daños ocasionados al mismo y la asunción del pago de los daños en caso de recaer la responsabilidad sobre un funcionario público, con motivo de su desempeño.

La citada Declaración considera como obligado originario, en caso de indemnización al autor del hecho; no obstante contempla la creación de fondos indemnizatorios por parte del Estado, cuando el mismo careciera de recursos para cubrir el monto a pagar, en los siguientes casos: a) Cuando se trate de víctimas afectadas por daños que menoscaben su capacidad física o mental; en virtud de delitos graves; y b) Cuando la víctima haya muerto o el

hecho le ocasione impedimento o incapacidad física o mental, caso en el cual se indemnizará a la familia o a la persona a su cargo.

Del mismo modo, se sugiere al Estado, la asunción de la obligación indemnizatoria, en caso de desconocerse o no estar identificado el delincuente, lo que se convertiría, según prevé, en un derecho exigible por parte del ciudadano.

El segundo de los instrumentos, es decir, los Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones; que fuera adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2005, atribuye a la víctima la facultad de recurrir o impugnar las decisiones o actuaciones que puedan constituir manifiesta violación de derechos consagrados en el marco de la normativa internacional sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario, con miras a obtener la reparación del daño ocasionado.

Corresponde a los Estados, conforme al citado texto, prevenir e investigar violaciones, perseguir y sancionar a los responsables, facilitar el acceso efectivo a la justicia y garantizar una reparación integral.

El tercero de los textos normativos internacionales, denominado: El Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad de las Naciones Unidas., propicia el despliegue de actividades del Estado dirigidas a investigar y castigar la violación de los derechos humanos, sometiendo a proceso a los autores de los hechos.

En síntesis, a través de los antes citados instrumentos normativos, la Organización de las Naciones Unidas, auspicia la efectiva garantía de los derechos de la víctima y procura la implementación por parte de los Estados firmantes, de medidas efectivas y eficaces dirigidas a evitar la impunidad.

Los tratados, acuerdos y convenios internacionales, de algún modo, representan mecanismos impulsores de la estructuración de un nuevo ente estatal, que gracias a los principios y postulados de dichos instrumentos internacionales, deberán orientar sus actividades en beneficio de los ciudadanos y sus derechos.

Como puede observarse, los instrumentos internacionales antes referidos, constituyen la materialización de un largo proceso que aún continúa, por cuanto tal como se ha expresado, para muchos autores, pese a los avances experimentados, no hay una verdadera concreción, al menos en la mayoría de las legislaciones del mundo, del derecho de la víctima a lograr la tutela efectiva de sus derechos, sobre todo cuando se trata de ejercer acciones dirigidas, no sólo a lograr la indemnización por el daño sufrido, sino el establecimiento efectivo de la responsabilidad del autor del hecho.

En este último caso, se hace necesario garantizar una efectiva intervención de la víctima, sobre todo, cuando el Ministerio Público en ejercicio del principio de oficialidad, deja mucho que desear con su actuación, bien sea por que se observe una conducta negligente, que puede haberla, o porque las investigaciones llevadas a cabo ofrecen dudas acerca de la orientación que debe caracterizarlas.

En efecto, suele ocurrir y el legislador lo plasmó en el artículo 113 del Código Orgánico Procesal Penal, que iniciada la investigación el Ministerio Público incurra en inacción, razón por la cual es menester garantizar métodos, vías o mecanismos, facilitadores de la efectiva intervención de la víctima en el proceso, a los efectos de ejercer la acción y evitar la prescripción de la misma y el consecuencial decreto de sobreseimiento de la causa.

Lo cierto es que cada uno de los antes citados instrumentos de corte internacional, además de otros a ser señalados a posteriori, conducen a la construcción de un Estado, que debe y tiene que ponerse a tono con las exigencias que en materia de protección de los derechos humanos se experimenta hoy en día.

- **Fundamento Constitucional.**

De las líneas anteriores se ha evidenciado, la gran influencia de los tratados, acuerdos y convenios internacionales en cuanto a la nueva concepción del Estado; pero el mismo se concretará en la medida en que desde los textos

constitucionales las líneas maestras dirigidas a su diseño o construcción, se fundamenten en establecer como norte de su actuación, la efectiva protección y garantía del goce y ejercicio de los derechos ciudadanos.

En ese orden de ideas, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, plantea en su preámbulo, la orientación democrática, participativa y de justicia del Estado diseñado desde su estructura normativa, cuya actuación estará basada en el principio de igualdad y no discriminación.

En perfecta congruencia con lo antes planteado, el artículo 2 del citado texto, tal como se ha señalado previamente, define a Venezuela como un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, cuyas actuaciones se fundamentan en la observancia de principios y valores superiores dentro de los cuales destaca como su razón de ser, los derechos humanos.

Es la concepción antes plasmada, la que compromete al Estado venezolano, a garantizar el principio de progresividad de los derechos humanos, y a garantizar el goce y ejercicio pleno y efectivo de los derechos de toda persona, en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna.

Pero además, ese Estado al cual se hace referencia, se compromete a observar en el procedimiento, cualquiera este sea, otra serie de principios garantizadores del trato justo, igualitario y democrática, de las personas

involucradas en la diatriba, para cuya materialización convierte a los órganos del poder público, y en especial a los jueces en garantes de su observancia.

Como puede observarse, la transformación experimentada desde el punto de vista normativo por el Estado venezolano, se dirige a garantizar la efectiva y democrática participación del ciudadano en la toma de decisiones sobre asuntos que le atañen, y fundamentalmente en la búsqueda de la resolución de controversias en las cuales se vean involucrados.

La democratización del proceso, no debe hacer distinción entre personas, por lo que definitivamente alcanza, a adultos y personas que no han alcanzado la mayoría, hombres y mujeres, libres o sometidos a proceso, víctima y victimario.

En ese orden de ideas, es menester destacar que el artículo 19 constitucional, previamente citado, prohíbe la distinción entre ciudadanos por lo que quien resulte ser afectado por la acción u omisión de un tercero, está en su justo derecho de hacer reclamaciones y por ende concurrir por ante los órganos competentes en procura de la tutela de sus intereses.

Lo antes señalado se desprende de concatenar la antes citada norma con las disposiciones contenidas en los artículos 26 y 49 de la Constitución, referidos a la Tutela Judicial Efectiva y el Debido Proceso, texto que a su vez consagra en el artículo 30 el derecho de la víctima a la protección de sus

derechos y resarcimiento de los daños sufridos a manos del Estado y de los particulares, cuando establece:

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

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

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

Las normas antes citadas, constituyen expresión de los compromisos adquiridos por el Estado venezolano, razón por la cual resulta lógico la asunción de la obligación de atender e indemnizar a la víctima por los daños ocasionados producto de la actuación ilegítima de los órganos y funcionarios de su estructura, y de los delitos comunes o atribuidos a particulares, lo que debe traducirse en ejecutorias tendentes a garantizar el efectivo tutelaje de los derechos inherentes a su condición de persona y un efectivo acceso a la justicia.

La previsión contenida en la norma transcrita ha dado lugar a que desde posiciones doctrinarias se considere a la víctima en ejercicio de un rol preponderante y equiparable al atribuido en materia de derechos al imputado, implicando ello, que ambos actuarían en igualdad de condiciones y con la posibilidad de utilizar las mismas armas y medios para hacer valer sus intereses.

En este orden de ideas sostiene Fernández (2005, p. 213) que:

Para ilustrar el mandato constitucional, es necesario identificar el marco general, según el cual, las víctimas de delitos han sido reconocidas como sujetos procesales con todos los derechos y garantías legales posibles, en plano de igualdad con el imputado y sin sacrificio de los derechos de éste, lo cual hace que el debate producido en el juicio sea fructífero y justo en la búsqueda de la verdad de los hechos y en la aplicación de la ley y la justicia penal

Más adelante y en el mismo sentido el autor (op. cit, p 222) sostiene que:

De otra parte las víctimas recuperaron el derecho a la legítima defensa de sus derechos, incluida la vida y otros bienes jurídicos, el cual había sido despojado por la reiterada jurisprudencia y la estructura del sistema inquisitivo que interpretaba que no podía dilucidarse durante el sumario debido a que no había proceso.

Ahora bien, la víctima no es parte en el proceso, sino sujeto procesal, es decir, una persona vinculada a los hechos objeto del proceso, pero sin carga procesal alguna, a quien se le requiere querellarse para asumir la condición de parte con las obligaciones correspondientes a tal condición.

El requerimiento antes señalado, no revestiría dificultad o preocupación alguna, si no fuese porque en muchas oportunidades la actuación procesal de la víctima, luce desmejorada, a pesar de los fundamentos garantizadores de la protección de sus derechos contenidos en el texto constitucional.

Es en ese orden de ideas la Sala 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, con ponencia del Magistrado Dr. Jesús Ollarves, según sentencia de fecha 26 de junio de 2002, en expediente 2002-1199, sostiene el principio de la autonomía personal, señalando al efecto:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela nos enseña que nuestro Estado está inspirado bajo un cimiento pluralista, respetuoso de la autonomía y libertad de las personas...(omissis)... por lo cual toda discriminación contra las víctimas es ilegítima y desconoce su derecho a la al libre desarrollo de la personalidad

Nuestra Carta fundamental establece en su artículo 20 el reconocimiento del Libre desenvolvimiento de la personalidad el cual textualmente dice:

**Artículo 20.** Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social.

El libre desarrollo de la personalidad no es otra cosa que la autonomía personal: la independencia radical de todo ser humano para obrar sin ser interferido al elegir su propio plan de vida y al adherirse a sus ideales de existencia. **(Cfr: Derechos Fundamentales, Mario Madrid-Malo Garizábal, 2da. ed. Santafé de Bogotá 3R. Editores, 1997. Pág. 122).**

Del mismo modo señala, la citada sentencia:

Del delito nacen dos partes, una víctima y un victimario. Ambas requieren para su existencia la comisión de un hecho punible que le sirva de sustento y signifique su origen. Las partes involucradas de forma activa o pasiva del hecho punible tienen derecho a concurrir en condiciones de igualdad ante una autoridad con el propósito de que sus derechos y obligaciones sean establecidos y de acuerdo a criterios legales preestablecidos y con las debidas garantías.

El texto de la citada resolución jurisdiccional, permite inferir que pese a las previsiones constitucionales y a los compromisos adquiridos por el Estado en aras de garantizar un trato justo y sin discriminación a todas las personas, sobre todo las involucradas en un proceso, desde sus propias esferas se llevan a cabo prácticas limitantes o lesivas al efectivo ejercicio de los mismos, para elegir su propio plan de vida y adherirse a sus ideales de existencia.

- **Fundamento Legal.**

La consagración constitucional de los derechos de la víctima, y su reconocimiento en textos normativos internacionales, servirían por sí sólo de sustento para su aplicación directa, con base en el principio de supremacía de la carta magna y por la igual jerarquía conferida al citado conjunto de normas, no obstante, el legislador patrio ha estampado en los antes citados textos adjetivos penales, además de los principios y garantías comunes a

todos los ciudadanos inmersos en el proceso penal, derechos sólo inherentes al agraviado por hechos punibles.

En realidad, el legislador ha procurado saldar con ello una deuda de larga data para con aquellas personas, que siendo agraviadas por el hecho proveniente de órganos estatales o de los particulares, han sido obviadas o marginadas por el propio Estado, producto de haberse apoderado del derecho a perseguir el delito, confinando u obligando al afectado por el delito, a intervenir sólo en el caso de aquellos hechos a los cuales califica de delitos privados.

Lo antes señalado se desprende del contenido de la exposición de motivos del Código Orgánico Procesal Penal (1997, p. 49), en los siguientes términos: “Se regula en el siguiente capítulo lo concerniente a la víctima, sujeto generalmente olvidado por la ciencia penal, con esto se procura rescatar el papel de la víctima y evitar su nueva victimización como acontece con el sistema actual”

En perfecta congruencia con lo antes señalado el Código Orgánico Procesal Penal, siguiendo los parámetros establecidos en los instrumentos internacionales consagradorios de los derechos humanos y de la persona ofendida por el delito en específico, establece la indemnización de la víctima como uno de los objetivos del proceso penal venezolano; amplió el concepto de la misma, en el artículo 119 y establece sus derechos en el artículo 120.

En ese mismo orden de ideas, el legislador del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, consagra en la especial Ley, el objeto del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, la definición y los derechos de la víctima, en los artículos 660, 661 y 662 respectivamente, aunque le limita en cuanto al ejercicio de la acción para obtener la responsabilidad del autor del hecho, al convertirla en querellante adherente o adhesiva, en el artículo 572.

Pero lo que si es cierto, es que el legislador atribuyó a la víctima, la legitimación para intervenir en el proceso como parte, mediante la interposición de la querrela, en los términos expresados en los artículos 292 al 297, 327, 328 y 400 en adelante del Código Orgánico Procesal Penal, 566 en adelante y 572 de la LOPNNA, desprendiéndose de su lectura, que si bien se trata de un importante instrumento procesal, el mismo enfrenta limitaciones, que hacen nugatoria la intervención efectiva de la víctima en el proceso.

En ese sentido Guía, citada por Richani (1999, p. 255), expresa lo siguiente:

El Nuevo Código Orgánico Procesal Penal precisamente incorpora un catálogo de derechos, facultades y vías de participación, que permite que la víctima deje de ser un sujeto absolutamente marginal y extraño al proceso penal.

Es la víctima quien ha sufrido las consecuencias de la lesión al bien jurídico de cuyo derecho tiene titularidad. Si esto es así...¿cómo seguir manteniendo un sistema en el cual la víctima tiene una irrelevante participación?.

Informa lo expresado por el autor, la preocupante y perturbadora situación a la que se ha visto sometida la víctima, quien dentro del elenco de derechos y facultades reconocidos, tiene atribuida la querrela como mecanismo para accionar en procura de la jurisdicción, y con ello el goce y ejercicio pleno y efectivo de sus derechos e intereses.

Ahora, reconocidos y establecidos los derechos y los medios para el accionar del ofendido por el hecho punible, desde el punto de vista legislativo, se hace menester un comportamiento estatal dirigido a garantizar a través de sus órganos competentes, la materialización de los mismos, a fin de hacer efectivo el rol protagónico de la víctima.

- **El Rol Protagónico de la Víctima.**

Richani (op.cit, p. 253), expresa lo siguiente:

La víctima del delito o sujeto pasivo de la relación jurídico-penal, viene a ocupar en la actualidad, un sitio de importancia en el proceso criminal venezolano, es decir, que por primera vez, va a ser tomado en cuenta en el procedimiento penal, ya que uno de los objetivos básicos del juicio penal, consiste en la protección, asistencia y reparación del daño causado al sujeto procesal en referencia.

Resulta coincidente la opinión ofrecida por el citado autor, con la visión que sobre la víctima se desprende del contenido del texto constitucional y los textos adjetivos penales, antes referidos.

En realidad, la víctima aparece dotada de derechos, facultades y mecanismos, para peticionar y acceder a los órganos de administración de justicia en defensa de sus derechos e intereses, pero el comportamiento de los entes del Estado frente al agraviado, pareciera convertir las previsiones legales e incluso la consagración constitucional de los derechos de la misma, en un mero saludo a la bandera, por lo que parafraseando a Ibáñez Guzmán, los ordenamientos jurídicos están llenos de preceptos; pero de pocos derechos protegidos.

Así las cosas; la situación de la víctima ha dado lugar a variadas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales acerca de la participación de la misma en el proceso penal.

El mismo Richani (ibídem) señala:

Este paradigma emergente del procedimiento penal, nos coloca frente a la concepción moderna de la victimología, fundamentada en la necesidad de la asistencia integral de las víctimas del delito, y una compensación económica razonable, es decir, la indemnización pecuniaria de la víctima, especialmente materializándose así los enfoques propios de la criminología moderna.

En la exposición de motivos del Código Orgánico Procesal Penal (ibídem) se expresa lo siguiente:

Se establece la posibilidad de que pueda querellarse, a fin de garantizar el interés legítimo del agraviado por el hecho punible, toda vez que se suprime la institución de la acción popular para el enjuiciamiento de los delitos de acción pública y como novedad en nuestro sistema, se le confieren una serie de derechos a ejercer en el proceso (art.117), aún cuando no se constituya en querellante

En ese mismo orden se pronuncia Castillo Val ((op. cit, s/p.) al referirse a la reforma del proceso penal chileno, bajo la influencia de los tratados y acuerdos internacionales que han determinado la introducción de principios procesales de marcado sentido humanista, cuando señala:

Respecto del tema que nos convoca, a saber, el tratamiento de la víctima, creemos que existen buenas razones para pensar que este nuevo proceso penal, de alguna manera logra que la víctima reaparezca como actor relevante dentro del proceso. En este sentido y a primera vista, compartimos la opinión de Baytelman, para quien “el nuevo sistema confiere a la víctima una serie de facultades para la satisfacción de sus intereses y el ejercicio de sus derechos. En grandes rasgos, la víctima tiene derecho a ser informado por el Ministerio Público sobre la marcha de la investigación, puede intervenir en el proceso y participar en la persecución penal en calidad de querellante, tiene derecho a solicitar protección y puede controlar y oponerse a casi todas las decisiones del sistema en cuanto al modo de terminación del caso, tanto por vía administrativa ante la jerarquía del Ministerio Público, como ante el juez de garantía.

En términos similares se pronuncia el máximo tribunal de la República en sentencia de fecha 24/01/2005 en expediente N° BP012204-24, cuando señala:

De allí que en el sistema de justicia acusatorio se han enaltecido los derechos de la víctimas, al tiempo que se les ha colocado a la par de los derechos que asisten a los imputados o acusados, en el entendido de que todos los sujetos que intervienen el proceso, tienen las mismas oportunidades para ejercer su defensa, no se trata tan solo de respetar y garantizar los derechos y garantías de la persona a quien el Estado pretende reclamar responsabilidad penal, es también que las personas que aparezcan de conformidad con la ley perjudicados por la acción, hagan valer en juicio su mejor derecho. La función del Estado por órgano del Ministerio Público está dirigido a investigar y aclarar la verdad de los hechos para determinar su tipicidad y autoría; de allí que las partes tienen derechos reconocidos por la legislación patria en función de la garantía constitucional al debido proceso; con toda la potestad de ejecutar a plenitud los derechos que les asisten en las oportunidades previstas por la ley.

No obstante lo antes planteado, Ferrer (op. cit, 211), señala lo siguiente:

¿Cuándo la víctima es parte en el proceso? No hay acuerdo en la jurisprudencia sobre ese particular. Así tenemos que en sentencia del tribunal supremo de justicia 9-03-00, el magistrado Iván Rincón Urdaneta, señaló en su ponencia que “la víctima es parte sin necesidad de querellarse, y como tal, tiene cualidad para actuar y acceso a la investigación” Sin embargo, en sentencia de tribunal de juicio del 23-03-99, el juez Antonio Barrios señaló que “la víctima no es parte hasta tanto no presente querella” Por su parte Bello (1999) es de la opinión que para que la víctima se constituya en parte, debe querellarse y posteriormente constituirse en acusador, sólo así podrá ejercer a plenitud una serie de derechos dentro del proceso, es decir, que el legislador le ha sometido a una serie de cargas en el sentido procesal y socio-jurídico.

Más adelante la misma autora (ibídem) señala que:

Esta situación refleja claramente que la posición de la víctima dentro del proceso va a depender de una cuestión de chance, a quien se encuentre, la disponibilidad de apoyo que esa persona pueda ofrecerle y a que institución esté tal persona adscrita, ya que no se consideran sus derechos ni sus necesidades de manera universal en todas las instituciones y por todas las personas que conforman el Sistema de Administración de Justicia Penal. Esto es así, entre otras cosas, en virtud de que no hay consecuencias para el funcionario que falle en garantizarle a la víctima sus derechos.

La posición o rol de la víctima y sobre todo, en cuanto a lo relativo al ejercicio de sus derechos ha dado lugar a pronunciamientos jurisdiccionales, como el emanado de la Sala 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del área Metropolitana de Caracas, en sentencia dictada en fecha 26 de Junio de 2002 respecto al expediente 2002-1199, mediante la cual desaplicó el último aparte del artículo 119 del Código Orgánico Procesal Penal, con ponencia del Magistrado Dr. Jesús Ollarves, en los términos siguientes:

De esta disposición, se entiende que las víctimas están sujetas a la representación de una sola persona o personas, limitando de esta manera el derecho que tienen de escoger si adherirse o no a una acusación o querrela, el derecho de escoger libremente a la persona que desea que la represente, colocándola en una posición de minusvalía jurídica, donde depende de la integración y acuerdo de todas las víctimas de un hecho para poder actuar en un determinado juicio, lo que nos hace inferir que existen por imperio de este artículo dos clases de víctimas cuyo tratamiento es desigual, las que concertaron un acuerdo y tienen una sola representación y las que no pueden ser escuchadas porque no les conviene, o no les interesa la

concertación a la cual llegó la mayoría ó simplemente no pudieron concertar el acuerdo.

Se colige de esa normativa legal, que el legislador al momento de aprobar dicho artículo no se percató en la situación en que dejó a la víctima, por otra parte, este último aparte del artículo 119 del Código Orgánico Procesal Penal, pareciera colidir con la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela.

Por otra parte, debemos recordar que una de las principales transformaciones de nuestro sistema procesal penal se refiere a la estructura del proceso que adquiere un carácter “controversial” porque se incluyen las partes involucradas. No es sólo el Estado contra la persona que cometió el delito. Ahora es: la víctima, el agresor y el Estado que media y, en definitiva, juzga. Por lo tanto, la víctima aparece como un actor principal del proceso. No sólo se aumentan sus derechos, sino que se reconoce su voz.

La Reforma busca precisamente hacer un juicio más justo para la víctima y para el ofensor. En el nuevo sistema se incorpora a la víctima y al agresor, como partes del conflicto. Sobre todo, la víctima se hace más visible. En el sistema penal anterior a la Reforma, solía decirse que la persona que sufría una agresión era víctima al menos dos veces. Era víctima al ser objeto del delito, “victimización primaria”. Pero además volvía a ser víctima debido a todo el proceso que debía enfrentar para llegar a obtener justicia. A eso se llamaba “victimización secundaria”.

Todas las esperas en los tribunales, la exposición y, a veces, humillación que debían sufrir los afectados alimentaban una sensación de desconfianza y desprotección respecto de la justicia. Entonces, debido a una mala experiencia anterior, la víctima prefería no acudir a la justicia porque no creía que podría obtener una respuesta satisfactoria.

El nuevo sistema garantiza, al menos, condiciones para que la aplicación de justicia sea más ágil, rápida y transparente. La Reforma Procesal Penal busca restablecer una serie de

derechos específicos de la víctima. Sin ir más lejos, uno de los objetivos del Ministerio Público es velar por esos derechos, se establece una concepción más amplia de quiénes son víctimas. Se entiende que son todos los que son ofendidos directamente por el delito.

En segundo lugar, en la medida en que se consideran salidas no penales y existe la posibilidad de arreglos previos, la víctima es parte principal en la resolución del conflicto. Allí, la víctima puede hacer valer sus intereses. El Estado garantiza que esa resolución no sea expresión de la desigualdad entre víctima y defensor.

Continúa la citada sentencia señalando lo siguiente:

Por otra parte, la víctima tiene derecho a ser oída y a tener un trato adecuado. Ella puede hacer valer su voz si considera que se le está perjudicando. De hecho, en ciertos casos para que el fiscal tome alguna medida, debe contar con el asentimiento de la víctima. Ella tiene derecho a recurrir contra resoluciones que sienta que la desfavorecen. Así también, la víctima tiene derecho a solicitar medidas concretas de protección. Por último, tiene derecho a la reparación de los perjuicios causados por el delito.

El hecho de que exista una pluralidad de víctimas supone que todas deben tener los mismos derechos y a la luz de la ley deben ser iguales y en el foro jurisdiccional se deben considerar sus actuaciones sin discriminación de ninguna naturaleza; el hecho de que el último aparte del artículo 119 del Código Orgánico Procesal Penal estipule que estas deberán actuar por medio de una sola representación trae como resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona, que en este caso tiene la cualidad de víctimas.

La interpretación de tal disposición, permite deducir lo cuestionable que puede ser sobre todo al plantearnos los siguientes supuestos fácticos:

1. ¿Qué sucedería si el Abogado es enemigo de las víctimas?
2. ¿Los derechos y las pretensiones de una víctima tienen que ser iguales a los de las otras?
3. La víctima puede considerar que los servicios del abogado son inadecuados, o éste como profesional es negligente.
4. Los servicios del abogado son muy onerosos.
5. A una víctima simplemente no le gusta y desconfía del abogado.

Evidentemente, tal disposición contenida en el último aparte del artículo 119 del Código Orgánico Procesal Penal, constituye un absurdo ,ya que, entonces tendríamos dos clases de víctimas una categoría que se caracterizaría por imponerle la representación jurídica o letrada a otra, y la segunda categoría tendría como característica la imposición de los criterios de la mayoría, esto es, deberían adherirse a la solicitud de los otros, esta situación supone una discriminación y en nuestro ordenamiento constitucional tiene como contrapeso la obligación del Estado de activar a través del Poder Judicial las garantías constitucionales que imponen las condiciones jurídicas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; y en éste caso la obligación del Estado y específicamente del Poder judicial está orientada a adoptar las medidas positivas a favor de las personas o grupos que puedan ser discriminados o vulnerables que en éste caso serían las víctimas que no tendrían acceso al foro jurisdiccional por no tener la misma representación y en consecuencia dársele un trato desigual en cuanto a lo que se denomina la tutela judicial efectiva de las víctimas, consagrada en el artículo 23 del Código Orgánico Procesal Penal.

En el mismo orden de ideas continúa expresando la sentencia citada:

La Ley de abogados en su artículo 4 es clara al disponer que “toda persona”, esta disposición tampoco condiciona que las víctimas para utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses deban estar sometidas a la condición de tener de una sola representación en el caso de que fueren.

Artículo 4. Toda persona puede utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses. Sin embargo, quien sin ser abogado deba estar en juicio como actor, como demandado o cuando se trate de quien ejerza la representación por disposición de la Ley o en virtud de contrato, deberá nombrar abogado, para que lo represente o asista en todo el proceso.

En una sana interpretación y aplicación del derecho en cuanto a la designación de los representantes legales, el cliente elige libremente a su Abogado y, todo Abogado tiene el deber de facilitar el ejercicio de este derecho. Y la relación del Abogado con el cliente tiene que fundarse en una recíproca confianza.

Esta Corte de Apelaciones es consciente y tiene presente que si se impone un abogado desconocido para la víctima, la defensa no es nada. La relación profesional abogado-víctimas es personalísima y no puede ser sustituida, asimilada o confundida con situaciones ajenas y extrañas a los conceptos de asistencia letrada y de defensa.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela nos enseña que nuestro Estado está inspirado bajo un cimiento pluralista, respetuoso de la autonomía y libertad de las personas, y en ese sentido debe ser neutral a esas opciones en buscar y designar abogados de su confianza, por lo cual toda discriminación contra las víctimas es ilegítima y desconoce su derecho a la al libre desarrollo de la personalidad....(Omissis)

El libre desarrollo de la personalidad no es otra cosa que la autonomía personal: la independencia radical de todo ser humano para obrar sin ser interferido al elegir su propio plan de vida y al adherirse a sus ideales de existencia. **(Cfr: Derechos Fundamentales, Mario Madrid-Malo Garizábal, 2da. ed. Santafe de Bogotá 3R. Editores, 1997. Pág. 122).**

Finaliza la sentencia subexamine, con la siguiente conclusión:

Así las cosas, y como consecuencia de que en efecto, el último aparte del artículo 119 del Código Orgánico Procesal Penal ordena que las víctimas en el caso de ser varias deben estar sujetas a una sola representación, y por cuanto tal circunstancia limita el derecho a toda persona afectada o considerada víctimas de escoger si se adhiere o no a una acusación o querrela; de igual forma tal disposición niega la posibilidad de que las víctimas puedan escoger libremente a la persona que desea que la represente, colocándolas en una posición de minusvalía jurídica y dado que esta circunstancia trae como resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona, que en este caso tiene la cualidad de víctimas, dado que la diferencia de tratamiento que prevé la norma cuya aplicación se reputa inconstitucional por contrariedad a derecho, y comprende -sin lugar a dudas- tanto la inconstitucionalidad como la ilegalidad, esta Sala dos de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del área metropolitana de Caracas conforme a lo previsto en el primer aparte del artículo 334, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal **DESAPLICA** en el presente caso, el último aparte del artículo 119 del Código Orgánico Procesal Penal **por considerar necesario aplicar con preferencia la vigencia de las normas constitucionales relacionadas con:** la igualdad ante la ley, el reconocimiento del libre desenvolvimiento de la personalidad, derecho a la tutela judicial efectiva, la cláusula

abierta de los derechos humanos, la jerarquía de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y la protección efectiva de la víctimas todo de conformidad con lo establecido en los artículos 20,21,22,23,26,30 y el primer aparte del artículo 334 de nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con los artículos 19 y 23 del Código Orgánico Procesal Penal.-

Es esa la visión que se percibe desde la perspectiva del presente trabajo, puesto que la víctima a la cual se le reconocen derechos, aparece en ocasiones y la más de las veces, en minusvalía procesal. En realidad no resulta justo, tal como se desprende de la sentencia obligar a quien tiene interés en las resultas del proceso, imponerle, como si se tratase de incapaces o personas sometidos a la tutela “intervencionista” del Estado, una sola representación, dados los efectos que para el normal desempeño del afectado por el hecho durante el proceso.

Lo antes citado sirve para recordar; que si bien la querrela pudiese ser el medio idóneo, no sólo para impulsar o coadyuvar en la investigación penal, o para acusar tanto en delitos de acción pública como de acción privada, prevalece el criterio que en materia de delitos de acción pública la titularidad de la acción corresponde al Ministerio Público y por lo tanto, no puede la víctima actuar de manera independiente del representante de la oficialidad estatal, ya que sería colocar al imputado, querrellado o acusado en desventaja ante los embates de dos persecuciones simultaneas.

En esos términos se expresa Ferrer (ibídem), cuando expresa:

La realidad nos indica que el Ministerio Público, al ser titular de la acción penal (COPP art. 11) (sic), deja muy poco espacio incluso en aquellos casos en los cuales, por excepción, la acción puede ser ejercida por la víctima, en muchas ocasiones, es el fiscal quien en definitiva marca el desarrollo o no del proceso.

Pese a admitirse que a diferencia de comportamientos legislativos del pasado a la víctima se le reconocen derechos, no deja de ser cierto que las situaciones observadas desde las líneas del propio texto adjetivo penal, y desde la visión de los propios órganos de administración de justicia, dan lugar a dudas acerca del rol protagónico que se le atribuye hoy día al agraviado por el hecho punible.

En realidad, el término rol significa: Papel o actuación a desempeñar en un determinado momento o escenario. En este caso, se referiría al papel o la actuación a ser desarrollada por la víctima en el proceso.

El protagonismo, representa la asunción de una actuación o rol destacados, por lo tanto caracterizados por su autonomía e independencia, para ser sobresaliente.

Ejercer rol protagónico, significa asumir una posición destacada en la actividad que se atribuya o corresponda desempeñar a cada persona o institución, en un determinado escenario, de modo que sus actos se caractericen por la independencia y autonomía, conducentes a la asunción de las consecuencias de los mismos.

En el caso de la víctima, la misma ejercería un rol protagónico, de asumir un papel o actuación verdaderamente destacada, independiente, autónoma, que no dé lugar a dudas acerca de sus alcances y resultados.

En este sentido, los criterios doctrinarios acerca del rol de la víctima en el proceso, conducen a observar que no se está lo suficientemente claro, en cuanto a su protagonismo.

En realidad, ninguno niega, el desarrollo alcanzado por la normativa consagradoria de los derechos de la víctima, sobre todo la de corte internacional, de gran influencia en el desarrollo en la legislación interna de muchos países entre ellos Venezuela, no obstante aún el agraviado por el hecho punible; no ha logrado desempeñar un verdadero rol protagónico, sobre todo, cuando el instrumento mediante el cual podría accionar para acceder a los órganos de administración de justicia, no alcanza la condición de verdadero mecanismo de tutela de sus derechos.

De asumir la víctima un rol protagónico en el proceso penal y en específico en el venezolano, se observaría un verdadero respeto a los derechos que le son inherentes por su condición de ser persona, por lo tanto los órganos de investigación y administración de justicia, obrarían en aras de respetar su dignidad, su derecho a la tutela judicial efectiva y por lo tanto, se le trataría en igualdad de condiciones que el victimario.

En ese sentido, de ser la querrela el mecanismo idóneo a emplear para convertirse en parte en el proceso, la misma debe ser un verdadero instrumento que garantice su efectiva participación en el mismo, sin obstáculos, que terminen por cercenar su derecho a obtener una respuesta oportuna, efectiva y eficaz de los órganos de administración de justicia.

## CAPÍTULO IV

### LA QUERELLA EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO

- **Definición**

La historia de la titularidad de la acción, ha ejercido influencia sobre los diferentes conceptos y definiciones manejados sobre la institución de la querella, razón por la cual, en oportunidades se le ha considerado figura jurídica de amplio espectro, cuyo ejercicio se ha atribuido a muchas personas y en otras, tal posibilidad se ha reducido a determinados sujetos.

Después de un absoluto dominio del derecho a castigar el delito por parte de la víctima, la atribución de punir correspondió al monarca y luego al Estado, atribuyéndose luego la titularidad de la acción penal al Ministerio Público, considerado un órgano independiente del Poder Judicial, capaz de actuar con total apego a la norma, sin influencias del juzgador.

Con posterioridad, llegó a conferirse a los particulares o personas ofendidas por el hecho, su cónyuge y herederos el derecho perseguir delitos cuando el bien jurídico a proteger tuviera connotación privada.

Hoy en día, si bien no es unánime la posición sobre el rol de la víctima en el proceso penal, al menos en la legislación venezolana, se observa que se legitima a la víctima para querellarse tanto en el caso de delitos perseguibles de oficio, como en el caso de aquellos, en cuya persecución sólo tiene interés el ofendido.

Los cambios experimentados por el proceso penal de los tiempos actuales, han determinado la nueva visión manejada hoy en día sobre la figura bajo análisis.

La Real Academia Española, citada por Reynoso (2001, p.18), señala sobre la querrela: “Es la acusación ante el juez o tribunal competente, con que se ejecuta en forma solemne y como parte en el proceso la acción penal contra los responsables de un delito”

De acuerdo con la definición anterior la querrela se identificaría con la acusación misma, cuyo ejercicio estaría atribuido, incluido al Ministerio Público.

Acerca de la querrela sostiene Clarà (1998, p.30) que:

La querrela es la instancia introductiva del querellante, producida ante el órgano jurisdiccional de acuerdo con las formalidades legales, por la que formula una imputación tendiente (sic) a iniciar

un proceso penal. Es un acto imputativo que puede comenzar ya la acusación o estar dirigido a provocar la obtención de elementos que sirvan para fundamentarla.

De la definición antes transcrita, se aprecia el carácter de instancia introductiva atribuido a la querrela, gracias a la cual la víctima se hace parte en el proceso penal, con el carácter de querellante, formulando la acusación en forma directa o buscando obtener a través de la investigación, elementos que sirvan para fundamentarla.

De esa manera, se hace coincidente el criterio sustentado por el citado autor con la descripción contenida en el texto adjetivo penal venezolano sobre la citada figura jurídica, es decir, se le puede emplear con el fin de obtener elementos para fundamentar una acusación y como escrito acusatorio, se haya querrellado la víctima, con anterioridad o no.

Reynoso (op. cit, p.17), señala que:

Hay quienes la definen como una solicitud que se hace ante el Tribunal para que éste conozca de un determinado objeto procesal penal; según otros es el escrito por el cual se ejercita una acción de carácter penal contra persona determinada, hay también quienes la describen como el primer escrito que pone al delito en conocimiento del Juez.

De conformidad con las acotaciones del autor, la querella fungiría de denuncia, de imputación o acto imputativo contra una determinada persona y como acusación.

Guzmán (s/f.s/n) sostiene que:

La querella es el acto por el cual se pone en conocimiento de un órgano jurisdiccional la perpetración de unos hechos que revisten la característica de delito y en el que se manifiesta la voluntad del querellante de ser parte del proceso, en caso de que se incoe o que se hubiere incoado.

De la definición ofrecida por el autor citado, se desprende que la intención del querellante ha de ser, poner en conocimiento del órgano jurisdiccional, la presunta comisión de un hecho punible, a los fines de impulsar su investigación y coadyuvar en la obtención de la verdad, con miras a convertirse en parte, en un proceso que pudo haberse incoado o ha de incoarse.

Cuando se habla de un proceso incoado o por incoarse, debe entenderse en dos sentidos: a) En el caso de delitos de acción pública, la investigación puede iniciarse producto de la introducción del escrito de querella o introducirse éste, luego de haberse iniciado la investigación, por parte del Ministerio Público; y, b) En el caso de los delitos de Acción Privada, el proceso sólo podrá iniciarse a instancia de la víctima.

Para Vásquez (1999, p140), “La querella es el acto de poner en conocimiento del tribunal la presunta comisión de un delito y señalar directamente a la persona a quien se atribuye su comisión. Con la proposición de este acto formal se adquiere la condición de parte”

La autora hace referencia a la querella, como un acto mediante el cual se hará del conocimiento de órgano jurisdiccional, la comisión de un hecho punible, y aunque no indica el tipo de delito, debe entenderse que dicha figura podrá ser empleada, tanto en delitos de acción pública como en delitos de acción privada.

Cuando se trata de delitos dependientes de instancia de parte, el escrito acusatorio presentado por la víctima, recibe la denominación de acusación privada.

Por otro lado Sáez, citado por Gimeno Sendra (1977, p.50), define a la querella en el caso de delitos de acción privada, como: “...el medio de ejercitar la acción privada, la acción personal que nace de los delitos que sólo a instancia de parte se persiguen; es, en una palabra, la denuncia del daño personal, como muy gráficamente se ha definido la querella”

Del contenido de las antes ofrecidas definiciones, se evidencia que la figura de la querella puede ser empleada por la víctima, tanto en delitos de acción

pública, como en los delitos de acción privada, asunto a ser analizado posteriormente.

De la revisión de la normativa reguladora de la figura en estudio se evidencia, que en el caso de los delitos de acción pública, la víctima puede querellarse o no en la fase preparatoria, pero en caso de no hacerlo, nada impide la presentación de un escrito acusatorio, denominado acusación particular propia.

Lo antes señalado se desprende del contenido del artículo 327 del Código Orgánico Procesal Penal: “ La víctima podrá dentro del plazo de cinco días, contados desde la notificación de la convocatoria, adherir a la acusación del fiscal o presentar una acusación particular propia...”, texto concordante con el artículo 328 del mismo código, cuando expresa: “Hasta cinco días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar...la víctima, siempre que se haya querellado o presentado acusación particular propia...”

Las antes citadas facultades se corresponden con los derechos de la víctima, conforme a lo previsto en los numerales 1: “Presentar querrela...” y 4: “Adherirse a la acusación fiscal o formular una acusación particular propia contra el imputado...” del artículo 120 del antes citado texto adjetivo.

Las antes citadas facultades, con algunas modificaciones se desprenden del artículo 662 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en cuyo literal d) prevé que la víctima podrá adherirse a la acusación fiscal.

El autor Guzmán (ibídem), antes citado destaca una serie de elementos a ser tomados en consideración con la finalidad de construir una idea acerca de la figura jurídica objeto de análisis.

Esa serie de elementos son los que se explanan a continuación:

1.- Solo es competente para recibir la querella un órgano jurisdiccional, por lo tanto no se le puede intentar por ante la Fiscalía del Ministerio Público o por ante un Órgano de Policía de Investigaciones Penales.

La víctima no podrá interponer querella por ante un órgano distinto al jurisdiccional, por ello cualquier diligencia realizada en ese sentido, sin dar cumplimiento a las exigencias legales sobre dicha figura, no podrá calificarse como querella.

La naturaleza del delito determinará el tribunal competente para conocer y la oportunidad en la que deberá intentarse la querella, todo conforme lo

establecido en los Artículos 293; 300 y 401 del Código Orgánico Procesal Penal.

2.- El querellante no sólo coloca al Juez en conocimiento de la comisión de un hecho punible, va más allá, puesto que a través de la querella, manifiesta su voluntad de ser parte e inmiscuirse en el proceso para continuar participando activamente.

No se trata de una simple intervención, sino la manifiesta decisión de participar activamente con miras a convertirse en parte, requiriendo en principio la práctica de diligencias de investigación, a fin de establecer la verdad de los hechos, en fase preparatoria o a través de un escrito acusatorio, para continuar en el proceso.

3.- La querella es un derecho, nunca una obligación aunque el delito sea de los conocidos como enjuiciables de oficio.

En verdad, aun cuando en los delitos de acción pública la investigación se inicia de oficio, la víctima no está obligada a interponer querella, puesto que es un derecho y como tal se ejerce o no.

4. La querella no tiene por qué ser la primera información recibida sobre el hecho por parte del juez.

De la revisión de la normativa que regula la figura subexamine, y los planteamientos hechos por el autor, se determina que dicha figura no tiene que ser, necesariamente, la primera información recibida sobre el hecho por el Ministerio Público para iniciar la investigación, ésta pudo haberse iniciado por cualquier otra vía.

Lo señalado es lógico, por cuanto impedir a la víctima presentar el escrito de querrela, porque la investigación se haya iniciado en de una vía distinta sería, violentar el derecho a la tutela efectiva, que constitucionalmente se reconoce a todo ciudadano.

En efecto, si el inicio de la investigación hubiese sido impulsada por una vía distinta a la querrela, impedir que la víctima haga uso de ella, para coadyuvar en la investigación, no tendría sentido y constituiría una demostración más de lo mermado o la intención de mermar o desconocer los derechos correspondientes al ofendido por el hecho delictivo.

Ahora bien, a los fines de una aproximación a la definición de la querrela, además de tener en cuenta los aspectos antes señalados, resulta procedente hacer algunas consideraciones:

De las previsiones de los artículos 120, 292 al 297, 327, 328 y 400 del Código Orgánico Procesal Penal, así como del artículo 566 y 572 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNNA), se

aprecia, tal como se indicó antes, que la querrela puede interponerse tanto en el caso de delitos de acción pública, incluidos aquellos cuya averiguación se inicia a requerimiento de parte, o previa denuncia o información de la víctima como en el caso de los delitos dependientes de instancia de parte o de acción privada. En el caso de los delitos de acción pública la víctima será adhesiva o adherente.

De las consideraciones referidas, se desprende que el artículo 292 del Código Orgánico Procesal Penal establece: “Sólo la persona natural o jurídica, que tenga la calidad de víctima podrá presentar querrela”

De la citada norma se desprende que el ejercicio de la querrela está vedado para terceros, atribuyéndose su ejercicio sólo a quienes ostentan la condición de víctima, de conformidad con lo establecido en el artículo 119 del Código Orgánico Procesal.

En concordancia con la antes citada norma, el artículo 293 del texto adjetivo penal vigente, plantea: “La querrela se propondrá siempre por escrito, ante el juez de control”

La querrela no sólo tendrá que ser presentada por la víctima, sino que conforme al antes transcrito artículo, deberá hacerlo por escrito y por ante el juez de control. Esto, cuando se trate de delitos de acción pública, puesto que de tratarse de delitos de acción privada, la acusación se interpondrá por

ante el juez de juicio, tal como lo prevé el artículo 401 del texto adjetivo penal.

La figura en estudio, también puede ser interpuesta por la víctima en el caso de aquellos delitos perpetrados o en cuya perpetración estén incursas personas, que de conformidad con la legislación vigente no hayan alcanzado la mayoría, por ello resulta prudente también, considerar el trato proferido a la figura en estudio en el marco del procedimiento respectivo desarrollado en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, como parte del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente.

En este tipo de procedimiento, al cual se le atribuye en el artículo 528 de la misma ley, carácter especial en virtud de los órganos jurisdiccionales y el sistema sancionatorio, la querrela se interpondría por ante el juez de control, en el caso de los delitos dependientes de instancia de parte o de acción privada, de conformidad con el artículo 556 de la citada ley, no previéndose su ejercicio en forma independiente para el caso de los delitos de acción pública, razón por la cual la víctima sería un querellante adherente o adhesivo, conforme al artículo 572 de la Ley.

Atendiendo a lo antes expresado, la querrela es una instancia a través de la cual la víctima podrá intervenir en el proceso penal ordinario o en el aplicable a los adolescentes incursos en hechos punibles. En el primero de los procedimientos, cuando se trate de los delitos de acción pública podrá hacerlo, bien sea presentando escrito durante la fase preparatoria para requerir del Ministerio Público, previa admisión del Juez de Control, la

práctica de diligencias de investigación; o bien adhiriéndose o interponiendo acusación particular propia, luego de formulada la acusación fiscal, aún cuando no se haya querellado previamente.

Tal como se indicó previamente, en el marco de este procedimiento, cuando se trata de delitos de acción privada, la víctima podrá interponer la acusación directamente por ante el juez de juicio.

En el procedimiento aplicable a los adolescentes incurso en hechos punibles, la querrela es una instancia a ser empleada por la víctima sólo a los efectos de los delitos de acción privada y por ante el juez de control, de conformidad con lo contemplado en el artículo 556 de la ley, dado el carácter de querellante adherente, conferido al ofendido respecto de los delitos de acción pública, según se desprende del artículo 572 eiusdem, razón por la cual, no podrá presentar escrito de querrela en fase preparatoria o de investigación.

La admisión de la querrela o la acusación, así como el carácter de querellante adherente, confiere al ofendido la condición de parte.

- **Antecedentes Históricos de la Querrela.**

Reseñar el devenir histórico de la querrela, pasa necesariamente por analizar el proceso histórico de la acción, que en todo caso recoge el tratamiento que

se le ha dado a la víctima y la visión que se ha tenido sobre ella, en el proceso penal.

De la revisión bibliográfica disponible se ha logrado establecer tres grandes períodos relacionados con el rol conferido a la víctima a lo largo de la historia del proceso penal, a saber: a) Período de protagonismo y por lo tanto dueña de la acción; b) Período de execración del proceso, ante la consideración que los delitos se cometían contra la sociedad y, c) Período de recuperación de su rol protagónico, a decir de varios autores, aunque en criterio de quien suscribe el presente trabajo, el rol atribuido a la víctima, si bien algo avanzado respecto de la segunda etapa, predomina aún lo formal por encima de lo real.

Ahora bien, a los efectos de revisar el devenir histórico de la víctima, sus derechos, el rol en el proceso penal y en definitiva la historia de la querrela, se hace menester considerar, aunque sea con brevedad, las etapas atravesadas por la humanidad, que han ejercido influencia en instrumentos de carácter jurídico, no en balde, las instituciones del derecho han estado marcadamente influenciadas por las tendencias políticas imperantes, por quienes ejercen el poder y por la visión que sobre los derechos ciudadanos se tienen o han tenido en un momento determinado de la historia.

En ese orden de ideas Eimeric (s/f, s/p) sostiene, que:

El estudio histórico del derecho procesal penal nos muestra cómo, a través del transcurso del tiempo y en distintas organizaciones

sociales, se ha desarrollado la constante tensión entre dos modelos opuestos de enjuiciamiento penal, y cómo el estado de esta tensión ha dependido de la organización social a la que responde el procedimiento, de la distribución social del poder político y, fundamentalmente, de la situación del individuo frente a este poder.

Sostiene Claria (op. cit, p. 10), lo siguiente:

En los comienzos de la práctica del procedimiento penal, estaban confundidos los intereses afectados por las consecuencias penales y civiles del hecho incriminado, y la existencia práctica de éstas quedaba relegada a la voluntad del ofendido. De aquí que sólo pudiera ser acusador quien se titulara lesionado por el hecho a juzgarse, sin que la autoridad pudiera suplir su inercia.

En los primeros tiempos de la humanidad, ante la carencia de normas y estructuras formales reguladoras de la conducta, el hombre que ya empezaba a tener noción del pecado y de los delitos, echó mano de prohibiciones, sustentadas en criterios, creencias y posiciones religiosas, llegando a considerar que la violación de las mismas, debía acarrear consecuencias tanto para el ofensor, como para su familia.

En esa primera etapa, el castigo de las conductas pecaminosas o lesivas, conforme a criterios religiosos imperantes, estaba en manos de quienes se erigían en representantes de la divinidad y por ende víctimas del hecho.

Desde esa perspectiva, el ofensor o quien quebrantase las prohibiciones, y sus parientes, quedarían a merced de la víctima o de quien se sintiese afectado, porque cualquiera estaba en el deber de vengar a la divinidad, hecho que sin duda trajo consigo la comisión de excesos y con ello, la desproporción entre el mal causado y la respuesta del vengador.

Ante los excesos cometidos, surgen las primeras reglas representadas por el Código de Hammurabi, la Ley de las XII Tablas y la Ley Mosaica, a través de las cuales se impone la Ley del Talión, precursora de la proporcionalidad entre el daño ocasionado y el castigo que debía aplicarse.

Durante este período, aparece la figura de la composición, a través de la cual se reemplazaba la pena por el pago de una suma de dinero, lo que daba lugar a la renuncia de la víctima, en cuanto a su derecho a la venganza.

Consistía el comportamiento inicial de la víctima, en lo que la doctrina ha denominado proceso penal privado, que a decir de Claria (ibídem):

... aún tiene manifestaciones residuales en los procesos por delitos perseguibles por acción de ejercicio privado...Por regla general sólo el ofendido puede querellarse en estos casos, con total exclusión del Ministerio Fiscal...Es también el origen del querellante particular en cuanto a acusador conjunto o subsidiario del Ministerio Fiscal. Este sistema subsiste aún en nuestros días no obstante las duras

críticas que se le han hecho en algunos aspectos infundados.

En Roma, a partir de la Ley de las XII Tablas los hechos punibles se distinguen en delitos de acción pública conocidos como “crímenes”, cuya persecución estaba en manos del Estado y delitos de acción privada, que eran considerados, delitos en sentido estricto, los cuales eran perseguidos por particulares.

El procedimiento penal romano llegó a ser considerado insuperable, sobre todo en lo relativo al sistema de pruebas; no obstante su desarrollo se manifiesta en la adopción de una serie de instituciones griegas, transformadas más tarde, y en la creación de otras tantas, a través de las cuales se diseñó un moderno Derecho de Procedimientos.

En la etapa correspondiente a las “legis acciones” la actividad procesal era de carácter privado, el Estado fungía como árbitro y decidía con base en lo expuesto por los involucrados.

