

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

TRABAJO DE GRADO

LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA COMO FUENTE DE DERECHO EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO

Presentado por
Silva Montiel de Vilela, María Trinidad

Para Optar al Titulo de
Magister en Derecho Constitucional

Tutor
Haro, José Vicente

Caracas, julio 2016

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

APROBACIÓN DEL TUTOR

Por la presente hago constar que he leído el Trabajo de Grado, presentado por la ciudadana María Trinidad Silva Montiel de Vilela, titular de la Cédula de Identidad No. 3.969.737 para optar al Título de Magíster en Derecho Constitucional, cuyo título definitivo es: La Jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como Fuente de Derecho en el Proceso Penal Venezolano; y manifiesto que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Caracas, a los 12 días del mes de julio de 2016

José Vicente Haro
CI: 13.066.473

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA COMO FUENTE DE DERECHO EN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO

Autor: María Trinidad Silva Montiel de Vilela
Tutor: José Vicente Haro
Fecha: julio 2016

RESUMEN

El presente trabajo aborda el tema relativo al efecto creador de derecho de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, particularmente en el proceso penal. Para ello, mediante una investigación documental descriptiva de corte monográfico se analizan aspectos esenciales relacionados con el tema; la supremacía y la apertura de la norma constitucional como valores esenciales del Estado democrático, los métodos de interpretación constitucional como criterios orientadores de la actividad de la Sala Constitucional, los elementos distintivos que el Constituyente atribuyó al modelo de Jurisdicción Constitucional venezolana y el carácter vinculante de las sentencias de la Sala Constitucional, para concluir, con el análisis de algunas de las sentencias de la mencionada Sala cuyo efecto ha sido determinante en la manera de aplicar el derecho en el proceso penal. Entender y clarificar la verdadera dimensión de esa función jurisdiccional en esta particular área, tiene especial importancia porque el proceso penal es la más poderosa herramienta que tiene el Estado para controlar a los ciudadanos, de allí la necesidad de que la interpretación que realiza la Sala Constitucional se ajuste no solo a los principios y derechos consagrados en nuestra Carta Magna, sino que además tenga en cuenta la finalidad esencial del proceso penal, que no es otra que la búsqueda de la verdad como base para administrar la justicia.

Palabras clave: Jurisdicción Constitucional, Proceso Penal, Efecto Vinculante, Interpretación, Fuente.

Índice General

Preliminares i

Introducción 1

Capitulo I. La supremacía y la apertura de la norma constitucional como valores esenciales del Estado Democrático 4

Caracteres de la norma constitucional. 7

La Constitución como norma suprema 8

La apertura constitucional 11

Fuentes de la Constitución. 16

La jurisprudencia como fuente de Derecho Constitucional. 20

Sistema norteamericano 24

Sistema europeo continental 28

Sistema venezolano 37

Bloque de Constitucionalidad. 46

Capitulo II. Configuración de los criterios orientadores de la jurisprudencia constitucional 50

Diferentes métodos aplicados a la interpretación constitucional. 53

El Principio de Proporcionalidad. 58

Ámbito protegido, intervención y restricción de los Derechos Fundamentales. 65

Límites de la interpretación. 76

Capitulo III. El carácter vinculante de las interpretaciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre principios y normas constitucionales 85

Sentido y alcance del efecto vinculante en la jurisprudencia constitucional. 86

Disposición constitucional. 91

Tendencia de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre el efecto vinculante de sus sentencias. 95

Capitulo IV. Los principios y garantías del proceso penal venezolano y la incidencia de las interpretaciones vinculantes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su consideración. 103

Principios y garantías constitucionales en el proceso penal venezolano. 107

Los Principios y Garantías del Proceso Penal en la Doctrina. 116

Los Principios y Garantías del Proceso Penal en la Constitución. 122

Los Principios y Garantías del Proceso Penal en el Código Orgánico Procesal Penal. 140

Análisis de la jurisprudencia de la Sala Constitucional que establece criterios vinculantes sobre principios y garantías del proceso penal. 160

Constitución del Tribunal Mixto. 165

Duración de las medidas de coerción durante el proceso, dilaciones indebidas y complejidad del caso. 192

El principio de Doble Conformidad como limitación del derecho a impugnar. 210

Naturaleza de la fase intermedia del proceso penal, facultades del Juez de Control y de las partes. 225

Necesidad del acto formal de imputación. 248

Capitulo V. Valoración de la actuación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la configuración de los principios y garantías constitucionales del proceso penal venezolano. 260

Conclusiones. 268

Bibliografía. 277

Introducción

Con la entrada en vigencia del texto constitucional en el año 1999, se introdujeron importantes novedades a nuestro sistema de justicia constitucional, sobre todo en lo que respecta a la creación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a la que se le confirió el papel del más alto intérprete de nuestra Carta Magna, ello junto con el efecto vinculante que se le atribuye a la jurisprudencia de esta Sala, da lugar a una interesante y novedosa situación dentro de nuestra realidad jurídica, relacionada con la transformación del tribunal constitucional de legislador negativo que expulsa del ordenamiento jurídico aquellas normas que contrarían la Ley Fundamental, para convertirse en legislador positivo cuyas decisiones se convierten en fuentes de Derecho. Sobre esa realidad, es oportuno reflexionar a la luz de los conceptos y disertaciones que nos brinda la Doctrina.

El artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) establece el principio de la supremacía constitucional, la designa “norma suprema” y “fundamento del ordenamiento jurídico”, para agregar que todas las personas y órganos del Poder Público se encuentran sujetos a ella.

Eso quiere decir que siendo la Constitución la norma suprema y la Sala Constitucional la encargada de vigilar la constitucionalidad de todos los actos del poder público, unido al efecto vinculante de los criterios establecidos en sus sentencias, la consecuencia evidente es que la labor interpretativa que ella realiza adquiere una determinante relevancia dentro de todos los ámbitos del Estado pues esa actividad se convierte en una innegable fuente de derecho. De allí también la importancia que adquiere el tema sobre los métodos y principios que deben regir esa actividad interpretativa de la Sala Constitucional, sobre todo en lo que se refiere a la materia constitucional.

La discusión acerca de si es legítimo