Vescovi (1984, p. 26) señala: “Como todos los sistemas primitivos de juzgar, el proceso nace de un procedimiento arbitral privado”

El mismo autor (op. cit, p. 30), señala lo siguiente:

En el procedimiento penal se comienza con la acusación privada - como en Grecia-, salvo el caso de las delaciones. La acusación (acussatio) es un derecho y un honor del ciudadano y también implica una responsabilidad. Sin ella no hay proceso penal, que como hemos dicho, asimismo tiene, originariamente un carácter privado....es similar a la querrela de nuestros tiempos, cada vez más limitada...

En el sistema penal aplicado en Grecia y Roma, los delitos llegaron a ser clasificados o distinguidos entre públicos y privados, de modo que éstos últimos eran perseguidos por el ofendido, pero en cuanto a los primeros prevaleció la idea de cuerpo social, por lo tanto correspondió al Estado ejercer la acusación (acussatio).

Con posterioridad, el Estado execra a la víctima del proceso, y en el caso de los delitos de acción privada, asume su persecución, aplicándoles penas de carácter público, entre las que destaca: la *capitis diminutio máxima*.

La monarquía utiliza más tarde el procedimiento inquisitivo, caracterizado por la crueldad, y el empleo del tormento como método para obtener la confesión.

La publicidad del delito se convierte en la regla, durante la República, y muy pocos hechos punibles se ubican en la esfera de los delitos perseguidos por los particulares, siendo éstos, los conocidos como leves.

En el marco del proceso penal público se distinguen dos etapas a saber: a) La Cognitio, atribuida a los órganos estatales, etapa en la cual el Estado todopoderoso conducía la investigación y el procesado o perseguido por el hecho, carecía de importancia y por lo tanto de poca injerencia permitiéndosele participar, una vez se hubiere pronunciado la decisión, b) La Accusatio, a cargo de un particular, convertido en acusador, correspondiendo a los comicios, las cuestiones y a un magistrado, pronunciarse sobre el derecho.

En la época imperial caracterizada por la severidad de las penas, los jueces actuaban por delegación del emperador, dado que los crímenes se entendieron cometidos en contra de este último, por lo que se amplía el espectro de los delitos de carácter público y muy pocos hechos de carácter privado, son tutelados por el poder emanado del imperio.

Dada la consideración del carácter público de los delitos, por considerarse cometidos contra el emperador, el sistema acusatorio no encuentra campo fértil y la acusación privada deja de tener sentido, atribuyéndose entonces la actividad procesal a los magistrados, en el marco de un proceso extraordinario.

Como puede observarse, la víctima y su derecho a perseguir el delito, sufren transformaciones, atendiendo a la concepción que se tiene de los hechos punibles y de quien o quienes son los afectados ante su comisión, las penas y de quien o quienes estaban facultados para punir.

El Imperio Romano entra en decadencia y con este acontecimiento adviene la edad media, y desaparece la unidad jurídica de Europa. En la medida que avanza esta edad histórica, las huestes bárbaras, traen consigo costumbres y reglas jurídicas que van a dejar profunda huella en el derecho penal de la época, al mismo tiempo que conjuntamente con la influencia del Derecho Romano, da lugar a la construcción de una normativa uniforme, que se fortalece en la medida en que los señores feudales incrementan su poder.

A la par que el feudalismo avanza, el derecho canónico, hasta ahora solo un conjunto de normas de orden disciplinario, llegando a convertirse en un complejo sistema de derecho positivo que adquiere una gran fortaleza, gracias al avance del catolicismo en toda Europa.

El antes citado derecho que alcanza un gran desarrollo, en cuanto a las personas y la materia, va a desembocar en el procedimiento inquisitorial, que como bien se conoce, se orientaba por la investigación a espaldas del investigado, aplicándose en aquella época, procedimientos y penas lesivas a la dignidad humana, sobre todo cuando se confundía delito con pecado.

La característica de esta etapa histórica de la acción penal, está representada fundamentalmente, por una regresión del proceso, en el marco del cual se impone el fanatismo religioso cristiano, que introdujo absurdas y crueles prácticas judiciales, imponiéndose el sistema inquisitivo, como mecanismo de persecución del delito y establecimiento de la verdad.

La Iglesia había creado un cuerpo normativo penal y un proceso de ese corte, que asume principios y elementos del Derecho Romano, para desarrollar luego, instituciones con características propias. Es así, como se instituyeron los comisarios, encargados de investigar e informar al Tribunal del Santo Oficio, sobre la conducta del perseguido o investigado.

La Inquisición se convirtió en instrumento para la imposición de crueldades, justificadas en reglas impuestas por la iglesia, a la que servirían luego laicos como investigadores y perseguidores de los llamados herejes y blasfemos, quienes serían castigados por los inquisidores.

En este sentido señala Claria (op.cit, p.12) sostiene:

El Sistema inquisitivo de la edad media instituye el procedimiento exofficio, desplazando el sistema acusatorio en forma casi total, lo que en cierta medida es captada por nuestra legislación antigua y algunos códigos modernos. Durante el régimen se fortifica el Ministerio Fiscal, instituyéndose en la poderosa mano de la monarquía.

El surgimiento del Estado Moderno, gracias a la pérdida de poder de los reyes y la concentración del mismo en manos de los señores feudales, trae consigo el renacimiento del derecho romano, estudiado en universidades, conjuntamente con el derecho canónico, el derecho germano y sus instituciones.

Señala Vescovi (op. cit, p.34), que:

En general se puede afirmar que continúan las líneas del proceso común, esto es que continúa el proceso oficial, escrito, lento y complejo...se retorna al sistema romano que impone al actor la carga de probar sus afirmaciones y al reo, las efectuadas al oponer excepciones”

Influyen, determinadamente en el renacimiento del Derecho Romano, los glosadores quienes incluían sus comentarios o glosas en los textos originales y se valían del Corpus Juris de Justiniano, como instrumento para impulsar su avance y los postglosadores, quienes amplían el campo de estudio de dicho derecho, con la inclusión de las costumbres.

Las Siete Partidas de Alfonso el Sabio, especie de Código aparecido entre los años 1256-1265 ejercieron una enorme influencia en la legislación general, consagrando en la III Partida la cual desarrolla las normas penales, el carácter público de la actividad persecutoria del delito y la finalidad expiatoria de las penas, con miras a la intimidación del autor del hecho.

No se atribuye, durante estos tiempos, facultades o responsabilidades a las víctimas con el objeto de intervenir o contribuir en la persecución del delito, dado el secuestro que hacen los entes públicos de dicha actividad.

Durante este período, de gran desarrollo e influencia del Derecho Romano, alcanza gran importancia la condición subjetiva, a los efectos de la imputación, razón la cual se confiere un trato distinto a los hechos cometidos por los inimputables, a quienes no se les podía acusar, sin perjuicio de las responsabilidades atribuidas a sus parientes, de aquellos cometidos por personas imputables.

Destacan como logros de esta época, la distinción que se hace entre delitos dolosos y culposos, sobresaliendo entre ellos, el homicidio. También, se introducen causales de justificación y aparecen, ciertas formas de instigación; tentativa y complicidad.

El desarrollo del Derecho Penal, dependerá durante mucho tiempo y aún depende de quienes ejercen el poder, situación determinante de la introducción de prácticas aberrantes, como ocurre con la *Constitutio Criminalis* y la Carolina.

La primera es una ordenanza de justicia penal sancionada en 1532 por Carlos V convertida en instrumento denegador de derechos de los perseguidos e incluso de la víctima, al pretenderse desde las instancias del poder, establecer la verdad e imponer las penas. La citada ordenanza, admitía, a través de una larga enumeración de reglamentaciones, la analogía y la pena de muerte.

La Carolina, determinante para la persecución del delito y del enemigo, gracias a la tipificación de conductas como: la blasfemia, la hechicería, la sodomía, la seducción, el incesto y otras conductas calificadas como graves, permitió la aplicación de penas crueles como el fuego, la espada, el descuartizamiento, la horca, la muerte por asfixia, el enterramiento del cuerpo vivo, el hierro candente y la flagelación, procedimientos y penas impuestos por quienes detentaban el poder.

Las antes citadas normas destacan por el trato aberrante al perseguido, por la crueldad de los métodos aplicados para obtener la verdad, por la execración de la víctima de todo accionar particular; la desaparición de los métodos compositivos y privados y la objetividad del derecho germánico con la admisión de la tentativa.

Con el advenimiento de las ideas libertarias imperantes en la época y sustentadas en la tesis del Contrato Social, se inicia un período de profundas transformaciones.

Ciertamente, los aires de cambio surgen de la mano de los conceptos e ideas de Cesare de Beccaria, seguidor de Rousseau, y en la misma línea de Montesquieu; Marat y Voltaire, quien plantea determinantes lineamientos de política criminal, cuando en 1764, hacen críticas a la legislación imperante en la época a través de su texto “De los Delitos y las Penas” importante obra del iluminismo, gracias a la cual, se introducen principios como los de Legalidad; Igualdad y Proporcionalidad, resumidos en términos de humanización general de las penas.

Las ideas libertarias traen consigo reformas del proceso penal, producto de exigencias de tutela de los derechos humanos, por ello, desde esa perspectiva se echa por tierra cualquier vestigio de absolutismo; en aras de establecer un sistema en el cual imperara como principio la preeminencia de los derechos ciudadanos.

Con el advenimiento del Derecho Penal Liberal, como se le conoce al surgido a raíz del triunfo de la Revolución Francesa, surge la Escuela Clásica o Liberal, cuyo primer representante es Francisco Carmiggiani, quien a través de su obra "Elementos de Derecho Criminal" impulsa un sistema de derecho penal derivado de la razón, siendo uno de los primeros en trazar un sistema científico del derecho penal en lengua no germana.

Luego de Carmiggiani, el Maestro de Pissa como es conocido Francesco Carrara, impulsa la depuración técnica del Derecho Penal, a través de su "Programma del Corso di Diritto Criminale" en 1859, y a su muerte se empieza a visualizar el proceso de demolición del derecho penal liberal.

Con posterioridad al Derecho Penal Liberal, gracias al desarrollo de la ciencia, surge el positivismo, tendencia que auspicia la lucha integral como método para enfrentar la criminalidad, a través de la intervención directa del Estado, pero a la cual se le critica porque se fundamenta en la peligrosidad social del individuo como esencia para la persecución del delito.

Con el citado sistema el Ministerio Fiscal se convierte en el órgano investigador y se instituye como acusador público, figura trasladada luego a América latina, continua execrada la víctima del proceso penal.

Desde esa perspectiva, se impone la tesis del Derecho Penal de autor y el abuso de poder se convirtió en el mecanismo ideal para la consecución de los fines del Estado en la lucha contra la delincuencia, dando lugar a la violación de las garantías individuales.

La visión que sobre el delito se desarrolla desde la Escuela Positivista, cuyo fundador fue Cesar Lombroso autor del texto “L’uomo Delinquente” en 1876, convierte al perseguido penal en fenómeno patológico, sometido por lo tanto a una predisposición anatómica que le hace delinquir, criterio con el cual nace la tesis sobre la existencia de un delincuente nato, resultado de una malformación en el occipital. Así, el delito se convierte en un fenómeno observable.

Como puede verificarse un Estado interventor como el auspiciado desde la visión de la Escuela Positivista del Derecho Penal, impide, no sólo el ejercicio de derechos individuales al perseguido penal, sino a la propia víctima, sobre todo cuando se considera que el delito debe ser objeto de estudio u observación a fin de determinar la razón de la actuación delictiva por parte del autor del hecho.

Los criterios sostenidos por Lombroso, alcanzan trascendencia jurídica, gracias a la posición asumida por Enrico Ferri, para quien el delito es síntoma de peligrosidad, por ello la medida de la pena está dada por la medida de la peligrosidad y no del acto ilícito, planteamientos que sirvieron para liberar a la sociedad de vagos, alcohólicos y sujetos cuya presencia significaba amenaza para el resto de la ciudadanía.

A los criterios sustentados por los autores antes señalados, se une Rafael Garófalo quien considera al delito natural como una amenaza a los sentimientos de piedad y justicia, pilares fundamentales de una sociedad civilizada. Para él, algunos pueblos no se adaptaban a las costumbres de las civilizaciones superiores porque eran tribus degeneradas, y por lo tanto, eran a la humanidad lo que el delincuente a la sociedad.

El positivismo entra en un proceso de crisis, y se plantea la necesidad de refundar el derecho penal en límites precisos y garantistas. Destaca dentro de este movimiento Hans Welzel con su teoría de las estructuras lógico-objetivas.

Pese a las críticas recibidas, el positivismo marcó durante mucho tiempo la tendencia de la mayoría de las legislaciones del mundo, cuya preocupación se centró en el estudio del autor del delito, las razones por las cuales delinquía y se obvió al afectado por el hecho punible, quien resultó, durante largo período una figura intrascendente, hasta producirse la revisión que sobre los derechos humanos se planteó, en gran parte de los países del orbe.

El recorrido histórico realizado, determina la percepción que se tuvo y se tiene de la acción y de la víctima, sus derechos y su participación en el proceso, permitiendo observar la marcada influencia de la Revolución Francesa y la legislación posterior a ella, sobre gran parte de las legislaciones del mundo, en cuya mayoría se produjo la combinación de los sistemas inquisitivo y acusatorio, de hecho en Venezuela se aplicó durante mucho tiempo el Código de Enjuiciamiento Criminal, que preveía dos etapas procesales: El sumario y el plenario.

En realidad, la historia de casi todos los países de América Latina, es producto de la gran influencia ejercida por España, razón por la cual en principio predominó el derecho proveniente de la Península Ibérica, no obstante observarse particularidades propias de cada región, resultado de la presencia de población indígena.

Antes de la llegada de los españoles, los pueblos indígenas dejaban la administración de justicia en manos de los jefes de las tribus, con arreglo a procedimientos orales, dada la inexistencia de la escritura.

Con la llegada de los españoles, las tierras sometidas a su control acogen la organización jurídica ibérica, imponiéndose las instituciones y los ordenamientos jurídicos, aplicables en principio de manera directa, para luego, cuando se desarrollan leyes propias se aplicaría de manera supletoria para resolver los asuntos no previstos a través del Fuero Real, Fuero Juzgo y Leyes de Partidas, predominando el proceso inquisitivo oficial escrito, lento

y pesado, que se cuidó de privilegiar ciertos sectores como los eclesiásticos y los militares.

En la medida en que los pueblos fueron alcanzando su desarrollo, presentaron problemas que no pudieron ser resueltos por las normas contenidas en la legislación española, lo que requirió la búsqueda de soluciones propias., es así como con el advenimiento del proceso penal derivado de la revolución francesa, aunque España continuó bajo el influjo del sistema canónico-romano, se introdujo el sistema mixto.

El movimiento independentista determinó la separación de los pueblos de América del dominio español, pero continuó prevaleciendo durante cierto tiempo, la legislación española.

Con posterioridad, cada pueblo fue dándose su propia legislación y en el caso del procedimiento penal, el delito es perseguido bajo la égida de sistema inquisitivo representado en Venezuela por el Código de Enjuiciamiento Criminal.

El antes citado texto adjetivo penal, ya derogado, desarrolla un sistema penal centrado en el Estado, en el marco del cual los jueces convertidos en conductores del proceso, ejercen prácticamente, las funciones de investigar con el auxilio de los órganos de policía, acusar y sentenciar. Dentro de este

sistema se instituye la figura del Fiscal del Ministerio Público, pero era evidente el papel preponderante conferido al órgano jurisdiccional.

Pero además de concentrar todos los poderes en las manos de los jueces, el sistema inquisitivo denegador de derechos, afectaba al indiciado y era lesivo a los intereses de la víctima, prácticamente execrada del proceso.

Ahora, si bien el derogado texto preveía la querrela, la misma podía ser ejercida, por cualquier persona fuere agraviado o no por el hecho punible, en ejercicio de la acción popular. Pero en realidad, la víctima jugaba un rol intrascendente, toda vez que la acción la llevaba a cabo el órgano jurisdiccional, con apoyo de los órganos de policía de investigación.

Como puede observarse, el Estado de una u otra forma, se ha apoderado históricamente del derecho a perseguir el delito, execrando durante largo tiempo a los ofendidos por el mismo, privándole del derecho a conocer y coadyuvar en la consecución de las resultas procesales, conducta recurrente que ha motivado y motiva las reacciones impulsoras de la revisión de la postura de estatales frente al ciudadano.

Desde esa perspectiva, se han hecho serías reflexiones y se volvió la mirada no sólo hacía quien sería objeto de persecución por la comisión del delito, sino también a quien resultare ser la persona ofendida por el hecho punible, dando lugar, a que no sólo se produjera la transformación del proceso penal,

sino el sistema en el marco del cual se realizarían las actuaciones dirigidas al establecimiento de la verdad.

En el caso de Venezuela, la transformación de la legislación adjetiva penal, se ve aparejada con la aprobación de una nueva constitución, que se amolda a las nuevas tendencias observadas en el ámbito mundial sobre derechos humanos, diseñando desde esa perspectiva, un Estado calificado democrático y social de Derecho y de Justicia.

Así las cosas, se pasó del castrante y lesivo sistema inquisitivo al sistema acusatorio, a través del cual, la observancia de derechos y garantías procesales como el debido proceso, la tutela judicial efectiva y los valores superiores que como la justicia, la dignidad humana y los derechos humanos, constituyen la esencia del Estado diseñado en el texto constitucional.

En este tipo de Sistema, al menos desde el punto de vista formal, la víctima reaparece y se le considera en ejercicio de un rol protagónico, atribuyéndosele el derecho a querellarse con miras a convertirse en parte en el proceso.

En ese sentido señala Claria (Ibídem):

Desde ya cabe destacar que la tendencia predominante en la actualidad, tanto en el plano legislativo como en el doctrinario, es la de incorporar al querellante en los delitos de acción pública, como una forma de satisfacer el anhelo de dar mayor participación a la ciudadanía en la persecución penal y de contribuir a la eficacia de los órganos estatales, en la lucha contra la delincuencia.

Es precisamente el rol atribuido a la víctima, y la querrela como instrumento de defensa de los derechos de la misma, en el proceso penal venezolano, el asunto motivador del presente trabajo, con miras a establecer el alcance de tal actuación.

- **Legitimación**

De conformidad con las previsiones del artículo 292 del Código Orgánico Procesal Penal, el ejercicio de la querrela solo corresponde a la víctima del delito.

En efecto, como se ha dejado sentado con anterioridad el artículo antes citado, señala en forma expresa: “Sólo la persona natural o jurídica que tenga la calidad de víctima podrá presentar querrela”

Significa, en principio, tener calidad de víctima, haber sido directamente afectado por el delito. Esta ha sido la concepción manejada durante mucho

tiempo sobre el particular. No obstante, tal como se ha dejado sentado con anterioridad, el antes citado carácter se ha extendido a otras personas.

Conforme a lo antes señalado, quienes no llenen la condición de víctima, no podrán interponer querrela. Sólo podrán hacerlo aquellas personas directamente afectadas por el hecho punible y quienes, además de éstas, son consideradas víctimas legalmente.

Con fundamento en lo antes planteado, y de conformidad con el artículo 119 del Código Orgánico Procesal Penal, podrán interponer la querrela, por ante el órgano jurisdiccional, el cónyuge o la persona con quien haga vida marital por mas de dos años, en este caso lo sería, no cualquiera que conviva con la víctima, sino quien sostenga relación concubinaria con ella, por más de dos años, el hijo o padre adoptivo, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y el heredero, en los delitos cuyo resultado sea la incapacidad o la muerte del ofendido y, en todo caso, cuando el delito sea cometido en perjuicio de un incapaz o un menor de edad.

También podrían querellarse, los socios, accionistas o miembros, respecto de los delitos que afecten a una persona jurídica, cuando sean cometidos por quienes la dirigen, la administran o controlan.

Igualmente, la querrela podría ser mecanismo para la defensa de derechos de otras víctimas como las asociaciones, fundaciones, y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que se hayan constituido con anterioridad a la perpetración del delito y su objeto se vincule directamente con esos intereses.

Sobre este aspecto, referido a la legitimación para querellarse sostiene Vásquez (op. cit, p 140), que:

La regulación que de la querrela hace el COPP, prácticamente acaba con la acción popular que tradicionalmente se ha mantenido en el sistema procesal penal venezolano y que permite que “cualquier particular” agraviado o no se pueda constituir en acusador.

Más adelante la misma autora señala (op.cit. p. 141), que:

Sólo admite este nuevo sistema un caso de acción popular que tiene que ver con la violación de derechos humanos, específicamente cuando esos derechos humanos, hayan sido lesionados por funcionarios públicos en ejercicio de sus atribuciones.

En definitiva, cualquiera no puede interponer querrela en el proceso penal venezolano, sino quien ostente la condición de víctima, conforme las previsiones del antes citado artículo del Código Orgánico Procesal Penal, percepción que se repite en el artículo 661 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Ahora bien, de acuerdo con las disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal, el ofendido por el hecho punible, puede interponer querrela durante la fase preparatoria, en el caso de los delitos de acción pública, con lo cual daría a conocer al órgano jurisdiccional de la comisión de un hecho punible, y su decisión de intervenir en la búsqueda de elementos, con miras a sustentar una acusación suya, actuando en este caso, como coadyuvante en la investigación.

Los resultados de las diligencias practicadas, gracias a la querrela, dan lugar a un abanico de opciones: La víctima puede presentar acusación particular propia como querellante autónomo; puede adherirse a la acusación interpuesta por el Ministerio Público como querellante adherente o puede desistir, con los efectos que ello acarrea.

El legitimado para ejercer la querrela, podrá conforme al texto adjetivo penal citado, presentar acusación particular propia o adherirse a la acusación fiscal, se haya querrellado o no previamente, por lo tanto, no constituye la interposición de la querrela en fase preparatoria una condición indispensable, para optar por ella, luego de interpuesta la acusación por parte del Fiscal del Ministerio Público.

La víctima, conforme al mismo texto podrá presentar acusación en el caso de delitos dependientes de instancia de parte o delitos de acción privada, con la condición de querellante exclusivo, atribuida por la doctrina.

En ese tipo de delitos, la víctima adquiere una condición de querellante independiente o exclusivo, en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, dada su condición sólo de adherente o adhesiva conferida por el legislador respecto a los delitos de acción pública.

La admisión de la querella o la acusación, confiere a la víctima el carácter de parte querellante.

- **La Querella como mecanismo de tutela de los derechos de la víctima en el Proceso Penal Venezolano.**

De lo señalado en líneas anteriores, puede observarse que mientras la víctima no haya manifestado mediante escrito de querella, su intención de incorporarse activamente al proceso, será tenida sólo como sujeto procesal.

La querella se convierte en el instrumento por medio del cual, el ofendido por el delito, tal como han sostenido los autores antes citados, manifiesta su decisión de convertirse en parte en el proceso.

De conformidad con el Código Orgánico Procesal Penal, la víctima está dotada de derechos, cuyo ejercicio le permite intervenir en el proceso, e incluso ser tenida como parte respecto de algunas situaciones en las cuales, está facultada para participar activamente, aún sin haberse querellado o

adherido a la acusación fiscal, destacando entre ellas, el derecho a ser notificado de la resolución del Ministerio Público que ordena el archivo fiscal, ello con miras a exigir explicaciones o requerir del órgano jurisdiccional la determinación de los fundamentos del decreto del archivo.

La víctima también tendrá derecho a ser oída por el tribunal antes de decidir acerca del sobreseimiento o antes de dictar cualquier otra decisión que ponga término al proceso o lo suspenda, en este caso con miras a que pueda, impugnar la decisión que acuerde sobreseer la causa e incluso podrá recurrir de la sentencia absolutoria.

Estas facultades, representan sin duda alguna, un importante avance en materia de derechos o facultades reconocidos a la víctima; pero para alcanzar la condición de parte y asumir, los derechos, deberes y cargas inherentes a ese carácter, se exige adquiera la condición de querellante.

De lo antes expresado, se infiere que si para alcanzar derechos, deberes y cargas inherentes a las partes, la víctima debe querellarse, significa que las facultades atribuidas, en la normativa procesal, contenida tanto en el Código Orgánico Procesal Penal, como en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, resultan insuficientes, para garantizarle el acceso a los órganos de administración de justicia y la tutela efectiva de sus derechos.

El acceso a los órganos de administración de justicia comporta el derecho de todo ciudadano, de ejercer acción por ante los órganos jurisdiccionales con miras a la protección de sus intereses y a obtener una respuesta oportuna, efectiva y eficaz.

En este sentido sostiene Ortiz (op.cit, p.124), que:

La nueva constitución también consagra de manera clara y precisa una noción que se había manejado en doctrina y elevada a tal rango, se trata del derecho a accionar como parte integrante derecho de jurisdicción que corresponde al Estado (entendiendo por jurisdicción el servicio público dispuesto por el Estado para responder las peticiones de los particulares) El derecho a la jurisdicción en cambio, no se refiere al servicio público de la jurisdicción y a los órganos dispuestos para prestarlo, sino que se consagra como un derecho independiente llamado a plenar el derecho de petición en sede jurisdiccional ...(omissis)...La acción se define como la posibilidad jurídico-constitucional por la cual se dirigen peticiones ante el servicio de la jurisdicción...(omissis)...de modo que la petición cuando comporta “derechos o intereses” debe tener una decisión con prontitud y además, una tutela efectiva de los mismos.

Atendiendo a lo sostenido por el citado autor, la querrela se convierte en el mecanismo, atribuido por la legislación venezolana a la víctima para ejercer por ante los órganos jurisdiccionales el derecho a accionar con el objeto de provocar de los mismos una respuesta oportuna, efectiva y eficaz, con miras a la tutela de sus intereses.

Ahora bien, el mismo autor (op. cit, p.126), abunda sobre el tema en los siguientes términos:

Todo esto responde como se ha señalado anteriormente en un cabal entendimiento de “la tutela judicial efectiva” que no es otra que acercar la justicia a las necesidades cotidianas de las personas que acuden, ante los órganos de administración de justicia, como última esperanza de solventar sus diferencias y conflictos que se dan en nuestra realidad histórica. Seguir manteniendo criterios que no hagan realidad esa aspiración y ese deseo debe desecharse... (Omissis)...

A la luz de las afirmaciones hechas por el procesalista venezolano, podría considerarse que ciertamente, la víctima tiene facultades reconocidas en la normativa procesal penal venezolana; pero el ejercicio de ellas, no comporta el derecho a accionar, puesto que la forma de defender de manera efectiva y eficaz sus intereses, mediante argumentos, haciendo alegatos, ofreciendo elementos de convicción y presentando pruebas para sustentar no sólo una acusación, sino para contrarrestar los argumentos, tanto del Ministerio Público, ante una posible actuación lesiva a sus intereses, como los del imputado o acusado, es a través del mecanismo de la querrela.

Ahora, la querrela es un instrumento o mecanismo, susceptible de ser empleado por la víctima para tutelar o defender sus derechos; y ello es así, porque no se trata de una obligación, todo lo contrario, el ofendido por el hecho puede optar por supeditarse a la actuación del Ministerio Público, y por lo tanto, dejarle realizar los actos y diligencias que la investigación y el procedimiento, determinen pertinentes, útiles y necesarias.

También puede la víctima, ejercer los derechos, para los cuales no requiera querrellarse, caso en el cual, pudiera enervar decisiones lesivas a sus intereses, cuando ejerciera el recurso de apelación contra la decisión que decreta el sobreseimiento de la causa o absuelva al acusado por el hecho punible. Sin embargo, en gran medida dependerá de la actividad desplegada por el Ministerio Público, sobre todo en lo relativo al ejercicio de la acción.

Los derechos consagrados tanto en el artículo 120 del Código Orgánico Procesal Penal y en el artículo 662 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, para cuyo ejercicio no se requiere querrela, representan el derecho a petición atribuido a la víctima por ante los órganos jurisdiccionales, e incluso por ante el ministerio Público y los órganos de investigación, pero no la facultad de accionar para requerir el derecho a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva de los intereses de la víctima.

Ahora bien, la querrela como se ha indicado supra puede ser ejercida por la víctima, tanto en el procedimiento aplicable a los adultos incurso en hechos punibles, como en aquel que se ha diseñado para ser aplicado en caso de que quien incurra o se le atribuya la comisión o perpetración de un hecho punible sea un adolescente.

El surgimiento de este último procedimiento deriva de la adecuación de la legislación infanto–juvenil venezolana, a los postulados y principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional con el cual se adopta la Doctrina de la Protección Integral, y se pone fin a una legislación basada en principios intervencionistas, y centralizadores de las

actividades tendentes a establecer la “irregularidad de la situación” o la “conducta peligrosa” de “un menor de edad”, por parte del Estado, el cual además de someterlo a observación, los “tutelaba”, negándole derechos fundamentales, como el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

Pero además, el señalado sistema pugnaba por un total irrespeto y execración de la víctima, quien no tenía, derecho a acceder a los órganos de administración de justicia, ni siquiera con el objeto de solicitar copias y hacer peticiones, y mucho menos estaba dotado de mecanismo alguno que le permitiera convertirse en parte en el procedimiento, caracterizado, por cierto, por considerar que los “menores de edad” pese a ser catalogados de infractores de norma penal, no podían ser tratados como delincuentes; no obstante la preeminencia de la privación de libertad como medida para garantizar su necesidad de “tutela”.

En realidad, tanto el procedimiento aplicable a adultos, imperante antes de 1999, desarrollado en el Código de Enjuiciamiento Criminal, como el contemplado en la derogada Ley Tutelar de Menores, adolecían de serías fallas dentro de las cuales destacaba, el poder discrecional de los órganos jurisdiccionales respecto a los derechos del imputado, pero sobre todo, frente a la víctima, quien experimentaba su desaparición legal o práctica, avasallada por un Estado omnipotente y omnipresente.

El reconocimiento de los derechos ciudadanos y su posterior positivización, determinó, la consagración de derechos concernientes al imputado, fuese adulto o adolescente, y los inherentes a la víctima, con la expresa previsión o

mención de la querrela como instrumento a ser empleado por ésta última, para manifestar su decisión de convertirse en parte con el objeto de lograr su efectiva participación en el proceso, y tutelar de esa manera sus derechos e intereses.

En este sentido sostiene Fernández (op.cit, p.222) que:

El COPP eliminó la inseguridad de los agraviados producida bajo el sistema inquisitivo y conceptualizó la figura de la víctima. Para evitarles peligros, creó una serie de previsiones legales que permitirán a los funcionarios proteger legal y materialmente a las víctimas a quienes reconoce identidad propia y una serie de derechos de forma clara, y realizables en la práctica diaria de la administración de justicia.

En ese mismo orden de ideas Pérez (2001, p.145) expresa: “Las facultades de la víctima en el orden práctico, le permiten perseguir personalmente sus intereses en el proceso y actuar como actor de choque contra posibles abstenciones de la fiscalía que pudieran propender a la impunidad...”

Las afirmaciones de los citados autores, corroboran con certeza, los avances experimentados por la víctima en el nuevo tipo de proceso surgido a la luz de las corrientes defensoras de los derechos humanos, y su consagración en textos constitucionales y legales; pero ello no resulta suficiente, sino se le provee de mecanismos o instrumentos para accionar y si no se le garantiza y facilita la efectividad de ese mecanismo, para procurar y solicitar el derecho a la jurisdicción.

A través de la querella, la víctima ejercería la acción por ante los órganos jurisdiccionales en ejercicio de un derecho, producto del cual, se da a conocer una manifestación de voluntad o pretensión, con la cual, tal como señala Ortiz (op. cit, p 127):

...se transporta al proceso la visión que del litigio se ha formado el actor. Ello implica entonces que la pretensión es el contenido de la acción y la finalidad del proceso, el proceso se inicia porque hay una pretensión insatisfecha, y lo que se persigue, con el proceso es lograr la satisfacción jurídica del insatisfecho materialmente.

Siendo entonces la querella el instrumento por el cual la víctima podría manifestar su deseo de satisfacer una pretensión insatisfecha, no podrían constituir las otras facultades conferidas en el proceso penal venezolano, mecanismos de igual dimensión y efectos, pese a consistir en manifestaciones del cambio conceptual que se ha tenido durante mucho tiempo sobre la persona ofendida por el delito.

Nadie más que el agraviado para evitar abstenciones, actuaciones deficientes y hasta maliciosas del Ministerio Público, que pudieran conducir a la impunidad y hacer nugatorios sus derechos e intereses.

La figura de la querella, ya conocida en el proceso penal venezolano, aunque pareciera tener una connotación distinta a tiempos pretéritos y con la cual el legislador patrio legitima a la víctima, y la provee de un instrumento idóneo para el ejercicio de la acción e intervenir como parte en el proceso, ofrece, sin embargo a la luz de la normativa que la regula, una serie de aristas, que

conducen a dudar de su eficacia como instrumento de tutela de los derechos e intereses del ofendido por el hecho punible.

- **La querrela en el Proceso Penal Ordinario.**

Con relación al Proceso, Ortiz (op. cit, p.106), sostiene que:

Lo cierto es que la iniciativa de los particulares en acudir ante los órganos jurisdiccionales se denomina acción, concebida como posibilidad constitucional, mientras que la jurisdicción se resume en un servicio público que presta el Estado para la solución de las peticiones, que ante sus órganos, realicen los justiciables. La combinación o conjunción de la acción con la jurisdicción es precisamente el proceso, el cual se concibe como un necesario instrumento de realización de pretensiones...

El proceso a decir del citado autor es la conjunción de acción y jurisdicción o como señala, el mismo (op. cit, 132): “Así pues proceso es la ciencia que aborda el momento jurisdiccional bajo toda su perspectiva”.

Pero a decir del mismo procesalista, es necesario distinguir entre proceso y procedimiento, valiéndose para ello de Niceto Alcalá y Zamora (ibídem), quien distingue al primero como:

...el conjunto de relaciones jurídicas entre las partes, los agentes de la jurisdicción y los auxiliares de ésta, regulado por la ley y

dirigido a la solución de un conflicto susceptible de ser dirimido por una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada.

Mientras que sobre el procedimiento el mismo Alcalá y Zamora (ibídem) señala, es el “método o estilo propios para la actuación ante los tribunales”.

La metodología comprende las condiciones a observar para realizar determinados actos con miras a lograr un determinado objetivo.

Atendiendo a lo antes expresado el proceso penal estaría representado por el conjunto de relaciones que se establecen entre las partes y la víctima, aunque no se haya querellado, los órganos jurisdiccionales y sus auxiliares, regulados por la ley, con la finalidad de alcanzar la solución de una diatriba penal susceptible de ser resuelta, a través de una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada.

El procedimiento penal, comportaría un conjunto de actos ordenados, consecutivos, concatenados y preclusivos a ser desarrollados en condiciones de tiempo, modo y lugar, por los diferentes actores o partícipes en el mismo, con miras a lograr un fin determinado, representado por la verdad y que fundamentado en el estricto apego a los derechos y garantías ciudadanas, debe concluir con un pronunciamiento resolutorio del asunto, emanado del órgano jurisdiccional.

Arribar a esta concepción actual del procedimiento penal no es producto de la actuación improvisada del órgano legislativo nacional, por el contrario es consecuencia de un largo proceso revisor del comportamiento del Estado frente a los individuos involucrados en la actividad procesal producto de un hecho delictivo, sea en condición de imputado o acusado o con el carácter de víctima, lo que condujo, tal como se ha indicado a la conformación de un nuevo andamiaje jurídico, que en Venezuela se tradujo en una nueva Constitución y en nuevos textos adjetivos penales.

En la carta magna no sólo se atribuye al proceso el carácter de instrumento fundamental de la administración de justicia, sino que se garantiza en armonía con ello, el derecho de acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva, se proscribe la discriminación, se proclama la igualdad, el debido proceso y se impone a los órganos del Estado y fundamentalmente a los jueces, la obligación del control de la integridad de la constitución y la obligación de aplicarla de manera directa e inmediata.

Esa nueva visión del proceso y los principios que orientan la actuación del Estado surgido a la luz de las nuevas tendencias jurídicas, determinan que desde el punto de vista legal no sólo se procure proteger los derechos e intereses del perseguido penal, sino que se consagren los derechos y las facultades de la víctima, en el ámbito constitucional y legal.

La nueva concepción del proceso y por ende del procedimiento, determina el cariz de la actividad a ser desplegada por los intervinientes en el mismo, la cual debe estar y de hecho está dirigida, a la consecución de fines

determinados, que tal como se ha indicado son: a) La verdad por las vías jurídicas; b) La justicia en aplicación del derecho; y, c) El resarcimiento de los derechos de la víctima.

Ahora bien, la consecución de los fines antes señalados comporta el cumplimiento de una serie de actuaciones y formalidades dirigidas a evitar arbitrariedades y el empleo de vías, medios y fórmulas inadecuados, razón por la cual, el legislador ha concebido un proceso a realizarse en etapas o fases, conformado por actos, para cuya realización, debe atenderse a las exigencias procedimentales.

La verdad o la redefinición del hecho solo puede lograrse empleando las vías contempladas en la ley, es decir, todos los intervinientes en el proceso, deben valerse de los medios y mecanismos previstos en la legislación venezolana.

En este orden de ideas, De Urbano citado por Balza (op. cit, p.272) expresa: “La idea de que no se puede obtener la verdad real a cualquier precio... (...) es que sólo resulte lícito el descubrimiento de la verdad cuando se hace compatible con la defensa del elemento nuclear de los derechos fundamentales...”

El Ministerio Público desarrollará las actividades dirigidas a lograr dicho fin, haciendo uso de los medios legales y cumpliendo con las formalidades

pautadas en el texto adjetivo penal, el imputado y su defensor no están obligados a probar la inocencia del mismo, puesto que gracias al principio de presunción de inocencia corresponde al ente investigador demostrar la responsabilidad del imputado; pero ello no es impedimento para la realización, por su parte, de actividades y ofrecer pruebas tendentes a tergiversar o contradecir lo sostenido por la representación fiscal.

Sostiene sobre el particular Balza (op. cit, p.25), lo siguiente:

Esta garantía determina claramente que un sujeto sea nacional o no, debe ser considerado inocente de los actos o cargos que se le imputan desde el comienzo de todo proceso penal, hasta que éste culmine con la firmeza de la decisión, a tal efecto debe ser tratado como tal, sin relajar en ningún momento esa condición.

La víctima como se ha señalado previamente es sujeto procesal, que de optar por participar activamente en el proceso, debe hacer expresa manifestación de voluntad al respecto, adquiriendo de esa forma la condición de parte querellante, sea independiente o adherente, no obstante, si no manifestare tal decisión, está dotada de una serie de derechos o facultades, contempladas en el numeral en el artículo 120 del Código Orgánico Procesal y 662 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, respectivamente, de las cuales puede valerse durante el procedimiento e intervenir en él.

La víctima podrá ser informada de los resultados procesales, solicitar medidas de protección, ejercer acciones civiles, ser notificada de la decisión

fiscal que archiva las actuaciones, emitir su opinión por ante el tribunal antes de decretarse el sobreseimiento de la causa o cualquier decisión que ponga fin al proceso o impida su continuación, y recurrir de la decisión que decreta el sobreseimiento, así como de la sentencia absolutoria.

Ahora bien, tal como se ha indicado en líneas anteriores, las actuaciones derivadas de tales facultades, no comportan intervención directa del ofendido por el hecho, en la obtención de la verdad, en cuya búsqueda actúa dotado de poderes legales el Ministerio Público para intervenir en nombre del Estado, y por otro lado, lo harán el imputado y su defensor, con base en mecanismos ofrecidos por el ordenamiento jurídico.

La búsqueda de la verdad, por parte de la víctima, tal como ocurre para el Ministerio Público, estaría representada, por la necesidad de establecer si el hecho se cometió y la identidad de los autores o partícipes en su perpetración, para cuya consecución, requiere hacer uso de vías o medios, mucho más efectivos, que la mera intervención, la cual no facilita posibilidad de aportar pruebas o elementos a través de los cuales se esclarezcan los hechos.

Suárez, citado por Balza (op. cit, p. 184), señala al respecto:

Todo lo anterior muestra entonces que los perjudicados y las víctimas de los hechos punibles tienen derecho a exigir del Estado una investigación seria destinada a determinar quiénes fueron los responsables del delito y la manera como este ocurrió. Y, como

obvia consecuencia del derecho de acceso a la justicia, tienen derecho a hacerse parte en esa investigación y proceso penal. Es pues deber del Estado fortalecer de manera positiva la posición de la víctima y del perjudicado en el proceso penal, en vez de neutralizar su participación en el mismo.

Obviamente el autor citado hace referencia a la querrela, único medio por el cual la víctima puede requerir una investigación seria y hacerse parte en la investigación y en el proceso, como consecuencia lógica del derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, razón por la cual aboga por el fortalecimiento de su posición y solicita se evite su neutralización.

Así entonces, surge la querrela, como un mecanismo facultativo a ser empleado por la víctima para manifestar de manera expresa, su deseo de ejercer el derecho de accionar y participar activamente en la búsqueda de la verdad.

La obtención de la justicia en aplicación del derecho, es otro de los fines del proceso penal, por ello desde el momento mismo de iniciadas las actuaciones, por parte de las personas involucrados en la diatriba, con miras a la búsqueda de la verdad, deben gozar del absoluto respeto de sus derechos por parte de los órganos del Estado, obligados como están a garantizar el ejercicio pleno y efectivo de los mismos, tanto al imputado como a la víctima.

En efecto, el Estado está obligado constitucional y legalmente a respetar, sin distinción, los derechos ciudadanos, razón por la cual de producirse la incorporación de la víctima al proceso, mediante manifestación expresa en ese sentido, deberá facilitarle el acceso a los órganos de administración de justicia y a la tutela efectiva de sus derechos.

Lo antes señalado se compadece con el tercero de los objeto del proceso, representado por la protección de los derechos de la víctima, en aras de lo cual, el Estado deberá no sólo garantizar el acceso a los órganos de administración de justicia, sino hacerlo efectivo, facilitando al agraviado el empleo de los medios, mecanismos e instrumentos que materialicen tal derecho.

Dentro de los derechos de la víctima destaca el de querellarse, es decir, de manifestar por escrito su decisión de hacerse parte en el proceso, el cual, como se ha indicado, puede ser ejercido tanto en el caso de delitos de acción pública como en delitos de acción privada.

Cabe recordar que la querrela juega un rol preponderante, en el sistema penal de responsabilidad del adolescente, cuando de delitos de acción privada se trate, mientras que en los delitos de acción pública, el agraviado solo podrá ostentar la condición de querellante adherente o adhesivo.

Gracias a consideraciones anteriores, puede observarse que la querrela presente en el Proceso Penal ordinario, alcanza especial connotación, dadas las oportunidades, formas, y tipos de delitos para la procedencia de su ejercicio, así como por los efectos del mismo, circunstancias a ser tomadas en cuenta como parte de este estudio y desde cuya perspectiva, sin dejar de considerar el procedimiento desarrollado en la especialísima ley, a la cual se dedicará parte de este trabajo, se procurará establecer los alcances de la misma como instrumento para la defensa de los derechos e intereses de la víctima.

En efecto, en el procedimiento ordinario, la querrela pareciera adquirir visos de relevante importancia, dada la posibilidad de ser ejercida por la víctima, en fase preparatoria para solicitar la práctica de diligencias de investigación, con miras a lograr datos y elementos para sustentar una acusación, en el caso de los delitos de acción pública, sean éstos de los correspondientes a la absoluta iniciativa fiscal o cuya investigación requiera de la expresa petición de la víctima, pudiendo también optar, por adherirse o presentar acusación particular, sin necesidad de querrela previa.

La víctima, también podría querrellarse en delitos de acción privada adquiriendo el carácter de querellantes exclusivo.

De esa manera, la querrela instrumento concebido para el ejercicio de la acción penal por parte de la víctima, con miras a lograr mediante un pronunciamiento pasado en autoridad de cosa juzgada, la resolución de una diatriba, luce en el procedimiento penal desarrollado en el texto adjetivo

penal venezolano, y así debe ser, distinta de las demás facultades que le son atribuidas legalmente, porque de pretender equipararse a las otras su previsión no tendría razón de ser.

- **La querrela en los Delitos de Acción Pública.**

Proveniente del vocablo de agere, que significa toda actividad o movimiento dirigido a la consecución de determinado fin, el término acción ha sido considerado “el derecho a perseguir en juicio aquello que se nos debe”.

Vescovi (op.cit, p. 73), sostiene sobre la acción que:

Justamente ese poder de reclamar la tutela jurisdiccional se denomina acción. Consiste en el poder (abstracto) de reclamar determinado derecho (concreto) ante la jurisdicción (el poder judicial, los tribunales). Y ese poder determina la obligación del órgano jurisdiccional de atenderlo, de darle andamio, de poner en marcha el proceso. Con lo que en definitiva, quien ejerce el poder tendrá una respuesta: La sentencia.

El Estado moderno, no podría admitir un procedimiento que se fundamente en el derecho de las personas de resolver por sí mismas los conflictos, sobre todo cuando faculta por un lado a los particulares y dota de poder al Ministerio Público para provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales para la tutela del derecho; esta facultad o potestad es la acción o derecho de acción.

La acción que constituye el mecanismo a través del cual se da inicio y hace avanzar el proceso, hasta su final, y que surge ante la necesidad de excluir la autotutela como mecanismo de defensa, ha sido considerado por Florián (1963, p. 173), al menos en ámbito penal, como: "...el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre determinada relación del derecho penal"

Sobre la acción penal, Cordón (1999, p.29) sostiene: "...es un ius procedatur, el derecho al proceso y a la sentencia en que se declare la existencia o inexistencia del derecho de penar que corresponde al Estado..."

Desde la posición asumida por el autor citado, el derecho a punir y obtener un pronunciamiento jurisdiccional en el proceso penal, es del Estado.

A decir de Pérez Sarmiento (2008, p. 88):

"...la acción penal es la facultad que la ley atribuye a un sujeto de derecho para iniciar la averiguación de los hechos presuntamente constitutivos de delitos, perseguir a los presuntos autores o partícipes y presentar cargos formales contra ellos y sostenerlos durante todo el juicio y en los recursos. La acción penal es, en resumen, la facultad de instar al inicio del proceso penal, de impulsarlo y de procurar una condena en juicio.

Como puede observarse del contenido de la definición ofrecida por el autor citado, la acción penal, no aparece como una facultad eminentemente estatal, aunque conocido es que es el titular por excelencia de la acción penal pública, nada obsta para que desde la visión actual del proceso, la víctima pueda intervenir, mediante querrela, para solicitar la práctica de diligencias de investigación y presentar acusación particular propia e incluso, adherirse a la acusación fiscal.

La acción penal es esencia una facultad conferida a un sujeto procesal, Ministerio Público o víctima, para iniciar la investigación, ante la presunta comisión de un hecho punible, con miras a establecer si en verdad ocurrió y determinar quien o quienes son los autores o partícipes en su perpetración, y de hallar suficientes elementos de convicción, formular acusación con miras al pronunciamiento del órgano jurisdiccional.

El derecho de acción entraña una doble facultad: la de provocar la actividad jurisdiccional, dando vida al proceso, y la derivada del texto constitucional, que permite a su titular la realización de los actos procesales inherentes a su posición en el mismo.

Después de un período de dominio por parte del ofendido, la acción llegó a dividirse atendiendo al tipo de delito con base en el titular de los intereses cuya protección se procura. Así, cuando se trate de aquellos en cuya persecución el Estado tiene manifiesto interés se le denomina delito de acción pública, aunque en algunos de ellos, para iniciar la investigación se exija el requerimiento de la víctima, mientras que se denominan delitos de

acción privada, aquellos en los cuales los intereses a ser defendidos o protegidos corresponde exclusivamente a particulares.

La acción ejercitada por el Ministerio Público en los casos en que la ley le impone esta actividad no puede considerarse como un derecho subjetivo público, sino como una función pública atribuida a los miembros de ésta Institución por considerarse de interés para la sociedad.

En efecto, el Estado tiene dentro de sus fines, lograr y mantener el orden y la paz social, razón por la cual se interesa por garantizar la persecución del delito, creando los órganos necesarios e idóneos para la consecución de sus objetivos, pero no siempre habrá de asumir la responsabilidad de perseguir por iniciativa propia los hechos lesivos a los derechos ciudadanos, razón por la cual en oportunidades, deja en manos del propio interesado o afectado la decisión de requerir del Ministerio Público, la persecución del delito.

En efecto, hay delitos que si bien son de acción pública, el Ministerio Público no procederá a dar inicio a la investigación, sino existe el requerimiento por parte de la víctima, pero una vez presentada o formulada la denuncia o la querrela, se procederá a la averiguación de oficio.

Respecto a este tipo de delito, señala Balza (op.cit, p.80) "...Delitos previo requerimiento de parte, previa instancia de parte: estos son los que si bien no es necesario el ejercicio de la acción privada, es necesario que se requiera

ante el órgano competente la instancia de esa acción para perseguir el autor o autores de ese delito”

Cabe señalar que respecto a este tipo de delito de acción o modalidad de delito de acción pública, se incurre en un error cuando se utiliza el término parte, puesto que lo correcto sería emplear el término víctima, ya que quien habrá de requerir la intervención del Ministerio Público es la persona afectada por el hecho punible y sería parte sólo si se querrela o presenta acusación particular propia o se adhiere a la acusación fiscal.

Guardando relación con lo arriba planteado, el artículo 24 del texto adjetivo penal señala: “La acción penal pública debe ser ejercida por el Ministerio Público...”

Desde la perspectiva del antes citado artículo, el Ministerio Público es el titular de la acción en los delitos de orden público, tanto de aquella en la cual la investigación podría iniciarla exofficio, por denuncia, querrela, por notitia criminis y hasta si mediare la flagrancia, como de aquella cuya investigación se iniciará sólo a requerimiento de la víctima, quien podría hacerlo a través de denuncia o querrela.

Ahora bien, para algunos autores la titularidad de la acción por parte del Ministerio Público, implica el ejercicio de un monopolio sobre la misma, creando una importante polémica, sobre todo en cuanto a la manera de concebir la figura de la querrela en estudio, con la carga y los efectos que representa estar dotado de tal poder.

Balza señala sobre el tema (op.cit, p.77):

Se habla de monopolio por la fuerza de su tesis-quizá no se debería referir como monopolio- pero más allá es una prioridad en el ejercicio de la acción penal de los delitos de acción pública, ya que no es solamente la institución pública(fiscalía función oficial de investigación) la que puede accionar junto con ella, la víctima de dos formas(adhiriéndose a la acusación o presentándose acusación propia) De esta manera sería un monopolio en sentido impropio, por no ser exclusividad, sino prioridad, por ello, tal vez no sea debido precisarle esa característica al sistema de la acción penal, pero es así una monopolización en cuanto prioridad para intentar la acción pública, nunca exclusividad.

En definitiva, conforme al criterio sustentado por el citado autor, no podría hablarse de monopolio de la acción penal, sino de prioridad atribuida al Ministerio Público para ejercerla, sosteniendo al efecto que el poder monopolístico que se ha querido atribuir al ejercicio de la acción penal pública, en todo caso es un monopolio impropio, por no tratarse de una exclusividad, que en todo caso, la monopolización se produce en cuanto a prioridad para intentar la acción, nunca exclusividad.

Pretender atribuir al Ministerio Público la monopolización del ejercicio de la acción penal pública, se niega toda posibilidad de intervención por parte de cualquier otra persona en el proceso, con derecho a accionar e incluso se está dando lugar a que se considere que la representación fiscal está facultado para disponer de la acción.

En este sentido Vásquez (2001, p. 97) expresa que:

El Ministerio Público no actúa en nombre propio sino en representación de intereses públicos, y por ello no puede disponer de la acción penal...si el ius puniendi pertenece al Estado, una vez admitida la acusación y explanada en el juicio oral y público, no podría el Ministerio Público disponer de ella, en orden a plantear su retiro, pues ello sólo supone que una vez propuesta, esta pertenece al proceso, y en consecuencia el juez deberá resolver con sujeción a la ley y al derecho...

En definitiva, considerar que el Ministerio Pública monopoliza o es propietario de la acción penal pública luce exagerado, puesto que la indisponibilidad de ella se pone de manifiesto con figuras como el Principio de Oportunidad y la Remisión, contemplados en los artículos 37 y 569 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP) y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA).

Así pues, si bien el Ministerio Público, puede prescindir del ejercicio de la acción penal, para ello deberá contar con la anuencia o aprobación del Juez de Control, órgano que deberá analizar cada caso en particular y verificar la procedencia de la figura y autorizar o no la prescindencia del ejercicio de la acción penal, sobre todo por el efecto que ello trae consigo como es el sobreseimiento de la causa, dada la extinción de la acción penal

En efecto los artículos 38 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP) y la parte in fine del mismo artículo, así como el 569 Ley Orgánica para la

Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA), prevén que de declararse con lugar la solicitud formulada por el Ministerio Público, se extinguirá la acción, lo que concordante con el numeral 3 del artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal, hará procedente el sobreseimiento de la causa.

Pero, queda perfectamente establecido que no se trata de poder de disponibilidad de la acción por parte del Ministerio Público, sino de una facultad, que requiere para su realización de la anuencia del órgano jurisdiccional.

En realidad, en un Estado como el venezolano, que convierte al proceso en instrumento fundamental para la realización de la justicia, el contradictorio en esencia de ese proceso, el monopolio de la acción no puede estar atribuido a ninguno de los involucrados en la diatriba. Un proceso con esas características, no puede, ni debe ser escenario para la discriminación.

La atribución de la titularidad de la acción penal al Ministerio Público, no puede ser negación de los derechos correspondientes a otros interesados en las resultas procesales; por ello, no es facultad exclusiva y excluyente de dicho órgano, en tal sentido, la obtención de la verdad, corresponde, a todos los involucrados en el proceso, por lo que además de la representación fiscal, el imputado y la víctima tienen derecho al esclarecimiento de los hechos, como esencia de la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

En efecto, además de los aportes realizados por el Ministerio Público, que pueden obrar en su beneficio, el imputado está dotado de una serie de facultades dirigidas a contrarrestar el poder desplegado por el órgano investigador y de ser posible, contra la víctima, en caso de optar ésta por hacerse parte en el proceso.

En correspondencia con lo antes planteado el artículo 283 del Código Orgánico Procesal Penal, consagra el carácter de parte de buena del Ministerio Público, por lo menos, durante la fase de investigación, razón por la cual, las diligencias a realizar en la recabación de elementos de convicción, lo hace no sólo para fundamentar su acusación, sino para facilitar la defensa del imputado.

Por lo antes señalado, el agraviado con más razón, debe estar dotado, no sólo de facultades para actuar en el proceso, sino de mecanismos para accionar en defensa de sus intereses, para cuyo empleo debe contar con la facilitación por parte del Estado de las vías para su efectividad, en tanto instrumento para la defensa de sus derechos e intereses.

Siendo así las cosas, tal como se ha indicado, el legislador patrio en perfecta congruencia con las previsiones constitucionales, ha dotado a la víctima no sólo de facultades para intervenir en el proceso, sino de medios para hacerse parte y participar de manera directa en la realización de los fines del mismo, razón por la cual, si bien legalmente el Ministerio Público es el titular de la acción, porque tal como señala Vásquez (ibíd.), representa intereses de

orden público y por ello actúa en nombre del Estado, la víctima puede coadyuvar en la obtención de la verdad sobre los hechos y su autoría.

No obstante lo antes señalado, no ha habido unanimidad en cuanto a los criterios sobre el ámbito de aplicación de la querrela, por el contrario, algunos autores, atribuyen su aplicación solo en el caso de los delitos de acción privada, mientras que otros la consideran tanto en delitos de acción pública como en delitos dependientes de instancia de parte.

Para algunos autores, sostener la existencia de la querrela privada, equivale a admitir el regreso al período de la vindicta privada, así Gimeno Sendra (op. cit, p. 53) señala: “A nuestro juicio, la existencia de una acción estrictamente privada en nuestro ordenamiento procesal podría derivarse de la escasa entidad o relevancia del interés social existente en el bien jurídico protegido de los delitos privados”

Sobre ese tema, Fairen, citado por Gimeno Sendra (op.cit, p.59), señala: “El concepto de acción pertenece al campo del Derecho Político. La querrela y la denuncia realizada ante la autoridad judicial es el instrumento idóneo para ejercitar tanto la acción penal pública como la privada”

Del criterio esbozado por el autor citado, la querrela puede ejercitarse tanto en delitos de acción pública como en delitos de acción privada.

En realidad, el tema de la querrela en las legislaciones e incluso en la jurisprudencia y la doctrina, ofrece disímiles posiciones, desde cuya perspectiva se demuestra lo difícil del abordaje del mismo, es así como, desde una posición afirmativa se ha considerado que debe admitirse a la víctima, desde todo punto de vista, pero sobre todo atendiendo al aspecto moral, como querellante particular, cuando el delito afecte intereses patrimoniales o morales, con lo cual se le atribuye una connotación económica al fin de la querrela.

Para quienes sostienen esta tesis, los ordenamientos procesales, tienen la obligación legal de incluir al querellante particular en los delitos de acción pública, por tratarse de un derecho individual con sustentación constitucional.

Frente a esta posición hay quienes se oponen o niegan la posibilidad de atribuir a la víctima, el derecho a querellarse en delitos de acción pública, al considerar que en estos casos, la potestad de castigar corresponde al Estado, y éste lo ejerce a través del Ministerio Público. Desde esa visión no es admisible la concurrencia del agraviado con la representación fiscal, puesto que no siendo la facultad persecutoria reconocida a los particulares, su exclusión no compromete principio constitucional alguno.

Lo que si está claro y admitido es la intervención de la víctima en el caso de los delitos de acción privada.

Sobre el particular señala Cafferatta (op. cit, p. 49-50), en alusión a la evolución jurisprudencial acerca del asunto:

Sin embargo y más recientemente parece insinuarse un cambio de orientación de esta línea jurisprudencial. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, admitió que el pedido de condena realizado por el querellante por un delito de acción pública es idóneo para habilitar al tribunal de juicio para que dicte una sentencia condenatoria-aunque el fiscal hubiera pedido la absolución- fundando esta decisión en derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el artículo 18 de la carta magna cuyo alcance encuentra coincidencia con el que reconocen los artículos 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles. Sobre este fallo señalamos, que el alto tribunal parecía “haber interpretado...(…)...implícitamente, que el derecho del afectado está incorporado de algún modo en el bien jurídicamente protegido por la norma penal, por lo que reconoce, (no tan implícitamente), que es también un derecho del ofendido “de carne y hueso” obtener la aplicación de la pena prevista en la ley para el caso de vulneración de aquel bien jurídicamente abstracto, derecho que se le reconoce sólo a él por su condición de tal, es decir, por haber sido lesionado en su interés o en su derecho concreto (y no a cualquier persona, lo que sería en caso de “acción popular”, en donde el ciudadano representa el interés general, no su propio derecho)

El mismo autor (op. cit, p. 50-51) continúa señalando:

El fallo nos dio pie para conjeturar que la corte así lo decidió porque quizá compartiera una muy interesante corriente de pensamiento (en la que nos sentimos expresados) que postula que el derecho penal tiene por fin la tutela (subsidiaria) de los intereses generales de la sociedad, penalmente simbolizados en los bienes jurídicos, pero que también debe tutelar los intereses concretos de la víctima y en condiciones de igualdad, ya que el delito no es sólo una lesión a un bien abstractamente protegido,

como tal por la ley penal (v.gr. “la propiedad), sino que es también una lesión al derecho del ofendido (v. gr.” su propiedad”).

En España, se pone en práctica un sistema de triple titularidad de la acción de carácter público, así de conformidad con el artículo 100 y siguientes de LECrim, en este sistema se admiten que la acción pena pública la ejercite el Ministerio Público; pero se abre la posibilidad de que la víctima ayude en el ejercicio de la acción penal y por otro lado se permite el ejercicio de una acción popular.

Con relación a la querrela desarrollada en la legislación criminal española, Gimeno Sendra (op. cit, p 88-89), señala lo siguiente:

Todas estas consideraciones nos llevan a distinguir dentro de LECrim, los siguientes tipos o clases de querellas:

- A) Querellas Públicas, son las que pueden deducirse ante el Juez de Instrucción competente...(...)...cuando el querellante lo sea el Ministerio Público o el acusador público;
- B) Querellas privadas, constituyen tales querellas las que pueden ejercitar el particular ofendido, tanto en las causas que se instruyen por la comisión de delitos públicos como semipúblicos y privados.

En el caso de las querellas privadas, el autor distingue entre querrela exclusiva y necesaria, referida a delitos de acción privada; respecto a los cuales, la investigación no podrá iniciarse sino a instancias del querellante

ofendido. Representa esta querrela presupuesto procesal para dar inicio al proceso (Delitos de injuria; difamación).

El otro tipo de querrela privada es la catalogada como contingente; no constituye presupuesto procesal para iniciar la investigación; puesto que de no instar la investigación mediante querrela, la víctima podrá hacerlo con la mera denuncia, dado que conserva la acción con carácter exclusivo. Se trata de delitos denominados semipúblicos.

El legislador patrio ha admitido la figura en estudio, tanto en los delitos de acción pública como en los delitos de acción privada, sólo que la revisión de la normativa reguladora de la misma, se observa que ella encuentra un campo más fértil para su desarrollo, en el caso de los delitos de acción privada, dadas las limitaciones u obstáculos a ser vencidos por la víctima para poder accionar y en definitiva para intervenir en el caso de los delitos de acción pública.

Cuando se trata de delitos de acción pública, la investigación se iniciará de oficio, independientemente de la forma, en que el Ministerio Público tenga conocimiento de la comisión o perpetración de un hecho público.

En congruencia con lo antes señalado, el artículo 283 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP), establece:

El Ministerio Público, cuando de cualquier modo tenga conocimiento de la perpetración de un hecho punible de acción pública, dispondrá que se practiquen las diligencias tendentes a investigar y a hacer constar su comisión, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la responsabilidad de los autores y demás partícipes, y el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración

Se desprende del texto de la norma citada que el Ministerio Público, titular de la acción penal pública podría llegar a conocer de los hechos por diferentes vías, incluida la querrela (artículo 283, cualquier modo), por denuncia o por querrela, (artículo 300 COPP) o en virtud de flagrancia (artículo 248), caso en el cual dispondrá que se practiquen todas las diligencias dirigidas a establecer la verdad. Se trata de la apertura de la averiguación de oficio.

La averiguación de oficio en el caso de la querrela se corrobora del antes citado artículo 300 del texto adjetivo penal, cuando señala: ...interpuesta la denuncia o la querrela,...el fiscal del Ministerio Público ordenará, sin pérdida de tiempo, el inicio de la investigación...Mediante esta orden el Ministerio Público dará comienzo a la investigación de oficio... (...)

La investigación de oficio, da lugar al inicio de la Fase Preparatoria, cuya finalidad está contemplada en el artículo 280 del mismo texto adjetivo penal, cuando señala: “Esta fase tendrá por objeto la preparación del juicio oral y público, mediante la investigación de la verdad y la recolección de todos los elementos de convicción que permitan fundar la acusación del fiscal y la defensa del imputado”.

La fase preparatoria es una etapa que conducida por el fiscal del Ministerio Público, ha sido concebida para que se realicen diligencias y trámites, tendentes a la recabación de fuentes de pruebas o elementos de convicción, de modo que el órgano investigador pueda fundamentar o sustentar su acusación y proporcionar como órgano de buena fe, elementos que puedan servir de fundamento a la defensa del perseguido penal.

Pero en modo alguno, a la víctima le está negada participar en esta fase, de hecho ha quedado demostrado que la querrela es un instrumento, inicialmente empleado para impulsar la investigación, y por lo tanto de las diligencias cuya práctica solicite, tal como se desprende del texto de los artículos 293, 294 y 295 del Código Orgánico Procesal Penal, podría sustentar, si lo decide, una acusación propia, tal como se verifica de los artículos 327 y 328 del mismo texto, a ser analizados con posterioridad.

Ahora bien, para que la querrela pueda formularse en la primera fase del proceso, es menester que la víctima, titular de la misma, la interponga a través del órgano jurisdiccional, en este caso el Juez de Control, tal como se verifica del texto de los artículos 292 y 293 del Código Orgánico Procesal Penal.

En definitiva en los delitos de acción pública, el Ministerio Público tiene atribuido la titularidad de la acción, pero ello no impide por no ser la investigación, una actividad exclusiva y excluyente del órgano investigador, que los interesados, es decir imputado y víctima, requieran de él, la práctica de diligencias en aras de coadyuvar en la consecución de la verdad.

Tal como se indicó supra, la víctima puede obrar en caso de tratarse de delitos de acción pública, como coadyuvante en la obtención de elementos de convicción que permitan sustentar una acusación, pero también podrá hacerlo como querellante en ejercicio de la acusación particular propia, que a decir de Clarià (op. cit, p. 30) “es querellante particular”, definiéndolo como el “que produce querrela para provocar un proceso penal o que se introduce en un proceso en trámite como acusador...

Conforme a la definición del citado autor, provocar un proceso penal, equivale a requerir del Ministerio Público la práctica de diligencias de investigación; pero también hace referencia al querellante constituido en acusador. En este caso, se trataría del acusador particular propio de la legislación procesal penal venezolana, quien se introduce en un proceso en trámite con tal carácter.

Ahora bien, atendiendo a las previsiones sobre el inicio de la investigación, debe entenderse que la Querrela es un mecanismo que impulsa una investigación; pero no necesariamente debe pensarse que la querrela debe ser el medio principal que haya conducido a llevar a cabo la investigación.

En los delitos de acción pública, el Ministerio Público puede dar inicio a la investigación, cuando por cualquier medio tenga conocimiento, de la perpetración de un hecho punible, y la víctima podría hacerse parte en el proceso presentando escrito de querrela, a los efectos de coadyuvar en la consecución de los elementos de convicción, con miras a fundamentar una

acusación propia, aunque pudiera optar por adherirse a la acusación Fiscal, sin haberse querellado previamente.

De las normas reguladoras de la figura en estudio, se desprende que en delitos de acción pública, la querella no constituye necesariamente el principal mecanismo que impulse la apertura de la investigación, puesto que como se verifica del texto de los artículos 283 y 300 del Código Orgánico Procesal Penal, la averiguación pudo haberse iniciado como resultado de cualquier medio, a través del cual llega a conocimiento del Ministerio Público, la comisión o perpetración de un hecho punible.

Desde la perspectiva de los anteriores planteamientos, la querella en los delitos de acción pública, puede consistir en un escrito presentado en fase de investigación por parte de la víctima por ante el Juzgado de Control con el objeto de requerir la práctica de diligencias de investigación, resultado de lo cual, admitido el escrito, convierte a la víctima en querellante, quien podrá optar por acusar o no hacerlo e incluso por adherirse a la acusación fiscal.

Pero si bien la querella legítima a la víctima para accionar por ante el órgano jurisdiccional, hay una serie de elementos que desdican de tal legitimidad y por lo tanto de la condición atribuida como instrumento para acceder a los órganos de administración de justicia en resguardo de sus intereses.

Sostiene Pérez Sarmiento (op.cit, p.87):

El sistema de ejercicio de la acción penal establecido en el COPP es absoluto en principio, pues a pesar de que la víctima tiene derecho a formular una acusación particular propia, independiente de la del fiscal, tal acusación particular, conforme a la letra del COPP, sólo es procedente cuando el fiscal decide acusar, porque si éste se abstiene de hacerlo y opta por archivar el asunto o solicitar el sobreseimiento, la víctima no tendría derecho a formular acusación, ni a solicitar la apertura del proceso a juicio oral, quedándole sólo el recurso de apelación estéril por demás, en tanto los jueces no pueden obligar al Ministerio Público a que acuse.

El principio de oficialidad que orienta la investigación llevada a cabo por el Ministerio Público, determina que es éste, el órgano facultado para ponerle fin a la misma, a través de tres actos conclusivos a saber: La Acusación Fiscal, el Archivo de las Actuaciones y el Sobreseimiento de la Causa.

Una vez que el Ministerio Público, haya considerado que existen suficientes elementos de convicción para ejercer la acción, interpondrá la acusación de conformidad con lo planteado en el artículo 326 del Código Orgánico Procesal Penal que señala: “Cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del Imputado, presentará la acusación ante el tribunal de control...”

Esta norma corrobora una vez más, que ciertamente en el ámbito de los delitos de acción pública quien controla o ejerce de manera titulativa, aunque no exclusiva la acción penal, es el Ministerio Público, y es este órgano, el que decide cuando poner fin a la investigación que lleva a cabo.

Es esta la situación que introduce disonancias respecto del derecho de la víctima a accionar en aras de requerir a su favor el derecho a la jurisdicción, con miras a tutelar sus intereses, porque si bien, la titularidad no es exclusiva, no es menos cierto, que ella impide por el principio de oficialidad, el ejercicio del derecho correspondiente al agraviado.

Por lo antes expuesto queda claro, que mientras el Ministerio Público no decida acusar, aun cuando la víctima se haya querellado, no podrá hacerlo ella, y mucho menos podrá adherirse a la acusación fiscal.

Corresponde al Ministerio Público, cuando según su criterio ha recabado o cuenta con suficientes elementos de convicción que así lo permitan, ejercer la acción, mediante la formulación de la acusación penal.

Pero además, el derecho a presentar acusación particular propia, sin haberse querellado previamente, puede convertirse en una actividad cuesta arriba para la víctima, puesto que sin haber requerido, la práctica de diligencias previas, sólo contaría con los datos y elementos de convicción recabados por el Ministerio Público, y lo sería peor, si el ofendido manifestare inconformidad con la actuación observada por el Fiscal.

Además de ser querellante particular, la víctima puede serlo en forma adherente o adhesiva, asumiendo las consecuencias y suerte de lo que ocurra con la acusación interpuesta por el órgano fiscal.

El derecho a presentar acusación particular propia, habiéndose querellado previamente o no, se verifica del contenido del artículo 327 del Código Orgánico Procesal Penal, cuando plantea:

Presentada la acusación el Juez convocará a las partes a una audiencia oral, que deberá realizarse dentro de un plazo no menor de diez, ni mayor de veinte días.

La víctima podrá dentro del plazo de cinco días, contados desde la notificación de la convocatoria, adherir a la acusación fiscal o presentar una acusación particular propia, cumpliendo con los requisitos del artículo 326.

La admisión de la acusación particular propia de la víctima al término de la audiencia preliminar, le conferirá la cualidad de querellante, en caso de no ostentarla con anterioridad por no haberse querellado previamente durante la fase preparatoria. De haberlo hecho no podrá interponer acusación particular propia, si la querrela hubieres sido desistida. Evidencia la norma transcrita la supeditación de la querrela en los delitos de acción pública a la acción ejercida por el Ministerio Público, naciendo el derecho para ella de querrellarse en forma particular, o adherente o adhesiva, luego de la notificación hecha por el juzgado de control, sobre la formulación de la acusación por parte del órgano fiscal.

De la misma norma se desprende que la víctima ostenta la condición de parte al haberse querellado en fase preparatoria y por haber sido admitido el escrito de querrela durante dicha etapa, de conformidad con el artículo 295 del Código Orgánico Procesal Penal, carácter que se pierde, si se hubiese desistido de la querrela.

Lo antes señalado es ratificado por el artículo 328 del COPP, en los siguientes términos.

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

De lo antes señalado, se verifica que hasta tanto la víctima no se querelle no tendrá la condición de parte, por lo que tal como se indica supra, no puede entenderse que la misma pueda solicitar la práctica de diligencias de investigación, conforme al artículo 305 del COPP, no siendo parte en el proceso, y sobre todo no se entiende como puede requerirlas directamente por ante el Ministerio Público y éste decidir, si las admite o no.

De ser necesario la querrela, bien sea con el carácter de escrito en fase de investigación o mediante interposición de escrito de acusación particular propia o por adherirse a la acusación fiscal, parece desprenderse del contenido del artículo 328 del Código Orgánico Procesal Penal, que si la víctima no es querellante, lo que equivale a decir parte, no podrá realizar las actuaciones referidas en dicho dispositivo, y sobre todo, no podrá celebrar acuerdos reparatorios durante la fase intermedia del proceso.

En Criterio de quien suscribe el presente trabajo, el acuerdo reparatorio sólo es posible entre el imputado y el afectado por el hecho punible, de modo que

si ambos desean poner fin al litigio, por esa vía, salvo disposición en contrario, no hace falta que la víctima se haya convertido en parte, es decir, que se haya querellado. Eso sería otra limitación a sus derechos en el proceso penal.

Lo antes señalado se corrobora del texto del artículo 40 del Código Orgánico Procesal Penal, regulador de la señalada alternativa a la prosecución del proceso, cuando establece: “El juez podrá desde la fase preparatoria, aprobar acuerdos reparatorios entre el imputado y la víctima, cuando....(Omissis)...”, verificándose que no es requisito exigible para el ofendido por el hecho, la interposición de la querrela o la acusación particular propia.

Respecto al lapso para la interposición de la acusación particular por parte de la víctima, Pérez Sarmiento (2008, p. 403), plantea:

Respecto a estos efectos hay que aclarar dos cosas muy importantes. En primer lugar los tribunales de control tienen que actuar con diligencia para evitar que el lapso de convocatoria de la audiencia preliminar no absorba al lapso de interposición de la acusación particular, pues como este último lapso sólo empieza a correr una vez que la víctima es notificada, si esta notificación llegare a producirse faltando tres días para la audiencia preliminar, entonces ni la víctima tendría realmente cinco días para interponer su acusación, ni el imputado tendría la posibilidad de contestarla.

El citado autor (ibídem) plantea más adelante:

En segundo lugar hay que aclarar que después de la reforma del 2001, bajo ningún concepto pueden considerar la víctima y sus abogados que el haber interpuesto la querrela durante la fase preparatoria deja cumplida la posibilidad de acusación particular propia a que se refiere este artículo 327 del COPP, por lo cual no vale decir, que se ratifica aquella querrela como acusación. Eso no es así pues la querrela (artículo 292) es una mera denuncia calificada, en tanto que la acusación privada tiene que cumplir los requisitos del artículo 326. De manera que la víctima, si quiere mantener posiciones de hecho y derecho, distintas a las de la acusación fiscal, tiene que producir una acusación conforme al artículo 326, pero si simplemente ratifica la querrela presentada en la fase preparatoria, entonces, como ya tiene la condición de querellante, y por ende, de parte formal debe considerársele adherida a la acusación fiscal, según el último aparte del artículo 327 del COPP, y podrá colocar a sus abogados o representantes en los estrados para alegar e intervenir de pleno derecho en el debate probatorio.

Considerando lo expuesto por el citado procesalista, no podría ser posible para el querellante, ratificar el contenido de la querrela presentada en fase preparatoria, puesto que como se conoce, ésta comprende un escrito, mediante el cual la víctima, requiere de la práctica de una serie de diligencias, que si bien podría contener la mención de una o varias personas como posibles autores o partícipes en la perpetración de los hechos. De producirse la ratificación, sostiene, se entiende que se adhiere a la acusación fiscal, que es como no decir nada, puesto que al adherirse asume las consecuencias del accionar del Ministerio Público, aunque tal como señala, podrá colocar a sus abogados en estrados para alegar e intervenir de pleno derecho en el debate probatorio..

El escrito debe tener como objeto la realización de actuaciones dirigidas a establecer la vinculación de los presuntos responsables con los hechos. La querrela de la fase preparatoria, es la investigación inicial o complementaria requerida por la víctima, a través del juez de control, al Ministerio Público, por ello, no debe ni puede ser confundida con la acusación.

Más adelante el autor citado sostiene, de conformidad también con el último aparte del artículo 327 del COPP:

Si la querrela fue rechazada durante la fase preparatoria, quien la presentó no podrá presentar acusación particular propia durante la fase intermedia.

Si se llegare a abolir, por sentencia de inconstitucionalidad o por vía del control difuso, el monopolio del Ministerio Público sobre la iniciativa en el ejercicio de la acción penal en la fase intermedia, establecido en el artículo 11 del COPP, que aún cuando muy importante, es realmente lo que le quedó de ese monopolio, después de la reforma del 2001, la víctima quedaría en plena libertad de presentar su acusación particular propia cuando considere que la investigación previa arroja elementos para ello, tal como lo puede hacer hoy el Ministerio Público, conforme al encabezamiento del artículo 326.

Las observaciones hechas por el autor dan a entender como a pesar de la merma experimentada por el Ministerio Público desde la reforma del 2001, en cuanto a los poderes que le atribuyen la titularidad de la acción penal, tendría que producirse por vía del control difuso de la constitucionalidad, alguna decisión que ciertamente garantice a la víctima la libre y efectiva asunción del derecho a accionar por vía de acusación particular propia, cuando verificase

que las diligencias de la investigación arrojan suficientes elementos que pueden sustentar su acusación.

Otros dos actos conclusivos de la investigación por parte del Ministerio Público, son el archivo de las actuaciones y el sobreseimiento de la causa. Si el Ministerio Público decide archivar o solicitar el sobreseimiento de la causa, el afectado por el hecho punible no podrá acusar, quedándole sólo la posibilidad de solicitar en cualquier momento la reapertura de la investigación, indicando las diligencias conducentes; pero además podrá requerir del juez de control la revisión o examen de los fundamentos del archivo acordado o de ejercer el recurso de apelación, frente a la declaratoria con lugar del sobreseimiento.

En efecto las facultades antes señaladas, respecto al archivo judicial están contenidas en los artículos 315 y 316 del Código Orgánico Procesal Penal, en los siguientes términos: “En cualquier momento la víctima podrá solicitar la reapertura de la investigación indicando las diligencias conducentes” y “Cuando el Fiscal del Ministerio Público haya resuelto archivar las actuaciones, la víctima, en cualquier momento podrá dirigirse al juez de control, solicitando examine los fundamentos de la medida”

Pese a lo antes indicado, el legislador plantea en la misma norma que el fiscal notificará del archivo acordado a la víctima que haya intervenido en el proceso, hecho que conduce a preguntar ¿De qué intervención se trata? En todo caso debe entenderse, se trata de la persona tenida como víctima, sobre todo si se tiene en cuenta las previsiones del artículo 120 relativo a los

derechos de la víctima, coincidentes con los derechos de la persona ofendida, en el caso del procedimiento penal aplicable a los adolescentes incurso en hechos punibles, aun cuando en este se observan algunas diferencias, tal como se desprende del artículo del literal d) del artículo 662 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Esta facultad atribuida a la víctima ha conducido a Pérez Sarmiento (op. cit, p.388) a señalar:

Por otra parte el COPP en resguardo de los derechos de la víctima establece que: “Cuando el Fiscal del Ministerio Público haya resuelto archivar las actuaciones, la víctima en cualquier momento podrá dirigirse al Juez de Control solicitándole examine los fundamentos de la medida” De esta manera el legislador convierte a la víctima en supervisor del Ministerio Público e impulsor del proceso para evitar que el fiscal no acuse por lenidad, indolencia o negligencia.

Más adelante el mismo autor (ibídem) plantea sobre el mismo asunto:

Sin embargo, el imputado no tiene igual posibilidad expresa de dirigirse al juez de control y pedirle que examine los fundamentos de la decisión del archivo fiscal, a fin de que le otorgue el sobreseimiento al que tiene derecho de ser cierto que las diligencias practicadas en la fase preparatoria resultan insuficientes para acusar, o sea que no hay pruebas para incriminarlo. Por eso creo que la jurisprudencia sobre la base de los principios generales de defensa e igualdad en el debate, consagrados en la Constitución (art.49) y en el artículo 12 de propio COPP (referidos al derecho a la defensa) debe admitir la impugnación de la decisión del archivo fiscal que realice el imputado a fin de que se le sobresea o absuelva, sobre todo

porque el legislador ya plasmó ese derecho para la víctima en el artículo 316 y, como reza el viejo adagio popular, lo que es igual no es trampa.

La posición del citado autor acerca del derecho conferido a la víctima para solicitar el examen de los fundamentos del archivo fiscal, si bien podría comportar una previsión en detrimento del imputado, ello no resulta cierto del todo, puesto que en ejercicio del derecho a la defensa, el imputado podría impugnar la decisión que le cause agravio, y de resultar que el archivo lo ocasionare, nada impide que requiera el examen de la decisión, por otro lado, es menester señalar que el imputado en fase de investigación no está facultado para solicitar directamente el sobreseimiento de la causa.

En efecto, durante la Fase Preparatoria, tal solicitud sólo está atribuida al Ministerio Público, por tratarse según indica el legislador de un acto conclusivo de la investigación, tal como se desprende del contenido del artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal; pero el perseguido penal podría oponer una excepción y lograr, de declararse con lugar la excepción, el sobreseimiento de la causa, de conformidad con lo contemplado en el numeral 4 del artículo 33 del Código Orgánico Procesal Penal.

En efecto el antes citado artículo plantea: “La declaración de haber lugar a las excepciones previstas en el artículo 28, producirá los siguientes efectos:... (Omissis)... 4. La de los numerales 4,5 y 6, el sobreseimiento de la causa”

Ante el planteamiento de examen hecho por la víctima respecto al decreto de archivo acordado por el Ministerio Público, el artículo 317 del mismo texto, prevé: “Si el tribunal encontrare fundada la solicitud de la víctima así lo declarará formalmente, y ordenará el envío de las actuaciones al Fiscal Superior para que éste ordene a otro fiscal que realice lo pertinente”

Podría ocurrir que tal como ocurre con el sobreseimiento, el Fiscal Superior insista en el archivo de la causa o se niegue a ordenar a otro fiscal la realización de lo conducente.

Sucede que en el caso del sobreseimiento, el legislador ha conferido expresamente al Fiscal Superior la facultad de insistir en el mismo, es decir, no estar de acuerdo con la orden emanada del tribunal, y por lo tanto no formular la acusación, caso en el cual el juez deberá aún en contra de su voluntad, ratificar o refrendar el sobreseimiento, tal como se prevé en el artículo 323 del texto adjetivo penal.

En el caso del archivo, el Fiscal Superior deberá obedecer la orden emanada del tribunal que ordene remitir a otro fiscal a fin de que proceda en consecuencia, aunque el antes citado autor, interpreta que es prerrogativa del Fiscal Superior negarse a ordenar a otro fiscal acusar o sobreseer la causa y podrá proceder conforme al artículo 323 del Código y el juez obligado a refrendar, mediante auto motivado.

El artículo 315 consagra el derecho de la víctima a solicitar la reapertura de la investigación, lo cual de inicio se entiende debe plantearse ante el Ministerio Público, órgano que pudiera negarse a hacerlo, ello implicaría hacer uso del derecho a solicitar por ante el juez de control el examen de los fundamentos del decreto.

Se infiere del texto del artículo 316 que el examen de los fundamentos del decreto de archivo, puede solicitarse directamente al Juez de Control, sin requerir al Fiscal reapertura de la Investigación o después de requerida ésta, y ante la negativa de hacerlo por parte del Ministerio Público, cuando la norma indica "...la víctima, en cualquier momento..." pero además la solicitud de reapertura lleva implícito la solicitud de práctica de diligencias.

Ahora, esas diligencias se plantearán ante el Fiscal del Ministerio Público, ya que como se infiere del artículo 316 es ante ese órgano que se solicita la reapertura y se requieren las diligencias a esos fines; no obstante, preocupa que en torno a esta figura no se prevea una mayor presencia del juez de control, llamado como está a controlar los actos de investigación.

Llama poderosamente la atención, que la víctima que pretenda diligencias de investigación con miras a establecer hechos y autoría en el caso de delitos de acción pública en el proceso penal ordinario, pueda requerir las señaladas diligencias para lograr la reapertura de la investigación, caso en el cual no se trata de manifestación alguna para hacerse parte en la diatriba.

De lo antes señalado debe interpretarse que tales diligencias están dirigidas a establecer la existencia de elementos que deben ser recabados para poner fin al decreto de archivo, pero no son las diligencias conducentes a convertir a la víctima en querellante.

El artículo 330 del Código Orgánico Procesal Penal, establece las decisiones que habrá de tomar el juez de control, finalizada la audiencia preliminar, entre las cuales está, conforme al numeral 2 de dicha disposición: "...admitir total o parcialmente la acusación del fiscal o del querellante y ordenar la apertura a juicio..."

Señala al respecto Pérez Sarmiento (op. cit, p. 410):

El Juez de Control, en la audiencia preliminar puede admitir tanto la acusación del Ministerio Público como la de la víctima; pero necesariamente tiene que dar cabida a una de ellas a los efectos del auto de apertura, pues el acusado no puede defenderse de dos visiones distintas del mismo hecho, de tal manera que el Juez tiene que escoger de conformidad con lo que a su libre juicio resulte de las actuaciones, a la hora de dar cumplimiento al numeral 2 del artículo 331. Cualquier omisión de escogencia o chapucería de corta y ensambla, de la que estamos hartos, dará lugar a un amparo por violación del derecho a la defensa...

Pero esa posibilidad de admitir la acusación particular de la víctima por encima, o dejando de lado la del Ministerio Público, no pareciera ser práctica que ponga de manifiesto un verdadero rol protagónico de la víctima, puesto que el citado autor señala lo siguiente:

Sin embargo, el COPP, aún después de la Reforma de 14 de noviembre de 2001, no es absolutamente liberal, ni totalmente avanzado, en el tratamiento de las facultades de la víctima, pues a pesar de autorizar la prevalencia de la acusación particular propia de la víctima sobre la acusación del Ministerio Público en la audiencia preliminar y de autorizar a la simple víctima a recurrir con toda independencia del Ministerio Público (ver artículo 120 núm. 8 y 325 del COPP) todavía la sujeta a la actuación del Ministerio Público, al no darle la posibilidad de acusar por sí sola cuando el Ministerio Público considere que debe sobreeserse o archivar la causa, o simplemente como es usual, se muestre remiso.

La confusión sobre esta situación es de tal magnitud, que el autor cuyos comentarios son objeto de consideraciones, señala (op. cit, p.413):

Aunque se hayan admitido las dos acusaciones, es decir, la del fiscal y la de la víctima, si estas tienen visiones distintas de los hechos, el juez de control solo puede llamar a juicio oral al imputado por una sola de esas visiones o por la visión del hecho que, siendo más benignas que aquellas, considere el juez pertinente.

Del criterio sustentado por el autor citado, se desprende que el Juez de Control podría admitir las dos acusaciones en la medida en que sean coincidentes en cuanto a la visión, hecho que no ocurriría de enfrentarse a dos posiciones acusatorias distintas, razón por la cual sostiene lo siguiente:

De tal manera el hecho narrado en el auto de apertura tiene que ser uno sólo y no dos, ni se pueden presentar alternativas, ni estupidez aquella que consistiría en decir que se admitieron “las acusaciones del Ministerio Público y de la víctima que imputan los

siguientes hecho” y acto seguido se transcriben los hechos imputados por ambas partes...Eso hace nulo el auto de apertura por falta de determinación precisa del hecho objeto de juicio, a menos que se que los límites de la imputación se atenderán a la imputación más grave, caso en el cual el auto de apertura perdería sentido.

Si tal como plantea el autor antes citado, el juez debe desechar una acusación para poder continuar el procedimiento, y lo hiciere con la acusación fiscal, debe revisarse los efectos que tal decisión produce respecto de la causa y de la acusación particular propia de la víctima.

Si el juez considerare que acusación fiscal carece de suficientes elementos que la sustenten y que concurre cualquiera de las causales o que ha existido tal como lo sugiere el mismo tratadista, violación de los derechos constitucionales y de las formalidades del proceso en detrimento del acusado, de manera que afecte la validez del acto y no puedan ser subsanadas ni en misma fase intermedia, ni en el juicio oral, la desestimación de la misma, determinará el sobreseimiento por auto fundado, por ello, no puede entenderse como producido el sobreseimiento a favor del imputado puede mantenerse viva la acción de la víctima.

Resulta ilógico, que decretado el sobreseimiento de la causa, en virtud de haberse desestimado la acusación interpuesta por el Ministerio Público, pueda mantenerse incólume la acusación interpuesta por la víctima, en un proceso penal como el venezolano, donde el órgano fiscal ejerce por principio de oficialidad la titularidad de la acción.

Respecto a lo antes señalado, cabe traer a consideración, lo sostenido por el propio Pérez Sarmiento (op. cit, p 45): “En los ordenamientos procesales que cuentan con una fase intermedia de conocimiento, si la acusación no es admitida por el tribunal competente, el proceso habrá fenecido y procederá la exoneración del acusado”

De lo antes señalado se deduce, que a pesar de haber una posible alternativa al ejercicio y admisión de la acusación por parte de la víctima, que según el numeral 2 del artículo 331, pudiera ser admitida, aunque ello no se hiciera con la interpuesta por el Ministerio Público, el propio Código Orgánico Procesal penal se encarga de advertir que dentro del sistema acusatorio venezolano, priva el principio de oficialidad, que atribuye al Estado la persecución del hecho punible y supedita al ejercicio de la acción por parte del órgano estatal, encargado de la investigación, el ejercicio de la acción por parte de otras personas interesadas en las resultas del proceso.

En este sentido Pérez Sarmiento (op. cit, p. 50), plantea:

En este artículo 11, el COPP, establece un sistema absoluto de ejercicio de la acción penal, pues establece el monopolio del Estado, respecto a ella, a través del Ministerio Público, con muy limitadas excepciones, establecidos en los artículos 25 y 26. Esta es la manifestación más extrema del principio de oficialidad, que supone que el Estado, a través de la Fiscalía, es el único facultado para perseguir el delito, pero con la obligación de hacerlo siempre y a todo evento...

Más adelante sostiene el mismo autor (ibídem):

No obstante, el sistema de ejercicio penal en la letra del COPP es semi-absoluto y monopólico por parte del Ministerio Público, ya que de acuerdo con lo establecido en el artículo 317 y 323, cuando el Ministerio Público considera que no debe presentar acusación y que lo procedente es el archivo o el sobreseimiento de la causa, el único recurso que le queda a la víctima es instar al Juez de Control para que se dirija al Fiscal Superior a fin de que éste examine los fundamentos de la opinión del fiscal del proceso y le obligue a acusar o le encomiende a otro fiscal el hacerlo. Pero si el Fiscal ratifica la solicitud de sobreseimiento de su subordinado, entonces el Juez de Control de la investigación viene obligado a decretar el sobreseimiento, según el artículo 323, lo cual podría acarrear impunidad por falta de solución procesal que confiera el ejercicio de la acción penal autónoma a la víctima o los perjudicados.

Es indudable que siendo el fiscal del Ministerio Público, el titular de la acción Penal Pública, y por cuanto nada se plantea respecto de la acción ejercida por la víctima en forma particular, se desprende que la suerte de esta será la que experimente la acción ejercida por el Ministerio Público.

La situación de la querrela y el querellante en el proceso penal, no es clara, y ello ha dado lugar, a interesantes planteamientos, sobre el tema y en particular en el ámbito de la doctrina extranjera, en el marco de la cual ha habido más preocupación por el estudio de la figura en consideración.

En el sentido antes señalado Garro, citado por Cafferatta (2000, p.47), señala que: “los ordenamientos procesales “tienen la obligación legal” de incluir al querellante particular en los delitos de acción pública por tratarse de una garantía de un derecho individual con sustentación constitucional que afectan las relaciones de nuestro suelo con la justicia”

En ese orden de ideas Claría (op.cit, p.37), ha señalado que:

En nuestro país se ha debatido ampliamente si en los procesos por los delitos perseguibles por acción de ejercicio público, es conveniente o perjudicial permitir la intervención del particular ofendido en calidad de querellante... (Omissis). A este querellante se le llama conjunto, porque el titular de la querrela interviene en el proceso ejercitando, a la par del Ministerio Público, la acción penal...

De conformidad con la tesis del autor citado, el querellante al cual se refiere sería conjunto o adherente, con lo cual se demuestra la situación no clara acerca del rol de la víctima en el proceso penal y sobre todo en el caso de la acción penal pública.

En cuanto al tercer acto conclusivo atribuido al Ministerio como lo es el de solicitar el sobreseimiento de la causa, cabe recordar que su procedencia se determina de establecer la existencia de algunas de las causales contempladas en el artículo 318 del texto adjetivo penal.

Ahora bien, solicitado como sea el sobreseimiento por parte del Ministerio Público, de conformidad con las previsiones del numeral 7 del artículo 120 del Código Orgánico Procesal Penal y el literal g) del artículo 662 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la víctima tiene derecho a ser oída por el tribunal antes de decidir acerca de lo solicitado.

En este caso, el juez pudiese denegar la solicitud de sobreseimiento y ordenar al fiscal superior un nuevo pronunciamiento ratificando o rectificando la petición fiscal. El fiscal Superior pudiese ratificar el pedido de sobreseimiento, y de suceder, el juez dejaría a salvo su opinión en contrario.

En este caso la víctima, tal como se ha señalado previamente, podría impugnar la decisión que acuerde el sobreseimiento, recurso que es a todas luces inútil, por cuanto el Fiscal Superior ha ratificado la decisión de insistir en la solicitud de sobreseimiento, lo que hace presumir, que el criterio se mantendrá.

Sobre este particular señala Balza (2001, p.534):

Resulta entonces, que en un proceso penal se apelará de una decisión que formalmente tiene el carácter de jurisdiccional; pero que materialmente no lo es, porque no es voluntad del órgano con facultad de tal, que es la única que puede crear efectos jurídico-penales. En el proceso judicial se apelan o se impugnan decisiones que expresan voluntades libres de las personas que en función tienen facultades jurisdiccionales, no opiniones que los vinculan a aceptar decisiones con las cuales no están de acuerdo.

Luego señala el mismo autor (op. cit, p.535):

No se consigue el sentido de tener que apelar una decisión jurisdiccional donde materialmente el juez de control no ha fundamentado el agravio, pareciera incoherente, formalmente la

decisión judicial perjudica a la víctima; pero materialmente no, pues subyace la decisión del fiscal (facultad de investigar o acusar) y no la del que posee la voluntad jurisdiccional.

Se debería posibilitar seguir investigando por otro fiscal para luego si oír otra opinión y permitir al juez decidir con la exposición de más argumentos.

El numeral 8 del antes citado artículo 120 antes citado, establece como otra facultad de la víctima: “Impugnar el sobreseimiento o la sentencia absolutoria”

Estos derechos o facultades conferidos a la víctima han determinado que Pérez Sarmiento (op. cit, 197) sostenga:

El COPP le confiere un tratamiento de amplísima decencia a la posición procesal de la víctima, agraviado o perjudicado por el delito que constituye el hecho justiciable. En esto el COPP está a la altura de las más altas aspiraciones internacionales en la materia. Como se podrá apreciar, la víctima, en muchos casos, no necesitará siquiera de abogado para hacerse oír en el proceso, lo cual habla muy en alto del papel que le asigna este Código...

No obstante lo sostenido en esta cita por el autor, ya se ha indicado como desde su percepción, el mismo Código al cual se refiere en forma halagüeña, ofrece serías manifestaciones, tendentes a la limitación del ejercicio de los derechos consagrados constitucionalmente y legalmente a la víctima.

Resulta interesante el pronunciamiento de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, citada por Ortiz (2009, p.269), mediante sentencia 1.492 del 21 de noviembre de 2000, mediante la cual había decidido:

...si bien el Código Orgánico Procesal Penal le da derecho a la víctima de ejercer recurso contra la sentencia que declara el sobreseimiento, no es menos cierto, que este ejercicio está supeditado a que el fiscal, dentro del proceso penal, haya recurrido. Por lo tanto el ejercicio del recurso por parte de la víctima, tiene carácter accesorio, respecto de aquel que en su oportunidad ejerza el Fiscal del Ministerio Público, quien por ley tiene asignada la titularidad de la acción en los delitos de acción pública...

Del mismo modo y en sintonía con la cita anterior, el mismo autor (ibídem) trae a colación la sentencia N° 0013 de fecha 24 de enero de 2001, que señala:

...la víctima podrá impugnar el sobreseimiento o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiera intervenido en el proceso, siempre que el Fiscal del Ministerio Público haya recurrido. De lo anterior se desprende que en el nuevo proceso penal, si bien es cierto, que el Código Orgánico Procesal Penal le confiere a la víctima derechos, facultades y vías de participación en el nuevo proceso, respecto al modo de impugnar las decisiones, queda condicionado su ejercicio a que el fiscal también haya recurrido..

Lo antes señalado luce descabellado, frente al sobreseimiento que se hubiese decretado a solicitud del Ministerio Público, e insistido en ello, luego

de haberse ordenado al Fiscal superior la intervención de un nuevo fiscal, por cuanto es lógico entender, que el Ministerio Público no recurrirá.

En realidad, el sistema que desarrolla el Código Orgánico Procesal Penal, de carácter acusatorio, que en apariencia admite una víctima, participativa, con posibilidades de interponer una acusación particular propia, que pudiese ser admitida, de desecharse la acusación fiscal, confiere al órgano investigador la titularidad del ejercicio de la acción penal pública, en resguardo del principio de oficialidad, circunstancia que hará depender la suerte de la acusación particular de la que corra o haya corrida la interpuesta por el Ministerio Público.

Pero al mismo tiempo el señalado principio supedita el ejercicio de otra facultad atribuida como el de impugnar la decisión que decretare el sobreseimiento de la causa, prevista en el numeral 8 del artículo 120 del Código Orgánico Procesal penal, al ejercicio previo del recurso de apelación por parte del Ministerio Público.

Otro de los asuntos que denotan la limitación que experimenta la querrela frente a delitos de acción pública en el proceso penal aplicable a los adultos, está representado por la situación contemplada en el artículo 313 del Código Orgánico Procesal Penal, que textualmente plantea:

El Ministerio Público procurará dar término a la fase preparatoria con la diligencia que el caso requiera.

Pasados seis meses desde la individualización del imputado, este podrá requerir del Juez de Control la fijación de un plazo prudencial, no menor de treinta días ni mayor de ciento veinte días para la conclusión de la investigación.

Se observa del texto de la norma in comento que se dota al imputado de la facultad de requerir del Ministerio Público, de por terminada la investigación, convirtiéndose éste, en un acto del perseguido penal, razón por la cual, mientras el imputado no solicite la fijación del plazo o el Ministerio Público no dé por concluida la investigación, en las circunstancias contempladas en el citado artículo, la víctima estará sometida a la suerte de lo que ocurra, respecto a la actividad de la representación fiscal.

Frente a esta situación lesiva a los derechos de la víctima, por cuanto la obvia y desconoce su derecho a requerir la continuación del proceso, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero, de fecha 20 de noviembre de 2003, referida al expediente N° 01-290, señala lo siguiente:

Al respecto, observa la Sala que, el artículo 313 del Código Orgánico Procesal Penal, establece al Ministerio Público la obligación de procurar dar término a la fase preparatoria del proceso -fase de investigación- con la diligencia que el caso requiera.

Dicha falta de actividad, a tenor de lo previsto en el citado artículo 313, confiere al imputado la posibilidad de requerir al Juez de Control -pasados seis (6) meses de su individualización- la fijación de un plazo prudencial -no menor de treinta (30) ni mayor de ciento veinte (120) días- para la conclusión de la investigación, cuyo vencimiento o el de la prórroga de ser el caso, sin que el

Fiscal del Ministerio Público presente la acusación o solicite el sobreseimiento, da lugar al decreto de archivo por parte del Juez de Control -archivo judicial-, el cese inmediato de todas las medidas de coerción personal, cautelares y de aseguramiento impuestas y la condición de imputado.

Ahora bien, no consagra la referida norma -ni ninguna otra disposición de la ley adjetiva penal- que la víctima, ante la inactividad del Ministerio Público de dar término a la investigación, pueda requerir al Juez de Control la fijación de plazo al Ministerio Público, menos aún la sanción en caso de vencimiento del lapso prudencial fijado.

Precisa la Sala que, la falta de previsión al respecto coloca a la víctima en una situación de desigualdad ante la ley y, por ende conculca su derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva.

La posición del Dr. Cabrera, constituye una especie de ruptura aunque leve, con una situación que aún en la jurisprudencia patria, no encuentra jueces con suficiente disposición a aplicar las previsiones del artículo 23 constitucional y reconozcan los derechos que en tanto ciudadano corresponden a la víctima, pese a su consagración en instrumentos internacionales suscritos por la República; la Constitución y las leyes internas.

Tal como se indicó en líneas anteriores la querrela no es necesariamente, el instrumento de impulso inicial de la investigación, puesto que esta pudo haber comenzado, gracias a otros mecanismos, que den lugar a la persecución de oficio.

Lo antes señalado, se desprende del contenido del último aparte del artículo 296 Código Orgánico Procesal Penal, cuando establece lo siguiente: “...(omissis)...La resolución que rechaza la querrela es apelable por la víctima, sin que por ello se suspenda el proceso”.

La cita anterior permite inferir, que de no admitirse la querrela y continuar no obstante el proceso luego de interpuesto el recurso de apelación por parte de la víctima, no habría lugar a hablar de continuidad procesal, por cuanto de ser la figura señalada el mecanismo originario de la investigación, ni siquiera el mismo se habría iniciado.

De todo lo antes expuesto pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- a) La querrela es un mecanismo atribuido a la víctima;
- b) Los delitos de acción pública tienen como titular al Fiscal del Ministerio Público;
- c) La actuación del Fiscal en el ejercicio de la acción Penal Pública, pareciera en principio no ser excluyente, ni exclusiva, a pesar de ser titular de la acción, pero el propio Código Orgánico Procesal Penal, se encarga de atribuir al Ministerio Público, facultades que impiden la efectiva participación de la víctima, en defensa de sus intereses.
- d) La víctima puede coadyuvar en la investigación, mediante el ejercicio de la querrela, mecanismo atribuido a la misma, en los delitos de acción pública;

- e) Recibida la querrela el Ministerio Público dará inicio a la investigación, conforme a lo previsto en el artículo 283 del Código Orgánico Procesal Penal.
- f) Mediante la orden dictada, el Ministerio Público dará inicio a la investigación de oficio;
- g) De las elementos recabados, el Ministerio Público puede sustentar su acusación, el imputado su defensa y la víctima, podría fundamentar una acusación propia.
- h) La querrela luce dependiente y supeditada a la suerte de la acción penal cuyo titular es el Ministerio Pública.

Como puede observarse, si bien la víctima ha sido dotada de un importante instrumento o mecanismo, a los efectos de la defensa de sus derechos, el propio texto adjetivo penal, contiene elementos o límites que le impiden actuar en forma independiente y libre para ejercer la acción penal, razón por la cual es poco o ninguno el alcance de la querrela en el proceso penal venezolano.

- **La querrela en los Delitos de Acción Privada.**

Así como el Estado se preocupa por asegurar la paz social, asumiendo la persecución de ciertos actos, cuya perpetración es objeto de reproche generalizado, razón por la cual se les ha denominado Delitos de Acción Pública, hay conductas que si bien afectan intereses, su persecución no la

asume el Estado, por considerar que la preocupación por su castigo debe asumirla la parte agraviada por el hecho.

Desde esa perspectiva el artículo 24 del Código Orgánico Procesal Penal, ha dejado claramente establecido, que si bien en los delitos de acción pública, la persecución la asume obligatoriamente el Ministerio Público, hay otros cuya persecución debe asumir la víctima, cuando indica: “salvo que sólo que pueda ejercerse por la víctima...”

El artículo al cual se ha hecho referencia, tal como se indicó con anterioridad, permite distinguir entre delitos en los cuales para que el Ministerio Público accione, se exige requerimiento de parte agraviada y aquellos en los que no habrá de actuar el Ministerio Público de oficio; y se plantea que el enjuiciamiento sólo será posible en la medida en que sea la víctima, quien formule la acusación.

En congruencia con los comentarios anteriores, Pérez Sarmiento (2008, p. 90) expresa:

En cuanto al fondo este artículo tiene, empero el mérito de facilitar la persecución de los llamados delitos públicos de instancia privada (violación, rapto, corrupción de menores), pues ya no se requiere como sucedía en el derogado CEC (art. 102) el ejercicio de la acción penal (acusación) por parte de la víctima, como requisito de procedibilidad, sino que basta la denuncia de la persona agraviada o de sus representantes, en su caso, o por el

propio fiscal, en caso de incapacidad y ausencia de familiares de la víctima para que el proceso, para que el proceso siga adelante.

En el entendido entonces que la víctima está facultada para ejercer la acción penal, en aquellos delitos calificados de Acción Privada, sería menester establecer algunos aspectos relacionados con ese tipo de delito.

Así la gran distinción está representada por los siguientes elementos:

- a) En los delitos de Acción privada la acción debe ser ejercida por la víctima;
- b) En los delitos de acción pública, para cuya investigación se exige requerimiento de parte, la acción está atribuida al Ministerio Público, sólo que éste no iniciará la investigación, si no lo requiere el agraviado,
- c) En los delitos de Acción Privada, la suerte del proceso está en manos de la víctima, puesto que por ser parte y titular de la acción, si desiste o no logra demostrar la veracidad de su dicho, será su responsabilidad;
- d) En los delitos de acción pública, cuya investigación se inicia a requerimiento de la víctima, el procedimiento a seguir es el previsto para los delitos de acción pública. El denunciante podrá desistir y ello extingue la acción penal de conformidad con el artículo 26 del Código Orgánico Procesal Penal.

Reafirma lo antes señalado, la previsión del artículo 25 del Código Orgánico Procesal Penal, cuando plantea: “Sólo podrán ser ejercidas por la víctima, las acciones que nacen de los delitos que la ley establece como de instancia

privada y su enjuiciamiento se hará conforme al procedimiento especial regulado en este Código...(Omissis)”

Se denominan delitos de acción privada aquellos hechos punibles en los cuales no es posible la sanción de sus autores, sin que medie acusación por parte de la persona agraviada.

El Código Orgánico Procesal Penal en su Título VII denominado Del Procedimiento en los Delitos de Acción Dependiente de Instancia de Parte, prevé el conjunto de actividades a ser desarrollados por la víctima a fin de lograr el juzgamiento de aquellas conductas delictivas, calificadas como delitos de acción privada.

Ejercida la acción penal por parte de la víctima, quien tiene atribuida en este tipo de hecho el ius puniendi y admitida como haya sido la acusación privada, la víctima se convierte en querellante. Así pues, se está en presencia de la querrela privada.

Para Gimeno Sendra (op.cit, p.91):

Mediante el acto de querrela se excita, pues la actividad jurisdiccional. Pero el contenido de dicho acto no se agota con la transmisión al Juez Instructor de la sospecha del delito. Admitida la querrela por el Juez competente, el querellante se convierte en

parte “acusadora” (o imputadora, para ser más precisos), pudiendo solicitar en consecuencia, de aquel todas las diligencias dirigidas a la comprobación del hecho y participación del presunto imputado en el mismo que estime conveniente.

Para Florián citado por Gimeno Sendra (op. cit p. 47); “La querrela es una declaración de voluntad de la parte lesionada por el delito por la que ejercita la acción penal. Si tal declaración falta, la acción no se puede promover”

Para Leone, citado por el mismo Gimeno Sendra (ibídem), la acción penal privada se divide en tres clases:

La primera acción penal privada exclusiva, debería reconocerse en todos los casos en los cuales, según la legislación vigente, corresponde al sujeto pasivo el derecho de querrela...La segunda (acción penal subsidiaria) tiene por objeto remediar la eventual inercia o insuficiente diligencia del órgano de la acusación pública. Esta corresponde al sujeto pasivo, pero el Ministerio Público puede relevarla, hacerla suya...La tercera (acción penal adhesiva) sirve para introducir en el proceso, junto al Ministerio Público, una parte privada (la parte ofendida por el delito...), la cual, no habiendo promovido la acción penal, está legitimada para deducir su pretensión punitiva en adhesión con la pretensión punitiva estatal.

El citado autor confiere carácter privado a toda acción ejercida por la victima, sea esta en delitos de acción pública o acción penal privada, cosa que se contradice con la posición del legislador patrio, para quien la victima tiene posiciones y facultades distintas dependiendo del tipo de delitos y sobre

todo, distingue perfectamente como hecho punible de acción privada aquellos en los cuales sólo la víctima puede iniciar la persecución mediante interposición de la acusación correspondiente.

A diferencia de lo que ocurre con la Querrela en los delitos de Acción Pública, cuya vigencia parece depender y de hecho depende a la vez de la suerte que experimente la acción ejercida por el Ministerio Público, ese instrumento atribuido a la víctima para la defensa de sus derechos, observa mayor efectividad en el marco del procedimiento previsto para la persecución de los delitos dependientes de instancia de parte agraviada.

Atendiendo a la posición de la doctrina y en específico a la clasificación ofrecida por Florián, la querrela en el caso de los delitos de acción privada, conforme a la legislación procesal venezolana, tiene carácter de exclusividad, dada la titularidad exclusiva de su ejercicio a la víctima.

En materia de delitos de acción privada, el accionar de la víctima parece no experimentar tantos obstáculos como si se experimentan en el caso de la querrela en los delitos de acción pública, dado el criterio predominante de considerar que el Ministerio Público por ser titular de la acción penal es el único que está llamado a perseguir el delito de esa categoría y por lo tanto la víctima, es sólo un ente llamado a esperar los resultados del proceso conducido y controlado por el Estado.

Cardón M, citado por Balza (2007, p.78), señala en congruencia con lo antes planteado, que:

...el proceso penal debe iniciarse tan pronto como aparezca un hecho (acto) que revista los caracteres de delito, para que en él se actúe por el órgano jurisdiccional el ius puniendi (con la acotación que se hizo de él; ius persecuendi; ius puniendi estricto supra art. 11 del Estado, sin que tal iniciación se haga depender del interés de una persona concreta en el castigo del presunto delincuente. Pero la obligación que tiene el Ministerio Fiscal de ejercitar la acción penal, no significa que el Estado haya hecho dejación de la misma en las manos exclusivas de este órgano y, mucho menos, que haga depender su ejercicio de criterios de oportunidad apreciable por el mismo. Por el contrario, el interés público en la represión del delito exige no sólo el mantenimiento de la iniciación de oficio por el Juez cuando llegue a su conocimiento la existencia de un hecho (acto) que revista caracteres de delito, sino que se arbitren medios para garantizar ese mismo conocimiento cuando fallen los cauces que dependan de la iniciativa de las partes (denuncia, atestado, querrela)

La cita transcrita, da a entender que el legislador admite que la persecución del delito la asume en esencia el Estado; pero debe garantizarse medios para asegurar el conocimiento de esos mismos hechos, cuando se trate de aquellos en los cuales la iniciativa persecutoria corresponda a la parte agraviada, sobre todo cuando fallen los mecanismos, que dependan del accionar de ella.

Debe recordarse que hasta ahora se ha señalado, que en los delitos cuya investigación se ha atribuido al Ministerio Público, si bien la víctima puede

solicitar la práctica de diligencias tendentes a la búsqueda de la verdad e incluso interponer acusación particular propia, la querrela, no experimenta la libertad necesaria que facilite a la víctima el ejercicio pleno y efectivo de sus derechos.

En contraposición a lo antes señalado, el artículo 400 del Código Orgánico Procesal Penal, prevé: “No podrá proveerse respecto de delitos de acción dependiente de acusación o instancia de parte agraviada, sino mediante acusación privada de la víctima ante el tribunal competente conforme a lo dispuesto en este título”.

Se trata pues de aquellos delitos cuya persecución ha sido atribuida por la normativa penal sustantiva a la parte agraviada, quien deberá proceder a interponer la acusación por ante el tribunal de juicio, tal como se desprende del texto del artículo 401, que textualmente establece: “La acusación privada deberá formularse por escrito directamente ante el tribunal de juicio... (Omissis)”

Sobre este particular Pérez Sarmiento (2007, p.504), señala:

En este punto la objetividad de ese procedimiento es absoluta, pues como ha quedado dicho, la aplicabilidad de ese procedimiento no depende de situaciones objetivas, como la ausencia o la flagrancia, sino exclusivamente de la determinación que el legislador establezca en la ley penal sustantiva sobre cuales delitos son perseguibles exclusivamente por acción de

parte agraviada, (delitos privados). Los delitos más comunes, universalmente considerados como delitos privados son los llamados delitos contra el honor, es decir, la difamación y la injuria, aún cuando el Código Penal venezolano, reconoce algunos otros como la apropiación indebida por hallazgo o error (art.471 CP), los daños genéricos a cosa ajena (art.481 CP), pero estas figuras seguramente sufrirán cambios en una futura y urgente reforma del Código Penal.

Quiere decir lo anterior que si bien se ha diseñado todo un procedimiento para la persecución por parte de la víctima de los delitos de cuya acción es titular, se confirma lo señalado supra, es decir, la querrela tiene poca aplicabilidad. Sucede así en los delitos de acción pública, cuando se limita su ejercicio en forma exclusiva al Ministerio Público, convirtiendo así el accionar de la víctima en apéndice, en hecho accesorio o secundario de la acción principal, es decir, la acción del Estado.

En los delitos de Acción Privada, la limitación como puede observarse no es de carácter procedimental, sino que se desprende fundamentalmente de la ley penal sustantiva, al atribuir el ejercicio de la acción a la víctima sólo frente a determinados delitos.

La víctima deberá interponer la acusación por ante el Juez de Juicio, quien se pronunciará acerca de la admisión de la misma, que de ser declarada con lugar le dará el carácter de querellante.

En efecto el artículo 400 del Código Orgánico Procesal Penal, plantea lo siguiente:

No podrá procederse al juicio respecto de delitos de acción dependiente de acusación o instancia de parte agraviada, sino mediante acusación privada de la víctima ante el tribunal competente conforme a lo dispuesto en este título.

Como se ha señalado, si bien la querrela encuentra importantes obstáculos para su ejercicio en cuanto a los delitos de acción pública, en este tipo hechos punibles, circunscritos a conductas como la difamación y la injuria, la apropiación indebida por hallazgo o error (art. 471 del Código Penal); los daños genéricos a cosa ajena (art.481 del Código Penal), pareciera encontrar un espacio que facilita su ejercicio, no obstante que no es tan profuso el numero de causas que se ventilan en los órganos jurisdiccionales con relación a los mismos.

En concordancia con la antes citada norma, el artículo 401 del mismo texto adjetivo penal establece lo siguiente:

La acusación privada deberá formularse por escrito directamente ante el tribunal de Juicio... (...).

Ahora bien, presentada la acusación, la misma deberá llenar los requisitos del artículo 401 del Código Orgánico Procesal Penal, es decir, nombre apellido, edad y domicilio o residencia del acusador privado, el número de su cédula de identidad y sus relaciones de parentesco con el acusado.

Del mismo modo, deberá el acusador privado señalar el nombre, apellido, edad, domicilio o residencia del acusado; el delito que se le imputa, y el lugar, día y hora aproximados de su perpetración; una relación especificada de las circunstancias esenciales del hecho; los elementos de convicción en los que se funda la atribución de la participación del imputado en el delito; la justificación de la condición de la víctima y, la firma del acusador o de su apoderado con poder especial.

Como puede observarse, la acusación privada a los efectos de la interposición debe llenar una serie de requisitos, producto de los cuales corresponde a la víctima la obtención de los elementos de convicción y las pruebas resultado de los cuales, fundamenta y sustenta su acusación, imputando directamente el delito al imputado.

Se diferencia la querrela en los delitos de acción pública de los delitos de acción privada, por cuanto que en los primeros el escrito o la acusación se interpone o formula por ante el Juez de Control, mientras que en el segundo la acusación se presenta directamente ante el tribunal de juicio.

Un hecho a tomar en cuenta es que dentro de los requisitos de la querrela privada, se exija, además de la firma del acusador o la de su apoderado con poder especial.

A raíz de 1999 la asistencia jurídica goza de rango constitucional, conforme a la previsión del numeral 1 del artículo 49 de carta magna, razón por la cual la víctima tiene derecho a actuar asistida.

En el caso de la acusación privada, conforme a la norma objeto de comentario, la víctima deberá comparecer personalmente ante el tribunal de juicio a fin de ratificar la denuncia, por lo que al exigirse que la comparecencia se haga de manera personal, no podrá ser posible que ello se haga a través de apoderado.

Pero además, la norma bajo consideración niega la posibilidad de interponer más de una acusación privada, pero si varias personas pretendieran ejercer una misma acusación respecto a un mismo delito, podrán ejercerla por si o por medio de un sólo apoderado, con lo cual se lesiona el derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 20 de la Constitución, sobre el cual el Magistrado Dr. Jesús Ollarves, hace una importante consideración en sentencia citada más adelante, sobre una situación parecida prevista en el único aparte del artículo 119 del texto adjetivo penal.

Ahora bien, el artículo 402 del Código Orgánico Procesal Penal prevé lo siguiente:

La víctima que pretenda constituirse en acusador privado para ejercer la acción derivada de los delitos dependientes de acusación o instancia de parte agraviada podrá solicitar al Juez de Control que ordene la práctica de una investigación preliminar para identificar al acusado, determinar su domicilio o residencia, para acreditar el hecho punible o para recabar elementos de convicción.

La solicitud de la víctima deberá contener:

- a) Su nombre, apellido, edad, domicilio o residencia y número de cédula de identidad;
- b) El delito por el cual pretende acusar, con una relación detallada de las circunstancias que permitan acreditar su comisión, incluyendo de ser posible, lugar, día y hora aproximada de perpetración;
- c) La justificación acerca de su condición de víctima; y
- d) El señalamiento expreso y preciso de las diligencias que serán objeto de la investigación preliminar.

Se refiere la antes citada norma, al denominado auxilio judicial que puede ser requerido por la víctima al tribunal de control, con el objeto de obtener la información necesaria que le permita el ejercicio de la acción. En este caso, se trata de una persona víctima de un hecho punible, quien no cuenta con suficientes datos, que sirvan de sustento al escrito acusatorio que pretende introducir por ante el tribunal de juicio.

En virtud de lo antes señalado, la víctima podría requerir del juez de control, la realización de diligencias, constitutivas de una investigación preliminar que tendrá como fin, establecer:

- a) Identificación del autor del hecho;
- b) Domicilio y residencia del autor del hecho;
- c) Condiciones de modo, tiempo y lugar bajo las cuales se llevó a cabo el hecho punible, y
- d) Recabar elementos de convicción, para fundamentar la acusación

El artículo 403 del Código Orgánico Procesal Penal, prevé que, el Juez de control a quien se le requiere el auxilio judicial, deberá verificar que el asunto planteado sea verdaderamente un delito de acción privada; para luego pronunciarse sobre la procedencia de la investigación preliminar, y ordenará al Ministerio Público, la práctica de las diligencias solicitadas en forma expresa por la víctima, en su pretensión de constituirse en acusador privado.

Con relación a la intervención del Juez de Control en este tipo de delitos Pérez Sarmiento (op. cit, p. 507) expresa que:

Para algunos quizá resulte extraño que se involucre al Juez de Control en un procedimiento para el ejercicio de acciones penales privadas, cuando su función es básicamente vigilar la fase preparatoria y decidir la intermedia en el proceso ordinario por delitos perseguibles de oficio: Esto constituye una cierta desnaturalización de las funciones del juez de control, en este procedimiento, pues este se convierte aquí en juez instructor, que

no lo es en su coto normal de competencia. Sin embargo entiendo y hasta comparto, las razones que tuvo el legislador para regular de esta manera la intervención del juez de control en este procedimiento, pues se trata de evitar que el juez de juicio se involucre en la investigación de los particulares a que se refiere este artículo y se contamine con los resultados de esa gestión instructora.

Como puede observarse las diligencias que solicitare la víctima, al juez de control, tienen como finalidad recabar elementos de convicción y datos que permitan sustentar su acusación, razón por la cual, debe considerarse que las mismas deben ser solicitadas, antes de interponer la acusación, puesto que no tendría sentido, formular primero ésta, para solicitar la práctica de estas diligencias, que tal como se ha sostenido son preliminares.

Del texto del antes citado artículo 403 del Código Orgánico Procesal Penal, se desprende que concluida la investigación preliminar, término que corrobora que las actuaciones a llevar a cabo por el Fiscal del Ministerio Público, con miras al auxilio judicial, serán previas a la acusación, sus resultados serán entregadas en original a la víctima, dejando copia certificada de las mismas en el archivo, que ha de ser el del tribunal. La finalidad de esta entrega es la de que la víctima decida con base en los resultados, si procede a acusar o no.

El artículo 404 del Código Orgánico Procesal Penal, establece: “La decisión del Juez de Control que niegue la práctica de la investigación preliminar,

podrá ser apelada por la víctima dentro de los tres días hábiles siguientes a su publicación”.

En este caso se trata de la revisión tendente a establecer si el hecho reviste el carácter de delito, si la acción está evidentemente prescrita, si se trata de hechos punibles perseguibles de oficio o si faltare algún requisito de procedibilidad, corroborado lo cual dará lugar al a la negativa de la práctica de las diligencias, de lo contrario no será posible pronunciarse sobre la negativa, sin que se lesionen derechos relativos al acceso a los órganos de administración de justicia y la tutela judicial efectiva.

Presentada la acusación privada, previa la práctica o no de las actuaciones requeridas el juez de Juicio se pronunciará sobre la admisibilidad de la acusación.

En efecto el artículo 405 establece lo siguiente: “La acusación privada será declarada inadmisibile cuando el hecho no revista carácter penal o la acción esté evidentemente prescrita, o verse sobre hechos punibles de acción pública, o falte un requisito de procedibilidad”

En este caso para que se produzca el pronunciamiento del juez de juicio, no admitiendo la acusación debe desprenderse de la revisión que haya hecho, que se trata de hechos que no revisten carácter penal, por lo tanto no se trata de delito conforme a las exigencias del numeral 6 del artículo 49

constitucional; pero además, la acción no debe haberse extinguido, conforme a las previsiones del artículo 48 del Código Orgánico Procesal Penal, y faltar algún requisito de procedibilidad.

El antes citado pronunciamiento se produciría, en caso de no haberse solicitado auxilio judicial, por cuanto sería ilógico que si el juez de control percibe la existencia de causales que harían inadmisibles la querrela, ordene admita el auxilio, ordene las actuaciones y la entregue a la víctima para que interponga la acusación.

En el último de los casos, debería procederse en términos iguales que en la desestimación de la querrela, conforme al artículo 301 del mismo texto adjetivo penal, es decir, se ordenaría el archivo de las actuaciones. En cuanto a las restantes causas, procede el sobreseimiento de la causa, conforme a las previsiones del artículo 318 del mismo texto.

El artículo 406 del texto procesal señala a continuación:

Contra la decisión que declare la inadmisibilidad de la acusación privada la víctima tendrá derecho a ejercer recurso de apelación dentro de los cinco días hábiles siguientes a su publicación.

Si la Corte de Apelaciones confirma la decisión, el Juez de Juicio devolverá a la víctima el escrito y las copias acompañadas, incluyendo las decisiones dictadas.

La decisión que declare la inadmisión de la acción, es un auto fundado, razonado y por lo tanto susceptible de ser objeto de impugnación, razón por la cual, de conformidad con las previsiones de los artículos 447 al 450 del Código Orgánico Procesal Penal.

El artículo 407, establece lo siguiente:

Si la falta es subsanable, el Juez de Juicio le dará a la víctima un plazo de cinco días hábiles para corregirla, que serán contados a partir de la fecha del auto respectivo, en el cual se hará constar expresamente cuales defectos deben ser corregidos. En caso contrario la archivará.

Guarda relación la presente disposición con los defectos o vicios de procedibilidad de la acusación, razón por la cual, cuando el Juez de Juicio considerare que serían subsanables, procederá a concederle el plazo previsto en la norma, y de no subsanarse se archivarán las actuaciones.

El artículo 408 del Código Orgánico Procesal Penal, prevé:

Salvo el caso que la decisión sobre la inadmisibilidad quede firme el acusador podrá proponer nuevamente la acusación privada, por una sola vez corrigiendo sus defectos, si fuere posible, con mención de la desestimación anterior.

Llama la atención que el legislador haga referencia a la desestimación, lo cual se entiende por cuanto las causales de inadmisibilidad son las mismas a aplicar cuando se trate de la citada figura, prevista para el caso de la denuncia o la querrela en fase de investigación, cuando se trate de delitos perseguibles de oficio.

Pero además, la nueva acusación sería posible si se tratara de inadmisibilidad por la falta de un requisito de procedibilidad, cuya subsanación se haya ordenado, caso en el cual será posible una nueva acusación y por una única vez. Las otras causales de inadmisibilidad, firme como esté la decisión que declare inadmisibile la acusación, acarreará el sobreseimiento de la causa y si ejercido el recurso de apelación se declarase con lugar no habrá nueva acusación, sino continuación del procedimiento.

El artículo 409 del Código Orgánico Procesal Penal, ordena:

Admitida la acusación privada, con la cual el acusador será tenido como parte querellante para todos los efectos legales, el tribunal de juicio ordenará la citación personal del acusado, mediante boleta de citación, para que designe defensor y, una vez juramentado éste, deberá convocar a las partes por auto expreso, sin necesidad de notificación, a una audiencia de conciliación, que deberá realizarse en un plazo no menor de diez días ni mayor de veinte, contados a partir de la fecha de aceptación y juramentación del cargo por parte del defensor del acusado.

Transcurridos cinco días desde la comparecencia del acusado al tribunal para imponerse de la admisión de la acusación, y cuando el acusado requiera a un defensor de oficio, el tribunal le asignará uno.

A la boleta de citación se acompañará copia certificada de la acusación y de su auto de admisión.

Es evidente la relevancia alcanzada por los medios alternativos a la solución de conflictos, traídos al presente procedimiento con el ánimo de lograr el avenimiento de las partes y por ende la solución del conflicto planteado. En este caso, de lograrse la conciliación entre las partes, la que debe consistir en reparación material o simbólica; deberá levantarse el acta correspondiente, en la cual deben constar las condiciones que regirán lo acordado y el tiempo durante el cual deberá darse cumplimiento a tal acuerdo conciliatorio.

Señala Balza (op. cit, p.612), lo siguiente:

...(…)...el peligro está, en que cada vez más tiene a comercializarse la acción penal, vulnerando principios de derecho sustantivo (derecho penal) y adjetivo (procesal penal) el ámbito de acción del derecho penal es la última razón (última ratio) por tanto, se entienden agotadas las demás disciplinas del derecho con todas sus vías. El proceso penal no puede ser teatro de la comercialización, no es su naturaleza, ni fue creado para eso.

El artículo 410, regula lo siguiente:

En caso de no lograrse la citación personal del acusado, el tribunal, previa petición del acusador, y a su costa, ordenará su citación, mediante la publicación de tres (3) carteles en la prensa nacional, en caso de que la acusación haya sido incoada en la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, y de

dos (2) carteles en la prensa nacional y uno (1) en la prensa regional, en caso de que la acusación haya sido incoada en otra Circunscripción Judicial, con tres días de diferencia entre cada cartel, que deberán contener mención expresa acerca de todos los datos que sirvan para identificar al acusado, la acusación incoada en su contra, la fecha de admisión de la misma, el delito imputado, y la orden de comparecer al tribunal a designar defensor dentro de los diez días siguientes a la fecha en la cual conste en autos la consignación del último de los tres carteles publicados.

Si transcurrido este lapso aún persiste la incomparecencia del acusado, el tribunal de juicio, previa solicitud del acusador, podrá ordenar a la fuerza pública su localización y traslado a la sede del tribunal para que, el Juez imponga la acusación en su contra y del derecho que tiene de designar defensor.

Prevé la norma transcrita el procedimiento a seguir en caso de no poder ser practicada la citación personal del acusado, y la utilización de la fuerza pública, a solicitud del acusador, en caso de su negativa a comparecer.

El artículo 411 señala:

Tres días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia de conciliación, el acusador y el acusado podrán realizar por escrito los actos siguientes:

1. Oponer excepciones;
2. Pedir imposición o revocación de una medida de coerción personal
3. Proponer acuerdos reparatorios o solicitar la aplicación del procedimiento por admisión de los hechos;
4. Promover las pruebas que se producirán en el juicio oral, del procedimiento con indicación de su pertinencia y necesidad.

Se concibe esta audiencia de conciliación para que en iguales términos que la audiencia preliminar del procedimiento previsto para delitos perseguibles de oficio, las partes y la víctima, logren la solución anticipada del conflicto, en este caso por mediación del juez, pero las partes en este procedimiento podrían al igual que el otro, llevar por escrito solicitudes o planteamientos relativos a excepciones, medidas de coerción personal, sobre todo si se observa la conducta contumaz del acusado, pero también podrían proponer acuerdos reparatorios y la aplicación del procedimiento por admisión de los hechos, además del ofrecimiento de pruebas por parte del acusado, con indicación de su pertinencia y necesidad.

El artículo 412, al referirse al pronunciamiento del órgano jurisdiccional señala:

De no prosperar la conciliación, el juez pasará inmediatamente a pronunciarse acerca de las excepciones opuestas, las medidas cautelares y la admisión o no de las pruebas promovidas. En caso de existir un defecto de forma en la acusación privada, el acusador, si ello fuere posible, podrá subsanarlo de inmediato

La decisión que declare sin lugar las excepciones opuestas o declare inadmisibile una prueba, sólo podrá ser apelable junto la sentencia definitiva. Si se hubiere declarado con lugar la excepción o se hubiere decretado una medida de coerción personal, el acusador o el acusado, según sea el caso, podrán apelar dentro de los cinco días siguientes.

El recurso de apelación, en caso de decreto de una medida de coerción personal, no suspenderá el procedimiento.

Llama la atención que el juez proceda a celebrar la audiencia de conciliación, para pronunciarse luego sobre las excepciones opuestas, en caso de no prosperar el avenimiento entre las partes, puesto que una de las excepciones opuestas puede afectar el destino de la querrela, e incluso la capacidad para conocer de la causa, por parte del tribunal, por lo que el juez deberá primero revisar las excepciones, pronunciarse sobre ellas, y luego proceder, de no afectar la continuidad del procedimiento, a realizar la audiencia conciliatoria.

Prevé la citada norma el procedimiento para cuando se ejerciere un recurso como resultado de la audiencia de conciliación, caso en el cual, cuando se trate de una decisión que resuelva negando las excepciones opuestas o declare inadmisibile una prueba, se pronuncie sobre las medidas cautelares, menos su imposición, el recurso habrá de ejercerse conjuntamente con la apelación que se ejerza contra la sentencia, mientras que podría apelarse de la decisión que declare con lugar las excepciones, acuerde la imposición de una medida cautelar dentro de los cinco días siguientes a la decisión. En este último caso la interposición del recurso no traerá como consecuencia la suspensión del proceso.

Señala Balza (op. cit, p.614), que:

Esta audiencia de conciliación funge como una audiencia preliminar (fase intermedia del procedimiento ordinario). Al respecto denótese como se controla el proceso para pasarlo preciso al juicio (el acusador no debería tener posibilidad de más pruebas, él las debe proponer en la acusación similar al fiscal en

el procedimiento ordinario) aunque no se dicte auto de apertura ni se controla la sustancia de la acusación.

El artículo 413 del texto adjetivo penal plantea:

Caso de no haber prosperado las excepciones, o cuando estas no hubieren sido interpuestas, el Juez convocará a las partes a las partes a la celebración del juicio oral y público, que deberá celebrarse en un plazo no mayor de diez días, contados a partir de la celebración de la audiencia de conciliación.

La celebración de la audiencia oral y pública de juicio se llevará a cabo en un plazo no mayor de diez días contados a partir de la celebración de la audiencia de juicio, en el caso de no haber prosperado las excepciones o que las mismas no hubiesen sido opuestas.

Como se ha indicado antes, durante el lapso previsto para celebrar la audiencia de conciliación, una de las cosas que puede ser solicitado por escrito al Juez de Juicio, por parte del acusado, es la aplicación del procedimiento por admisión de los hechos, caso en el cual se procederá conforme a lo contemplado en el procedimiento ordinario sobre dicha figura.

Así se desprende del artículo 414, el cual establece: “En caso de que el acusado solicite la aplicación del procedimiento por admisión de los hechos, el Juez procederá conforme a lo establecido en este Código”.

El artículo 415 plantea:

El poder para representar al acusador privado en el proceso debe ser especial, y expresar todos los datos de identificación de la persona contra quien se dirija la acusación y el hecho punible de que se trata.

El poder se constituirá con las formalidades de los poderes para asuntos civiles, no pudiendo abarcar más de tres abogados.

El artículo 416 prevé los efectos del desistimiento de la acusación privada, señalando al efecto:

El acusador privado que desista o abandone el proceso pagará las costas que haya ocasionado. El desistimiento expreso podrá ser realizado por el acusador privado, o por su apoderado con poder expreso para ello, en cualquier estado y grado del proceso.

El acusador privado será responsable, según la ley, cuando los hechos en que funda su acusación privada sean falsos o cuando litigue con temeridad, respecto de cuyas circunstancias deberá pronunciarse el juez motivadamente.

Fuera de acto expreso, la acusación privada se entenderá desistida, con los mismos efectos señalados anteriormente, cuando el acusador no promueva pruebas para fundar su acusación, o, sin justa causa no comparezca a la audiencia de conciliación o a la del juicio oral y público.

La acusación privada se entenderá abandonada si el acusador o su apoderado deja de instarla por más de veinte días hábiles, contados a partir de la última petición o reclamación escrita que se hubiese presentado al juez, excepción hecha de los casos en los que, por el estado del proceso, ya no se necesite la expresión de voluntad del acusador privado. El abandono de la acusación

deberá ser declarado por el juez mediante auto expreso, debidamente fundado, de oficio, o a petición del acusado.

Declarado el abandono, el juez tendrá la obligación de calificar motivadamente, en el mismo auto que la declare, si la acusación ha sido maliciosa o temeraria.

Contra el auto que declare el abandono y su calificación, y el que declare desistida la acusación privada, podrá interponerse recurso de apelación dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su publicación.

La antes citada norma prevé la aplicación de la sanción de pago de costas procesales cuando el acusador desistiere, quien podrá hacerlo por si o por medio de apoderado con facultades expresas para desistir. También se prevé sanción de naturaleza pecuniaria para cuando la acusación se fundamente en argumentos falsos o se haya ejercido con temeridad.

Además del desistimiento expreso, existe el desistimiento tácito cuando el acusador no ofreciera pruebas, no compareciera sin justa causa, a la audiencia de conciliación y de juicio; y se entenderá abandonada, si dejare de instar la causa por más de veinte días hábiles, contados desde la última petición o reclamación escrita que se hubiere presentado al juez, salvo los casos en que por el estado del proceso, ya no se necesite expresión de voluntad de parte del acusador.

El desistimiento o abandono, deberá ser expresamente declarado mediante auto fundado por el órgano jurisdiccional, de oficio o a petición de parte,

oportunidad en la cual el tribunal deberá pronunciarse sobre el carácter malicioso o temerario de la acusación, de ser así, de la acusación privada.

Por tratarse de un auto fundado o razonado, contra la decisión que declare desistida o abandonada la acusación privada, procede recurso de apelación, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la publicación de su pronunciamiento.

Artículo 417. “Muerto el acusador privado luego de presentada la acusación, cualquiera de sus herederos podrá asumir el carácter de acusador si comparece dentro de los treinta días siguientes a la muerte”.

Prevé el artículo citado la posibilidad de asumir la acusación privada, por parte de cualquiera de sus herederos en caso de producirse la muerte del acusador, si compareciere dentro de los treinta días siguientes.

Artículo 418. “El que ha desistido, expresa o tácitamente, de una acusación privada o la ha abandonado, no podrá intentarla de nuevo”.

Además de la sanción pecuniaria, representada por el pago de las costas que implica el desistimiento o abandono de la acusación privada, el acusador no podrá formularla nuevamente.

La revisión de la normativa antes analizada, demuestra que en este tipo de acción, la víctima goza de una mayor libertad para ejercer el derecho a accionar; pero uno de los asuntos que afecta este tipo de querrela, es el cada día más imitado número de casos o conductas catalogadas como delitos de acción privada, lo que significa la publicitación de los asuntos de carácter penal, hecho que dificulta el acceso de la víctima, no a exponer o expresar su criterio sobre la diatriba en la cual se ve involucrada, sino a ejercer efectivamente sus derechos por ante los órganos de administración de justicia .

- **En el Proceso penal del Adolescente.**

En planteamientos precedentes se han señalado las características de una figura, a la cual se le ha querido atribuir un alcance que en la realidad no se materializa, pese a que en el procedimiento penal ordinario y en específico en el caso de los delitos de acción pública, se le concibe como un instrumento, mediante el cual la víctima podría acceder efectiva y eficazmente a los órganos de administración de justicia, con miras a lograr la tutela de sus derechos e intereses.

En virtud de lo antes señalado, y por cuanto la figura en estudio ha sido introducida en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, es menester hacer algunas consideraciones para establecer el alcance de la misma en el procedimiento aplicado a quienes siendo adolescentes incurrir en la comisión o perpetración de hechos punibles.

El artículo 526 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, define el antes mencionado sistema en los siguientes términos:

El Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, es el conjunto de órganos y entidades encargados de establecer si se ha cometido un hecho punible, si un adolescente ha participado en su perpetración, así como la aplicación de la sanción correspondiente.

El anteriormente definido sistema, es el resultado de la asunción por parte del Estado venezolano, de los principios y postulados de la Doctrina de la Protección Integral contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional suscrito por Venezuela, consagradorio de un nuevo grupo de derechos humanos, es decir, los Derechos Humanos de niños, niñas y adolescentes.

Representa el antes mencionado instrumento internacional, un verdadero triunfo de los movimientos y grupos defensores de los derechos humanos, puesto que con su suscripción y conversión en norma vigente en el país, se puso fin a una serie de prácticas lesivas a los intereses de las personas objeto de su aplicación.

La revisión histórica sobre el tratamiento del delito, da cuenta de un proceso penal aplicado en principio a los hombres, cuando frente al hecho punible, la actividad de la víctima estaba dirigida a vengar la afrenta.

La aplicación de sanciones a las personas menores de edad empieza en Roma, sobre todo a aquellos que alcanzaban la condición de próximos a la infancia, próximos a la pubertad y púberes.

Sojo (2000, p.5) señala al respecto:

La historia nos enseña que, a parte de algunos esbozos relacionados especialmente con la materia delictual plasmados en el Código de Hammurabi, que normaba la vida y costumbre de los babilónicos; y en Grecia, donde existieron tratamientos especiales hacia los menores, es en Roma donde por primera vez se encuentran en su más antigua legislación, la Ley de las XII Tablas, disposiciones relativas a menores, cuando al señalar las diferencias entre capacidad de goce y ejercicio y las causas limitantes de ésta última, se cita la edad, la cual para los hombres libres se dividía en dos etapas, la pubertad y la impubertad, separando esta última en infancia y mayor infancia, que a su vez comprendía los próximos a la infancia y los próximos a la pubertad ..(...)... En la época de la infancia, que llegaba hasta los siete años, los niños eran totalmente incapaces y estaban sometidos a la representación del pater familias o del tutor en su defecto. Durante la mayor infancia, el impúber actuaba personalmente aunque asistido de su tutor mediante la institución auctoritas. Para los mayores de veinte años se creó la *venia aetatis* que era un adelanto de la mayoría...

Posteriormente y con la puesta en práctica del sistema inquisitivo, el Estado asumió la persecución del delito, sin establecer distinción entre “menores de edad” y adultos, de modo que desde el punto de vista penal, fueron objeto de juzgamiento y de aplicación de penas a ser cumplidas en los mismos centros de reclusión, destinados a las personas mayores de edad incurso en la comisión de delitos.

Una demostración de la falta de distinción legislativa entre adultos y menores de edad, en cuanto a la persecución del delito, lo constituye el contenido de los artículos 70 y 71 del derogado Código Penal.

En efecto, de conformidad con las antes citadas normas, el mayor de 12 y menor de 15 años declarado responsable sería objeto de arresto si la pena fuere presidio o prisión, y cuando se tratase de mayor de 15 y menor de 18 años, sería castigado con la pena correspondiente, disminuida en un tercio, a ser cumplida en centros de reclusión destinados a los adultos.

Sobre el asunto, señala García Méndez (s/f, s/p)

Resulta interesante el hecho de que en cuanto al lugar de cumplimiento de la pena, para este momento ya mayoritariamente representado por la pena privativa de libertad, no se establecía ningún tipo de diferencia respecto de los adultos. Las penas eran cumplidas en las mismas instituciones y con las mismas características, las que pueden ser resumidas en dos puntos fundamentales:

- a) Condiciones deplorables de existencia.
- b) Duración indeterminada de la condena, en el caso de que esta última hubiera sido pronunciada.

Ante la situación planteada, provocadora de males no sólo físicos, si no psíquicos en las personas “menores de edad”, el movimiento de los reformadores, auspició su exclusión del ámbito penal e introdujo como

innovación legislativa, la denominación de “infractores de la norma penal” para las personas no adultas incurso en hechos punibles, ante la prevalencia de la tesis que los mismos no cometían delitos y por lo tanto, no debían ser sometidos a procedimiento penal, ni ser considerados delincuentes.

El antes citado movimiento, caracterizado por ideas “altruistas”, si bien se fundamentó en principios de bondad, piedad y asistencia, dio lugar a percepciones y criterios, que lejos de resolver los abusos propios del régimen penal impuesto, los acentuó.

Concordante con lo antes planteado García Méndez (op. cit, s/p) expresa:

El triunfo de la Revolución Francesa acarrea cambios notables en las ideas y prácticas de control social. El control social se "humaniza" y juridifica. Es el nacimiento del Estado de Derecho. Desaparecen progresivamente los castigos bárbaros, y por sobre todo, la pena privativa de libertad se convierte en la pena más importante. En una sociedad en la que el tiempo comienza a adquirir el valor de una mercancía, la pena privativa de libertad se convierte en la pena democrática por excelencia. El tiempo es la única propiedad que todos los hombres poseen por igual, y el tiempo de la condena puede ser matemáticamente determinado de modo que corresponda exactamente a la naturaleza del delito. La pena privativa de libertad por tiempo determinado es una conquista democrática que corresponde también a la nueva forma de organización productiva de la sociedad.

Paradójicamente, quien queda fuera del proceso productivo queda fuera de esta conquista democrática. Los "menores", incorporados marginal y clandestinamente al proceso productivo, quedan fuera del discurso oficial sobre el proceso productivo y por ende,

privados de esta conquista democrática. El derecho de menores, todavía inexistente, se creará sobre esta base jurídica cultural colmada de eufemismos y "como si". Cualquier semejanza con la actual consideración jurídica de la situación laboral de los menores no es pura coincidencia.

El mismo autor (ibídem) señala luego:

Para fines del siglo XIX los Reformadores habían logrado hacer suyo y colocar el problema de la infancia en un lugar privilegiado de la percepción social. Pero las tareas de protección de la infancia no se llevan a cabo en un contexto políticamente neutro. La defensa de la sociedad es el parámetro último de legitimación de todas las acciones. Por eso no es de extrañar que la protección sólo pueda concebirse bajo las múltiples variables de la segregación.

Pero para las acciones que se legitiman a partir de la ideología de la defensa social, la infancia-adolescencia constituye una categoría demasiado heterogénea. La agudización de los conflictos sociales acelera la necesidad de encontrar un marco jurídico de contención real de aquellos expulsados o que no tuvieron acceso a la institución escolar.

Así, desde la perspectiva del movimiento de los reformadores, surge la conocida doctrina de la Situación Irregular, que proclamó la condición no delictiva de la conducta infractora de normas penales, en las que incurrían quienes no hubiesen alcanzado la mayoría, razón por la cual, llegó a considerarse que el Derecho Penal Sustantivo y Procesal, sólo podían ser aplicados a los adultos.

En realidad, se trató de un eufemismo, por cuanto la nueva visión normativa del “menor de edad”, contenida en la derogada Ley Tutelar de Menores, ejemplo de la tendencia legislativa sobre la materia en Venezuela para ese entonces; lejos de representar y conducir a un trato digno y justo del “menor de edad”, convirtió al proceso penal desarrollado en sus páginas, aunque no quisiese reconocérsele como tal, en un instrumento discriminatorio, lesivo a sus derechos, porque aún sin cometer hechos punibles era objeto de intervención estatal, bastando para ello que su conducta encuadrara dentro de la tipología social de la Doctrina antes señalada, imperante para el momento.

Así, durante la vigencia de la Doctrina de la Situación Irregular, las personas que no hubiesen alcanzado la mayoría, experimentaron la aplicación de normas denegadoras de la observancia de principios y garantías consagratorias del debido proceso y fundamentalmente, se les llegó a considerar objeto de tutela y por lo tanto, susceptibles de medidas discrecionales y violatorias de los derechos ciudadanos.

Los criterios sostenidos para justificar la exclusión del “menor de edad” del sistema penal, condujo al legislador a execrar a la víctima del proceso, imposibilitando su accionar, al extremo de impedir la obtención de copia de las actuaciones e incluso acceso a las mismas, tal como se desprendía de los artículos 17 y 18 de la derogada Ley Tutelar de Menores. Sólo sería posible emitir copias, a los fines de intentar la acción civil en caso de daños ocasionados por el menor de edad; previa demostración del solicitante, a criterio del juez de tener interés en el asunto.

La serie de abusos, cometidos desde las esferas estatales tanto a los procesados, como a la víctima, determinó la introducción de cambios, cuya razón de ser estuvo representada por la búsqueda de un trato justo, igualitario y basado en la dignidad de las personas, que garantizara el acceso a los órganos de administración de justicia, con el fin de proteger sus derechos y a obtener una respuesta oportuna, efectiva y eficaz.

En efecto, Venezuela había suscrito la Convención sobre los Derechos del Niño y ello trajo consigo, la asunción por parte de la República de una serie de compromisos, institucionales y legislativos, que condujo a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica para la Protección de Niños y Adolescentes, denominada hoy, Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

En el marco de la nueva ley se conciben dos sistemas perfectamente delimitados que distinguen entre niños y adolescentes y sobre todo, entre quienes tienen derechos conculcados, violados o amenazados, mediante la aplicación del denominado Sistema de Protección y quienes se ven incurso en la comisión de hechos punibles, susceptibles de ser sometidos al Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente.

La transformación antes referida, se experimenta a la par que se modifica el proceso penal aplicado hasta entonces a las personas adultas incurso en la comisión de hechos punibles, todo gracias a los distintos cuerpos normativos de carácter internacional suscritos por Venezuela, que definitivamente

conducen a la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, desde el 1° de julio de 1999.

La nueva doctrina, auspicia la observancia de principios como el debido proceso, igualdad y no discriminación, tutela judicial efectiva, y deshecha el criterio de la peligrosidad, como mecanismo medicinal del sistema a aplicar; pero además, considera que quienes no han alcanzado la mayoría, deben ser objeto de proceso penal; aunque no precisamente todos, sino quienes desde el punto de vista legal sean considerados adolescentes.

Se crea de esa manera, el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, concebido como estructura de órganos y entidades cuya actividad está dirigida a establecer la responsabilidad de los adolescentes incurso en hechos punibles y cuyo sistema de sanciones, sólo será aplicado con base en principios de legalidad, proporcionalidad, lesividad, racionalidad y con absoluto apego al respecto de los derechos ciudadanos.

En virtud de lo antes señalado y en armonía con los cambios observados en el proceso penal en general, el perseguido, imputado o acusado, según la fase procesal, está dotado de una serie de derechos irrenunciables que podrá ejercer, sólo limitados por las previsiones establecidas en la ley, mientras que al agraviado o víctima se le confiere una serie de facultades y derechos, entre ellos el derecho a querellarse, sólo que en el procedimiento objeto de este análisis, tal derecho, se ejerce con carácter adherente o adhesivo en el caso de delitos de acción pública y con mayor libertad,

aunque con mucha merma, en el caso de los delitos de acción privada, tal como se desprende del ya citado literal d) del artículo 662 de la LOPNNA.

Como puede observarse el nuevo sistema, de carácter acusatorio y garantista, reconoce derechos al ofendido por el hecho penal y proclama la igualdad, como fundamento del trato a ofrecer a las personas involucradas en la diatriba, no obstante, la víctima, estaría afectada en cuanto al ejercicio de los derechos reconocidos, distintos a la querrela, en los mismos términos que en el procedimiento penal ordinario; pero recibe peor trato, e cuanto a los delitos de acción pública.

- **Delitos de Acción Pública.**

El artículo 572 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA), establece: “En el caso de los delitos de acción pública la víctima podrá adherirse a la acusación fiscal”

Como puede apreciarse, el legislador patrio concibe para el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, una víctima adherente cuando de los delitos de acción pública se trate.

Significa lo antes señalado, que a diferencia de lo previsto en el proceso penal ordinario, en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, la

victima tendría vedada la posibilidad de requerir la práctica de diligencias de investigación en fase preparatoria e incluso, tampoco podría interponer acusación particular propia, cuando de delitos perseguibles de oficio se trate.

Llama poderosamente la atención, la razón por la cual la legislación patria y la de algunos otros países niegan a la víctima la posibilidad de querellarse en forma particular en el caso de delitos de acción pública, cuando se trate del procedimiento penal aplicable, a quienes incurrir en hechos punibles no habiendo alcanzado la mayoría.

En este sentido, se ha pretendido, y de hecho se ha impuesto el criterio que de permitírsele a la víctima actuar en igualdad de condiciones que el imputado y con las mismas facultades que el Ministerio Público, daría lugar a la múltiple persecución y baste con que ya el imputado esté siendo perseguido por el Estado, dotado de un poder que luce descomunal frente a las actuaciones que pudiera desplegar el imputado.

En este Sistema la querrela, de conformidad con el espíritu del artículo 572 de la LOPNNA, está reservado para el caso de delitos dependientes de instancia de parte, dado que la citada norma prevé: “En los delitos de acción pública, la víctima podrá adherirse a la acusación fiscal”, situación que se corrobora del contenido del literal d) del artículo 662 del citado texto legal, referido a los derechos del ofendido, cuando se indica que la víctima “podrá adherirse a la acusación fiscal”

Si bien es cierto, en algunos procesos ligados a la persecución de delitos en los cuales se sospecha de la participación de un adolescente, se ha ordenado la práctica de diligencias de investigación, ello no aparece claramente establecido como posible, en la legislación especial, como si se verifica de los artículos 295 y 327 del Código Orgánico Procesal Penal.

En el marco del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, la querrela, por lo menos desde el punto de vista legal, no es posible ejercerla, en el caso de los delitos de acción pública, procedimiento dentro del cual se proscibiría, dado que el querellante sólo puede ser adhesivo o adherente, y por lo tanto subordinado o dependiente de las ejecutorias del Ministerio Público.

Ahora, la revisión de la normativa aplicable en el marco del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, denota algunos asuntos cuya consideración es necesaria, para cuando se prevea alguna posible reforma.

El artículo 558 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, referido a la medida cautelar de Detención Preventiva para Identificar al Adolescente, plantea que dicha medida, puede ser solicitado por el Ministerio Público y el querellante, si lo hubiere.

Si se toma en cuenta lo contemplado en el artículo 572 arriba citado, la víctima sólo podría ser adherente en los delitos de acción pública, razón por

cual, mal podría intervenir en la fase de investigación, cuando ello no está contemplado para este procedimiento, como si lo está para el procedimiento ordinario.

La misma observación puede hacerse respecto de la acusación conforme a las previsiones del artículo 560, cuando establece:

“Ordenada judicialmente la detención conforme a los artículos 558 y 559 de esta Ley, el Fiscal del Ministerio Público o el querellante, en su caso, deberán presentar la acusación dentro de los noventa y seis horas siguientes”

En realidad, no habiendo posibilidades de querellarse desde el inicio de la investigación, mal podría plantearse que la víctima pudiese intervenir como querellante independiente presentando acusación fundamentada en las investigaciones que hubiese solicitado realizar al Ministerio Público durante la fase de investigación, y mucho menos presentar acusación particular propia sin investigación previa, dada su condición de querellante sólo adherente o adhesivo.

El artículo 592 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños; Niñas y Adolescente, hace referencia a la no comparecencia del querellante a la audiencia de juicio o su abandono sin autorización del juez, hecho que determina el desistimiento de la querrela. Debe entenderse que se trata del querellante adhesivo o adherente, cuya ausencia o abandono de la querrela

comportará el desistimiento de la misma, pero la acción seguirá bajo la conducción del Ministerio Público, por ejercer la titularidad de la misma.

Ahora, tratándose de una querrela ligada a delitos dependientes de instancia de parte, ello comportará el desistimiento y los efectos que tal hecho conlleva para el querellante o acusador privado

El artículo 593 hace referencia a la apertura de la audiencia de juicio, con expresa mención del Ministerio Público y del querellante, indicando que a ambos corresponderá como parte del ritual propio de ese solemne acto, exponer su acusación.

Ocurre, tal como se ha expresado antes, que la víctima del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, en el caso de los delitos de acción pública, sólo podrán adherirse a la acusación fiscal y por lo tanto siendo querellante adherente o adhesivo, no podrá formular, por lo menos, desde la visión de dicha ley, una acusación distinta a la presentada por el Ministerio Público, conforme lo que se infiere del artículo 572 de dicha Ley.

Otro hecho objeto de observación, se verifica durante la fase de juicio, cuando el artículo 596 de la LOPNNA, prevé que el querellante podría ampliar la acusación.

En realidad, si se observa el texto del antes citado artículo 572 de la LOPNNA, la víctima podrá adherirse a la acusación fiscal, hecho no facultativo, sino concebido como única opción, ratificada por el artículo 662 antes citado de la Ley, ello indica, claramente, que pudiendo tener sólo una participación adherente, el querellante, no podría jamás ampliar su acusación por cuanto ésta no existe, es decir, no se trata de una acusación independiente, sino una adhesión al planteamiento acusatorio fiscal y por ende, sin posibilidad de aportar elementos o pruebas distintas a las aportadas por el fiscal.

En todo caso podría entenderse que en el caso de los delitos de acción privada, ello si podría ocurrir.

El artículo 600 de la LOPNNA, plantea:

Terminada la recepción de las pruebas, el presidente concederá sucesivamente la palabra al Fiscal del Ministerio Público, al querellante y al defensor, para que, en ese orden emitan sus conclusiones.

Tal como se ha indicado supra, siendo la víctima un querellante adherente o adhesivo, no sería posible hablar de un querellante, actuando en forma independiente, aunque ello no obsta, que la víctima pueda ser oída y emitir su criterio en lo correspondiente a los informes, de hecho el párrafo tercero de dicho artículo, prevé la exposición de la misma, aunque no haya intervenido en el proceso.

El artículo 608 relativo a las decisiones contra las cuales puede ejercerse recurso de apelación, permite observar lo siguiente: El literal b) se refiere a aquella que no admita la querrela. Esta previsión podría entenderse para el caso de no ser admitida la querrela en delitos de acción privada o dependientes de instancia de parte, si se tiene en cuenta que el legislador ha negado la posibilidad a la víctima de querrellarse en forma particular o independiente, convirtiéndole en el marco del proceso penal aplicable a los adolescentes, en accionante adherente.

En síntesis, de conformidad con la especialísima ley, el querellante sólo podrá serlo en forma adhesiva o adherente, negándosele la posibilidad de solicitar a través de escrito de querrela, la práctica de diligencias de investigación por parte del Ministerio Público, y de presentar acusación particular propia.

De esa manera, la víctima no podrá ser parte y asumir los derechos, deberes, obligaciones y cargas atribuidas a las partes, y sólo se le tendrá como parte para determinados efectos, es decir, para oponerse a la solicitud de la suspensión del proceso a prueba o del sobreseimiento por parte del Ministerio Público, pudiendo además, impugnar la decisión que acuerde el sobreseimiento de la causa, que absuelva al acusado o cualquiera que ponga fin al proceso, tal como se verifica del contenido de los literales f) y g) del artículo 662 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes..

La víctima en el proceso penal del adolescente, no participaría como querellante durante la a fase de investigación; su intervención estaría reservada, para la fase intermedia, una vez que el Ministerio Público ha formulado la acusación y solo como acusador adherente o adhesivo respecto de la acusación interpuesta por el Ministerio Público.

Esta exigencia o imposición a la víctima que se desprende del texto del artículo 572, tantas veces mencionado, cercena el derecho del ofendido de acceder a los órganos de administración de justicia y requerir, en forma libre la tutela de sus derechos e intereses.

En este orden de ideas Castro (2005, p.165), señala que:

Si bien es cierto la víctima no es parte en el proceso, sino sujeto procesal...: tiene derechos y dentro de ellos está el acceso a la justicia... (Omissis)...lo que significa la posibilidad conferida a todo individuo de acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos...

Aunque de la lectura de la citada norma, pudiese desprenderse el carácter discrecional por parte de la víctima del derecho a querellarse, producto de la utilización del verbo poder o la expresión “podrá”, algunos autores, como es el caso de Perrillo (2002, p 181), niegan de plano tal posibilidad cuando expresa que:

En materia adolescente, la expectativa de la víctima es diferente, ora por su exclusión accionaria, ora por la sanción que aspira se imponga al adolescente, y en este sentido, se le debe informar sobre las variables en ambos procedimientos (ordinario y pupilar) y la finalidad de socialización de la medida inflingida, puesto que la resulta procesal pudiera no ser comprendida...

Como puede observarse, el autor interpreta en esencia lo que el legislador patrio ha procurado en torno a la figura de la querrela y por lo tanto la intervención de la víctima en el caso de los delitos de acción pública y en específico, en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, ya que lo que se ha hecho, es considerar la posibilidad de intervención de la víctima pero en forma adherente, todo lo cual se corrobora de la lectura del artículo 566 de la misma ley y del texto del artículo 662 referido a los derechos de la víctima.

Como puede verse le está negada a la persona ofendida, la posibilidad de coadyuvar en la investigación penal y plantear su propia percepción de los hechos, mediante la interposición de la acusación particular propia, en la búsqueda de un pronunciamiento sancionatorio.

Una cosa si es cierto, el empleo de la querrela por parte de la víctima en este proceso, no resulta claro, no en balde constituye un tema que despierta interés, aunque poco se haya escrito sobre el asunto.

La posición de considerar a la víctima como parte adherente respecto de la acusación interpuesta por parte del Ministerio Público, en cuanto a los delitos de acción pública en el marco del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, se pone de manifiesto en la tesis sostenida por la Corte Superior de la Sección de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, según se aprecia de sentencia N° 454 de fecha 5 de mayo de 2005, en los siguientes términos:

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente regula la intervención de la víctima en este proceso especial, según se trate de delitos de acción privada o pública, para el primer caso prevé la querrela autónoma y para el segundo caso la querrela adhesiva.

Ahora, siendo la intervención de la víctima de carácter adherente, la actuación de la misma estará supeditada al desempeño del Ministerio Público, porque debe esperar a que dicho órgano ejerza la acción penal, para con posterioridad a ello, manifestar su adhesión.

La víctima podrá verse inmersa y de hecho ocurre, en los avatares procedimentales previstos en el artículo 313 del Código Orgánico Procesal Penal, aplicable supletoriamente por disposición del artículo 537 de la LOPNNA.

En efecto, el Fiscal del Ministerio Público, debe procurar poner fin a la investigación en el menor tiempo posible, razón por la cual de no ejercer la

acusación o solicitar el sobreseimiento de la causa, pasados seis meses, desde la individualización del imputado, éste o su defensor podrá requerir del Juez de Control, fije a dicho órgano, un lapso prudencial para ejercer cualquiera de esos dos actos conclusivos de la investigación; por lo que concedido como haya sido, vencido el lapso fijado, con su prórroga, el órgano jurisdiccional podrá acordar el archivo de las actuaciones.

En este caso, entra en juego la posición asumida por el Dr. Cabrera Magistrado de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, respecto de los derechos de la víctima frente a esta situación, puesto que no se ha previsto para la víctima la posibilidad de hacer el requerimiento al respecto.

Ocurre que de formular el Ministerio Público la acusación y no habiéndose adherido la víctima a la misma, ésta no adquirirá la condición de querellante y por lo tanto luce lógico pensar que no podría ejercer o realizar las actuaciones que el artículo 573 prevé para ser ejercidos por las partes, por escrito.

En efecto, el artículo 573 de la LOPNNA prevé, que:

Dentro del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar, las partes podrán manifestar por escrito lo siguiente:

- a) Señalar los vicios formales o la falta de fundamento de la acusación;

- b) Oponer excepciones;
- c) Solicitar el sobreseimiento;
- d) Proponer acuerdo conciliatorio;
- e) Solicitar la imposición, revocación o sustitución de una medida cautelar;
- f) Solicitar la práctica de una prueba anticipada;
- g) Solicitar la imposición inmediata de la sanción, en caso de admisión de hechos;
- h) Plantear cualquier otra cuestión incidental que permita una mejor preparación del debate;
- i) Ofrecer los medios de prueba necesarios para resolver las cuestiones propias de la audiencia preliminar.

El adolescente imputado y su defensor deberán, además, proponer la prueba que presentarán en juicio.

Si bien, esta norma no contempla lo señalado por el artículo 328 del Código Orgánico Procesal Penal, respecto a la víctima, cuando señala como requisito para poder realizar las antes citadas actividades durante el plazo fijado para celebrar la audiencia preliminar: “siempre que se hubiere querellado”, exige no obstante, la condición de parte, razón por la cual debe inferirse que siempre que se hubiere adherido a la acusación fiscal, única condición que puede asumir la víctima para ser parte, conforme a lo previsto en el artículo 572 de la LOPNNA, podrá manifestar por escrito las solicitudes que le atañen.

Ahora, esta situación termina siendo morigerada por la realidad, porque es práctica frecuente en tribunales del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, no sólo se reconocer el derecho de la víctima de asistir a la audiencia preliminar, sino intervenir, conciliando, solicitando medidas cautelares y cualquiera de los actos que por su naturaleza deban ser

ejercidos por la misma en esta fase del proceso, menos aquellas, en las que ciertamente dependa como querellante adherente del Ministerio Público.

Otros hechos que denotan contradicción entre las normas referidas a la audiencia preliminar y el artículo 572 de la misma ley, son los asuntos a ser decididos por el Juez de Control, al finalizar la audiencia preliminar.

En efecto, el artículo 578 contempla lo siguiente:

Finalizada la audiencia preliminar, el juez resolverá todas las cuestiones planteadas y en su caso:

- a) Admitirá, total o parcialmente la acusación del Ministerio Público o del querellante y ordenará el enjuiciamiento del imputado. Si la rechaza totalmente, sobreseerá;
- b) ordenará la corrección de los vicios formales de la acusación del Ministerio Público o del querellante;
- c) ...(omissis)...

Ciertamente, lo dicho en líneas anteriores demuestra que no existe víctima independiente en este procedimiento, por lo tanto no habría querellante acusador por cuenta propia, como parece desprenderse de los dos literales antes referidos.

El mismo artículo 579 de la Ley, pareciera referirse a un acusador particular propio, cuando señala, la decisión por la cual el Juez de Control admite la

acusación del Ministerio Público o del querellante y ordena el enjuiciamiento del imputado... (Omissis)...

Ahora, es menester señalar que el procedimiento previsto para el caso de delitos de acción privada, se rige de conformidad con lo contemplado en el artículo 571 y siguientes, por lo que podría interpretarse que el legislador está refiriéndose a ese tipo de querrela y querellante.

En cuanto a la fase de juicio, este tipo de procedimiento prevé en cuanto a las actuaciones previas, contempladas as en el artículo 586, que el Fiscal del Ministerio Público y el querellante, sólo podrán ratificar las pruebas que no hubiesen sido admitidas en la audiencia preliminar, frente a la capacidad que tiene el imputado de ofrecer nuevas pruebas.

Tratándose de un querellante adherente, no es posible la ratificación por parte de éste, de pruebas que le hayan sido rechazadas o inadmitidas, toda vez que su posición adherente, le hace depender y someterse a las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público.

El artículo 588 de la Ley, prevé la presencia en la audiencia de juicio del Juez, del imputado, del Fiscal del Ministerio Público, el querellante en su caso y del defensor.

Ese querellante, en los delitos de acción pública, lo sería de carácter adherente y podría considerarse de tratarse de delitos de acción privada, en los cuales no hay presencia del Ministerio Público.

El artículo 592 de la Ley, prevé el desistimiento del querellante, al comparecer a la audiencia de juicio o abandonarla, sin causa justificada. Tratándose de delitos de acción pública, sería desistimiento de la querrela adherente o adhesiva y podría referirse al caso de delitos de acción privada.

El artículo 593 de la Ley prevé el inicio de la audiencia de juicio y contempla la figura de un querellante exponiendo el contenido de su acusación. Tratándose de delitos de acción pública, la víctima sería adherente y sólo el Ministerio Público leería su acusación que es la misma de la víctima. En todo caso, podría hablarse de víctima acusadora en caso de delitos de acción privada, en los cuales no interviene el Ministerio Público.

En el artículo 598 del texto antes citado, el legislador al referirse al contradictorio, prevé el interrogatorio de los testigos por parte de quien los promovió y habla luego de las otras partes, debiendo entenderse que lo sería la víctima de haberse adherido a la acusación fiscal.

Como puede observarse, la víctima encuentra serias limitaciones para poder accionar en el marco del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, cuando, se trata de delitos de acción pública, pudiendo interpretarse que por

tratarse de una persona en proceso de formación, y sometido a un régimen de corte socioeducativo, se procure evitar la aprehensión que pueda representar una acusación fiscal y la activa intervención de la víctima; pero debe interpretarse también, que se trata de una persona responsable, capaz y como tal debe asumir las consecuencias de sus actos, objetivo perseguido por el sistema.

- **En los Delitos de Acción Privada.**

Parecido a lo que ocurre con el proceso diseñado para ser aplicado a los adultos, el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, atribuye o al menos confiere, desde el punto de vista legal, aparente mayor efectividad a la querrela formulada por la víctima en el caso de los delitos, cuya persecución es procedente, sólo gracias a su iniciativa.

Vinculado a lo antes señalado, el artículo 664 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, establece: “En los casos de querrela por tratarse de un hecho punible de instancia privada, regirán las normas de procedimiento especiales previstas en este Título. “

En efecto el artículo 556 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, establece:

Tratándose de hechos punibles de instancia privada, la querrela se propondrá por escrito ante el Juez o Jueza de Control, quien decidirá sobre su admisión y ordenará a la policía de investigación las diligencias que se le solicite, cuando las estime conducentes.

Practicadas las diligencias, el juez o jueza las entregará al querellante para que dentro de diez días presente la acusación. Recibida ésta, se fijará una audiencia para oír al acusado o acusada y se procederá conforme al Artículo 571 de esta Ley.

En este tipo de delitos como puede observarse, la víctima, en apariencia dispone de una posibilidad cierta de conducir el proceso en caso de optar por interponer acusación penal.

De la lectura de la citada norma se evidencia que la acusación o querrela se introducirá a diferencia del proceso penal ordinario, por ante el juez de control, órgano jurisdiccional facultado para pronunciarse acerca de su admisibilidad.

Debe entenderse que el escrito de querrela o acusación privada en este caso, deberá llenar las características de la acusación, conforme a las previsiones del artículo 570 de la LOPNNA.

En efecto, el artículo 570 de la Ley, prevé lo siguiente:

La Acusación deberá contener:

- a) Identidad y residencia del adolescente acusado, así como sus condiciones personales;
- b) relación de los hechos imputados con indicación, si es posible, de las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución;
- c) indicación y aporte de las pruebas recogidas en la investigación;
- d) expresión precisa de la calificación jurídica objeto de la imputación con indicación de las disposiciones legales aplicables;
- e) indicación alternativa de figuras distintas para el caso en que no resultaren demostrados en el juicio los elementos que componen la calificación principal a objeto de posibilitar la correcta defensa del imputado;
- f) solicitud de la medida cautelar para asegurar la comparecencia a juicio del imputado;
- g) especificación de la sanción definitiva que se pide y el plazo de cumplimiento;
- h) ofrecimiento de la prueba que se presentará en juicio.

De conformidad con el artículo 566 el Juez de Control ordenará directamente al órgano de policía de investigación la práctica de diligencias de investigación, para permitir a la víctima sustentar su acusación, llamando la atención que no se requiera auxilio fiscal, como si ocurre en el procedimiento ordinario, en el caso de delitos de acción privado.

Pese a lo señalado en esta norma, el juez no es órgano investigador y debería oficiar al Ministerio Público, como órgano jerárquico de los órganos de policía de investigación conforme a las previsiones del artículo 114 del Código Orgánico Procesal Penal, aunque en todo caso, éstos últimos deberán darlo a conocer a la Fiscalía, conforme a lo contemplado en el artículo 113 del mismo texto.

De las diligencias practicadas, el querellante podrá extraer los elementos de convicción que sustenten su acusación y las pruebas que deberá ofrecer para hacerlas valer en juicio.

Ahora bien, para algunos autores, este tipo de procedimiento ha mermado en cuanto su aplicación, ante el proceso de publicitación que experimentan las conductas consideradas hechos delictivos, cuya persecución se ha atribuido al Estado.

Ahora bien, la normativa aplicable a este tipo de delitos, informa de un procedimiento que habrá de regirse por las previsiones del artículo 571 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, significando ello, que una vez presentada la acusación por parte del acusador privado, por ante el Juez de Control, éste órgano deberá conceder a las partes, un plazo común para que se impongan del contenido de las actuaciones, y luego procederá a convocar a las partes para la celebración de una audiencia preliminar, que se celebrará en un plazo no mayor de diez días, contados a partir del momento de la notificación.

Fijada la oportunidad para celebrar la audiencia preliminar, dentro el plazo previsto para dicha celebración, las partes podrán ejercer por escrito, por ante el tribunal antes citado, las diferentes facultades señaladas en el artículo 573 de la misma ley, las que se señalan a continuación:

a) Señalar los vicios formales o la falta de fundamento de la acusación.

- b) Oponer excepciones.
- c) Solicitar el sobreseimiento.
- d) Proponer acuerdo conciliatorio.
- e) Solicitar la imposición, revocación o sustitución de una medida cautelar.
- f) Solicitar la práctica de una prueba anticipada.
- g) Solicitar la imposición inmediata de la sanción en caso de admisión de hechos.
- h) Plantear cualquier otra cuestión incidental que permita una mejor preparación del debate.
- i) Ofrecer los medios de prueba necesarios para resolver las cuestiones propias de la audiencia preliminar.

El adolescente imputado o adolescente imputada y su defensor o defensora deberán, además, proponerla prueba que presentarán en el juicio.

En la oportunidad de la audiencia preliminar, el juez procederá a pronunciarse sobre la viabilidad de la acusación y se pronunciará sobre las pruebas ofrecidas, tanto en lo relativo a las aportadas por el querellante y por el imputado y de admitirla, dictará el auto de apertura de juicio y remitirá las actuaciones al juez de juicio, a los efectos de realizar la audiencia oral, que deberá regirse por las previsiones del artículo 546 que atribuye a dicha audiencia carácter de reservada, en resguardo del derecho al honor, la reputación y la vida íntima y familiar del adolescente sometido a proceso penal.

Celebrada la audiencia de juicio que deberá caracterizarse por la reserva, la oralidad, la concentración y la continuidad y la contradicción, el juez de juicio,

deberá pronunciarse absolviendo o condenando al adolescente y de ser condenatoria la sentencia, la sanción no podrá ser privativa de libertad, dado que el literal a) del párrafo segundo del artículo 628 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, estatuye los delitos sobre los cuales recae dicha sanción, y que por las características de los mismos, sólo son perseguibles de oficio.

Pero tomando en cuenta dicha norma puede señalarse que no pueden ser perseguidos por vía de querrela privada, los delitos de homicidio; en cualquier modalidad; lesiones en cualquier modalidad, excepto aquellas cuya persecución puede iniciarse por iniciativa privada; violación, robo agravado; secuestro, tráfico de drogas, en cualquiera de sus modalidades, robo o hurto sobre vehículos automotores.

Conforme a la gravedad de la falta, el Juez de Juicio podrá imponer las siguientes sanciones: a) La amonestación; b) Reglas de Conducta; c) Servicios a la Comunidad y d) Libertad Asistida.

Las penas de Privación de Libertad y Semilibertad, atienden a criterios de gravedad del hecho y de la conducta observada por el adolescente, que indicará el grado de intervención a requerir, mientras que el tipo de delito a los cuales se aplica este procedimiento, no ameritará privación de libertad y atendiendo a la necesidad de intervención podrá exigirse disciplina simplemente; disciplina y vigilancia; solidaridad social o sólo será objeto de una reprimenda verbal que le haga conocer lo lesivo de su conducta.

La sanción impuesta será cumplida, conforme a las previsiones del procedimiento contemplado para la ejecución de las sanciones conforme a la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y la misma podrá prescribir, de acuerdo con lo previsto en el artículo 616 de la misma ley.

La persecución de estos delitos va a depender de la determinación que establezca el legislador en la ley penal sustantiva sobre los delitos objeto de este procedimiento, siendo que cada día es menor el tipo de hecho que encuadra dentro de los perseguibles como delitos de acción privada.

- **Trámite de la querrela en los delitos de acción pública.**

En el caso de los delitos de Acción Pública, y en específico en el procedimiento aplicable a los adultos, puesto que como se ha señalado previamente, en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, no se prevé la querrela en los delitos perseguibles de oficio, las actuaciones se inician, si la víctima decide querrellarse desde el comienzo de la investigación, presentando escrito, que deberá llenar los requisitos del artículo 294 del Código Orgánico Procesal Penal, a saber:

La querrela contendrá:

- 1.) El nombre, apellido, edad, estado, domicilio o residencia del querellante, y sus relaciones de parentesco con el querellado;
- 2.) El nombre, apellido, edad, domicilio o residencia del querellado;
- 3.) El delito que se le imputa, y el lugar, día y hora aproximada de su perpetración;
- 4.) Una relación especificada de todas las circunstancias esenciales del hecho;

El legislador patrio ha requerido del solicitante de las actuaciones, su identificación; pero además deberá indicar las relaciones que pudiera tener con el querellado, a quien deberá identificar, con indicación si conoce del apellido, edad, domicilio o residencia del mismo.

Sobre los antes citados requisitos, sostiene Pérez Sarmiento (op. cit, p.364), lo siguiente:

Estos requisitos son exclusivos para la querrela ejercida en proceso seguido por delito de acción pública, pues los requisitos para la acusación privada (antes también denominada querrela) que da inicio al proceso por delitos de instancia meramente privada están regulados en el artículo 401 y siguientes de este Código.

Como puede observarse, si la querrela es un instrumento con el cual, en el caso de los delitos de acción pública, puede darse inicio o impulsarse la investigación, a petición de la víctima o afectado por el hecho, la norma anterior contendría una limitación, por cuanto que ante el desconocimiento de la identidad del o los presuntos autores, tendría que abstenerse de requerir la práctica de diligencias durante la fase de investigación.

Así las cosas, la víctima solo podría interponer acusación particular propia, dado que ya en esa etapa, el Ministerio Público, identificó al autor del hecho al interponer la acusación.

De acuerdo con lo antes planteado, podría inferirse que sólo cuando ha habido aprehensión en flagrancia, o establecida la identificación del imputado por el Ministerio Público durante la investigación, podría la víctima interponer escrito de querrela para solicitar la práctica de diligencias dirigidas a establecer la verdad de los hechos.

No obstante pudiera suceder que la víctima, desconozca quien o quienes son los autores o sospechosos del hecho, con relación al cual procuran obtener información, en aras de coadyuvar en la búsqueda de la verdad y sustentar una posible acusación.

Debe interpretarse, en este caso, que esta circunstancia, es decir, el desconocimiento de la identidad del autor o autores del hecho, no impide, ni debe impedir el planteamiento de la víctima, por cuanto, que su requerimiento, va a servir de impulso a la investigación, que tal como se desprende del artículo 300 del Código Orgánico Procesal Penal, es de oficio e iniciada ésta, la falta de datos sobre la identidad del imputado no puede detener la investigación, tal como desprende del artículo 126 del texto adjetivo penal.

En efecto, el artículo 126 del Texto adjetivo penal plantea lo siguiente:

Desde el primer acto en que intervenga el imputado será identificado por sus datos personales y señas particulares.

Si se abstiene de proporcionar esos datos o lo hace falsamente, se le identificará por testigos o por otros medios.

La duda sobre los datos obtenidos no alterará el curso del proceso y los errores sobre ellos podrán ser corregidos en cualquier oportunidad,

Lo anterior es lógico inferirlo, por cuanto que igual que ocurre con el Ministerio Público, en oportunidades iniciará la investigación, sin tener conocimientos acerca de la identidad de los presuntos autores o partícipes en la perpetración del hecho.

Para algunos autores esta querrela, es una denuncia calificada, y mediante la misma, la víctima persigue que el Fiscal del Ministerio Público realice o practique una serie de diligencias en la búsqueda de la verdad, pero debe recordarse que en oportunidades, ni siquiera el Ministerio Público dispone de información acerca de la identidad del posible o los posibles autores del o los hechos, por lo que podría ocurrir que se solicite la práctica de diligencias y requerir se determine quién o quiénes podrían ser los presuntos autores o partícipes en la perpetración del mismo.

Debe tenerse en cuenta además, que el querellante podría requerir, del Ministerio Público determine la identidad de los presuntos autores o partícipes, sobre todo si se toma observa que el Ministerio Público está llamado a establecerla, de conformidad con el antes citado artículo 126.

Señala el artículo 294 objeto de comentario, que la víctima deberá indicar el delito que se le imputa al querellado, lugar, día y hora aproximada de su perpetración.

Pero podría suceder que se desconozca en realidad, la entidad del hecho, como suele ocurrir en caso de la desaparición de personas o de posibles secuestros, por ello, debe considerarse que hay algunos casos en los que no es posible identificar con precisión el delito e incluso, datos sobre los autores del mismo, lo que en modo alguno debe impedir la introducción del escrito de querrela, por cuanto tal como se dejó sentado, es un mecanismo que permite impulsar la apertura o ampliación de una investigación, en este último caso, ya iniciada, por otro medio, sobre todo porque la finalidad de la querrela en esta fase del proceso, es la de solicitar la realización de diligencias que estime necesarias para la investigación de los hechos.

La denuncia, consiste en dar a conocer al órgano de investigación, de la posible comisión o perpetración de un hecho punible, con miras a la realización de las diligencias tendentes a establecer si en realidad se cometió y de verificarse su perpetración, determinar el o los autores del mismo.

Así, la querella, como denuncia calificada, debe ab initio indicar con precisión datos sobre los hechos y los posibles autores, pero debe entenderse que en oportunidades, no podrá ser posible la concreción de estos datos, y por tratarse de delitos perseguibles de oficio, el Ministerio Público, deberá establecer los aspectos no señalados con precisión.

Sobre este particular acertadamente Pérez Sarmiento (ibídem) plantea lo siguiente:

Si la querella es concebida como un modo de proceder, que sirve bien para iniciar el procedimiento por denuncia calificada de la víctima, o bien para conferirle a ésta la cualidad de parte formal en la investigación de la fase preparatoria, entonces se comprende, en razón de la relación de la querella así concebida, con los artículos 300 y 283, ambos de este Código, que el querellante deba solicitar al fiscal que se haga cargo de las diligencias de investigación necesarias para corroborar su denuncia y la participación del querellado

Como puede observarse la posición del citado autor es coincidente con el comentario que antecede a la cita, por ello, si como señala el mismo, muchas veces la finalidad de querellarse es que se le confiera a la víctima la cualidad formal de parte en el proceso y si por otro lado relaciona la querella con los artículos 300 y 283 del Código Orgánico Procesal Penal, se comprende que el ofendido solicite al fiscal se haga cargo de la investigación.

Otro de los requisitos de la querrela es que la víctima deberá presentar una relación especificada de todas las circunstancias esenciales del hecho, lo que significa exigirle que indique detalles de modo tiempo y lugar de los hechos, cosa que en oportunidades no resulta posible indicar con precisión o especificidad, sobre todo si se toma en cuenta la ocurrencia de eventos, cuyos detalles pormenorizados son desconocidos por el propio Fiscal del Ministerio Público, por lo que dada la vinculación de la querrela, con los artículos 300 y 283 del texto adjetivo penal, la victima podrá requerir del órgano fiscal, asuma la investigación.

Sobre este particular cabe hacer mención de lo sostenido por el antes citado autor (Ibíd., p.365), en los siguientes términos:

Por otra parte, no debe entenderse que la oportunidad del querellante para solicitar diligencias de investigación en el proceso ordinario (por delitos de acción pública) se circunscribe o agota en escrito de la querrela, pues este derecho puede ser ejercido, en razón de la libertad de prueba, imperante en el COPP, durante toda la fase preparatoria y en las fases subsiguientes, en las oportunidades señaladas por la ley (arts.327, 328 y 359)

En el escrito que deberá presentar la víctima al Juez de Control, la misma solicitará al Ministerio Público la práctica de diligencias, que según su criterio considere sean necesarias para investigar los hechos.

Se entiende que de conformidad con las previsiones del artículo 300 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP), la querrela considerada en esta

etapa como una denuncia calificada de la víctima o medio para conferirle la condición de parte formal en la fase preparatoria, es un mecanismo impulsor de la investigación oficiosa de los hechos, que serviría a la víctima, para coadyuvar en la búsqueda de la verdad, de manera que le permitiría la corroboración de sus planteamientos sobre los hechos, tal como se desprende del numeral 4 del antes citado artículo: "una relación especificada de todas las circunstancias esenciales del hecho", que deben serlo de modo tiempo y lugar.

Pero además la investigación solicitada, permitiría, establecer si el querellado ha intervenido o participado en su perpetración.

Ahora bien, presentado el escrito de querrela, el Juez de Control, se pronunciará admitiendo o no el escrito, de modo que de producirse lo primero, la víctima habrá adquirido formalmente la condición de parte querellante, con los derechos y deberes que tal condición le confiere en proceso.

Llama la atención el contenido del artículo 305 del Código Orgánico Procesal Penal, que establece:

El imputado, las personas a quienes se les haya dado intervención en el proceso y sus representantes, podrán solicitar al fiscal la práctica de diligencias para el esclarecimiento de los hechos. El Ministerio Público las llevará a cabo si las considera pertinentes y

útiles, debiendo dejar constancia de su opinión contraria, a los efectos que ulteriormente correspondan.

Del texto de la norma citada, pareciera desprenderse la inutilidad de la querrela en fase de investigación, puesto que si la víctima que ha intervenido, pudiera requerir la práctica de diligencias durante la señalada fase, sin presentar escrito de querrela y el Ministerio Público acordarlas o no, parece no tener sentido, la previsión del artículo 295 sobre la facultad de la víctima para requerir mediante querrela y por ante el juez de control, la práctica de diligencias de investigación por parte del Ministerio Público, a menos que ello sólo tenga como finalidad, el reconocimiento formal como parte en el proceso desde esa primera etapa procesal.

La aparente inutilidad de la querrela durante esta fase, ante la facultad otorgada a la víctima de solicitar diligencias de investigación para esclarecer los hechos, se acentuaría ante la posibilidad de presentar acusación particular propia sin haberse querrellado previamente.

Ahora, esta facultad de la víctima, está supeditada a la decisión del Ministerio Público, órgano que resolvería sobre la pertinencia de la petición, sin aparente control del órgano jurisdiccional.

En definitiva, el escrito de querrela con miras a impulsar la investigación de oficio, con la finalidad de ser reconocido como parte e incluso para obtener

elementos de convicción que permitan sustentar una acusación particular, debe plantearse por escrito por ante el Juez de Control.

- **Admisibilidad.**

Recibido el escrito de querrela por parte del Juez de Control, el órgano jurisdiccional deberá pronunciarse acerca de la admisibilidad del escrito.

En efecto el artículo 296 del Código Orgánico Procesal Penal plantea que:

El Juez admitirá o rechazará la querrela y notificará su decisión al Ministerio Público y al imputado.

La admisión de la misma, previo el cumplimiento de las formalidades prescritas conferirá a la víctima la condición de parte querellante y así expresamente deberá señalarlo el Juez de Control en el auto de admisión.

Si falta alguno de los requisitos previstos en el artículo 294, ordenará que se complete dentro del plazo de tres días.

Las partes se podrán oponer a la admisión del querellante, mediante las excepciones correspondientes.

La resolución que rechace la querrela es apelable por la víctima, sin que por ello se suspenda el proceso.

La citada y transcrita norma, coloca en manos del órgano jurisdiccional, como garante que es de los derechos ciudadanos, por disposición del artículo 64

del Código Orgánico Procesal Penal, el control de los requisitos a ser llenados por la víctima para solicitar la investigación de los hechos y corroborar la participación del querellado en los mismos y convertirse en parte formal en proceso.

En virtud de lo antes planteado, el Juez de Control, además de revisar el cumplimiento de las obligaciones contempladas en el artículo 294 del Código Orgánico Procesal Penal, deberá indicar si admite o no el escrito de querrela, y de producirse la admisión, deberá hacer constar que tal pronunciamiento confiere a la víctima la condición de parte.

Del contenido de la norma se desprende que la querrela puede no ser el mecanismo con el que originalmente se impulsa la investigación, cuando establece: “Las partes se podrán oponer a la admisión del querellante, mediante las excepciones correspondientes”.

Cuando la norma habla de partes, da a entender que el procedimiento pudo haberse iniciado, mediante algún otro medio, distinto a la querrela y haber un imputado, por lo que éste, podría oponerse a la admisión de la querrela, mediante la interposición de excepciones, conforme a lo previsto en el artículo 28 del Código Orgánico Procesal Penal.

Cuando la querrela fuese el mecanismo originario de impulso de la investigación, y se hubiese señalado un presunto autor de los hechos, las

excepciones podrán ser opuestas por el querellado y el Ministerio Público, atendiendo a lo señalado en el mismo artículo 28 del texto adjetivo penal.

En caso de no ser señalado por la víctima, un presunto autor o querellado, en su escrito de querrela, corresponderá al Juez de Control pronunciarse sobre la admisibilidad de la misma, revisando los requisitos exigidos para su interposición, pero también podría el Ministerio Público, órgano que además, tiene atribuida la facultad de desestimación de la querrela, oponerse a su admisión.

El pronunciamiento del Tribunal de Control, traerá como consecuencia, en caso de ser admitida la querrela, su notificación y posterior remisión al Ministerio Público, para que éste órgano practique las diligencias de investigación solicitadas, tal como se infiere del texto de los artículos 296 y 301 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP).

La admisión de la querrela confiere el carácter de parte a la víctima que se hubiere querrellado y ello deberá constar en el auto fundado que dicte al efecto el Juzgado de Control.

Pero además, el Juez deberá notificar su decisión al querrellado, y al Ministerio Público.

Al efecto señala Pérez Sarmiento (Op. Cit, p.365), que: “La admisión de la querella produce como efecto el conferimiento a la víctima del carácter formal de parte querellante con todas sus cargas y derechos, así como la obligación del tribunal de notificar al Ministerio Público y al querellado”

Debe notarse que el legislador señala que: “El juez admitirá o rechazará la querella y notificará su decisión al Ministerio Público y al imputado”.

Si bien podría interpretarse que se trata de un error, porque mientras el procedimiento se haya iniciado sólo mediante interposición de querella, se debe hablar de querellado; podría considerarse que al emplearse el término imputado, la investigación pudo haberse iniciado como resultado de un medio distinto a la querella.

La solicitud de la práctica de diligencias por el Ministerio Público, no es imputación y por lo tanto no debe hablarse de imputado, sino de querellado tal como lo señala el numeral 2 del antes citado artículo 294, del Código Orgánico Procesal Penal, aunque en dicha norma se requiere en el numeral 3, que el escrito debe contener:”El delito que se le imputa...”

Del texto de la norma se infiere que la querella, no es siempre, necesariamente, el instrumento impulsor originario de la investigación, por cuanto el legislador admite se puede estar en presencia de un imputado y ello es posible, porque la investigación pudo haberse iniciado como resultado

de flagrancia, de denuncia o por notitia criminis, por lo que nada impide que producido el pronunciamiento del tribunal de control, admitiendo la querrella lo notifique la imputado, quien ostentaría doble condición, la de imputado y querrellado.

El antes citado autor, señala asimismo (ibídem), que:

El legislador no debió aludir en este artículo a la notificación del “imputado”, pues en los procedimientos por delitos de acción pública, el querrellado no se convierte en imputado por la mera admisión de la querrella por el juez de control, ya que tal admisión es a reserva de lo que arroje el proceso (ad probationem) y no comporta ningún señalamiento sobre la existencia del hecho punible ni sobre la responsabilidad del querrellado. Cuando se dejare de notificar al querrellado y se decretare el inicio de la investigación y, como consecuencia de ello se realizaren diligencias de investigación que no pudieron ser conocidos, ni controlados por el querrellado, probablemente habrá allí una nulidad de esas actuaciones.

La norma objeto de análisis, plantea que de no llenar el escrito de querrella los requisitos del artículo 294 del Código Orgánico Procesal Penal, el juez ordenará que se completen dentro del plazo de tres días.

Del texto de la norma se evidencia que se le está confiriendo al escrito de querrella, la relevancia otorgada a la acusación y debe recordarse que la querrella es una denuncia calificada, a través de la cual la víctima, aspira se

le reconozca formalmente como víctima y procurar una serie de diligencias con miras a lograr elementos suficientes para sustentar una acusación.

En virtud de lo antes planteado, y atendiendo al tiempo otorgado a la víctima para hacer correcciones; pareciera cercenársele el derecho a la tutela efectiva, sobre todo, porque el Ministerio Público encargado de la investigación, está facultado para lograr la identificación de los autores de los hechos y la verificación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los mismos, en el caso de los delitos perseguibles de oficio.

Pero además, no debería dársele tan poco tiempo, porque en esa oportunidad no agota la víctima la posibilidad de probar, tal como se indicó con anterioridad.

De acuerdo con lo antes señalado, el incumplimiento de ciertas formalidades como las antes indicadas, no pueden constituir fundamento para la inadmisibilidad de la querrela, ello no obsta para que el juez requiera correcciones, complemento o explicaciones, pero el fundamento para la no admisión debe estar ligada a que el hecho no sea típico, que la acción esté evidentemente prescrita, o cuando exista un obstáculo legal para el desarrollo del proceso, cuando tal como se ha dicho, la investigación se hubiese iniciado por el sólo impulso de la querrela.

Rioneros & Bustillos (2006, p.170), señalan otro elemento interesante a considerar: “La ley no expresa cuales han de ser los motivos que puede invocar el Juez de Control para el rechazo de la querrella ni en qué casos debe, por el contrario, admitirla”

En ese mismo sentido, los citados autores (ibídem) señalan:

Pareciera por los efectos del rechazo, que estos difieren de los que hemos señalado como constitutivos de la desestimación. Veamos. Si bien tampoco expresa la ley cual es el efecto que se sigue de la desestimación de la noticia del delito, si se acepta que la desestimación se basa en su inidoneidad material para constituirse en res iudicanda, en materia de un juicio, es evidente que el pronunciamiento que se dicte desestimando la denuncia o la querrella impide la litis pendencia y la actividad probatoria y se proyecta en sus efectos sobre futuras proposiciones de la misma cuestión material. Ahí reside a nuestra manera de entender, la diferencia de la desestimación con el rechazo de la querrella. Este según se expresa en el último aparte del artículo 296 del Código Orgánico Procesal Penal, es apelable por la víctima, sin que por ello se suspenda el proceso. De donde se desprende que el rechazo de la querrella, a diferencia de su desestimación, sólo puede fundarse en el artículo 292 del Código en concordancia con el artículo 119 ejusdem-por no ser el querellante, la víctima u ofendido del delito-o en inobservancia definitiva de las formas de acuerdo con el artículo 294 y 296 del Código y no prejuzga por consiguiente sobre el fondo. El rechazo afecta la legitimación de la víctima u ofendido por el delito, pero no la litis pendencia ni la litis.

No obstante lo antes señalado, resulta lógico considerar que el juez pronunciaría la no admisión de la querrella, conforme a las previsiones del

artículo 296 del Código Orgánico Procesal Penal, con fundamento en el incumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 294 del Código Orgánico Procesal Penal y con base en las causales de la desestimación, es decir, cuando los hechos no revisten carácter penal; la acción está evidentemente prescrita, la existencia de obstáculos legales que impidan el desarrollo del proceso y cuando el o los hechos requieran para su enjuiciamiento, instancia de parte agraviada, lo que dará lugar a que dependiendo de los efectos de la decisión se afecte la litis pendencia o no

Del mismo modo procederá la inadmisibilidad, cuando se comprobare que los hechos, objeto del proceso, constituyen delito cuyo enjuiciamiento procede a instancia de parte agraviada.

Tal como se ha indicado previamente, admitida la querrela se notificará al Ministerio Público, a quien luego se le remitirá para la práctica de las diligencias solicitadas.

Ahora bien, el principio de oficialidad que orienta la investigación, da lugar a que el Ministerio Público, esté facultado para solicitar la desestimación de la querrela, en los términos que se expresan a continuación.

- **Desestimación.**

En efecto, el artículo 301 del Código Orgánico Procesal Penal, establece:

El Ministerio Público, dentro de los quince días siguientes a la recepción de la denuncia o la querrela, solicitará al juez de Control, mediante escrito motivado, su desestimación, cuando el hecho no revista carácter penal, o cuya acción esté evidentemente prescrita, o exista un obstáculo legal para el desarrollo del proceso.

Se procederá conforme a lo dispuesto en este artículo, si luego de iniciada la investigación, se determinare que los hechos objeto del proceso constituyen delito cuyo enjuiciamiento sólo procede a instancia de parte agraviada”

Se verifica de la norma transcrita que una de las razones determinantes de la desestimación de la querrela está representada por las circunstancias de tratarse de hechos o delitos, cuyo enjuiciamiento solo procede a instancia de parte agraviada o la víctima, razón por la cual, el dispositivo se refiere a la querrela en el caso de delitos de acción pública.

Ante el planteamiento contenido en la norma objeto de comentario, cabe analizar lo que los estudiosos del proceso interpretan como desestimación.

Balza (2007, p. 344), señala al efecto que:

En todo caso, desestimación partiendo de los efectos jurídicos penales, sería no admitir, (rechazar, excluir, reprobar) la denuncia por causa de impedimentos legales (no existir carácter punible en los actos, no es delito o falta), prescripción o caducidad de la

acción o que el proceso donde se verificará, si existe delito y sus responsables sólo pueden ser instados por acción privada)

El mismo autor (ibídem) al citar el diccionario de la Real Academia Española (RAE), ofrece como definición del término: Acción o efecto de desestimar; y desestimar significaría, no hacer bastante aprecio de alguien o de algo. Denegar desechar.

Pérez Sarmiento (2007, p. 368), plantea al respecto: “La desestimación es una institución destinada a la depuración del proceso penal, pues este no debe incoarse si no existen bases serias para ello. Pero la desestimación no pende de ninguna comprobación sustancial del hecho denunciado o querellado...”

El antes señalado autor (ibídem), cita a Cabrera Romero, quien expresa:

...no necesita de mayor prueba sino fundamentalmente de máximas de experiencia o sentido común, pues se trata de establecer del mero análisis de la fuente de la notitia criminis, si el hecho es típico y de serlo, si la acción está evidentemente prescrita o si hay algún obstáculo legal que impida perseguirlo.

Ahora bien, la propia norma citada da a entender que la desestimación es el pronunciamiento que debe hacer el juez de control, denegando o desechar una denuncia o una querrela, como resultado de solicitud formulada por el Ministerio Público, cuando dentro de los quince días

siguientes después de recibida una o la otra, ésta última por remisión del órgano jurisdiccional, conforme a las previsiones del artículo 295 del COPP.

El Ministerio Público hará la citada petición, cuando observare que los hechos denunciados o señalados en el escrito de querrela, no revisten carácter penal, que la acción está evidentemente prescrita; que existe un obstáculo legal para el desarrollo del proceso o que se trata de hechos para cuyo enjuiciamiento, se requiere instancia de parte agraviada.

La desestimación de la querrela podrá producirse en los siguientes casos:

- 1°) Cuando los hechos no revisten carácter penal;
- 2°) La acción está evidentemente prescrita;
- 3°) Cuando exista un obstáculo legal para el desarrollo del proceso;
- 4°) Cuando se trate de hechos, para cuyo enjuiciamiento se exige instancia de parte agraviada.

Las dos primeras causales de desestimación de la querrela, son circunstancias relacionadas con el hecho mismo, para cuya consideración está facultado el Ministerio Público, aunque nada obsta para que el órgano jurisdiccional, al recibir la querrela, pudiese tenerlas en cuenta, a los efectos del pronunciamiento sobre su admisibilidad.

La primera de las causales: “Cuando los hechos no revisten carácter penal”

Al respecto, Rioneros y Bustillos (op.cit, p.163) sostienen:

Este primer escenario comporta más bien una causal de sobreseimiento, por lo tanto, si el hecho no reviste carácter penal, ¿por qué desestimar procurando un archivo, cuando puede sobreseer definitivamente la causa? Sobre todo, si se toma en cuenta que tal figura (archivo) no está regulada detenidamente en ninguna otra norma del Código Orgánico Procesal Penal, y de creerse que se trata del archivo del 315 eiusdem, entonces mucho menos tendría sentido su decreto, pues la causa se podrá reabrir, y bien sabido es que luego de determinarse que unos hechos no revisten carácter penal nos preguntamos ¿qué otros elementos harán cambiar tal circunstancia?, la respuesta es: ninguno.

Obsérvese que el legislador ha previsto que el Ministerio Público puede o está facultado para solicitar al Juez de Control, la desestimación de la denuncia o la querella, pero ello debe ocurrir, dentro de los quince días siguientes a la recepción de la denuncia o la querella, como bien se aprecia del contenido del artículo 295, debió haber sido admitida previamente por el juez de control.

Ello constituye, sin duda una contradicción, puesto que si el Juez de Control ya ha admitido la querella, mal puede el Ministerio Público solicitar al mismo Juez que la admitió que desestime la querella.

Esto es digno de consideración porque algunos autores consideran que la actuación del Juez de Control frente al escrito de querrela, se reduce a observar sólo si llena los requisitos del artículo 294 del Código Orgánico Procesal Penal, referido sólo a los requisitos de la querrela, pero sería inaudito que un Juez observare que los hechos no revisten carácter penal o que la acción esté evidentemente prescrita y no se pronuncie al respecto.

Sobre la desestimación Pérez Sarmiento (2008, p. 370), señala:

En principio y como regla, el juez de control decretará la desestimación de la denuncia o la querrela cuando de su mera redacción se aprecie que no hay delito porque el hecho narrado no es típico o porque aún siéndolo, la acción para perseguirlo aparezca prescrita de la mera comparación entre la fecha en que se dice cometido y la fecha de presentación de la denuncia o la querrela, o porque en las actuaciones no conste acreditada la superación prima facie del obstáculo legal:

Acerca del asunto Rionero & Bustillos (op.cit, p.169) sostiene que:

En ese sentido disentimos totalmente de tal hipótesis, pues la admisión de la querrela, en absoluto toca aspectos sobre tipicidad o prescripción. Los requisitos para que un Juez admita la querrela en nada se relacionan con los supuestos de la desestimación, pues para admitir aquella sólo se tienen en cuenta aspectos de forma.

Algunos consideran que para que el Ministerio Público, pueda solicitar desestimación de la Querrela, no debe haberse iniciado investigación alguna; pero otros consideran que ese lapso de quince días que el legislador confiere al Ministerio Público, es precisamente para que recabe datos tendentes a establecer la procedencia de la denuncia o la querrela en este caso.

Sobre el asunto Pérez Sarmiento (op. Cit, p 365) sostiene que:

El Juez de control sólo puede declarar de plano la inadmisibilidad de la querrela, cuando de la mera redacción de los hechos descritos en ella, se aprecie que estos no son típicos, es decir, que no reúnan los elementos externos o aparentes del tipo delictivo que se invoca en la calificación jurídica. Pero es obvio, que no puede el juez, al momento de considerar la admisibilidad de la querrela, entrar a establecer la existencia o no de los hechos imputados o prejuzgar acerca de la intención de las partes de cometerlo o sobre elementos de antijuricidad que requieran prueba, pues de ser así, estaría entrando a valorar cuestiones para cuya consideración es necesaria la prueba.

En este sentido los citados autores Rionero & Bustillos (ibídem):

Por ello descartamos la opinión de aquellos que consideran que la desestimación tiene lugar cuando no se ha iniciado la investigación, descartamos dicha visión es errada, y no sólo sobre la base de lo dispuesto en el artículo 300 del Código Orgánico Procesal Penal, que impone la obligación perentoria de iniciar la investigación, sino porque para el fiscal pueda determinar que los hechos no son típicos (primer supuesto que alberga el artículo 300

del Código Adjetivo Penal) debe necesariamente indagar e investigar

La segunda causal de desestimación de la querrella es: “La acción está evidentemente prescrita”

El Ministerio Público podría solicitar la desestimación de la querrella, con base en la citada causal, en la medida en que el Juez no se haya percatado y por lo tanto inadmitido la querrella, pues su accionar no puede ser el de un convidado de piedra y dejando pasar circunstancias o elementos evidentes que harían inoficiosa la actuación del Fiscal del Ministerio Público.

Se sostiene que en caso de duda acerca de si la acción está prescrita el Ministerio Público procederá a realizar actos de indagación para establecer la procedencia o no de la investigación basada en los requerimientos hechos por la víctima.

Cabe señalar, que no está demás considerar la posibilidad de que el órgano jurisdiccional proceda a verificar la tipicidad del hecho o la prescripción de la acción, hecho que no le está negado, sobre todo si como juez de control, está llamado a salvaguardar los derechos de las personas involucradas en los hechos cuya investigación se solicita.

Negar esta posibilidad al Juez de Control y convertirlo en vigilante sólo del cumplimiento de las formalidades de la querrela, impedirían la manifestación clara de su función decisoria y sobre todo de materialización de la tutela judicial efectiva.

Pérez Sarmiento (ibídem), plantea:

El Fiscal del Ministerio Público puede hacer la solicitud a que se refiere este artículo aún cuando el juez ya ha admitido la querrela, bien porque el Juez haya pasado por alto las circunstancias a que se refiere este artículo o porque compruebe tales circunstancias en sus investigaciones subsiguientes en la forma en que se ha dicho antes. Aún cuando este artículo se refiere solamente al Ministerio Público, es más que obvio que el querrellado, notificado conforme al artículo 296, tiene también el derecho a solicitar la desestimación de la querrela, oponiéndole las mismas excepciones a que se refiere el artículo 28 del COPP, según interpretación concordada de los artículos 296 y 301 de ese mismo cuerpo legal.

De lo antes señalado, si bien se ha indicado que la solicitud de la desestimación de la querrela corresponde al Fiscal del Ministerio Público, nada obsta para que el órgano jurisdiccional desestime la querrela con fundamento en las causales como la no tipicidad del delito y la prescripción de la acción.

Sobre este asunto es interesante observar que el artículo 300 del Código Orgánico Procesal Penal plantea lo siguiente: "... (Omissis) en caso de duda

razonable sobre la naturaleza del hecho denunciado, el Fiscal del Ministerio público procederá conforme a lo establecido en el encabezado del artículo 301

El legislador hace referencia al procedimiento a seguir por parte del Ministerio Público, en caso de que haya duda razonable acerca de la naturaleza del hecho denunciado.

Cabe señalar que esa duda también puede ser percibida por el Juez, cuando se formula la querrela o se introduzca por ante el Tribunal de Control, caso en el cual, deberá atenerse a verificar el cumplimiento de formalidades y remitirlo al Fiscal del Ministerio Público, órgano que deberá realizar actos de indagación o investigación en ese sentido.

Ahora bien, luce acertada la posición de los autores Rioneros y Bustillos (ibídem, p 169), sobre el particular cuando plantean:

Al respecto hay que denunciar la visión errada del legislador, cuando considera que la duda razonable es suficiente-sin necesidad de investigación- para desestimar una denuncia. Consideramos que únicamente en aquellos casos donde resulta evidente que el hecho no es típico, puede plantearse la desestimación, aunque claro, luego de estudiar los efectos que establece el artículo 302 eiusdem, podremos discernir que aún en tales supuestos la figura en comentario es improcedente.

Ciertamente parece desacertado y peligroso el criterio sustentado por el legislador, al considerar que la sólo duda razonable pueda convertirse en la motivación para proceder a solicitar la desestimación de la denuncia o en este caso de la querrela. Mucho más, cuando está en juego no sólo la libertad y suerte de un posible perseguido penal, sino los intereses de una persona que manifiesta tener interés en la realización de actos o diligencias tendentes a la consecución de la verdad. Por ello, resulta aceptable considerar que ello sería posible, en caso de ser evidente la atipicidad del hecho o la prescripción de la acción.

En ese orden de ideas, Pérez Sarmiento (ibídem), sostiene:

Esto no quiere decir, en cambio, que la desestimación deba ser apreciada siempre con prescindencia de toda investigación, pues es posible que sea necesaria la acreditación de algún extremo más allá de la mera fuente de la noticia del delito (denuncia, querrela, informe policial, etc.) pero con tal que tal comprobación se realice en una etapa incipiente del proceso y siempre antes de que se señale a alguna persona como imputada en la causa, pues si la averiguación se halla muy avanzada y hay imputado señalado, entonces lo que procedería, en caso de no haber lugar a la continuación del procedimiento, es el archivo fiscal o el sobreseimiento, en su caso.

Dispone el Ministerio Público de quince días contados a partir del momento de la recepción de la denuncia y en el caso en estudio, de la querrela, para requerir la desestimación de la misma, lapso que implica que la prescripción no debe producirse por su inacción, por lo tanto si presentare la solicitud de desestimación de la querrela fuera de ese lapso, se entenderá extemporánea

Al respecto sostienen Rioneros y Bustillos (ibídem)

En efecto los quince días que establece el artículo 301 del Código Orgánico Procesal Penal, es un lapso dentro del cual el Ministerio Público podrá solicitar la desestimación pasados éstos, no es susceptible de ser solicitada por extemporánea: Ahora bien, su presentación fuera del lapso no implica, únicamente su extemporaneidad ( o como sostienen otros que si se solicita luego de los quince días se debe notificar a la víctima) Consideramos que los quince días a los que alude la norma, simplemente representan un lapso que el legislador consideró como suficiente para que el Fiscal del Ministerio Público recabe los elementos necesarios para fundamentar su solicitud.

En este sentido se observa que la víctima resulta prácticamente un mero impulsador de la investigación y que luego de ello, todo queda en manos del Juez, quien se pronunciará sobre la admisión o inadmisión de la querrela y el Fiscal del Ministerio Público, quien dispondrá después de recibida la solicitud remitida por el Juez, en caso de admisión, de quince días para solicitar la desestimación de la misma. Quiere ello decir, que si el Fiscal no solicita la desestimación procede la investigación requerida; pero no se señala el procedimiento a seguir si se produce la solicitud en forma extemporánea.

En resguardo de los derechos de los intervinientes en el proceso, luce razonable que si el Ministerio Público llegase a observar que la prescripción es evidente o los hechos no revisten carácter penal; pero no solicitó la desestimación dentro de los quince días siguientes a recibir el escrito de querrela, se plantee la solicitud de desestimación y se solicite la presencia de la víctima a fin de informarle de dicha solicitud, se escuche sus

planteamientos y luego se decida al respecto. Ello en virtud del derecho constitucional de conocer las resultas del proceso, por parte de los interesados en el mismo y sobre todo el derecho de la víctima a conocer de la marcha del proceso.

La tercera causal de desestimación de la querrela es “Cuando exista un obstáculo legal para el desarrollo del proceso”

En este sentido, menester atender a lo contemplado en el Libro Primero; Título I; Capítulo II del Código Orgánico Procesal Penal, referido a los obstáculos al ejercicio de la acción penal, siendo éstos:

- 1) La existencia de una cuestión prejudicial;
- 2) La falta de jurisdicción;
- 3) La incompetencia del Tribunal.
- 4) Acción promovida ilegalmente por las causas siguientes, conforme a las previsiones del numeral 4 del artículo 28 del Código Orgánico Procesal Penal.

Al respecto es importante destacar, que con relación al primero de los obstáculos, sostienen Rioneros & Bustillos (op. cit, p.164): No tiene sentido desestimar ante tal circunstancia, pues el efecto del archivo es totalmente distinto a la solución que establece el propio Código Orgánico Procesal Penal, en el artículo 35 referido a la prejudicialidad civil.

En efecto, en caso de una cuestión prejudicial el artículo 35 del Código Orgánico Procesal Penal, prevé una solución a estos casos, razón por la cual resulta improcedente o incongruente la desestimación y acordar como resultado de ello el archivo.

En cuanto al segundo de los obstáculos, a decir de los citados autores, sólo puede declararse a solicitud de parte, razón por la cual, no es precisamente el Ministerio el órgano que debe plantearla al Juez de Control. Es esta una excepción que daría lugar a la remisión de las actuaciones al órgano que deba conocer, por lo tanto la consecuencia de tal causal no es precisamente el archivo, sino la prevista en el artículo 54 y siguientes del Código Orgánico Procesal penal.

Con relación al siguiente obstáculo, la solución procesal es la remisión de las actuaciones al órgano jurisdiccional competente, no obstante el legislador prevé como solución, la desestimación de la querella.

En cuanto al último de los obstáculos se hace referencia a las causales contempladas en el numeral 4 del artículo 28 del texto adjetivo penal, así las cosas, se podrá desestimar la querella por los siguientes motivos:

- a) La Cosa Juzgada, hecho que da lugar al sobreseimiento de la causa; aunque caben los comentarios hechos respecto a la desestimación por

que los hechos no revisten carácter penal o porque la acción esté evidentemente prescrita;

- b) La nueva persecución del imputado, con las excepciones contempladas en los numerales 1 y 2 del artículo 20 del mismo texto adjetivo penal. Si el imputado ya ha sido juzgado por un hecho punible, no es posible volver a juzgarlo, por lo que caben los comentarios que se hicieron respecto a los hechos que no revisten carácter penal o cuando la acción esté evidentemente prescrita;
- c) Cuando la denuncia; la querrela de la víctima, la acusación fiscal, la acusación particular propia de la víctima o su acusación privada, se basen en hechos que no revisten carácter penal. Constituye esta una causal principal o la primera de las causales de desestimación, siendo precedentes los comentarios, hechos con anterioridad;
- d) Prohibición legal para intentar la acción propuesta: Se requiere instancia de parte agraviada, frente a los cuales se prevé indebidamente el archivo fiscal. En este sentido sugiere Rioneros & Bustillos (op. cit, p.166): “Lo procedente comportará la oportuna notificación a la víctima para que a su cargo corresponda la motorización efectiva de la pretensión penal”;
- e) Incumplimiento de los requisitos de procedibilidad para intentar la acción: En estos casos, lo procedente no sería la desestimación, sino dar cumplimiento a los requisitos exigidos a los efectos de ejercer la acción, en este caso, cuando se trate de juicio a altos funcionarios, cumplir con los requisitos previos.
- f) Falta de legitimación o capacidad de la víctima para intentar la acción, referida a la querrela, no corresponde al Ministerio Público determinar la existencia de tal causal, por lo que sería el juez de control el competente para pronunciarse sobre el particular al momento de admitir de la acusación.
- g) Falta de capacidad del imputado, se corresponde esta causal con las previsiones del numeral 1 del artículo 318 del Código Orgánico Procesal

Penal, referido a: el hecho “no se puede atribuir al imputado”, que sería una causal de sobreseimiento de la causa.

h) La caducidad de la acción penal.

Rioneros & Bustillos, ubica esta causal respecto a delitos de acción privada, por lo que no sería el Ministerio Público competente para plantearla.

i) La extinción de la acción penal.

Causal de sobreseimiento de la causa, caben los comentarios realizados respecto a las causales relativas a que el hecho no reviste carácter penal o que la acción este evidentemente prescrita.

j) El indulto.

Es otra causal de sobreseimiento, son aplicables los comentarios antes referidos.

4°) Cuando se trate de hechos, para cuyo enjuiciamiento se exige instancia de parte agraviada.

Tratándose de delitos de acción privada, en criterios de los antes citados autores lo procedente sería notificar a la víctima para que proceda en consecuencia.

- **Efectos de la desestimación.**

El artículo 302 del Código Orgánico Procesal penal, señala:

La decisión que ordena la desestimación, cuando se fundamente en la existencia de un obstáculo legal para el desarrollo del proceso, no podrá ser modificada mientras que el mismo se mantenga. El juez al aceptar la desestimación, devolverá las actuaciones al Ministerio Público, quien las archivará.

Si el juez rechaza la desestimación ordenará que prosiga la investigación.

La citada norma hace referencia a aquellas situaciones en las cuales la desestimación trae como consecuencia el archivo de las actuaciones, pero los comentarios antes realizados han dado lugar a que en muchas oportunidades, no proceda realmente como solución al caso la desestimación, por cuanto el propio código prevé como actuar.

En realidad, se observa, tal como se dijo up supra, la desestimación de la querrela queda en manos del Ministerio Público y del Juez quien decidirá si admite la solicitud o la deniega.

En virtud de lo anterior, algunos autores como los citados Rioneros & Bustillos, han planteado que en ocasiones es necesario, notificar a la víctima para que se encargue de conducir su causa.

Balza, (id. p.345) respecto de la desestimación, señala:

En toda circunstancia esta desestimación es distinta en su naturaleza a la pronunciada por el juez en la audiencia preliminar (fase intermedia) pues esta se dispone para cuatro casos expresamente determinados- tiene un plazo, la otra no, sólo su tiempo procesal-y parece más un acto procesal del órgano de investigación oficial que de cualquier otra parte, ciertamente en la audiencia preliminar el juez puede desestimar, sin estar atado a las causales de este artículo (cuatro: no carácter punible; acción prescrita; obstáculo legal o enjuiciamiento a instancia de parte agraviada)-no obstante, éstas también conseguirse en el sobreseimiento-de esta manera el juez de desestimar deberá sobreseer.

Del comentario del autor y de la lectura de la normativa que regula la materia, se evidencia que hay dos tipos o tiempos para la desestimación de la querella, un primer tiempo en fase preparatoria, que deberá fundamentarse en las causales señaladas en el artículo 301 del COPP, que como puede observarse, procede contra un escrito presentado por la víctima al Juez de Control durante la fase citada, requiriendo la práctica de diligencias de investigación, el cual puede ser el mecanismo que originariamente la impulse o constituir un coadyuvante de la misma.

Ahora en caso de ser el mecanismo originario de la investigación, cuando concurriere la causal: “el hecho no reviste carácter penal” o “la acción está evidentemente prescrita, procederá la desestimación de la querella.

Cuando se introdujere la querella, después de haberse iniciado la investigación por vía distinta a aquella, si el Ministerio Público observare que los hechos no revisten carácter penal o la acción está evidentemente

prescrita, solicitará el sobreseimiento de la causa, conforme a las previsiones del numeral 1 del artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal.

Pero el sobreseimiento puede ser consecuencia de una excepción opuesta por el imputado, declarada con lugar, a tenor de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 28 del COPP, en concordancia con el numeral 4 del artículo 33 del mismo texto adjetivo penal.

En el caso de la existencia de un obstáculo legal para el desarrollo del proceso, las actuaciones se archivarán en el Ministerio Público, previa remisión del órgano jurisdiccional luego del pronunciamiento acordando la desestimación, decisión que no deberá modificarse hasta tanto no cambien las circunstancias motivadoras de la desestimación.

Cabe recordar los comentarios realizados a las causales de desestimación y la solución frente a la decisión tomada al respecto.

La otra desestimación de la querrela puede producirse en fase intermedia, y producto de ella, el juez de control, desechar o denegar la acusación particular propia, en este caso tratándose de un delito de acción penal pública, el proceso continuará si se hubiese admitido la acusación fiscal; pero de no haberse admitido la acusación fiscal, la querrela o acusación particular propia no sobrevivirá, sino que seguirá la suerte de la acción principal.

Lo antes se verifica de lo sostenido por Pérez Sarmiento (op. cit, p. 409) en los siguientes términos:

Si el juez estima que las acusaciones no están suficientemente sustentadas y que concurren cualesquiera de las circunstancias del artículo 318 o que ha existido violación de los derechos constitucionales y de las formalidades del proceso en detrimento del acusado, de manera que afecte la validez del proceso y no puedan ser subsanadas ni en la misma fase intermedia ni en el juicio oral, desestimaré las acusaciones y decretaré el sobreseimiento por auto fundado.

- **Desistimiento.**

Antes de analizar la figura del desistimiento vinculado a la querrela, es menester establecer el significado de dicho término.

Según Cabanellas (op.cit, p.683) Desistimiento es:

La acción o efecto de de desistir. A.- En Derecho Civil. Abandono o abdicación de un derecho. Renuncia de un pacto o contrato cuta ejecución ha comenzado (v. Abandono, Cesión, Renuncia)... C.- Omissis...En Derecho Procesal abandono, deserción o apartamiento de acción.

El mismo autor (op. cit, p. 684), señala sobre el verbo Desistir: Abdicar de un derecho. Apartarse voluntariamente de la ejecución de un delito. Abandonar una acción o recurso.

Como puede observarse desistir no es más que la decisión expresa o tácita de detener una acción, abdicar un derecho, por lo que en materia procesal, y en específico en el proceso penal, sería la decisión tomada por alguna de las partes o intervinientes en el proceso producto de la cual abandona una acción o recurso.

El artículo 297 del Código Orgánico Procesal Penal establece:

El querellante podrá desistir de su querrela en cualquier momento del proceso y pagará las costas que haya ocasionado.

Se considera que el querellante ha desistido de la Querrela cuando:

1. Citado a prestar declaración testimonial, no concurra sin justa causa;
2. No formula acusación particular propia o no se adhiere a la fiscal;
3. No asista a la audiencia preliminar sin justa causa;
4. No ofrezca prueba para fundar su acusación particular;
5. No concurra al juicio o se ausente del lugar donde se esté efectuando, sin autorización del tribunal.

El desistimiento será declarado de oficio o a petición de cualquiera de las partes.

La decisión será apelable sin que por ello se suspenda el proceso.

De la lectura de la norma objeto de análisis se desprende que el desistimiento o abandono de la actividad procesal desplegada por el querellante, puede producirse en forma expresa o tácita, en cualquier momento procesal, desde la fase de investigación hasta juicio.

La Primera causal de desistimiento es: “Citado a prestar declaración testimonial, no concurra sin justa causa”

El numeral 1 de la normativa in comento se refiere al abandono de la querella durante la fase de investigación, es decir, después de haber presentado el escrito de querella, admitida como haya sido y acordado el inicio de la investigación por parte del Ministerio Público, y el querellante se negare o no asistiere a declarar sobre los hechos denunciados u ofrecer testimonio sobre los mismos, sin justa causa.

En el caso señalado, la no comparecencia, representa un desistimiento tácito de la querella, lo que no impide que a posteriori y antes del pronunciamiento del órgano jurisdiccional, la víctima querellante, introduzca escrito manifestando su decisión de desistir.

Con relación al numeral antes señalado, Pérez Sarmiento (op. cit, p.366) plantea lo siguiente: En el numeral 1, el desistimiento no tiene una oportunidad procesal concreta, sino que puede ocurrir en cualquier estado de

la investigación preliminar, en tanto que los restantes numerales tienen un momento procesal muy concreto de producción.

La segunda causal relativa al desistimiento de la querrela, ocurre cuando la víctima: “No formula acusación particular propia o no se adhiere a la fiscal”

En efecto, el numeral 2 del citado artículo hace referencia a la oportunidad contemplada en el artículo 327 del Código Orgánico Procesal Penal, cuando expresamente establece:

Presentada la acusación el juez convocará a las partes a una audiencia oral, que deberá realizarse dentro de un plazo no menor de quince días ni mayor de veinte. En caso de que hubiere que diferir la audiencia, esta deberá ser fijada nuevamente en un plazo que no podrá exceder de veinte días.

La víctima podrá, dentro del plazo de cinco días, contados desde la notificación de la convocatoria, adherir a la acusación del fiscal o presentar una acusación particular propia con los requisitos del artículo 326. Omissis

Así pues, una vez presentado la acusación fiscal el juez procederá a notificar las partes, a fin de que concurran a la realización de una audiencia preliminar, con el objeto de verificar la viabilidad de la acusación fiscal, naciendo desde esa oportunidad de la notificación el derecho de la víctima a adherirse a la acusación presentada por el Ministerio Público o a presentar

acusación particular propia, dentro de los cinco días siguientes a la materialización de dicha notificación.

Ahora bien, en esta oportunidad pueden presentarse tres situaciones:

- a) La víctima se querelló en la fase de investigación y puede adherirse a la acusación fiscal,
- b) La víctima se querelló en la fase de investigación y decide presentar acusación particular propia.
- c) La víctima se querelló en fase de investigación y no se adhirió a la acusación fiscal o no presentó acusación particular propia.

En esta última circunstancia, se entiende que la víctima ha desistido de la querrela. Se trata en principio de un desistimiento tácito, pero nada impide, que antes del pronunciamiento del tribunal al respecto, el querellante manifieste su decisión de desistir.

El numeral 3 prevé como causal de desistimiento de la querrela: “No asista a la audiencia preliminar sin justa causa”

El numeral 3 del artículo 297 del Código Orgánico Procesal Penal, se refiere a una específica oportunidad procesal, por cuanto prevé que notificada la víctima a los efectos de la realización de la audiencia preliminar, no compareciere a la misma.

En este caso, se trata de una víctima que pudo haberse querellado en fase de investigación o que no habiéndose querellado en aquella oportunidad, presente acusación particular propia; pero que llegada la oportunidad de comparecer a los efectos de la realización de la citada audiencia, no compareciere a la realización de la misma, sin causa justificada.

Se infiere de la norma, que justificada la inasistencia podría fijarse, nuevamente la oportunidad para celebrar la audiencia.

La causal 4 determina el desistimiento de la querrela, cuando la víctima: “No ofrezca prueba para fundar su acusación particular”

El numeral 4 se refiere a una víctima, que habiéndose querellado o no en fase de investigación y presentare acusación particular propia, no hubiese ofrecido pruebas que sustenten su acusación.

En efecto, la víctima tiene derecho a formular acusación particular propia conforme a las previsiones del artículo 327 del Código Orgánico Procesal

Penal, en concordancia con el artículo 326 del mismo texto adjetivo penal, razón por la cual, uno de los requisitos a llenar es el de ofrecer las pruebas que sirven de fundamento a la acusación, por lo que de no dar cumplimiento a esta exigencia, deberá interpretarse que la víctima desiste de continuar con la acción interpuesta.

En este caso el desistimiento es tácito en principio, pero podría el querellante manifestar su decisión de desistir, antes del pronunciamiento del órgano jurisdiccional.

La causal 5 de desistimiento de la querrela, se produce cuando: “No concurra al juicio o se ausente del lugar donde se esté efectuando, sin autorización del tribunal”

El numeral 5 hace referencia a la víctima que habiéndose querrellado o no en fase de investigación, se adhiriera a la acusación fiscal o presentare acusación particular propia y luego de ello, en la oportunidad del debate oral no concurriere o se ausentare, sin autorización del tribunal del lugar donde dicho debate se esté efectuando.

Así pues, el desistimiento puede operar en fase de investigación; intermedia y en la fase de juicio, en el marco de las circunstancias antes expresadas, previendo el legislador que el mismo habrá de ser declarado por el tribunal, de oficio o a petición de parte. En este caso, el defensor o el imputado.

No se entenderá desistida en este último caso, la querrela, cuando haya circunstancias que justifiquen la inasistencia del querellante a los actos antes citados o si estuviere autorizado por el tribunal, en caso de ausentarse o no comparecer a la fase de juicio oral.

- **Efectos del Desistimiento**

El citado artículo 297 del Código Orgánico Procesal Penal, señala en su encabezamiento “El querellante podrá desistir de su querrela en cualquier momento del proceso y pagará las costas que haya ocasionado...”

Como puede observarse, los efectos que tiene la declaratoria por parte del tribunal del desistimiento de la querrela es el pago de las costas por parte del querellante.

Según el RAE, citado por Balza (op. cit, 327), el término Costas, viene de “Costar. Figurativo de costo (...) Gastos Judiciales (...) condenar a alguien en costas. Frase en derecho. En lo civil, hacerle pagar gastos que ha ocasionado a sus contrarios en el juicio y en lo criminal, agravar accesoriamente el castigo con el pago total o parcial de los gastos”

En este orden de ideas el artículo 265 del mismo texto adjetivo penal, señala: “Toda decisión que ponga fin a la persecución penal o la archive, o que resuelva algún incidente, aún durante la ejecución penal, determinará a quien corresponden las costas del proceso, si fuere el caso”

El abandono de la querrela cualquiera que sea la causa y siempre que no sea justificada, acarrea, conforme a la norma citada, el pago de las costas por parte de la víctima querellante, porque desde su perspectiva se estaría poniendo fin a la persecución penal.

Cabanellas (op.cit, p.541) sobre las costas, plantea que:

Se da este nombre a los gastos legales que hacen las partes y deben satisfacer en ocasión de un procedimiento judicial. Las costas no sólo comprenden los llamados gastos de justicia, o sea, los derechos debidos al Estado, fijados por las leyes, sino además los honorarios de los letrados y los derechos que deba o pueda percibir el personal auxiliar, si así estuviera establecido.

El artículo 266 del Código Orgánico Procesal Penal, plantea: Las costas del proceso consisten en: “1. Los gastos originados durante el proceso; 2. Los honorarios de los abogados, expertos, consultores técnicos, traductores e intérpretes”.

La condenatoria en costas por el abandono del trámite procesal, constituye para algunos un elemento que afecta los principios de gratuidad procesal y de la Tutela Judicial Efectiva.

En efecto, señala Balza (ibídem):

Hoy día se hace necesario advertir que según los artículos 26 en su último aparte y 254 de la Constitución Nacional actual, la condena en costas se ha interpretado mayoritariamente como que los procesos judiciales son gratuitos en todo lo que a él se refiere, sin embargo, hasta que punto esta interpretación sea la natural del texto rígido de las disposiciones constitucionales-sobremanera la del 254-detállese: 26...Acceso a la justicia (...) El Estado garantizará una justicia gratuita...

En este orden de ideas Molina Arrubia, citado por Rionero y Bustillos (Op. Cit, p. 183), plantean lo siguiente:

En este sentido, la Tutela Judicial Efectiva, entendida como derecho humano fundamental-en el vigente esquema constitucional-requiere, como indispensable complemento en aras de su efectiva materialización” que se cuente con la posibilidad real de acceso a la misma, lo cual comienza con el reconocimiento de que la justicia como tal, es un servicio público que se debe prestar por el Estado sin ocasionar especiales erogaciones a los que a ella recurren.

En ese mismo sentido, Cabanellas (op. cit, p, 542), plantea que:

El ideal consiste en que la justicia sea gratuita; pero como tal resulta difícil, por no decir imposible, llevarlo a la realidad. La única utilidad atribuida a las cosas, si tienen alguna es que evitan muchos litigios, ante el temor de los gastos que estos irrogan. Sus inconvenientes son grandes; sobre todo por anular el principio de que para existir, la verdadera justicia, debe ser administrada gratuitamente. La administración de justicia es debida por el Estado a los particulares, y por tanto constituye una carga general...La condena en costas, que debe ser pedida para que sea otorgada, se impone como norma al litigante vencido, empero el juez puede eximir en todo o en parte de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encuentre mérito para ello..

El citado autor, da a entender lo que en criterio de muchos debe imponerse en el ámbito de la administración de justicia, es decir, la gratuidad de las actuaciones, a los efectos de garantizar la tutela judicial efectiva y la igualdad de las partes; pero también deja sentado, que ese ideal resulta difícil, atribuyendo como utilidad a dicha medida, la limitación al número de litigios, dado el temor que el pago de dichos gastos ocasionan.

El pago de las costas procesales se convierte en un mecanismo que limita el ejercicio del derecho al acceso a la justicia; puesto que como señala Cabanellas, se procura a través de ella, evitar litigios, lo que podría significar en cuanto a la querrela, un mecanismo más que impone trabas y limitaciones al ejercicio del derecho de la víctima a accionar y procurar la obtención de la verdad.

Ahora, frente a los planteamientos que en el orden antes señalado se expresan, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, según sentencia de fecha 15 de julio de 2003, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, ha distinguido entre la gratuidad como derecho y el beneficio de la gratuidad. En efecto el más alto Tribunal del país ha señalado:

La gratuidad de la justicia a la cual hace referencia el artículo 26 dada su redacción e interpretación sistemática, se refiere a la gratuidad del proceso y no al beneficio de la justicia gratuita...el primero es un derecho constitucional de exención de gastos procesales y el segundo un privilegio particular para algunas personas por carecer de recursos económicos...sin embargo, la gratuidad de la justicia está establecida para todos los ciudadanos por el simple hecho de que la administración de justicia es un servicio público y una manifestación del poder público del Estado, siendo éste el que deba sufragar los gastos de un sistema que justifica su propia existencia, a diferencia del beneficio de justicia gratuita, que como se ha establecido, tiene un ámbito de aplicación mayor pero un supuesto de procedencia restringido, pues implica sufragar los gastos de patrocinio y honorarios auxiliares de justicia de quienes carezcan de recursos económicos...

Vistas las anteriores consideraciones, la condena al pago de las costas procesales, está vinculado no a la tesis de la gratuidad de la justicia, que como se ha dicho en la sentencia es un derecho constitucional, sino corresponde a un asunto de beneficio de la gratuidad, que implica erogaciones por concepto de gastos de patrocinio y honorarios auxiliares de justicia, situación que da lugar a que sea procedente la exigencia de estos gastos a la víctima querellante que desiste de la querrela.

Rioneros y Bustillos (Op. Cit, p. 186), consideran acerca de la finalidad de las costas procesales lo siguiente:

Hoy en día la condena en costas se entiende-tal como se refirió líneas atrás-como una sanción procesal al ejercicio de la acción penal, acogiendo para ello la tesis del vencimiento, heredada del proceso civil, y de acuerdo a la cual, quien sea vencido en juicio, pagará las costas, sea éste el imputado, el Ministerio Público o el querellante o acusador.

De lo antes expresado se evidencia, que la razón por la cual la víctima resulta condenada en costas, no es más que la resultante de la visión que se tiene sobre las costas como sanción, por lo que se impone en virtud de resultar vencido en proceso, producto del abandono de la acción o querrela.

El pronunciamiento sobre las costas en materia de querrela en los delitos de acción pública, es recurrible por disposición expresa del citado artículo 297 del Código Orgánico Procesal Penal, es un auto fundado, que se apelaría conforme a las previsiones del artículo 448 eiusdem, es decir, por escrito debidamente fundado ante el tribunal que dictó la decisión, dentro del término de cinco días contados a partir de la notificación, sin que ello signifique que el proceso deba suspenderse.

Debe recordarse que se trata de un delito de acción pública, cuya titularidad corresponde al Ministerio Público, razón por la cual los resultados del recurso son inherentes al interés de la víctima querellante, puesto que la acción en si,

por ser de carácter público, no resulta afectada, por lo que de declararse con o sin lugar la apelación, el proceso del mismo modo, continuará.

Otro de los efectos que acarrea el desistimiento de la Querrela es la imposibilidad de emprender por parte de la víctima, una nueva persecución en contra del imputado, por el mismo hecho.

En efecto, el artículo 298 del Código Orgánico Procesal Penal establece:

El desistimiento impedirá toda posterior persecución por parte del querellante o del acusador particular, en virtud del mismo hecho que constituyó el objeto de su querrela o de su acusación particular propia, y en relación con los imputados que participaron en el proceso.

Ciertamente la norma impide a la víctima querellante o acusador particular la posibilidad de intentar una obtener un pronunciamiento en contra del imputado con base en los mismos hechos.

Esta previsión, no es más que la ratificación de la previsión legal contenida en el artículo 20 del mismo texto adjetivo penal, materializadora de la garantía contenida en el numeral 7 del artículo 49 del texto constitucional.

En efecto el artículo 20 antes señalado, plantea:

Nadie podrá ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho.

Sin embargo, será admisible una nueva persecución penal:

1. Cuando la primera fue intentada ante un tribunal incompetente, que por ese motivo concluyó el procedimiento;
2. Cuando la primera fue desestimada por defectos en su promoción o en su ejercicio.

Sobre esta norma Balza (op. cit, 51) plantea que:

El enunciado es la materialización de parte del principio de cosa juzgada (cosa juzgada impropia) o ne (nom) bis in ídem (denominado en materia penal) el cual prohíbe la multiplicidad de persecución penal (más de una vez) por un mismo hecho, salvo las excepciones postuladas por la doctrina procesal, bien determinadas en este artículo- aunque faltaron otras que se consiguen en el derecho sustantivo por incidir en él, como el concurso ideal de delitos.

Acerca de este interesante aspecto señala Pérez Sarmiento (op. cit, 77), que:

El COPP, a través de sus artículos 20 y 28, numeral 4, literal b) consagra el principio de única persecución o no bis in ídem más como una forma de litispendencia que como una variedad de la

cosa juzgada. En el COPP, este principio aparece como una regla prohibitiva que impide la apertura de un nuevo procedimiento penal por los mismos hechos, a los que se refiere este nuevo procedimiento, bien sea ante el mismo o ante otro tribunal distinto.

El mismo autor tratando de establecer la distinción para estos efectos de la cosa juzgada y el *nom bis in ídem* o principio de única persecución, es que ésta última adopta la forma de *litis pendencia* penal, por lo que su finalidad sería la de impedir que se abran varios procesos al mismo tiempo a una misma persona por los mismos hechos, mientras que la cosa juzgada, tiene como finalidad, impedir la apertura del mismo proceso al mismo sujeto, por los mismos hechos que ya fueron objeto de sentencia o sobreseimiento.

Lo cierto es que cuando el legislador como resultado del artículo 298 del Código orgánico Penal, se refiere a la prohibición de una nueva persecución, podría interpretarse que se está refiriendo a cualquiera de las dos circunstancias, es decir, el principio de la única persecución y la cosa juzgada, toda vez que lo que aspira es a garantizar al acusado, la seguridad de no ser perseguido *ad infinitum* por la víctima.

Así las cosas, quien se hubiese querellado y desistiere por cualquiera de las causas previstas en el artículo 297 del Código Orgánico Procesal Penal, no podrá constituirse, nuevamente, en querellante, debiendo quedar claro que por tratarse de un delito de acción pública, el Ministerio Público podrá continuar con el proceso.

Señala por último Pérez Sarmiento (op. cit, p 367), lo siguiente:

El desistimiento surte sus efectos extintivos de la acción, incluso a aquellos imputados respecto a los cuales no se ejerció la acción penal, por lo cual, este precepto consagra límites objetivos específicos (tocantes al hecho juzgado) y subjetivos genéricos (respecto a los imputados) en lo que a sus efectos se refiere.

Finalmente el antes citado artículo 297, señala que la decisión será apelable sin que por ello se suspenda el proceso.

En concordancia con lo antes indicado, el artículo 273 del Código Orgánico Procesal Penal, establece: “La decisión sobre las costas solo será recurrible cuando la sentencia o auto que la contiene sea apelable, en cuyo caso podrá apelarse autónomamente”.

- **Recursos contra la resolución que rechaza la querella.**

Establece el artículo 296 del Código Orgánico Procesal Penal, lo siguiente:

El Juez admitirá o rechazará la querella y notificará su decisión al Ministerio Público y al imputado.

La admisión de misma previo el cumplimiento de formalidades prescritas, conferirá a la víctima la condición de parte querellante y

así expresamente deberá señalarlo al Juez de Control en el auto de admisión.

Si falta alguno de los requisitos previstos en el artículo 294 ordenará que se complete dentro del plazo de tres días.

Las partes se podrán oponer a la admisión del querellante mediante las excepciones correspondientes.

La resolución que rechaza la querrela es apelable por la victima, sin que por ello se suspenda el proceso.

Como puede observarse, la querrela presentada durante la fase de investigación, puede ser rechazada o no admitida por el Juzgado de Control y en caso de que ello ocurriere, la victima tendrá derecho de apelar la decisión del órgano jurisdiccional.

La resolución que rechaza la querrela es un auto fundado o sentencia interlocutoria, conforme a la clasificación contenida en el artículo 173 del Código Orgánico Procesal Penal, por lo que la victima parte agraviada podrá ejercer el recurso de apelación dentro de los cinco días siguientes al pronunciamiento hecho por el tribunal, conforme lo establece el numeral 3 del artículo 447 del mismo texto adjetivo penal, en concordancia con el artículo 448 eiusdem.

El artículo 302 del Código Orgánico Procesal Penal, al establecer los efectos de la desestimación de la querrela planteada por el Fiscal del Ministerio Público, prevee lo siguiente: "...La decisión que declare con lugar la desestimación será apelable por la victima, se haya o no querrellado,

debiendo interponerse el recurso dentro de los cinco días siguientes a la fecha de publicación de la decisión”

Como puede observarse la norma se refiere a la desestimación solicitada por el Ministerio Público, conforme al artículo 301 del Código Orgánico Procesal Penal.

Se trata de una decisión interlocutoria, frente a la cual, la víctima tendrá derecho a ejercer el recurso de apelación dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la decisión que la acuerde; de conformidad con lo contemplado en el numeral 5 del artículo 447 del texto adjetivo penal, pero en este caso, el proceso continuará, pese a la interposición del recurso.

La desestimación de la querrela en la audiencia preliminar, confiere al querellante el derecho a apelar, dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la decisión, conforme a las previsiones del numeral 5 del antes citado artículo 447 del texto adjetivo penal, en concordancia con el artículo 448 del mismo código.

Las dos decisiones relacionadas con la desestimación tanto en fase de investigación como en la audiencia preliminar, de alcanzar firmeza, impedirán al querellante, volver a plantear querrela o continuar como parte en el proceso, razón por la cual causaría gravamen irreparable a la víctima, de allí, el derecho a recurrir, por vía de apelación.

- **Responsabilidad de la víctima querellante.**

La admisión de la querrela o de la acusación particular confiere a la víctima la condición de parte, lo que significa la asunción de los derechos obligaciones y cargas que como tal le corresponden en el proceso.

Siendo así las cosas el querellante o acusador particular deberá someterse a las exigencias del artículo 102 del Código Orgánico Procesal Penal, que establece:

Las partes deben litigar con buena fe, evitando los planteamientos dilatorios meramente formales y cualquier abuso de las facultades que este Código les concede. Se evitará en forma especial, solicitar la privación de la libertad del imputado cuando ella no sea absolutamente necesaria para asegurar las finalidades del proceso.

Desde la perspectiva de la citada norma, la buena fe implica el ejercicio leal, con apego a principios y respetando las garantías del debido proceso, de las acciones y actividades que la ley permite a las partes en el proceso, razón por la cual el querellante o el acusador particular, serán exigidos en cuanto al cumplimiento de las obligaciones y asunción de las cargas que le son inherentes por ser parte.

Es por ello que el artículo 299 del Código Orgánico Procesal Penal plantea lo siguiente:

El querellante o acusador particular será responsable, según la ley, cuando los hechos en que se funde su querrela o su acusación particular propia, sean falsos o cuando litigue con temeridad, respecto de cuyas circunstancias deberá pronunciarse el juez motivadamente.

Desde la perspectiva antes citada, el legislador patrio ha previsto la aplicación de sanciones, previa apertura del procedimiento correspondiente a quienes litiguen fundamentándose en hechos que resulten falsos, por lo que de hallársele responsable se le podría aplicar las penas previstas frente a delitos contra la administración de justicia, procedimiento que se hace extensible a quienes funjan como apoderados o abogados asistentes.

Como puede observarse de las ideas expresadas anteriormente, la querrela ha sido concebida como un mecanismo facilitador del acceso de la víctima a los órganos de administración de justicia, convertido precisamente en instrumento a través del cual, el ofendido por el hecho punible podría formular una denuncia calificada y por escrito por ante el Juez de Control, en el caso de los delitos de acción pública, con miras a convertirse en parte formal del proceso y requerir la práctica de diligencias de investigación.

La admisión de la querella por parte del órgano jurisdiccional confiere a la víctima la condición de parte querellante a la víctima, y así debe hacerse constar en el auto de admisión.

Ahora bien, la víctima aparece dotada de la facultad de solicitar la realización de diligencias de investigación al Fiscal del Ministerio Público, sin haberse querellado, según se desprende del artículo 305 del texto adjetivo penal, y es este órgano el que decide si las practica o no, todo lo cual pareciera convertir la querella en un instrumento inútil en esta fase, a menos que la finalidad de su empleo, sea para ostentar la condición de querellante, desde el inicio del proceso.

La querella, una vez admitida puede ser objeto de desestimación por parte del Ministerio Público, fundamentándose en que los hechos no revisten carácter penal; la acción está evidentemente prescrita o ante la falta de una condición de procedibilidad o porque se trata de hechos, dependientes de instancia de parte.

Esa facultad atribuida al Ministerio Público, indica el poder de este órgano sobre la acción del particular; puesto que para muchos resulta, inaudito que después de admitida la querella por un juez, pueda dicho órgano investigador, requerir su desestimación, por ante el Juez de Control.

Ahora bien, la víctima puede presentar querella, después de formulada la acusación fiscal, en el caso de delitos perseguibles de oficio, aún sin haberse querellado previamente; lo que hace depender el ejercicio de este derecho

de la decisión asumida por el Ministerio de dar por concluida la investigación, mediante el ejercicio del acto conclusivo representado por la Acusación.

Pero además, la acusación particular sufre la suerte de la acusación fiscal, de hecho, el Juez de Control, no podrá admitir dos acusaciones, totalmente disímiles en cuanto a los hechos, podría en todo caso admitirlas por ser iguales los hechos y atribuirle una calificación jurídica distinta.

Lo que no puede ocurrir es que se admita la acusación particular del querellante, y desechar la del Ministerio Público, ya que ello trae como consecuencia, el sobreseimiento de la causa, razón por la cual, sería inconcebible, dada la característica del sistema semiabsoluto de la acción penal, y el principio de oficialidad, que decretado el sobreseimiento de la causa, en cuanto a la acusación interpuesta por el Ministerio Público, pueda continuarse sólo con la acusación del querellante.

El querellante particular, puede ofrecer pruebas y ejercer las facultades probatorias que le han sido atribuidas legalmente; pero resultarían inútiles, ante la imposibilidad procesal de mantener su acusación en forma autónoma e independiente de la acusación fiscal.

La víctima puede adherirse a la acusación fiscal, y de ese modo, su accionar estará supeditado a la actividad desplegada por el Ministerio Público.

Otro de los hechos lesivos al derecho de acción de la víctima, lo representa el hecho contemplado en el artículo 313 del Código Orgánico Procesal Penal, de cuyo contenido se desprende que corresponde al imputado, el derecho a requerir del Ministerio Público de por terminada la investigación, y acuse o solicite el sobreseimiento de la causa, mientras que no se establece derecho alguno en ese sentido a favor del Ministerio Público, y ni siquiera la posibilidad de acusar en forma independiente, para evitar la lenidad del órgano investigador, lo que determinó un pronunciamiento de la Sala Constitucional, con ponencia del Dr. Jesús Eduardo Cabrera, que podría constituir el inicio de una era jurisprudencial, en beneficio de la víctima.

El legislador previó situaciones que conducen al abandono y desistimiento de la querrela, con las consecuencias sancionatorias que ello conlleva, de modo que la víctima tendría que pagar costas, cuando en forma expresa o tácita desista de la querrela, dadas las responsabilidades que asume como parte.

En cuanto a los delitos de acción privada, resulta cada día menos utilizada esta vía, para dirimir los conflictos y procurar la indemnización o reparación de los daños ocasionados, producto de la creciente tendencia a la publicitación de las conductas, por lo que es cada día menor el número de hechos, a los cuales se les atribuye la condición de delitos dependientes de instancia de parte, con las consecuencias que ello trae consigo, pese a que la querrela pareciera encontrar un campo más fértil, en este tipo de delitos.

## CAPÍTULO V

### LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA Y LOS DERECHOS DEL IMPUTADO EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO

- **Los Derechos del Imputado en el proceso penal respecto de la víctima.**

Uno de los hechos relevantes y característicos del nuevo proceso penal instaurado en Venezuela, a raíz de la suscripción y asunción por parte del Estado de los principios y postulados de los tratados, acuerdos y convenios internacionales, asumidos como ley propia, es la conversión del ciudadano y sus derechos, sin distinción, en la razón de ser de su ordenamiento jurídico y de las ejecutorias de sus órganos.

Gracias a los textos antes citados, la Constitución patria convierte al proceso en instrumento fundamental de la administración de justicia, el cual deberá realizarse con absoluto apego a la garantía del Debido Proceso, asegurando así, el acceso a los órganos de administración de justicia y con el respeto de los derechos de todos los involucrados en una diatriba.

Lo antes indicado, explica el pronunciamiento del legislador a través del Código Orgánico Procesal Penal establece en su artículo 1:

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

La consagración del debido proceso como garantía de los derechos fundamentales de las personas involucradas en un litigio penal, prevista en principio en aras de respetar derechos del imputado o acusado, no debe entenderse que sólo atañe a éste, puesto que en un proceso garantista, el trato a ser proporcionado a los ciudadanos con intereses en las resultas procesales debe ser en situación de equidad, no en balde la constitución consagra la igualdad y no discriminación, como esencia del trato a ser prodigado a los ciudadanos.

Pese a tratarse de un proceso, en el marco del cual deben respetarse los derechos ciudadanos, y ello debe significar a todos los ciudadanos, sin distinción, se aprecia que tal vez por tratarse de la figura objeto de persecución penal, se tiende a privilegiar los derechos del perseguido o acusado, cuando se señala: “Nadie podrá ser condenado, sin un juicio previo, oral y público...”, en clara alusión al imputado o acusado.

Esa situación pareciera repetirse en el texto constitucional, cuando el numeral 7 del artículo 49 del mismo texto establece: “Nadie podrá ser condenado, sin un juicio previo, oral y público...”, otra vez en alusión al perseguido por el delito.

Bustamante, citado por García Leal (2003, s/p), al referirse al Debido Proceso, señala:

La dimensión material del debido proceso exige que todos los actos de poder, sean normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales, inclusive, sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez. De ese modo, un acto será considerado arbitrario, y por tanto lesivo del derecho fundamental a un debido proceso sustantivo, si no se sujeta a parámetros de razonabilidad; es decir, si su fin no es lícito –en tanto vulnera un derecho o un bien jurídico de mayor jerarquía que el que pretenden proteger – y los medios para alcanzarlo no son proporcionales –en tanto no respetan los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad... (Omissis)...

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado sobre tan importante figura, que:

El derecho al debido proceso se consagra como un derecho fundamental, tendente a resguardar todas las garantías indispensables que deben existir en todo proceso para lograr una tutela judicial efectiva. En este sentido, la Sala, mediante decisión del 15 de marzo de 2000, (caso: *Enrique Méndez Labrador*), señaló la necesidad de que cualquiera sea la vía procesal escogida para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva (15-11-2001).

Así las cosas, despréndese de la citada sentencia, que en esencia el debido proceso constituye una garantía para asegurar dentro de un procedimiento, cualquiera sea, el derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva.

La implementación del Debido Proceso como esencia del juicio justo, dirigido a respetar los derechos del perseguido penal, comporta observar los principios de Tutela Judicial Efectiva; legalidad, la proporcionalidad y todos y cada uno de los derechos y garantías que permiten la consecución de un procedimiento basado en la justicia.

Pero el Debido Proceso, no puede en modo alguno convertirse sólo en garantía observable en beneficio de una sola de las partes o de los intervinientes en la diatriba, sobre todo cuando desde la perspectiva constitucional se aboga por la igualdad y la propia sentencia citada así lo da a entender.

En cuanto al principio de legalidad, podría señalarse que en tiempos en los cuales el Estado asume al perseguido penal como persona y no como un expediente más, la figura del juez no sólo debe someterse a la ley, sino al derecho, con lo cual se redimensiona el principio de legalidad, haciéndolo más funcional y, acercándolo a la justicia.

En este sentido, Balza (2007, p 31) señala:

Desde hace tiempo se suscita una discusión intensa por el origen y desarrollo de una tendencia (interpretativa de la aplicación de la justicia) con una fuerza impresionante que desdobra la clásica premisa del principio de legalidad en la vinculación del juez no sólo a la ley, sino también al derecho, conocida como la doble vinculación del juez a la ley y al derecho...En el sistema de derecho penal esta fundamentación y contextualización de la norma (estudios, valoraciones y aspectos sociales (realidad)...se orienta, principalmente por las ideas del garantismo (garantía-eficacia) concebido-condensadamente-como racionalidad, justicia y legitimidad del sistema penal.

La actividad del juez debe basarse en principio en la ley; no pudiendo decidir con base en la discrecionalidad y arbitrariedad; ni aplicar la analogía en la oportunidad de sancionar; todo lo contrario, la actuación del órgano jurisdiccional debe tener como norte el derecho, entendido como un todo, que incluye leyes, doctrina, jurisprudencia, con miras a hacer de la actividad jurisdiccional un ejercicio de justicia.

Pero si bien, cuando se hace referencia al precitado principio pareciera tenerse sólo en cuenta al imputado o acusado, sobre todo a los efectos de no ser condenado sino por una conducta definida legalmente como delito, el mismo también es observable en cuanto al procedimientos y las garantías inherentes a todas las personas, incluida la víctima, a los efectos del alcance de la justicia.

Otro de los principios a ser observados por el órgano jurisdiccional para la construcción de un verdadero sistema de justicia, es el la proporcionalidad, el que de plano exige al órgano jurisdiccional, actuar con la cautela y

racionalidad necesarias, que conduzcan a una adecuada inserción de la conducta a juzgar en la previsión normativa correspondiente, lo que exige además, racionalidad para la aplicación de la pena, no sólo en cuanto al tipo, sino con relación al quantum de la misma. De esa manera se proscriben, la selección discrecional de conductas y aplicación, en ese mismo sentido de las penas o sanciones.

Pero la proporcionalidad, significa también, evitar los excesos y por lo tanto no hacer uso de criterios lesivos a los derechos de las personas involucradas en la diatriba, implicando ello, la exigibilidad y observancia de un trato justo y equitativo, garantizador de la facilitación a cada uno de ellos, de todos de los medios previstos en la ley para el ejercicio efectivo de sus derechos.

En realidad, la historia del Derecho Procesal Penal demuestra como desde tiempos inmemoriales, la relación víctima-victimario y de éstos con el Estado, va a depender, fundamentalmente, de la concepción manejada respecto de éste último, su objeto, los fines del derecho y del proceso penal.

El concepto manejado sobre el Estado, determinó que durante mucho tiempo, el ofendido y el autor del hecho, fueran sometidos al poder abusivo de los órganos estatales, pese al protagonismo atribuido a la víctima en las primeras épocas.

En Venezuela, como ocurrió con muchas legislaciones latinoamericanas, la posición del imputado y la víctima dentro del proceso obedeció, en esencia a

los criterios heredados del período de dominio español, gracias al cual predominó, durante mucho tiempo el modelo inquisitivo, con todos sus efectos tanto para el procesado como para quien estuviese afectado como resultado del hecho punible.

Para Zaffaroni et all, citados por Castillo Val (s/f p. 4):

La inquisición aparece, entonces, como un mecanismo de saber-poder-un proceso-para alcanzar una determinada verdad procesal y para alcanzar este fin, necesariamente tuvo que confiscarle el conflicto a la víctima y consiguientemente degradarla a ella- y a los victimario-a puros protagonistas de una señal que habilita la intervención de un determinado poder.

El antes citado método de investigación, constituyó el aliciente para convertir la persecución del delito, en un asunto de interés estatal y por lo tanto correspondiente a la acción penal pública, que sirvió de instrumento de control social del enemigo, de los súbditos, precisamente, como resultado de la afrenta sufrida por el Estado, por haber infringido un mandato proveniente del poder estatal y no por haber ocasionado un daño a otro individuo.

La prescindencia del ofendido, por parte del Estado para perseguir el delito e incluso a los efectos de la reparación a la cual tiene y ha tenido derecho, ha sido considerado un problema, no sólo de la separación entre derecho penal y derecho procesal penal, sino que se ha entendido como un problema concerniente a todo el sistema penal en su conjunto, lo que ha dado lugar a que autores como Maier, citado por Castillo Val (s/f p. 190) sostenga que:

...se trata de un problema del sistema penal en su conjunto, de los fines que se persiguen y de las tareas que abarca el derecho penal, y, por fin de los medios de realización que para alcanzar esos fines y cumplir esas tareas pone a su disposición el derecho procesal penal...se trata en síntesis de un problema político criminal común, al que debe dar solución el sistema en su conjunto.

Los problemas representados por la aplicación de un sistema negador de derechos, determinó el advenimiento de ideas libertarias, como las sustentadas por Beccaria, Montesquieu, Rousseau y Voltaire, quienes asumieron una importante posición doctrinaria, a través de la cual se introducen determinantes cambios en el Estado de la época.

Pero si bien se procuró la actuación de un Estado basado en el derecho, prevalecieron rémoras del sistema inquisitivo que, permitieron al Estado la hegemonía del control social, asumiendo así la persecución del delito, prefiriendo hablar de infracción en vez de conflicto, considerando en esencia, que el daño se ocasionaba a la sociedad y no a la víctima.

En ese sentido, el mismo Maier citado por Castillo Val (op.cit p 6) sostiene lo siguiente:

Servía a la consecución de la anonimidad para la víctima, en tanto la objetivaba, y así el derecho penal se podía dedicar a la protección de aquello que estaba más allá del daño real provocado a una persona y próximo a la desobediencia, al control de los comportamientos que hacían peligrar la paz jurídica dentro de un determinado sistema de organización social. El conflicto se

reducía a la relación Estado-súbdito, en la traducción procesal, persecución estatal- imputado.

Ahora bien, si en principio prevalecieron los derechos de la persona agraviada sobre los del imputado, la paulatina transformación de la persecución penal, convirtió al Estado en propietario de la acción y negó derechos al ofendido y al perseguido; hasta llegar a la etapa actual, caracterizada por el reconocimiento y la positivación de los derechos de la víctima y el victimario, lo que ha determinado que haya autores que hablen de igualdad de condiciones de uno y otro en el proceso penal.

En ese sentido Cafferatta (op. cit, p.14) señala:

Las garantías procuran asegurar que ninguna persona pueda ser privada de defender su derecho vulnerado y reclamar su reparación ante los tribunales de justicia, como así que ninguna persona pueda ser sometida por el Estado, y en especial por los tribunales a un procedimiento, ni a una pena arbitraria (acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho) en lo fáctico o en lo jurídico, tanto porque el Estado no probó fehacientemente su participación en un hecho definido (antes de su acontecimiento) por ley como delito, como porque no se respetaron los límites impuestos por el sistema constitucional a la actividad estatal destinada a comprobarlo y a aplicar la sanción. O sea que en el proceso penal, las garantías se relacionan con quien ha resultado víctima de la comisión de un delito a quien se considera con derecho a la tutela judicial, y por lo tanto con derecho a reclamarla ante los tribunales penales, actuando como acusador, aún exclusivo. También se erigen como resguardo de los derechos del acusado, no sólo frente a posibles resultados penales arbitrarios, sino también respecto al uso de medios arbitrarios para llegar a imponer la pena.

Se inscribe el citado autor dentro de la corriente que auspicia, sin distinguos entre víctima y victimario en el proceso penal de los tiempos actuales, producto de la importancia adquirida por los derechos y garantías, consagrados en instrumentos internacionales e incorporados a textos adjetivos penales y a la constitución de los Estados suscriptores de los señalados textos jurídicos.

Más adelante señala el citado autor (op. cit, p.23):

Ya expresamos que la bilateralidad del sistema se manifiesta, principalmente, en la existencia de algunas garantías judiciales genéricas comunes para la víctima y el acusado: ellas son la igualdad ante los tribunales, acceso a la justicia, defensa en juicio e imparcialidad (e independencia) de los jueces.

Ciertamente, desde la entrada en vigencia de la nueva constitución y los textos adjetivos penales a los cuales se ha hecho referencia en este trabajo, pareciera observarse, por lo menos desde el punto de vista legal, la conjunción de una serie de ideas tendentes a proporcionar un trato digno a ambos y a facilitarles, el empleo de las vías adecuadas para acceder efectivamente a los órganos de administración de justicia y a obtener la tutela de sus derechos e intereses.

De lo expuesto por el autor supra citado y de la revisión de la normas aplicables a las personas involucradas en un proceso, el ordenamiento jurídico venezolano, en perfecta armonía con los instrumentos internacionales, ha establecido una serie de principios, garantías y derechos, aplicables de manera común tanto a víctimas como victimarios, a saber:

### **a) Derecho a la Defensa.**

Previsto en el numeral 1 del artículo 49 constitucional, en sus dos vertientes, es decir, material y técnica, representa el mecanismo fundamental de la garantía del debido proceso, por cuanto permite conocer de los alegatos de la otra parte y la elaboración de las estrategias dirigidas a desvirtuar lo planteado por la misma.

Se trata de un derecho que atañe al victimario; pero no puede serle desconocido a la víctima; quien como se ha establecido podría actuar en ejercicio del derecho a querellarse o haciendo uso de las facultades que le han sido reconocidas distintas a la querella.

El propio Tribunal Supremo, con relación al derecho de defensa señala en decisión de Sala Político Administrativa de fecha 26-06-2001 que:

...se concibe el derecho a la defensa, entre otras manifestaciones, como el derecho a ser oído, puesto que no podría hablarse de defensa alguna, si el administrado no cuenta con esta posibilidad; el derecho a ser notificado de la decisión administrativa a los efectos de que le sea posible al particular, presentar los alegatos que en su defensa pueda aportar al procedimiento, más aún si se trata de un procedimiento que ha sido iniciado de oficio; el derecho a tener acceso al expediente, justamente con el propósito de examinar en cualquier estado del procedimiento, las actas que lo componen, de tal manera que con ello pueda el particular obtener un real seguimiento de lo que acontece en su expediente administrativo.

Asimismo, se ha sostenido doctrinariamente que la defensa tiene lugar cuando el administrado tiene la posibilidad de presentar pruebas, las cuales permitan desvirtuar los alegatos ofrecidos en su contra por la Administración y finalmente, con una gran connotación, el derecho que tiene toda persona a ser informado de los recursos y medios de defensa, a objeto de ejercer esta última frente a los actos dictados por la Administración.

De la sentencia examinada, se recoge de manera clara, algunos de los derechos implícitos en el debido proceso, destacando entre ello, el Derecho a ser oído, tener acceso a las actuaciones, presentar pruebas con miras a desvirtuar los alegatos ofrecidos en su contra; ser informado de los recursos y medios de defensa, comportando cada uno de ellos, elementos del Derecho a la Defensa.

Así, dentro de tan importante derecho, destacan:

**a. a) Derecho a ser oído.**

El derecho objeto de consideración está representado por la facultad reconocida a todo ciudadano involucrado en una diatriba a exponer todo cuando considere pertinente sobre los hechos objeto del proceso, e incluso, en el caso del imputado guardar silencio, si lo considerare conveniente a los efectos de su defensa.

### **a.b) El Derecho a la información o conocimiento.**

Vinculado al derecho a la defensa o como parte de ella, toda persona vinculada o involucrada en un proceso penal, tiene derecho a solicitar toda la información necesaria a los efectos de preparar sus alegatos, conocer los argumentos y pruebas presentados por la otra parte.

### **a.c) El derecho al contradictorio.**

Principio fundamental del sistema acusatorio cuya base está en el numeral 1 del artículo 49 de la carta magna, permite a cada una de las partes, realizar alegatos y ofrecer argumentos en contra de lo sostenido por la otra parte, además de acompañarlos con elementos y pruebas que sustenten su dicho.

### **a.d) Motivación de la Sentencia.**

Es presupuesto y garantía del derecho a la defensa y el debido proceso, y encuentra su fundamento en el artículo 26 referido a la tutela judicial efectiva, dado que gracias a la labor intelectual que debe cumplir el juez, deberá dar razón fundada de su decisión, por lo que concordante con el derecho al conocimiento y a recurrir, permitirá a las partes preparar sus estrategias frente a la decisión emanada del órgano jurisdiccional.

Otros derechos reconocidos a víctima y victimario son:

## **b) Igualdad ante los tribunales.**

Constituida en una de las razones que impulsaron las luchas de los pueblos sometidos y sobre todo víctimas de los tratos vejatorios y lesivos a la dignidad, se convirtió en derecho reconocido en muchos de los instrumentos jurídicos internacionales, que con posterioridad han nutrido la mayoría de las constituciones y legislaciones procesales del mundo.

El texto constitucional en su artículo 21 se refiere al derecho de igualdad ante ley, el cual, tal como señala Álvarez Chacìn (2010, p 76):

... no deja de ser un eufemismo para plantearnos o llevarnos a entender, tal como anteriormente lo voceáramos, que debemos ser, muchas veces desiguales para ser iguales, como antes lo afirmáramos, al proclamarse la igualdad, como un derecho se pretende explicarnos, que en muchas ocasiones de la vida debemos tratar con desigualdad a los desiguales, para que de esta manera, se logre alcanzar una igualdad.

No deja de llamar la atención el criterio esgrimido por el autor citado, toda vez, que el legislador ha destacado en la constitución los derechos de la persona agraviada, lo que significa la observación del trato desigual del cual ha sido objeto, y por otro lado, los textos adjetivos penales del país, contienen normas consagratorias de los derechos del imputado y de la víctima, producto de la desigualdad presente ante el descomunal poder manejado por el Estado, e incluso por el imputado frente al ofendido por el hecho punible.

Se trata como dice el citado autor, de la consagración de normas que en el fondo crean desigualdad, para tratar como iguales, a quienes siempre los ha caracterizado la desigualdad, puesto que después de su rol excesivamente protagónico, la regulación del proceso, confiscó los derechos de la víctima, y se ha procurado siempre, observar con preeminencia, los derechos del perseguido penal.

En realidad, la historia del derecho y el proceso penal, se ha encargado de establecer el trato desigual e indigno del cual ha sido objeto la víctima, sobre todo cuando de la administración de justicia se trata.

Ahora bien, del propio texto constitucional se desprende la relevancia de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y su obligatoria aplicación por parte de los órganos del poder público, cuando en lo interno contengan normas más favorables en sobre esa materia.

Y ello, porque más que derecho a la igualdad ante la ley, las personas aspiran a un trato digno y en igualdad de condiciones, a todas las personas interesadas en una diatriba judicial.

Cafferatta (op. cit, 23), plantea al respecto:

Derivado de la dignidad personal y como corolario del principio de igualdad ante la ley... (Omissis)...la legislación supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional... (Omissis)...

establece que “todas las personas son iguales ante los tribunales y las cortes de justicia”.

El mismo autor (ibídem) señala al respecto:

Ello requiere que se acuerde tanto a la víctima que reclama investigación y juicio, como al imputado, durante el proceso penal, un trato que será igual, cualquiera sea su condición personal: no puede haber ni privilegios (“ley privada”) ni discriminación de ninguna naturaleza, ni por ninguna razón, ni durante el proceso, ni en la decisión final. A la vez, cualquiera que sea el sentido que ésta adopte, deberá ser equitativa e imparcial y fundarse solamente en la prueba y en la ley.

### **c) Acceso a los órganos de administración de justicia.**

La consideración del proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia, se traduce en la creación por parte del Estado de un mecanismo idóneo a través del cual, puedan dirimirse los conflictos; pero ello implica que las personas involucradas en la diatriba, deben gozar de derechos que faciliten la utilización del proceso para resolver asuntos que ponen en peligro la paz social.

Ahora bien, el empleo del proceso para resolver los conflictos debe llevar implícito, el derecho en igualdad de condiciones de la víctima y victimario de acceder a los órganos de administración de justicia, y de hecho, tal posibilidad aparece garantizada conforme a las previsiones del ya citado artículo 26 constitucional.

Desde el punto de vista constitucional, tanto el victimario como la víctima, tienen atribuida legalmente, la facultad de comparecer por ante los órganos de administración de justicia, formular peticiones y requerir la protección de sus derechos e intereses, mediante el pronunciamiento de una decisión efectiva y eficaz, dictada en forma oportuna.

**d) Derecho a un Juez imparcial.**

Fundamentado en los numerales 3 y 4 del artículo 49 constitucional, significa garantía de juzgamiento por parte de un juez competente, independiente, imparcial, predeterminado legalmente y, con las garantías establecidas en la carta magna y en la ley.

Convertido en uno de los derechos fundamentales del debido proceso, representa el derecho que tienen los involucrados en una diatriba, a que el pronunciamiento de la decisión en causa que le atañe, provenga de un juez, idóneo, imparcial, competente, y que preexista al hecho.

Ese derecho corresponde a cada una de las personas que tienen interés en las resultas del proceso. Es ese juez, el que debe pronunciar una decisión que garantice la tutela efectiva de los derechos de los mismos.

**e) El derecho a recurrir de la decisión que le sea adversa.**

Contemplado en el numeral 1 del artículo del tantas veces citado artículo 49 constitucional, parece concebido sólo frente a sentencias condenatoria y a favor del condenado, pero producto de tratados y convenios internacionales, se admite como un mecanismo inherente a cualquiera de las partes, requiriéndose sólo que la decisión recurrida le cause agravio.

#### **f) La cosa Juzgada.**

Garante de la firmeza alcanzada por una decisión emanada del órgano jurisdiccional, implica la no revisión de la misma y la seguridad de la no implementación de una nueva persecución por el mismo hecho contra la misma persona. Encuentra su fundamento, en el numeral 7 del artículo 49 constitucional.

No obstante la serie de derechos y garantías comunes tanto a la víctima como al victimario, el proceso penal venezolano, es escenario de una serie de prácticas e incluso de previsiones que pareciera estar dirigidas a garantizar con más precisión el respeto de los derechos del imputado, acusado o victimario, con lo cual pareciera olvidarse que el afectado por el hecho también es persona dotada de dignidad y por lo tanto con derechos ser respetados y garantizados.

Dentro de los derechos que deben ser garantizados al imputado, además de los anteriores, están:

### **a) La Presunción de Inocencia.**

Contenido este derecho en el numeral 2 del artículo 49 constitucional, comporta la obligación por parte del Estado, por intermedio del Ministerio Público de demostrar, que ciertamente el imputado es autor o partícipe del hecho cuya comisión o perpetración se le ha atribuido.

### **g) La Única Persecución.**

Consagrado en el numeral 7 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en clara concordancia con la cosa juzgada se erige en garantía del respeto al derecho de toda persona a la no apertura de varios procedimientos en su contra. salvo las excepciones contempladas en el artículo 20 del Código Orgánico Procesal Penal

### **c) Excepcionalidad de la Privación de la Libertad.**

Ligado fundamentalmente al principio de presunción de inocencia, y consagrado en el numeral 1 del artículo 44 constitucional, implica que quien resulte señalado como presunto autor o partícipe en la comisión de un hecho punible, tendrá derecho a atender el proceso en libertad, sólo que en algunas oportunidades y dadas los requisitos del *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*, el órgano jurisdiccional podrá acordar medidas de aseguramiento o de coerción personal, que impliquen la privación de libertad.

De ese modo, sólo por disposición del órgano jurisdiccional y en las oportunidades contempladas en la ley, se podrá disponer la privación de libertad del imputado o acusado, según la fase del proceso. El otro modo que por vía excepcional se admite como medio para la privación de la libertad de las personas, es la aprehensión en flagrancia.

Los derechos inherentes al imputado o acusado, son comunes tanto en el procedimiento ordinario, como en el previsto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, mientras que en este último se hallan otros derechos, sólo observables en beneficio del adolescente sometido a proceso penal, a saber:

**a) Confidencialidad o Reserva de las actuaciones de investigación y juicio.**

Mecanismo propio del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, que se basa en los principios de la dignidad humana y del Interés Superior del Niño, que considera al adolescente sometido a proceso como persona en desarrollo, razón por la cual procura la realización efectiva del derecho al honor, la reputación, vida familiar e imagen propia, contemplado en el artículo 60 del texto constitucional, con el cual coincide el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

**b) Revisabilidad de las sanciones.**

Uno de los elementos característicos del proceso aplicable a los adolescentes está representado por el mecanismo de la revisabilidad de las sanciones, lo que significa la introducción de diferencias respecto al proceso penal aplicable a los adultos. En realidad el artículo 78 consagrador del interés superior del Niño y la condición de persona en desarrollo del adolescente sancionado, determina la exigencia de la revisabilidad de la sanción impuesta, por lo menos cada seis meses, a los fines de su sustitución o modificación, por parte del juez de ejecución, cuando la misma no cumpla el objeto para el cual fue aplicada o sea contraria al desarrollo del adolescente.

La revisabilidad de las sanciones es un derecho del adolescente sancionado, y una obligación del Juez de Ejecución, conforme a las previsiones del literal e) del artículo 647 de la LOPNNA, en concordancia con el 646 de la misma ley, referido a las atribuciones del citado juez.

Ahora bien, la consagración de los antes citados derechos y garantías son una determinante conquista del hombre en su lucha por la consecución de un trato digno; pero tal como se señaló supra, se evidencia la existencia de una serie de prácticas e incluso, previsiones legales que merman o lesionan el ejercicio de derechos de la víctima respecto del imputado.

Destaca en primer término, la tendencia procesal a proteger efectivamente, los derechos del perseguido penal, al considerársele objeto de los embates del poder descomunal desplegado por el Estado, aun cuando se hace mención a la víctima, y se plantee, como uno de los objetivos del proceso,

por lo menos desde la perspectiva legislativa, el resarcimiento y reparación del daño sufrido por la misma.

En verdad, a pesar de ser concebido el proceso como instrumento facilitador de la administración de justicia, el mismo ofrece garantías dirigidas a ser observadas, fundamentalmente, en beneficio del perseguido penal; pese a que el texto constitucional, consagra el derecho a la igualdad y la no discriminación.

La víctima persona natural o jurídica, tiene ciertamente derechos consagrados en el nuevo sistema acusatorio; pero en la oportunidad de intervenir en el proceso, son pocas las garantías de efectiva participación y sobre todo, cuando de disponer de medios para su intervención se trata.

En virtud de lo antes planteado, si la constitución consagra el derecho a la igualdad y ello se traduce en derecho al trato equitativo, sin discriminación ante los órganos jurisdiccionales, la víctima no recibe igual trato que el imputado, todo lo contrario, experimenta los efectos de un sistema, basado en el criterio de oficialidad y carácter semiabsoluto de la acción penal pública, razón por la cual hasta tanto el Ministerio Público no interponga la acción, no podrá interponer la suya.

Se observa de las consideraciones precedentes, que haría falta una actuación decidida de los órganos de administración de justicia, que destrabe el impedimento para que la víctima pueda ejercer la acción penal, cuando el

Ministerio Público hubiese sido negligente o estuviese en desacuerdo con la manera de conducir la investigación y el proceso en general.

A la víctima, se le obliga legalmente a optar por una sola representación, cuando se trate de un litis consorcio pasivo, situación que obra en detrimento de su derecho al libre desarrollo de la personalidad y la defensa.

La serie de limitaciones procesales que afectan a la víctima, tanto para querellarse como para ejercer derechos y facultades distintas a la misma, determinan, violación de derechos fundamentales como el derecho a la defensa; el acceso a los órganos de administración de justicia; y por supuesto a la igualdad ante los órganos jurisdiccionales.

La víctima y el victimario, tienen derecho a una decisión eficiente y eficaz, que resuelva el conflicto sometido a su conocimiento, por ello, una decisión puede estar llena o cargada de conocimientos jurídicos; pero si un atisbo de ella, deja escapar la observancia de derechos ciudadanos, la misma deja de ser justa, eficiente y eficaz. Es en ese sentido, que se exige adecuar las decisiones, no sólo a la ley, sino al derecho.

Algunos han señalado que la razón de la diferencia entre víctima y victimario, obedece a que si bien el agraviado es la persona afectada por el hecho, directa o indirectamente, permitirle que actúe en igualdad de condiciones que el imputado y con las mismas facultades que el Ministerio Público, daría lugar a la múltiple persecución y basta con que ya el imputado está siendo

perseguido por el Estado, dotado de un poder que luce descomunal frente a las actuaciones que pudiera desplegar el imputado.

En este orden de ideas Ibáñez Guzmán, citada por Ferrer (op.cit, p. 294), plantea que:

...ninguno de los esquemas de justicia penal tradicional (bien sea inquisitivo o acusatorio) incluyó como prioridad a la víctima del delito y a quienes incluyó tampoco benefició....estamos llenos de preceptos, pero “derechos protegidos pocos...

La antes citada autora (ibídem), señala al respecto que:

Conviene tener presente que se le puede hacer un grave daño al derecho si no entendemos su limitado poder y seguimos creyendo que tiene la capacidad de resolverlo todo. Más aún cuando los sistemas de normas tradicionales, como la religión, la costumbre y los convencionalismos previos del derecho, han perdido su fuerza conductora en nuestra sociedad.

Por tal motivo, la revolución mayor que puede conducirnos a una mejor administración de justicia es la que cada uno de nosotros debe librar consigo mismo para cerrar nuestras creencias derivadas de un modelo de justicia tradicional y abrirle el camino a nuevas creencias derivadas del respeto de los derechos de todos, incluidos los de la víctima.

Hacer distinción entre los ciudadanos, que de conformidad con el ordenamiento jurídico patrio deben ser recibir igual trato por parte de los órganos del Poder Público y en esencia, los órganos de administración de

justicia, resulta a todas luces, una flagrante violación de derechos fundamentales.

Resulta evidentemente paradójico que se requiera de la expresa consagración de los derechos inherentes a las personas para la consecución de su protección y la exigencia de su respeto. Ello ha tenido que suceder con relación a la víctima de delitos, de hecho así lo han reconocido muchos autores, para quienes la misma ha sido la gran ausente del proceso, y por ello, finalmente se le reconoce derechos, tanto en textos constitucionales como en textos adjetivos penales.

Ante la evidencia de una recurrente actitud, motivadora de no pocas discusiones, Ferrer (op. cit, 202), plantea:

Hoy día el tema de las víctimas de delito y de abuso de poder en Venezuela todavía suscita resistencia, a pesar de que todos y cada uno de nosotros puede llegar a ser victimizado, porque ninguno de nosotros es inmune al delito a pesar de que uno de los derechos más trascendentes en el campo de la Criminología es el derecho básico a la seguridad personal en virtud de que el riesgo a sufrir cualquier daño a la salud o perder la vida pone en peligro cualquier otra aspiración

Ahora bien, las consideraciones hechas por la citada autora, coincidente con la posición de personas naturales y jurídicas, que han asumido la defensa de derechos humanos y sobre todo, auspiciado el reconocimiento del derecho de la víctima a tener una efectiva participación en el proceso, ha dado lugar, tal como se ha planteado previamente, a que luego de las previsiones sobre

el particular contenidas en instrumentos normativos internacionales, el texto constitucional venezolano, en su artículo 30, consagra el derecho de la víctima a ser protegida e indemnizada, frente a actos del Estado o delitos comunes.

En esencia, el Estado toma conciencia de la necesidad de asumir a la víctima como persona que sufre, no sólo los efectos del delito, sino los que derivan de la conducta observada por los órganos legislativos, investigadores y jurisdiccionales, para los cuales lo trascendente estaba representado por su propio accionar y los ciudadanos y sus derechos, entre ellos, los de la víctima, no tenían gran significado.

El reconocimiento de los derechos de la víctima, debe concatenarse con derechos, garantías y principios consagrados en la constitución, sin cuya observancia, se haría nugatorio el esfuerzo realizado en ese sentido.

Así el derecho a exigir el respeto de los derechos, está necesariamente ligado a la dignidad humana, a la progresividad de los derechos; al derecho a la igualdad y no discriminación, al proceso como instrumento fundamental de la justicia, al derecho de acceder a los órganos de administración de justicia, a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, a la aplicación directa y preferente de la Constitución y en fin, a la actuación de un Estado que haga de la democracia y la justicia su razón de ser.

Obsérvese sin embargo lo señalado por Richani (op. cit, p.270), acerca del derecho a querellarse en forma particular atribuido a la víctima:

Debemos advertir, si bien es cierto, que el acusador particular, puede impulsar, diligenciar, proporcionar elementos de convicción al proceso, concurrir a las audiencias que este hubiere solicitado, etc., pero jamás toda esa actividad se traducirá en la facultad de promover la acción penal en los delitos de acción pública, pues esta es potestad exclusiva del Estado, a través del Ministerio Público, el acusador particular, podrá ejercer la actividad procesal que le compete siempre y cuando se adhiera a la acusación fiscal.

Como puede observarse, es precisamente este autor (op. cit, p.256) quien sostiene lo siguiente:

Es por ello que observamos un cambio radical en este sujeto procesal, bajo la óptica procesal penal, pues obtiene ahora, derechos de participación en la relación jurídica procesal penal venezolana, modificándose así, dicho escenario procesal e incorporando a la víctima del delito como sujeto procesal principal, al igual que el Ministerio Público, y el juez....

La confusa posición anterior, tiene su razón de ser, en que si bien el legislador por un lado reconoce derechos a la víctima, con lo que pareciera poner fin a la etapa del olvido o execración de la misma, por otro lado confiere al Ministerio poderes tales, que hacen difícil el desempeño del agraviado en el proceso, y favorezca los derechos del imputado o acusado.

- **La víctima como protagonista del proceso penal.**

Si algo ha resultado cierto de las ideas desarrolladas a lo largo del presente trabajo, es la creciente tendencia a privilegiar los derechos humanos y de hecho han sido consagrados en constituciones y textos legislativos; asumiendo el Estado la obligación de garantizarlos y facilitar los instrumentos y vías para su efectivo goce y ejercicio.

No obstante, también se ha demostrado, la cada vez más confusa posición de la víctima dentro del proceso, puesto que si bien por un lado se le han reconocido derechos tanto en la Constitución como en leyes adjetivas penales, facultades y vías para actuar en el mismo, no es menos cierto, que el legislador ha dado lugar a la prácticamente irrealizable materialización de dichos derechos.

De lo antes señalado, debe concluirse que el reconocimiento de los derechos y facultades no es suficiente, que se requiere hacer todo cuanto sea necesario, para que el titular de los mismos, perciba y sienta efectivamente, que le pertenecen y que puede obrar en consecuencia, por ello cuando desde lo normativo se proclama el protagonismo procesal de la víctima, ello más que palabras, debe significar realidad, palpable y visible.

En virtud de lo anterior, no basta con el derecho a petición, ni con asistir a audiencias o presentar escritos o solicitar ser oído y que en efecto ello ocurra, eso por sí sólo, no significa el disfrute del derecho a acceder a los órganos de administración de justicia, asistir a una audiencia, hacer planteamientos, no comporta tutela de los derechos y mucho menos, actuación en el marco del debido proceso.

La realización de la justicia se sustenta no en la puesta en escena de un órgano jurisdiccional, que aplica sólo la ley, debe tratarse de un juez que aspire dar justicia en aplicación del derecho, lo cual pasa por el cumplimiento de actos y formalidades esenciales, pero además por la observancia de los derechos de los involucrados en el proceso.

El debido proceso, implica la efectiva obediencia y observancia por parte de los órganos jurisdiccionales, de los derechos y garantías que lo conforman; además de lo cual, se hace necesario la facilitación del acceso de los legitimados por ante dichos órganos, con miras al ejercicio del derecho a peticionar y exigir un pronunciamiento acerca del asunto sometido a su conocimiento, y lograr, por lo tanto, la tutela efectiva de sus derechos.

Por lo antes expresado, no se concibe que un Estado proclamado democrático de Derecho y de Justicia, que luego de conferir derechos y facultades a la víctima, y atribuirle legitimación para ejercer querrela, en el proceso penal, no la dote de contenido que la haga autosuficiente y permita, en consecuencia, al titular de ella, ejercer la acción penal, la cual luce supeditada a la suerte que experimente la interpuesta previamente por el Ministerio Público.

La víctima en tanto persona, tiene dignidad, está dotada de derechos y el Estado, encargado de garantizar la igualdad en el trato a los ciudadanos y el ejercicio pleno de sus derechos, está obligado a través de sus órganos competentes, a facilitar que los medios o instrumentos diseñados o concebidos para asegurar la plenitud de esos derechos, cumplan su

finalidad, para evitar que en el marco de una nueva realidad procesal se produzca el relanzamiento de la victimización de la persona agraviada por el hecho punible.

El respeto y el efectivo ejercicio de los derechos que le han sido reconocidos, convertirá a la víctima en verdadero protagonista del proceso, en igualdad de condiciones con las otras partes involucradas en el mismo.

## CAPÍTULO VI

### EL ROL DE LOS JUECES EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO Y DE JUSTICIA

- **El Valor de los Instrumentos Internacionales.**

De la revisión de los diferentes textos de corte internacional, sean acuerdos, tratados, convenios o declaraciones, puede extraerse la siguiente definición:

Se entiende por instrumentos internacionales, el conjunto de textos representados por tratados, acuerdos y convenios suscritos, ratificados o a cuyo contenido se adhieren los Estados miembros del órgano del cual emanan, o aquellas declaraciones promulgadas por dichos entes, mediante resolución, de los cuales se desprende la obligación positiva o “de hacer” por parte de dichos Estados, consistente en auspiciar y propiciar el ejercicio efectivo de los derechos humanos, y por lo tanto, evitar obstáculos que los mermen o impidan su goce y ejercicio.

De la definición antes ofrecida, se desprende la finalidad de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que no es otro que auspiciar y propiciar el ejercicio pleno y efectivo de los derechos humanos, y por lo tanto, evitar obstáculos que los mermen o impidan su goce y ejercicio.

En ese sentido Casal (op. cit, 23) plantea:

De lo anterior se colige que el propósito de los tratados sobre derechos humanos no es la satisfacción de intereses propios y recíprocos de los Estados contratantes, sino salvaguardar un bien común a todos ellos, que se impone con carácter de orden público, y que consiste en la tutela de los derechos y libertades fundamentales de las personas que se encuentren bajo su jurisdicción.

Lo que se pretende preservar no son intereses particulares de los Estados, sino un orden objetivo de valores que deviene irrenunciable para el Estado vinculado al tratado-sin perjuicio de su denuncia, en los términos que sea posible-, al haber sido establecido en beneficio del ser humano.

Sobre los Derechos Humanos, Álvarez Chacín (2010, p.21) señala:

...constituyen un conjunto de principios y garantías fundamentales para el ser humano que, desde luego, son afirmaciones o ratificaciones de la dignidad y el respeto de la persona frente a todos los Estados miembros de la Comunidad Internacional, en esta posición podemos afirmar, que los derechos humanos son derechos supraestatales que se derivan de la naturaleza del ser humano, es decir, son esencialmente derechos naturales consustanciados de la misma esencia del hombre mismo.

Como complemento de la definición anterior, el autor (ibídem) plantea:

Los Derechos Humanos constituyen un conjunto de principios y garantías que de manera expresa preconizan la libertad, la

igualdad e integridad del hombre como expresión misma de la dignidad humana, lo cual a su vez es un preludio para que los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales garanticen y promuevan los mismos en una forma de subsistema legal que se genere dentro de ello.

La suscripción por parte de los Estados de tratados, acuerdos y convenios internacionales crea para el Estado una serie de obligaciones, dentro de las cuales destaca la de respetar y garantizar el ejercicio pleno y efectivo de los derechos consagrados en los mismos.

Atendiendo a lo antes señalado, expresa Casal (op. cit, p. 25) que:

La obligación de garantía va mucho más allá, pues supone para las autoridades el deber adicional de asegurar la efectiva vigencia de los derechos humanos, creando los instrumentos y las estructuras institucionales necesarias para su realización, incluso amparándolas frente a amenazas provenientes de terceros. Se trata en palabras de Corte Interamericana de de Derechos Humanos, de “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Sentencia de la CIDH del 29 de julio de 1988, caso Velásquez Rodríguez, párr.21). La garantía de los derechos humanos comprende la adopción de medidas legislativas o de cualquier otra índole, que sean necesarias para su realización.

Como puede observarse desde la perspectiva de los instrumentos internacionales, no basta con el reconocimiento de los derechos, sino que se

hace necesario, tomar decisiones de relevante importancia, y cuantas sean necesarias, para lograr hacer efectiva su finalidad.

Los países suscriptores de los señalados instrumentos, entre ellos Venezuela, han tomado importantes decisiones, tendentes a la consecución de los fines contenidos en los mismos, con miras a lograr una sociedad justa, es decir, una sociedad, en el marco de la cual prevalezcan los derechos ciudadanos.

Una de las acciones llevadas a cabo por la mayoría de los países del orbe ha sido introducir transformaciones de gran trascendencia, dentro de las cuales se reflejen los principios, postulados y valores contenidos en los señalados textos, y se prevén las vías, los mecanismos y metodología que permita la efectiva y plena realización de los derechos a las personas, en tanto seres humanos.

En perfecta armonía con lo antes planteado, se ha observado, el interesante y extraordinario esfuerzo realizado en el orden jurídico, que ha permitido construir todo un andamiaje dentro del cual se observa la consagración de derechos, garantías, principios y valores, delineadores de la nueva tendencia en materia de derechos humanos.

En aras de lograr el andamiaje necesario que permitiera no sólo reconocer, sino garantizar y facilitar los medios para el goce y ejercicio de los derechos

ciudadanos, en muchos de los Estados miembros se transforman las estructuras estatales y con ello, las vías, métodos e instrumentos, a través de los cuales, los ciudadanos puedan requerir el respeto y ejercer la defensa de los mismos.

Ese viraje transformador, se observa en primera instancia, por lo menos en Venezuela, en el proceso penal, desde cuya perspectiva se aspira poner fin al estado de cosas, que significó la violación de los derechos, no sólo de quienes eran objeto de persecución penal, sino de quienes resultaran agraviados por el hecho punible.

Como es sabido, el sistema inquisitivo prevaleciente durante la vigencia del Código de Enjuiciamiento Criminal y de la Ley Tutelar de Menores, se caracterizó por el predominio del Estado, por encima de los derechos procesales del imputado y fundamentalmente de quien resultase afectado por el hecho punible; lo que dio lugar a que el órgano jurisdiccional se erigiera no sólo en conductor del proceso, sino en instrumento para la realización de prácticas que obviaban a quienes tenían y estaban llamados a manifestar interés en las resultas procesales, en flagrante violación de sus derechos.

El Código Orgánico Procesal Penal y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, desarrollan sendos procedimientos, de marcada tendencia garantista, gracias a los postulados contenidos en los señalados instrumentos jurídicos sobre derechos humanos.

La transformación experimentada por el proceso penal, constituye un nuevo paradigma, sobre el cual Fernández (2006, p. XXXV), señala que:

Con la promulgación del nuevo sistema procesal, hemos visto que se ha operado una revolución o cambio de paradigma. En efecto, el cambio de paradigma consiste en adoptar de forma pura el sistema acusatorio, oral y público, luego de haber tenido durante mucho tiempo el sistema ecléctico francés, que combina la fase inquisitiva o sumario y la fase plenaria o pública. Tal sistema es producto de la herencia jurídica del derecho codificado napoleónico que, en su momento, a principios del siglo XIX, fue considerado un gran logro, por cuanto humanizaba el muy cuestionable y autoritario sistema inquisitivo puro utilizado tanto por la Iglesia Católica, como por distintos reinos de la época, y muy especialmente, por el reino español

A la par que se produce la transformación del proceso penal, tiene lugar la entrada en vigencia de un nuevo texto constitucional, desde cuyas perspectivas se estructura un andamiaje estatal, que se proclama, democrático y social de derecho y de justicia, en perfecta armonía, con la nueva visión de los derechos humanos, del ciudadano y del proceso, y en específico el proceso penal.

En ese sentido, el antes citado autor (op. cit, p.XLI) sostiene que:

Como quiera que se ha producido un cambio tan importante en una de las leyes fundamentales de la República, creemos necesario señalar que tal hecho ha estado en gran medida impulsado por la situación de globalización del derecho en el mundo y, sobre todo, la protección internacional de los derechos humanos, ...Por si fuera poco, esta ecuación se logró también al insertar a Venezuela en el marco de la jurisdicción supranacional

creada en los pactos y convenciones internacionales, tanto de aquellos que son leyes de la República, como de aquellos que aún no siéndolos, son una referencia moral y ética insoslayable.

La revisión del Código Orgánico Procesal Penal, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, así como la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, constituyen expresión clara de la asistencia a un nuevo paradigma en materia de Derechos Humanos.

Ciertamente, cada uno de los antes señalados textos, se fundamenta en diferentes cuerpos normativos internacionales, a través de los cuales, se ha venido diseñado toda una estructura normativa, que denota, la construcción de un nuevo tipo de Estado, por lo menos desde el punto de vista formal, y una nueva visión del hombre, concebido como persona dotada de derechos exigibles y cuyo ejercicio es irrenunciable.

De los antes señalados textos internos, puede observarse que Venezuela se define como Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, en perfecta correspondencia, con el hecho de asumir los derechos humanos, como uno de los valores que fundamentan su ordenamiento y su actuación.

Del mismo modo destaca como hecho relevante, que se ha acogido en el ordenamiento jurídico patrio, la dignidad humana como esencia del Estado que ha sido diseñado en el texto constitucional y que sirve de marco para la

realización efectiva de cada uno de los derechos que asisten a las personas en tanto seres humanos.

En torno a la dignidad humana, Brewer citado por Balza (2007, p.41) señala:

Ante todo, comiencese por el principio, este derecho es el centro y principio de todos los derechos humanos (en sí, es el núcleo íntimo e intrínseco del ser humano), pero es de advertir que no es creado por el derecho, su origen está fuera del derecho (meta-derecho)

Este fundamental derecho (integral), siendo el centro de producción de todos los derechos humanos, viene a constituir y a extender su majestuosidad, jerarquía, respeto y obediencia, para que en igual manera, y en cualquier circunstancia, sean respetados los derechos jurisdiccionales que de él derivan, no en vano éste es considerado por el derecho constitucional un “derecho fundamento absoluto”, para el cual no es admisible “restricciones, suspensiones ni limitaciones en su ejercicio”

El principio de la Progresividad de los Derechos resulta a todas luces una importante conquista del hombre, que se compadece con la irrenunciabilidad, inalienabilidad e inviolabilidad de los derechos.

Sobre el señalado principio se ha pronunciado el más alto Tribunal de la República, según sentencia del 1° de julio de 2000, en los siguientes términos:

Se refiere a la obligación que tiene el Estado de incorporar al ordenamiento jurídico el reconocimiento de todos y cada uno de los derechos humanos consagrados tanto en el texto constitucional, como en los instrumentos internacionales que versen sobre la materia, es decir, este principio define la obligación de los Estados de reconocer y velar por la defensa de los derechos humanos de manera consecutiva, con el objeto de garantizar el disfrute y goce de tales derechos en la medida en que los mismos han sido considerados como inherentes a la condición humana afirmando pues la condición de la dignidad humana frente al Estado y definiendo la actividad de los poderes públicos al servicio del ser humano.

En este sentido Nikken (2005, p 589), considera que:

En la doctrina, la progresividad ha sido entendida como una tendencia manifiesta que se observa en la protección de los derechos humanos hacia la expansión de su ámbito de modo continuado e irreversible, tanto en lo que se refiere al número y contenido de los derechos protegidos como por lo que toca a la eficacia y el vigor de los procedimientos en virtud de los cuales los órganos de la comunidad internacional pueden afirmar y salvaguardar su vigencia. Este principio, que ha sido identificado en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos, adquiere ahora rango constitucional y debe ser la guía para la legislación en la materia, así como para la interpretación del derecho.

Álvarez Chacìn (op.cit, p.31) señala al respecto:

La tendencia de los Derechos Humanos es una proyección de avance y ampliación en cuanto a su desarrollo, pero aún más, de acuerdo con este principio este no se conforma con una simple

enunciación normativa sino que tal adelanto se extiende también a la protección que los mismos brindan.

El mismo autor (op. cit, p 27-28) plantea lo siguiente, sobre la irrenunciabilidad e inalienabilidad de los derechos humanos:

A pesar de ser dos instituciones diferentes, la irrenunciabilidad e inalienabilidad, hemos querido analizarlas de manera conjunta dado la similitud del objeto que ambas proponen, es así que una predica lo que no puede renunciarse y otra lo que no se permite enajenar en el ámbito de los derechos humanos estas características, no solo impiden ser transferidos, sino que, tampoco permiten la división voluntaria, pues precisamente esos derechos, debido a su alta valoración para la humanidad, no están sujetos al comercio, ni a la desidia por parte de los particulares, de tal menester que si no se puede enajenar, ni tampoco despojarse de ellos, el sino es entonces permanecer con ellos de manera inalterable e indisoluble.

Consagrado en los textos internacionales, alcanza gran relevancia dentro del ordenamiento jurídico interno del país, el derecho a la igualdad y por lo tanto la obligación que surge para cada Estado de evitar el empleo de cualquier excusa para introducir posibles obstáculos que constituyan discriminación y por lo tanto, lesivos al ejercicio pleno de los derechos inherentes a las personas.

Sobre este importante derecho, Álvarez Chacín (op. cit, p.75-76), haciendo referencia a la discriminación, plantea:

La discriminación es una actuación dirigida a separar, distinguir o diferenciar a personas, grupos de personas del total o mayoría poblacional en razones de motivos religiosos, racionales, políticas o particulares, en éstos últimos se incluyen mujeres, niños, minorías culturales, minusválidas, discapacitados, etc. Es importante destacar que la discriminación surge como antítesis de la igualdad, concepto este surgido de las ideas centrales de la Revolución Francesa, y exportado al mundo occidental, notándose aquí que ese concepto fue utilizado para exigir la paridad ante la ley, pero posterior a la segunda guerra mundial, el concepto de igualdad queda ampliado porque plantea que la misma implica simetría de oportunidades en diversas acciones, y es por eso que la tendencia es no exigir igualdad sino llegar de esta a la no discriminación.

Atendiendo a que desde el andamiaje jurídico instaurado en Venezuela con fundamento en los instrumentos internacionales suscritos por la República, y con base en la dignidad, los antes citados derechos asisten a las personas, no debe olvidarse otros de gran relevancia representados por la Tutela Judicial Efectiva y el Debido Proceso.

La Tutela Judicial Efectiva, se muestra como una gran conquista del hombre, desde cuya perspectiva, toda persona, sin distinción, tiene derecho a acceder a los órganos de administración de justicia, requerir la protección de sus derechos e intereses, aún los colectivos y difusos, lo que incluye requerir un pronunciamiento pronto, oportuno, efectivo y eficaz por parte del órgano jurisdiccional.

Como puede observarse el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, prevé dentro de él, el acceso a la justicia, sobre el cual se pronuncia Casal (op. cit, p102) en los términos siguientes:

El común denominador a las distintas conceptualizaciones del acceso a la justicia reside en la alusión a un derecho que permite acudir a órganos facultados para la protección de los derechos o intereses o para la resolución de conflictos....(omissis) a partir de las diferentes aproximaciones a la noción de de acceso a la justicia. ...es un derecho consistente en la disponibilidad de instrumentos judiciales o de otra índole previstos por el ordenamiento jurídico que permitan la protección de derechos e intereses o la resolución de conflictos, lo cual implica la posibilidad cierta de acudir ante las instancias facultadas para cumplir esta función y de hallar en estas, mediante el procedimiento debido, una solución jurídica a la situación planteada.

Como puede observarse comporta la tutela Judicial efectiva, no solo acceder a los órganos competentes para requerir la protección de derechos e intereses por parte de quienes tienen legítima preocupación por los resultados de la diatriba, sino que implica disponibilidad de instrumentos judiciales que empleados conduzcan a la resolución del conflicto y el empleo por parte del órgano jurisdiccional de un procedimiento debido, para emitir un pronunciamiento a la situación planteada.

Se requiere así de órganos jurisdiccionales, que obren conforme al debido proceso, que a decir de Balza (op.cit, p 26):

Es un principio que coordina y soporta todos los derechos dentro del proceso. El debido proceso penal, en este aspecto, tendría dos espacios (estatales) de vigencia y eficacia: legislativa y judicial-este último, el más ilustrado y desarrollado.- en el ámbito legislativo, se refiere a la congruencia de política (vinculada por derechos fundamentales/humanos y política criminal), en el desarrollo de los procedimientos penales(ordinario, abreviados), el legislador no puede excluir la vigencia y /o eficacia de derechos y garantías procesales dentro de los procedimientos que despliegan

el proceso penal. En ámbito judicial, es un proceso debido, donde se garantiza el ejercicio de los derechos procesales.(derechos jurisdiccionales)

En definitiva, cada uno de los derechos o principios antes descritos, aunque brevemente, están contenidos en diferentes instrumentos internacionales, en determinante demostración de la trascendencia que los derechos humanos han ido adquiriendo en los últimos tiempos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1995, p. 60), en su artículo 1 consagra el principio de la dignidad humana, de la siguiente manera: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Los artículos 2 y 7 del mismo texto, consagran el derecho a la no discriminación e igualdad en los siguientes términos:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición.

Todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

El mismo texto (ibídem) consagra en el artículo 10 el derecho a ser oído en juicio público y la figura del juez natural cuando plantea:

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

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (11995, p. 135), firmada en Bogotá, Colombia en 1948, consagra en el artículo 2, el derecho de acceso a los órganos de justicia, cuando plantea: “Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos...”.

Así mismo, el citado texto (op. cit, p 136) establece el derecho a petición, parte de la tutela efectiva de sus intereses, en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución”.

El Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos de fecha 23 de marzo de 1976, consagra, en su artículo 14: “Toda las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia...”

la Convención Americana sobre los Derechos Humanos establece en su artículo 8: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías

y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley.”

La misma Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 40, consagra el principio de la dignidad humana, en términos tales, que todo niño señalado como autor de un hecho punible debe ser tratado” acorde con el fomento de su dignidad”, pero además, se consagra el debido proceso, cuando se prevé el principio de legalidad, del juez natural, de la presunción de inocencia, el derecho a la información, a no autoincriminarse, a la defensa y asistencia jurídica, a la impugnación de las decisiones que le causen agravio.

La Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 18, está referido al derecho de acceso a los tribunales y a la acción de amparo, como parte del derecho a un proceso justo, en los siguientes términos:

Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Así mismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Tal como se ha indicado previamente, en perfecta armonía los textos normativos internacionales y los internos, no sólo consagran derechos de los ciudadanos, sino que desde el punto de vista convencional, constitucional y legal, se prevé y se asume la obligación de garantizar los instrumentos e

instancias judiciales, para hacer posible que las personas puedan exigir la protección de sus derechos e intereses, no en balde, el texto de la observación N° 13 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, referido a la finalidad de los instrumentos internacionales en materia de derechos inherentes a las personas, plantea:

La finalidad de todas estas disposiciones es garantizar la adecuada administración de justicia y a tal efecto, afirmar una serie de derechos individuales como la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y el derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley.

En el antes citado sentido, los Estados firmantes de los instrumentos señalados, han realizado otras acciones de gran relevancia, al conferirle jerarquía constitucional a los mismos, e incluso declarar su supraconstitucionalidad, en la medida que contengan en lo interno, normas más favorables en materia de derechos humanos.

En congruencia con lo antes señalado, el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela plantea:

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas más favorables a las establecidas en la constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

De la citada norma se desprende la obligación adquirida por el Estado venezolano, de obedecer o someterse a las previsiones contempladas en los tratados, convenios y acuerdos que haya suscrito en materia de derechos, convirtiendo a los órganos del poder público, pero en especial a los órganos jurisdiccionales en garantes de su observancia.

Al respecto Nikken (op.cit, p 599), plantea:

Esta disposición merece tres breves comentarios:

- a) Reconoce explícitamente el rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos que comprometen a Venezuela, con todas las consecuencias que ello implica, respecto de la defensa constitucional, tanto en el plano individual, como en lo que corresponde al control de constitucionalidad de los actos del poder público(aunque esta atribución en relación con este tipo de convenciones, no figure expresamente entre las que competen a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia)

Más aún reconoce el rango supraconstitucional de las normas favorables a la protección de los derechos humanos contenidas en los tratados sobre la materia, que debe prevalecer sobre lo interno, incluida la misma constitución...

- b) Por disposición expresa del artículo 23 de la Constitución, la interpretación pro homine autorizada por una Convención Internacional prevalece sobre el texto constitucional mismo. Este ha sido el principio rector para la interpretación del alcance de la protección de los derechos humanos ofrecida por la Constitución de 1999....
- c) Deja fuera de ejecución el carácter auto ejecutivo o self-executing de los tratados sobre derechos humanos, pues explícitamente

ordena que dichos tratados” son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”

En ese sentido, Fernández (2006, p.XLI) sostiene que:

Como quiera que se ha producido un cambio tan importante en una de las leyes fundamentales de la República, creemos necesario señalar que tal hecho ha estado en gran medida impulsado por la situación de globalización del derecho en el mundo y, sobre todo, la protección internacional de los derechos humanos, ...Por si fuera poco, esta ecuación se logró también al insertar a Venezuela en el marco de la jurisdicción supranacional creada en los pactos y convenciones internacionales, tanto de aquellos que son leyes de la República, como de aquellos que aún no siéndolos, son una referencia moral y ética insoslayable.

La aplicación de los tratados., acuerdos y convenciones inherentes a derechos humanos, resulta tarea ineludible por parte de los Estados firmantes de los mismos, y en virtud de ello, Cafferatta señala que se han convertido en un plexo axiológico de obligatoria observancia para los órganos del Poder Público.

En efecto, el citado autor (op. cit, p3) señala:

A partir de esta norma, que incorpora a la Constitución Nacional las principales declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos, situándolos a su mismo nivel...puede hablarse de un nuevo sistema constitucional, integrado (“sincronizador”), por disposiciones de igual jerarquía, que abreva en dos fuentes: la nacional y la internacional. Aquellas, no se anulan entre sí, ni se neutralizan entre sí, sino que se

“retroalimentan”, formando un plexo axiológico y jurídico de máxima jerarquía, al que tendrá que subordinarse, toda la legislación sustancial o procesal secundaria que deberá ser dictada en su consecuencia. Además, esta paridad entre constitución nacional y esa normativa supranacional obliga a los jueces a no omitir las disposiciones contenidas en esta última “como fuente de sus decisiones, es decir, a sentenciar también” en su consecuencia...

El citado tratadista, recoge en su apreciación, el verdadero sentido de la norma contenida en el artículo 23 de la carta magna, desde la cual se constitucionalizan los instrumentos internacionales, se le confiere igual jerarquía que la constitución; pero al mismo tiempo se le confiere carácter supraconstitucional, cuando la máxima ley nacional colidiere o alguna ley interna lo hiciere, con los principios, derechos y garantías consagrados en los mismos.

Pero tal como señala el autor, los tratados, acuerdos y convenios, determinan el contenido de la legislación que debe dictarse en el país que los ha suscrito como consecuencia de ello y sobre todo, convierte a los órganos del poder público, entre ellos a los jueces, en garantes de su realización, obligados como están a: “no omitir las disposiciones contenidas en esta última “como fuente de sus decisiones, es decir, a sentenciar también” en su consecuencia...

En realidad, la influencia de los instrumentos internacionales ha determinado, tal como señala el citado autor un importante movimiento de transformación legislativa y jurídica, como se indicó previamente, que lleva aparejado una

nueva visión del proceso penal, lo que condujo a Fernández (op. cit, p. XXXV), a señalar que:

Con la promulgación del nuevo sistema procesal, hemos visto que se ha operado una revolución o cambio de paradigma. En efecto, el cambio de paradigma consiste en adoptar de forma pura el sistema acusatorio, oral y público, luego de haber tenido durante mucho tiempo el sistema ecléctico francés, que combina la fase inquisitiva o sumario y la fase plenaria o pública. Tal sistema es producto de la herencia jurídica del derecho codificado napoleónico que, en su momento, a principios del siglo XIX, fue considerado un gran logro, por cuanto humanizaba el muy cuestionable y autoritario sistema inquisitivo puro utilizado tanto por la Iglesia Católica, como por distintos reinos de la época, y muy especialmente, por el reino español

El cambio de Estado y del sistema procesal penal, surgido a la luz de la determinante influencia del desarrollo alcanzado por el Derecho Internacional de los derechos humanos, cuya prueba está constituida por la proclamación contenida en el citado artículo 23 constitucional, exige de una estructura judicial comprometida, puesto que los derechos reconocidos a las personas y convertidos en “plexo axiológico “ de obligatoria observancia por los Estados suscriptores de los instrumentos que los consagran, no puede ni debe ser mera retórica.

El compromiso adquirido por los Estados firmantes de los instrumentos internacionales, exige de la realización de tareas trascendentes que aparejen, en verdad, la creación de leyes consagradorias de los derechos humanos, o que prevean la instauración de órganos jurisdiccionales garantes de los mismos, pero esto debe darse con verdadero sentido de justicia, que

los órganos jurisdiccionales, se apeguen al principio de legalidad y al derecho, materializando con sus acciones, los fines del Estado de Justicia que se perfila desde el texto constitucional.

Corresponde a los tribunales internos de cada país firmante hacer efectivos los compromisos adquiridos y darle verdadero sentido a la constitucionalización otorgada a los derechos ciudadanos.

En ese mismo sentido se pronuncia Brewer Carías, quien al señalar el progresivo desarrollo alcanzado por los derechos humanos y las diferentes fases relacionadas con su reconocimiento, da a conocer que la constitucionalización de los derechos humanos, pertenece a una tercera fase del proceso, sobre el cual plantea:

Este proceso se puede caracterizar, primero, por la progresiva tendencia a otorgarle determinado rango constitucional o legal en el orden interno a las declaraciones o tratados internacionales sobre derechos humanos, es decir, estableciendo en el texto de las Constituciones mismas el valor que debe darse a tales declaraciones y tratados en relación con las normas constitucionales y legales relativas a derechos humanos, incluso estableciendo cual norma debe prevalecer en caso de conflicto. Y también, estableciendo en las Constituciones, criterios de interpretación constitucional de acuerdo con lo establecido en las regulaciones internacionales. En ambos casos ello ha permitido también la aplicación de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, directamente por los tribunales internos.

Pero además el citado autor sostiene que a los tratados se le ha otorgado rango supraconstitucional en materia de derechos humanos, previéndose su aplicabilidad inmediata y preferente, planteando que ello ha implicado otorgar a las regulaciones internacionales un rango superior a las normas constitucionales, las cuales deben prevalecer sobre las mismas.

Sobre el valor de los instrumentos internacionales, y sobre todo cuando normas internas cercenan derechos humanos, el Dr. Jesús Ollarves, ponente en sentencia 2002-199, de fecha 26 de junio de 2002, de la Sala Dos de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, expresa lo siguiente:

Del delito nacen dos partes, una víctima y un victimario. Ambas requieren para su existencia la comisión de un hecho punible que le sirva de sustento y signifique su origen. Las partes involucradas de forma activa o pasiva del hecho punible tienen derecho a concurrir en condiciones de igualdad ante una autoridad con el propósito de que sus derechos y obligaciones sean establecidos y de acuerdo a criterios legales preestablecidos y con las debidas garantías.

La investigación victimológica y la discusión consecuente ha originado que tanto a nivel de instrumentos internacionales como en leyes de aplicación nacional, paulatinamente se han ido prefijando los derechos de las víctimas en el proceso penal, además, nuestra carta fundamental es clara al establecer una cláusula abierta y la jerarquía de ciertos instrumentos internacionales para la justiciabilidad de los derechos humanos que en este caso está representada por una categoría de personas las cuales ostentan frente al Estado la cualidad de víctimas

Con posterioridad señala el ponente:

De igual forma, este ente colegiado considera prudente destacar el contenido de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder del 29 noviembre de 1985, Resolución No. 40/34, donde se estableció que se debía entender por víctimas a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente.

En este sentido, del análisis de la normativa internacional se puede establecer que la promulgación de los principios de justicia para las víctimas abarca tres aspectos generales y fundamentales, a saber: I. Acceso real de la víctima a la justicia penal. II. Asistencia a las víctimas. III Resarcimiento e indemnización .

En lo referido al primer aspecto relativo al acceso real a la justicia penal, y punto central de esta decisión, la Declaración de Naciones Unidas insta a los Estados miembros a establecer mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales y oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos, y accesibles, brindándoles a las víctimas la información requerida para tal fin. Igualmente se establece el necesario derecho de información a las víctimas sobre el discurrir del proceso penal y en especial sobre las decisiones que se tomen acerca de la causa, la asistencia a las víctimas durante el proceso, la adopción de medidas para evitar la victimización secundaria y la adopción de mecanismos oficiosos para la solución de controversias, tales como el arbitraje, la prácticas de justicia consuetudinaria y autóctona que faciliten la conciliación y la reparación de las víctimas.

De la revisión de los criterios sostenidos por los expertos en el área, puede inferirse como ha de hacerse desde la interpretación del texto constitucional, que los órganos del Poder Público, y en específico, los jueces a quienes se le atribuye la tarea de hacer cumplir, aplicar y observar las normas relativas a derechos humanos, no podrán alegar como excusa el carácter programático de las mismas, y su imposibilidad de darle cumplimiento, puesto que son autoejecutables o de ejecución inmediata y directa.

La relevancia otorgada a los instrumentos normativos internacionales, ha conducido a la construcción de un Estado constitucional, a través del cual se logra armonizar las normas contenidas en la carta magna con los principios y valores superiores de imperiosa observancia en el marco de una estructura estatal que se proclama democrática, que en aras de garantizar la igualdad y evitar la discriminación, cuando de aplicar las normas que regulan el proceso penal se trata, debe garantizar a todos el acceso a la justicia y el debido proceso, independientemente del rol que desempeñan en el proceso.

La importancia reconocida a los tratados, acuerdos y convenios internacionales, sobre derechos humanos, tiene que ver fundamentalmente con el hecho de la superación que ha venido experimentando el concepto de soberanía, que tal como señala Ayala Corao (19996, p 743) "...se ve relativizado con la admisión de límites en el Derecho interno, derivados de compromisos internacionales y de principios universales aceptados por todos los Estados"

En virtud de lo antes planteado, los instrumentos internacionales y el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos exige un

nuevo tipo de Juez, que sepa interpretar el verdadero cometido del Estado de Justicia del cual es protagonista.

Con base en lo antes señalado Martin Abregü, prologuista del texto de Cafferatta (op.cit, p VII), señala, que:

Así la búsqueda del impacto real de los derechos humanos nos enfrenta inevitablemente con cuestiones tales como la posición que se asuma en torno a la relevancia de la norma escrita. Si sostenemos, repitiendo el célebre aforismo del Juez Hughes sobre el sistema judicial de los estados Unidos, pero igualmente aplicable al nuestro-que “vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”, entonces las garantías locales en el proceso penal habrán cambiado a partir de la incorporación de los tratados ya que ello provoca, en virtud de la protección internacional, una nueva lectura de sus contenidos y alcances.

Parafraseando a Cafferatta, con la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al derecho interno, se produce un nuevo paradigma de procuración y administración de justicia penal, garantía de la vigencia de los derechos ciudadanos.

- **La Supremacía Constitucional.**

Establece el artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo siguiente:

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.

Del contenido de la citada norma se evidencia que el Estado venezolano, admite la existencia de una jerarquización normativa, convirtiendo al texto constitucional en la primera de las leyes y en fundamento o fuente de la cual emanan las demás.

El dispositivo citado no puede ser considerado en forma aislada, puesto que el mismo guarda marcada y determinante vinculación con los artículos 2 y 23 del mismo texto, de cuya lectura se evidencia como se ha dejado sentado antes, que se diseña un Estado que se proclama Democrático y Social, de Derecho y de Justicia, que propugna una serie de valores superiores, esencia de su ordenamiento y sus ejecutorias, dentro de los cuales destacan la justicia y los derechos humanos.

Pero además, el Estado venezolano ha consagrado el carácter normativo de la Constitución cuando en el citado artículo 23, señala la obligatoriedad de su observancia, y su aplicación directa e inmediata, con lo cual se da al traste con la tesis que imperó durante épocas ya superadas, de la necesidad de desarrollar los principios consagrados en la constitución para poder ser aplicadas, por lo que de no ocurrir ello, conservarían su carácter programático.

En el nuevo tipo de Estado que se diseña en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sostiene Rivera Morales (2008, p.5):

La Constitución no sólo determina directa o indirectamente las fuentes del derecho sino que se configura como la primera de las fuentes. Pero también, como fuente directa y aplicable del derecho, como norma suprema y fuente de fuentes, las normas restantes deben interpretarse conforme a la Constitución. Esta supremacía tiene sus efectos en el mundo jurídico y en la existencia misma del Estado, e incluso en las relaciones entre particulares.

La Constitución venezolana contiene un elenco de valores superiores que determinan e informan el ordenamiento. Coherentemente con esa precisión de valores y bajo esa égida se configura un sistema de convivencia social en el marco del Estado social de derecho y democrático.

Siendo así las cosas, cuando de derechos humanos se trata y por lo tanto de procurar la justicia, los órganos del poder público, dentro de los cuales destacan los jueces, deberán aplicar preeminentemente la Constitución, sin necesidad de que dichos derechos sean desarrollados por ley alguna, cesando de ese modo la visión programática que se mantuvo sobre muchos de ellos, durante la vigencia del denominado “Estado de Derecho”, en el marco del cual prevaleció, el legicentrismo.

Respecto al carácter programático de los valores constitucionales, García de Enterría (2001, p 43), plantea:

...vendría a concretarse en una simple pieza lógico-sistemática presente en cualquier Estado, de cualquier época y de cualquier signo y contenido, de modo que la Constitución pasa a ser pues un concepto formal y abstracto hasta el extremo positivista consecuentemente, puesto que es una pura realidad estructural de hecho, sean cuales sean los valores materiales que exprese.

La visión que del hombre y sus derechos se tenía en el constitucionalismo formal, daba lugar a la concepción de un Estado abstracto, en el marco del

cual la constitución dejó de ser una norma con origen y un determinado contenido para traducirse en términos teóricos, no invocables frente a los órganos jurisdiccionales.

El devenir del tiempo ha determinado que la Constitución se convierta en instrumento para la autodeterminación política de los pueblos, para la limitación de los poderes públicos y para el reconocimiento, la consagración y garantía de los derechos fundamentales.

El principio de la supremacía constitucional constituye una respuesta del mundo jurídico garantista, frente a la tendencia presente en aquellos países en los cuales se impuso el legicentrismo, punta de lanza del “Estado de Derecho”, que ataba las decisiones de los jueces a lo establecido por la norma, sin la procuración de la justicia, por la que tanto se ha luchado y han clamado los pueblos del mundo.

En realidad, la idea de la Supremacía constitucional, no es reciente, por el contrario hay quienes sostienen que la misma se ubica en la Graphe Paranomon 426 a.c, para otros el hecho data del Siglo XVI durante la época de Enrique IV, pero hay quienes señalan que tal idea alcanza su efervescencia en la época independentista norteamericana, imponiéndose o extendiéndose tal criterio a través de sentencias pronunciadas con anterioridad a la sanción de la Constitución de 1787, producto de cuyas decisiones se recoge por escrito las posiciones de las distintas cortes al respecto.

Desde esa perspectiva, se ha acogido la tesis que en un Estado constitucional, las normas no tienen el mismo rango, por lo que la Constitución es considerada la de mayor jerarquía y por lo tanto las demás supeditadas a ella, porque de ella emanan.

En congruencia con lo antes planteado, García de Enterría (op.cit, p. 63), señala, al referirse a la supremacía constitucional:

Lo primero que hay que establecer con absoluta explicitud es que toda la constitución tiene valor normativo inmediato y directo...Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico...Esta sujeción o vinculación es una consecuencia de su carácter normativo, por una parte, por otra la Constitución, precisa este texto, es parte del ordenamiento jurídico, y justamente hemos de añadir nosotros, su parte primordial y fundamentante, la que expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico:..

Para García de Enterría (op.cit, p.39):

La Constitución por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad. En todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema perceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente...

La Constitución de las sociedades de estos tiempos, sobre todo en virtud del desarrollo alcanzado por los derechos humanos, no pueden concebirse como un cuerpo normativo de carácter decorativo, siendo como es en realidad, un instrumento orientador de los fines del Estado, de los valores que deben ser

observados y limita los poderes de los entes de la estructura estatal a fin de evitar abusos frente a los ciudadanos.

En este orden de ideas Casal (2004, p.28) señala:

La Constitución no es completamente neutral frente a las diversas ideologías o visiones del hombre y del Estado imaginables. No es un simple armazón formal que establece determinadas reglas de juego rectoras de la confrontación política. También consagra ciertos valores esenciales que están en la base del sistema político instaurado y que son asumidas como indiscutibles e innegociables. Esto sucede paradigmáticamente con los derechos fundamentales, muchos de los cuales responden a la concepción liberal que inspiró las Revoluciones Francesa y Norteamericana, mientras que otros son tributarios de los reclamos de justicia surgidos con ocasión de la Revolución Industrial y de la llamada cuestión social, y de la apertura de cauces de participación políticas derivados del fortalecimiento de la Democracia. Algunos de más reciente data, han emergido al hilo de la internacionalización de los Derechos Humanos y de la preocupación por la preservación del entorno natural

Ahora el principio de la supremacía constitucional ha sido concebido para que surta efectos jurídicos de manera que la actuación del Estado, y fundamentalmente la jurisdiccional, no puede estar desvinculada de los derechos ciudadanos, las garantías materiales y procesales que le son inherentes y de los instrumentos internacionales suscritos por la Republica.

Desde esa perspectiva, debe entenderse que cuando el Estado ejerce la función punitiva que le ha sido atribuida, deberá actuar en el marco de una visión democrática del proceso, de modo tal que no sólo intervienen en él los órganos competentes del Estado, sino cada uno de los sujetos cuya actividad coadyuva a la consecución de los fines del proceso.

En virtud de lo antes señalado, debe atenderse al principio de legalidad, aplicable a los delitos, las sanciones y el procedimiento, razón por la cual debe fundamentalmente, privilegiarse la aplicación del texto constitucional, en forma directa e inmediata, dado que sus principios como se ha señalado tiene contenido normativo y autosuficiente, en virtud del principio de la supremacía constitucional.

En este orden de ideas, Rivera Morales (ibídem) expresa lo siguiente:

En el modelo procesal contenido en la Constitución venezolana de 1999 están presentes un conjunto de principios y reglas para la adopción de procedimientos y la toma de decisiones, en el que se propicia una participación de los interesados en la solución del conflicto respectivo (Estado, sociedad, víctima y procesado). Se establecen principios y mecanismos para que las partes trabadas en litis puedan depurar, mediante el libre debate, los vicios o irregularidades, para que se produzca una decisión justa que refleje una participación democrática.

De los derechos fundamentales a ser garantizados, como resultado de la Supremacía constitucional, destacan el Debido Proceso y la tutela judicial efectiva, razón por la cual es deber y obligación del Estado garantizar el acceso a los órganos de administración de justicia a todos y cada uno de los ciudadanos, independientemente de la posición que le corresponda o decida asumir durante el proceso, con la finalidad de obtener una decisión oportuna y justa.

Tal como se ha dejado sentado a lo largo de esta investigación, Venezuela experimenta la aplicación de un nuevo proceso penal, surgido a la luz del desarrollo de los derechos humanos y de la construcción de un nuevo Estado, razón por la cual, la normativa desde la cual se diseña el

procedimiento y por ende las actividades procesales a llevar a cabo por los órganos y sujetos procesales, deberán estar conformes con el texto constitucional y con los postulados contenidos en tratados, acuerdos y convenios internacionales suscritos por la República Bolivariana de Venezuela en materia de derechos humanos.

En ese orden de ideas, corresponde a los órganos jurisdiccionales hacer efectivos los derechos de los ciudadanos, entre ellos los de la víctima a acceder a los órganos de administración de justicia y el empleo de los medios o instrumentos que le han sido garantizados para garantizar el ejercicio pleno y efectivo de sus derechos, entre ellos la utilización de la querrela para defender sus derechos e intereses en el procedimiento penal, de manera que pueda evitarse la discriminación que desde el punto de vista legal se observa en cuanto a la institución antes mencionada.

- **La Integridad Constitucional.**

La exposición de motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela plantea:

El Estado tiene asignada la procura existencial de los habitantes del país y está obligado a crear las condiciones mínimas y la igualdad de oportunidades para que todos los ciudadanos puedan desarrollar libremente su personalidad, su destino, disfrutar de sus derechos humanos y buscar su felicidad.

De conformidad con la cita anterior, los fines del Estado son y han de ser, garantizar la estabilidad de sus habitantes, cuya realización será posible mediante el ejercicio pleno y efectivo de los derechos y garantías que les han sido consagrados en la Constitución, sustento de la estructura estatal diseñada desde su perspectiva y fundamentada en valores superiores, entre los cuales destacan los derechos humanos y la justicia.

Rivera Morales (op. cit, p. 13) sostiene lo siguiente

Aceptando que la Constitución es una norma jurídica de aplicación directa, podemos ver que el derecho a la supremacía arranca de ella misma, en concreto del artículo 7 CRBV, es norma que se dirige a los poderes públicos y a los ciudadanos, produciendo un efecto vinculante. Nótese que hay una bifurcación poderes públicos y ciudadanos, lo que implica que cada uno tiene el deber de cumplir con la Constitución y por supuesto cada uno tiene derecho a exigir el cumplimiento constitucional.

En atención a lo antes señalado y por cuanto la supremacía constitucional guarda marcada relación con la preeminencia y obligatoria observancia de los derechos y garantías ciudadanos, así como de los valores superiores que orientan la actividad a desempeñar por los órganos del Estado, el constituyente convierte a los órganos del Poder Público, entre ellos y fundamentalmente, a los jueces en garantes de la integridad de la Constitución.

En congruencia con lo antes planteado, el artículo 334 de la carta magna venezolana, convierte en obligación de los jueces asegurar la integridad de la

Constitución, adoptando a dichos efectos un sistema mixto de control de la constitucionalidad.

En efecto, conforme al sistema adoptado por el Estado venezolano, la preservación de la incolumidad de la Constitución, no corresponde sólo a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sino que esa función corresponde a todos los jueces de la República.

Corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el monopolio de la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas o leyes, en ejercicio del Control Concentrado de la Constitución, mientras que cada uno de los jueces de la República podrán desaplicar, mediante el control difuso de la integridad constitucional, aquellas normas que colidan con la con la carta magna, significa entonces, que no se trata de aplicar en forma preferente el texto constitucional, ya que esa obligación se desprende del principio de la jerarquía constitucional, sino de leyes concretas que apreciadas por el juez como inconstitucionales, deberán ser desaplicadas.

En este sentido sostiene Rivera Morales (op. cit, p. 22), sostiene lo siguiente:

El sistema venezolano es uno de los más amplios si hacemos comparación con lo que muestra el derecho comparado, pues recogimos la enorme experiencia del constitucionalismo moderno, en el que se hace una mezcla del método del control difuso (artículo 334 constitucional) y del método del control concentrado (artículos 334 y 336 constitucionales) lo cual de alguna forma demuestra que hay compatibilidad entre el modelo europeo y norteamericano de control de la constitucionalidad. El sistema

venezolano corresponde a todos los órganos judiciales la facultad de desaplicar las leyes inconstitucionales en los litigios concretos bajo su conocimiento (artículos 20 CPC y 19 COPP); pero tiene el monopolio de la declaratoria de inconstitucionalidad la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

El sistema adoptado por Venezuela faculta a todos los jueces para que en el caso concreto procedan a la desaplicación de las leyes que conforme al análisis del caso resulten según su criterio resulten contrarias a la Constitución, pero también podría por vía autónoma acudirse por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con el objeto de requerir la declaratoria de nulidad de aquellas normas, leyes o actos del Estado que colidieren con el texto constitucional.

Ahora bien, en ejercicio de esta actividad contralora de la integridad constitucional, los jueces están llamados a ser vigilantes y garantes de los derechos ciudadanos, de los valores que como se ha indicado supra, constituyen el eje orientador de las ejecutorias estatales, los que de no ser observados podrían determinar la nulidad del o los actos realizados en su perjuicio, por ello las partes pueden solicitar del juez la revocatoria o nulidad del acto o la desaplicación de la norma que niegue o impida el ejercicio de los derechos reconocidos a los ciudadanos; pero además el propio órgano jurisdiccional está facultado para hacerlos respetar y protegerlos.

El Estado venezolano, en resguardo de la supremacía de la norma constitucional, deberá hacer prevalecer los derechos y garantías de los ciudadanos, en igualdad de condiciones, razón por la cual todo ciudadano, cualquiera sea su condición tiene derecho al acceso a la justicia, derecho

que debe ser garantizado tanto al imputado como a la víctima, por lo que se hace menester considerar las posiciones que muchas veces se adoptan desde la visión legislativa, para contradecir los principios constitucionales.

Siendo así las cosas, no puede concebirse la contradicción entre el derecho que todos tienen de ejercer sus derechos, sin discriminación alguna, entre ellos el derecho a acceder a la justicia y la posición adoptada por el legislador tanto en el procedimiento penal ordinario y del sistema penal de responsabilidad del adolescente, que limita derechos de la víctima, en torno al empleo de la querrela como mecanismo de defensa de sus derechos.

En este orden de ideas Rivera Morales (op. cit, p.25-26) señala:

Es esta, la justicia posible y realizable, resultante de la unión de valores y principios que han de ser desarrollados por el Estado. Vemos, pues, como la Constitución Nacional diseña un modelo de Estado Social y de Justicia. Pero de nada serviría establecer los derechos en la Constitución si no se garantiza judicialmente su efectividad.

- **Los jueces como garantes de los derechos de la víctima en el proceso penal.**

Establecido como ha quedado el carácter de norma superior de obligatoria y directa aplicación, la Constitución se convierte en punta de lanza de un sistema que asoma desde las propias entrañas de la carta magna, fundamentado en la primacía de los derechos ciudadanos, razón por la cual

en una sociedad en la cual el proceso penal se convierte en instrumento fundamental de la justicia, los órganos jurisdiccionales están llamados a asumir un rol de importancia, un rol estelar.

En la oportunidad de analizar la Supremacía Constitucional, Hamilton, citado por Brewer (1993, p. 696), al referirse al papel de los Jueces con relación a tal atributo de la Constitución, señala lo siguiente

Una Constitución es, de hecho, y así debe ser considerada por los jueces, como una ley fundamental. Por tanto, les corresponde establecer su significado así como el de cualquier acto proveniente del cuerpo legislativo. Si se produce una situación irreconciliable entre ambos, por supuesto, la preferencia debe darse a la que tiene la mayor obligatoriedad y validez, o, en otras palabras, la Constitución debe prevalecer sobre las Leyes, así como la intención del pueblo debe prevalecer sobre la intención de sus representantes

La tesis sostenida por el citado autor, da a entender el papel estelar que deben cumplir los jueces en materia de derechos humanos y es que, el órgano jurisdiccional ha sido creado con la intención, no sólo de resolver conflictos que ponen en peligro la paz social, sino de hacerlo guardando el equilibrio entre las partes, permitiendo la utilización de los medios de pruebas de los cuales puedan disponer para defender sus intereses.

No en balde en los tiempos actuales se exige con mayor vehemencia, la presencia de un juez imparcial, que sepa calibrar entre derechos y deberes de los involucrados en el proceso, y además debe considerar las exigencias

del bien común, que no comprometa su visión del asunto, por anteponer sus propias creencias o las que percibe por influencia externa.

Debe recordarse que el artículo 19 del texto constitucional, además de consagrar el principio de progresividad y garantizar el ejercicio pleno y efectivo de sus derechos a cada ciudadano, convierte a los órganos del Poder Público en garantes de la obligación contraída por el Estado en ese sentido.

El antes citado artículo resulta perfectamente congruente con lo planteado en el artículo 21 del mismo texto, consagratorio del principio de igualdad, por lo que no puede concebirse una sociedad que se proclame democrática; pero que las ejecutorias de sus órganos estén alejadas del deber de hacer prevalecer el trato equitativo que debe proporcionársele a cada ciudadano.

Pero además, el artículo 23 del texto constitucional corrobora tal obligación y atribuye a los órganos del Poder Público, entre los cuales se hallan los órganos jurisdiccionales en guardianes de los derechos ciudadanos.

El precitado autor (ibídem), al referirse a la Constitución como instrumento que sirve de límite a los poderes del Estado y en particular a los que despliega el órgano legislativo, señala que: "... con base en estos postulados se desarrolló, no sólo la doctrina de la supremacía de la Constitución, sino también, aún más importante, la doctrina de "los jueces como guardianes de la Constitución, indicando que:

Limitaciones de este tipo sólo pueden ser preservadas, en la práctica, mediante los Tribunales de justicia, cuyo deber tiene que ser el de declarar nulos todos los actos contrarios al tenor manifiesto de la Constitución. De lo contrario, todas las reservas de derechos o privilegios particulares, equivaldrían a nada.

De lo señalado por Hamilton queda evidenciado que la atribución conferida a los jueces para ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes, no puede constituir un mero saludo a la bandera, sino convertirse a la vez en una garantía para cada ciudadano, a fin de que no se hagan nugatorios sus planteamientos, sobre todo cuando desde el punto de vista constitucional y legal, se le confieren derechos.

La actividad a desplegar por los jueces, de carácter comprometido y respetuoso de los derechos ciudadanos y en esencia, el de la víctima, en el marco del proceso penal, significaría un importante avance, en aras de la efectiva materialización del rol protagónico que le ha sido atribuido legalmente; pero además, comporta deslastrar la actividad procesal en una suerte de trabas dirigidas a impedir la materialización de su derecho a accionar, con lo cual sufre el agraviado de la revictimización, práctica recurrente, de efectos jurídicos y psicológicos de gran importancia.

La querrela ha sido concebida como un derecho que puede ser ejercido sólo por quien tiene condición de víctima en el proceso, pero a lo largo de este trabajo se ha podido establecer que por un lado están los principios y valores consagrados en el ordenamiento jurídico venezolano, gracias a la tendencia cada vez más garantista del Estado, al menos, desde el punto de vista legal,

y por el otro lado está el derecho a querellarse denominado en estas líneas, instrumento para la defensa procesal de los derechos de la víctima.

Lo antes planteado obedece a que el ejercicio del antes citado derecho y en definitiva, los derechos de la víctima, se hallan limitados por obstáculos u obstrucciones que aparecen o se observan de la propia normativa que la prevé, y por prácticas jurisdiccionales, todavía ausentes o alejadas del deber de preservar los derechos ciudadanos.

En realidad, a lo largo de este trabajo se han hecho consideraciones acerca de las dificultades y trabas a enfrentar por parte de la víctima para ejercer sus derechos y fundamentalmente para querellarse en el caso de los delitos perseguibles de oficio, tanto en el procedimiento penal ordinario, como en el concebido para ser aplicado a los adolescentes incurso en hechos punibles.

Pero además se ha observado, como se hace cuesta arriba interponer querrela en el caso de los delitos dependientes de instancia de parte, por la cada vez más creciente publicitación de los delitos, cuya persecución ha estado atribuida a la víctima.

Pero, el reconocimiento de los derechos de la víctima y la facilitación de los medios para requerir su protección, así como el acceso a los órganos de administración de justicia y el pronunciamiento de las decisiones con carácter efectivo y eficaz, dictadas de manera oportuna, corresponde a los jueces, no en balde, tal responsabilidad se le atribuye en el artículo 23 constitucional.

Ello quiere decir, que los jueces tienen el compromiso ético de hacer valer los derechos de los ciudadanos, independientemente de la posición que mantengan en el proceso, es decir, víctimas o imputados, puesto que el constitucionalismo de estos tiempos se apareja en pretensiones de justicia con la denominada jurisdicción constitucional.

En ese sentido plantea la Sala Dos de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del área Metropolitana de Caracas, con ponencia antes citada del Dr. Jesús Ollarves, y refiriéndose al artículo 21 del texto constitucional, lo siguiente:

Esta disposición transcrita *supra* tiene el carácter de norma rectora y como tal está llamada a regir o gobernar sobre un cierto conjunto de normas (v.gr. las normas de derecho penal material o del derecho procesal penal), poseyendo por consiguiente carácter prioritario o prevalente frente a estas últimas (pues de lo contrario no serían “rectoras de las mismas porque escaparían al sentido y efectividad de su dirección y gobierno). **(Cfr: Principios y normas rectoras del derecho penal, Juan Fernández Carrasquilla, Grupo editorial Leyer Segunda edición, 1999, Pág. 95).**

Es por ello que el juez debe garantizar la igualdad entre las partes y la más amplia participación posible de los interesados en la solución del conflicto respectivo, es decir: el Estado, la sociedad, la víctima y el procesado, a los fines de tener una fecunda vida en comunidad y en este sentido vale la pena reafirmar que el alcance de lo que debe ser “una prospera vida en común” tal como la define **(Cfr: Claus Roxin y otros, Introducción al Derecho Penal y al derecho Procesal Penal, ed. Ariel, Barcelona 1989, Pág. 21) .**

*Es por ello, que consideramos importante destacar el criterio de la Sala Constitucional, en Sentencia Nro. 708 de fecha 10/05/2001:*

*"El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 Eiusdem), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaaura."*

Este criterio emanado de nuestro más alto tribunal, precisa el derecho a la tutela judicial efectiva, el cual es extensivo a las personas que ostenten la cualidad de víctimas y no solo implica, el libre acceso de los particulares a los órganos de administración de justicia para defenderse de los actos públicos que incidan en su esfera de derechos, sino que también comporta, el derecho a obtener medidas cautelares para evitar daños no reparables por el fallo definitivo; así como el derecho a asistencia jurídica (asistencia de letrados) en todo estado y grado del proceso; derecho a exponer las razones que le asistan en su descargo o para justificar su pretensión; la oportunidad racional para presentar las pruebas que le favorezcan y para atacar el mérito de las que lo perjudique; a obtener un fallo definitivo en un tiempo

prudente y, el derecho a obtener pronta y acertada ejecución de los fallos favorables.

En este sentido Solís (s/f, p 45), señala:

Es indiscutiblemente cierto que la influencia que ejercitan dentro del proceso los principios constitucionales, ha colocado sobre los hombros de los jueces el deber de excluir de aquel cualquier atisbo de elongación injustificada o de menoscabo de las garantías que se prescriben a favor de los justiciables, que pudieran devenir en un obstáculo insalvable para alcanzar el supremo fin que en nuestro ordenamiento jurídico positivo le ha sido atribuido: la realización de la justicia.

En perfecta congruencia con lo señalado por el citado autor, vale la pena traer a estas líneas lo contemplado en la exposición de motivos del Código de Procedimiento Civil, acerca del rol de los jueces, en los siguientes términos:

El proceso una vez iniciado no es asunto exclusivo de las partes, pues al requerirse el ejercicio de la función jurisdiccional, entra en juego también el interés público en una recta y pronta administración de justicia, lo que justifica el aumento de los poderes del juez para la Dirección del proceso.

En realidad, el juez en el marco del proceso penal, se caracteriza, si bien alejado del poder discrecional del período inquisitivo, dotado de facultades que le hacen garante de los derechos ciudadanos, no en balde se considera causal de nulidad de las actuaciones, aquellas que se realizan en franca

violación de los derechos ciudadanos, tal como se desprende de lo contemplado en los artículos 5 y 191 del Código Orgánico Procesal Penal.

En ese sentido se han pronunciado organismos internacionales de protección de los derechos humanos, que a decir de Cafferatta (op. cit, p.52-53:

...han producido además, un conjunto de opiniones y decisiones que proporcionan un amplio margen para discutir el papel de la administración de justicia penal y hasta el fundamento del propio derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima del delito “como la base insustituible de legitimación del ejercicio del poder punitivo” Es así que en aquel ámbito supranacional se ha expresado que la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de “garantizar el derecho a la justicia de las víctimas...” entendiendo a la persecución penal (cuando alguno de los derechos de éstos haya sido violado) como un corolario necesario del derecho de todo individuo a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en la que se establezca la existencia o no de la violación de un derecho, se identifique “a los responsables” y se les imponga “las sanciones pertinentes” O sea que en este entendimiento, el fundamento de la persecución penal pública radica, al menos en parte, en que el delito lesionó el derecho de una persona cuya protección requiere que el ilícito sea verificado por el Estado y en su caso, penado con arreglo a la ley.

En efecto el primero de los dispositivos consagra en perfecta congruencia con lo contemplado en el artículo 3 del texto constitucional, el principio de la dignidad humana, inherente a cada ser humano, que debe ser objeto de respeto en el marco del proceso penal, cuya inobservancia daría lugar a que el acto esté afectado por vicios que conduzcan a su absoluta nulidad.

El juez de los tiempos de la postmodernidad, período marcado por la redificación y sobre todo por la tendencia a la protección de los derechos humanos, incluso por parte de tribunales fuera de las fronteras del país en los cuales hubiesen ocurrido los hechos, no puede conformarse con cumplir el rol que asumía y tenía atribuido en el marco de un proceso propio del denominado Estado de Derecho, producto del cual el órgano jurisdiccional era un aplicador de la Ley, de modo que se produjera una perfecta coincidencia entre la decisión y lo contemplado en la norma jurídica, dejándose de lado el criterio o la visión justa de la sentencia.

En el sentido antes señalado, parece constituir una novedad en la jurisprudencia patria el criterio sustentado por el Dr. Jesús Eduardo Cabrera, en sentencia antes considerada, de fecha 20 de noviembre de 2003, referida al Exp. N°: 01-2901

En tal sentido, la Sala, en aras de garantizar la vigencia plena de los derechos constitucionales de la víctima, dispone como mecanismo que le permite a la víctima instar y controlar el ejercicio de la acción por parte de su titular -el Ministerio Público- poder requerir al Juez de Control -sólo en los casos en que el Ministerio Público no procure dar término a la fase preparatoria del proceso con la diligencia que el asunto requiera- la fijación de un plazo prudencial para la conclusión de la investigación. Para la fijación de dicho plazo el Juez de Control deberá oír al Ministerio Público y al imputado y tomará en consideración la magnitud del daño causado, la complejidad de la investigación y cualquier otra circunstancia que a su juicio permita garantizar los derechos de las partes. Vencido dicho plazo o la prórroga de ser el caso, la víctima -si se tratare de delitos de acción pública- podrá formular una acusación particular propia contra el imputado.

En efecto, la antes citada sentencia reconoce el derecho que asiste a la víctima de interponer acusación particular propia para el caso que vencidos los lapsos contemplados en el artículo 313 del Código Orgánico Procesal Penal, el Ministerio Público no presentare acusación o solicitare el sobreseimiento de la causa; ello se entiende, a los efectos de evitar la negligencia o la lenidad del órgano investigador y acusador.

No obstante, la señalada sentencia que luce de avanzada, adolece de la suficiente fuerza, dada la carencia de garantías para que la víctima pueda sustentar sus derechos e intereses en juicio, y sobre todo porque no se observa se haya hecho de esa decisión, un mecanismo para desaplicar las normas que traban la autonomía de la víctima para ejercer la acción penal, mediante la querrela.

Lo cierto es que, el juez de ahora, es y debe estar comprometido con la justicia, y en virtud de ello, debe y tiene que ser el vigilante del carácter democrático y de justicia que se ha atribuido el Estado venezolano.

Fernández (op.cit, p.XLIV), señala lo siguiente:

Los derechos humanos están globalizados ya no existen fronteras que valgan para impedir la protección y garantía de los DDHH. El mundo entero está efectuando cambios en su legislación y en la jurisdicción de sus tribunales a los fines de darles una efectiva tutela, desde la carta de las Naciones Unidas (San Francisco, 1945) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU 1948) han surgido importantes y decisivas estructuras regionales

que han permitido su aseguramiento efectivo en todos los continentes....

Los derechos humanos están sometidos al escrutinio internacional debido a que la comunidad internacional tiene interés en salvaguardar los DDHH, hecho que ha venido incrementándose desde la última Guerra Mundial, es posible que el concepto de soberanía perdido la rigidez que antes le caracterizaba. En tal sentido, la situación de los Derechos Humanos en un país es de total incumbencia del resto de la comunidad de naciones, tal como lo demuestran las Cartas Constitutivas de la ONU y de la OEA.

En este orden de ideas Solís (op.cit, p.46) señala:

...la noción de justicia, como resultado de la actividad jurisdiccional, se ha desprendido del simple requisito formalista de la aplicación, en ocasiones fría, de la Ley al caso concreto, para ir en busca de una solución judicial que resulte no solamente ajustada a la norma legal, sino, al propio tiempo, más apegada a la moral, al sentimiento de igualdad, más equitativa, en pocas palabras: lo que se quiere alcanzar es una justicia más humana. Solo esta reflexión justifica la consagración en el texto fundamental de la República el enunciado contenido en el artículo 257, conforme al cual: "El proceso constituye, un instrumento fundamental para la realización de la justicia..."

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La revisión de los planteamientos contenidos en el presente trabajo conduce a establecer las siguientes conclusiones:

1.- La universalización e internacionalización de los Derechos Humanos, a partir de 1948, con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, determinó la transformación del concepto de Estado hegemónico, todopoderoso y centrado en sí mismo, en un Estado antropocéntrico que convierte al ciudadano y sus derechos en fundamento de su ordenamiento jurídico y de su actuación;

2.- El ciudadano, gracias a la conciencia asumida sobre la importancia de sus derechos y necesidad de protección y garantía de goce y ejercicio pleno, se convierte en eje impulsor de los cambios experimentados por el Estado y el proceso actual;

3.-La transformación experimentada por el Estado y su comportamiento actual frente al ciudadano, informa de un cambio de paradigma estatal;

4.-La nueva visión del Estado, del individuo y sus derechos convierten al proceso en instrumento fundamental para la realización de la justicia,

5.- En un Estado democrático y social de derecho y de justicia como el venezolano, se ha garantizado a todo ciudadano, en igualdad de condiciones, el ejercicio pleno de sus derechos.

6.- Se han reconocido a víctima y victimario derechos y el Estado, se ha convertido en garante de su ejercicio.

7.- Uno de los derechos fundamentales reconocidos a la víctima es el de querellarse, con miras a acceder a los órganos de administración de justicia, convertirse en parte y sustentar una acusación, pero se observa, que tal derecho, como otros de los contemplados, tanto en el proceso penal ordinario como en el concebido para ser aplicado a los adolescentes, se convierten en letra, prácticamente muerta, ante las dificultades experimentadas para su ejercicio.

8.- Los derechos ciudadanos, han sido consagrados en instrumentos internacionales de gran influencia en la transformación legislativa y estatal experimentada en casi todos los países suscriptores de los mismos;

9.- La justicia se realiza en la medida que desde el Estado y en específico los jueces, asumen el rol que le ha sido atribuido, como resultado de la constitucionalización de los derechos humanos y el principio de supremacía constitucional;

10.- Sólo jueces concientes de su rol, garante de la justicia, podrán garantizar que la querrela se convierta en verdadero instrumento para garantizar los derechos de la víctima en el proceso penal.

De las antes señaladas conclusiones y atendiendo a las dificultades que el propio legislador ofrece para impedir a la víctima el ejercicio de sus derechos, resulta menester

- a) Que los jueces asuman el rol que se les ha atribuido, desde la perspectiva constitucional y consideren a la víctima parte del proceso, con derechos y garantías, cuyo ejercicio deben preservar;
- b) La efectiva adecuación legislativa interna a los principios consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de modo

que la víctima en ejercicio del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en el caso de los delitos de acción pública pudiese emplear la querrela, en fase de investigación, sin las trabas observadas en este trabajo, y además presentar acusación particular propia en forma independiente de la presentada por el fiscal, con la facultad de poder continuar de ser desechada esta última.

## BIBLIOGRAFÍA.

Álvarez Chacín. F. (2010). **Manual de Derechos Humanos**. Caracas Editorial Vadell Hermanos.

Bracamonte, J (2000) **Derecho Constitucional**. Caracteres Determinantes del Estado. Concepción Histórica del Estado. Caracas. Universidad Santa María.

Brewer-Carías, A (2001) **La Constitución de 1999**. Caracas. Editorial Arte.

\_\_\_\_\_ (s/f, s/p) **La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno**. ([http://www.iidpc.org/revistas/6/pdf/43\\_92.pdf](http://www.iidpc.org/revistas/6/pdf/43_92.pdf))

Balza, L (2007): **Código Orgánico Procesal Penal**. Mérida. Grupo Editorial Tatuy.

\_\_\_\_\_ (2007) **Código Orgánico Procesal Penal**. Mérida. Jurisconsultum

Cafferata N (2000) **Proceso Penal y Derechos Humanos**. Buenos Aires. Centro de Estudios Legales y Sociales.

Claría; J (s/a) **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni. Editores.

Camargo, P. (2002). **El Debido Proceso**. Bogotá. Leyer

Cárdenas, Marco. (s/f.) **Nociones Generales sobre la Querrela**. (<http://www.derechoycambiosocial.com/revista013/querella.htm>)

Casal, J (2004): **Constitución y Justicia Constitucional**. Caracas. UCAB

\_\_\_\_\_(2006): **Los Derechos Humanos y su protección.** Caracas. UCAB.

Castillo V. I (s/f) **La Reparación de la Víctima en el Nuevo Proceso Pena: Un Camino de la Inquisición al Acusatorio.** II Congreso Latinoamericano “Evaluación de la Reforma y desafíos futuros de la Reforma Procesal Penal”  
<http://www.pensamientopenal.com.ar/node/21729>

Castro, G (2005) “La Querrela en el Proceso Penal del Adolescente” **En Quinto Año de Vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.** Caracas. UCAB.

Colegio de Abogados estado Lara (1986) **Derechos Humanos.** XI Jornadas J.M Domínguez Escovar. Barquisimeto. Diario de Tribunales Editores, S.R.L

Combellas, R (2001) **Derecho Constitucional.** Una Contribución al Estudio de la Constitución de la República de Venezuela. Caracas. Mc. Graw-Hill.

Congreso de la República de Venezuela. (1998,02 de octubre) **Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y su Código Civil..** Gaceta Oficial N° 5266. Extraordinario. Caracas. Eduven.

Congreso de la República de Venezuela (1982, 26 de julio).**Código Civil de Venezuela.** Gaceta Oficial N° 2.990 extraordinaria. Caracas.

Congreso de la República de Venezuela (1990, 29 de agosto) **Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño.** Gaceta Oficial N° 34.451.Caracas. Eduven.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (2000) **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 5453. Extraordinario.** 24 de marzo 2000. Caracas.

Cubero Pérez, F (s/f): **La Tutela Judicial Efectiva de la Víctima en el Proceso Penal Costarricense.** [www.cienciaspenales.org](http://www.cienciaspenales.org)

Duque C, R.J (2004) **Apuntes de Derecho Constitucional.** Régimen Especial de Doctorado. UCAB.

Fernández, F (1999) **Manual de Derecho Penal.** Caracas. Mc. Graw.Hill Interamericana.

\_\_\_\_\_ (2005). **Estado de Derecho. Administración de Justicia y Derechos Humanos.** "La Positivación de los Derechos Humanos en la Legislación Penal y su Aplicación en la Práctica. Incidencia sobre la Equidad en el Acceso a la Justicia Penal. Barquisimeto. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara.

\_\_\_\_\_ (2005) Justicia y Derechos Humanos. **Reformas Necesarias para el acceso a la justicia de víctimas de delitos y abusos de poder. En el Estado de Derecho, Administración de Justicia y Derechos Humanos.** Barquisimeto. Tipografía y Litografía Horizonte.

\_\_\_\_\_ (2007) **Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal.** Caracas. Livrosca.

Ferrer, M (2001). "La Víctima y la Justicia Procesal Penal Venezolana desde la Perspectiva Victimológica **Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura. 2001 Vol. II. Nº 1.**" Caracas. UCV.

Ferrajoli (1999) **Derechos y Garantías**. La Ley del más débil. (3ª ed.) Editorial Buenos Aires. Editorial Trotta.

\_\_\_\_\_ (2001) **Derecho y Razón**. Madrid. Editorial Trotta

Florián, E (1963) **Elementos de Derecho Procesal Penal**. Barcelona. Editorial Bosch

García de Enterría. E (2001) **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid. Civitas.

García Leal (2003). **El debido proceso y la tutela judicial efectiva** Caracas. Frónesis

Gimeno Sendra. J. V.(1997) **La Querella**. Barcelona. Editorial Bosch.

Hernández, S (2004) **Derecho Constitucional**. Guía Didáctica. Caracas. Editorial Barreirón.

<http://www.buenastareas.com/temas/resumen-de-procesal-penal-espa%C3%B1a/60>

<http://www.contralorianaguanagua.gob.ve/LEYES/LeyesPenal/denacuque.pdf>

<http://www.ciberjure.com.pe/index.php?option>

[http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S131562682003000300005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S131562682003000300005&script=sci_arttext)

[http://www.revistafuturos.info/documentos/docu\\_f10/victimas\\_delito.htm](http://www.revistafuturos.info/documentos/docu_f10/victimas_delito.htm)

IEJEL (1993) **Las Ciencias Jurídicas Venezolanas en el Umbral del Siglo XXI**. Barquisimeto. Tipografía Horizonte. C.A

\_\_\_\_\_(2005) **Estado de Derecho, Administración de Justicia y Derechos Humanos**. XXX Jornadas “J.M. Domínguez Escovar” Barquisimeto. Tipografía y Litografía Horizonte.

Lasalle. F (s/f) **¿Que es una Constitución?**. Barcelona. Editorial Ariel.

Loaiza, E et all (1996): **Apuntes de Derecho Constitucional**. Caracas. Universidad Santa María.

Londoño J. H (1988). **Derechos Humanos y Justicia Penal**. Bogotá. Temis.  
[www.monografias.com/trabajos6/hises/hises.shtml](http://www.monografias.com/trabajos6/hises/hises.shtml) -

LLobet, J (2004): **Justicia Penal en el Estado Arbitrario**. La Reforma Procesal Penal Durante el Nacionalsocialismo. San José. Editorial Jurídica Continental.

Mármol, C (1999) **Código Orgánico Procesal Penal**. Caracas. Fundación Mármol & Mármol.

Mata, N (2003) “Los Actos Conclusivos de la Fase de la Investigación en el Proceso Aplicable a los Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal”. **En Temas Actuales de Derecho Procesal Penal**. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello.

Montero. A (2002) **Principios de Derecho Procesal Penal**. Valencia. Tirant lo Blanch Alternativa.

Nikken, P (2000) **Las Ciencias Jurídicas Venezolanas en el Umbral del Siglo XXI**. “Los Derechos Humanos y la Relación entre Derecho Internacional y el Derecho Interno”. Barquisimeto. Lara IEJEL

Ortiz Hernández, L.A (2007) **Apuntes de Derecho Procesal Penal**. Caracas. Pomaire.

- Ortiz-Ortiz. R (2001) **Tutela Constitucional Preventiva y Anticipativa**. Caracas. Editorial Fronesis, C.A
- Pérez L. E (1997) **El Procedimiento Acusatorio y el Juicio Oral**. Caracas. Vadell Hermanos.
- Pérez Sarmiento. E (2008) **Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal**. Vadell Hermanos. Caracas.
- \_\_\_\_\_ (2011) **Manual de Derecho Procesal Penal**. Vadell Hermanos. Caracas.
- Perillo, A (2002) **Derecho Penal Venezolano de Adolescentes**. Caracas. Mobil-Libros.
- Real Academia de la Lengua Española (2001) **Diccionario Vigésima Primera Edición** Madrid. Ed. Espasa Calpe.
- Reynoso. R. J (2001) **Querrela Criminal**. Teoría y Práctica-Procedimiento Nacional y Provincial. Buenos Aires. Virtudes.
- Richani. S. S(1999) **El Procedimiento Penal Venezolano**. Medidas Asegurativas Provisionales y Sujetos Procesales. Caracas. Distribuidora El Guay
- \_\_\_\_\_ (2004) **Los Derechos Fundamentales y el Proceso Penal**. Caracas. Livrosca.
- Silvina et all (2004) **La Víctima en el Proceso Penal**. La Plata. [www.mp.hn/.../LISTADO%20DE%20LIBROS%20NUEVOS-1.pdf](http://www.mp.hn/.../LISTADO%20DE%20LIBROS%20NUEVOS-1.pdf)
- Rionero & Bustillos (2003) **Instituciones Básicas en la Instrucción del Proceso Penal**. Caracas. Livrosca.

\_\_\_\_\_ (2006) **El Proceso Penal**. Instituciones Fundamentales. Vadell Hermanos. Caracas.

Rivera Morales. R (2008) **Actos de Investigación y Pruebas en el Proceso Penal**. San Cristóbal, UCAT.

\_\_\_\_\_ (2008) **Constitucionalismo y Proceso Hoy. VIII Congreso Venezolano de Derecho Procesal. Jurídicas Rincón**. San Cristóbal.

Rodríguez Morales. A (2001) **Constitución y Derecho Penal**. Caracas. Ediciones Líber.

Rondón de Sansò, H (2000) **Análisis de la Constitución Venezolana de 1999**. Caracas. 3XLibris.

Rosell-Senhenn (s/f.) **Derecho Penal Constitucional**. Apuntes. Caracas. UCAB

Sojo Bianco. R (2000) **Breve Análisis de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente**. Caracas. Mobilibros.

Solís M. (s/f) **El Juez y la Prohibición de Sacrificar la Justicia por la Omisión de Formalidades No Esenciales**. (Consideraciones acerca de la Nulidad Procesal). Cumaná

Taleva S, O (1995) **Derechos Humanos**. Buenos Aires. Valleta Ediciones.

TSJ <http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/noviembre/1376-28-9C-8351-07-.html>

Vázquez, M (1999) **Nuevo Derecho Procesal Penal**. Caracas.UCAB.

Vescovi, E (1984) **Teoría General del Proceso**. Bogotá. Editorial Temis.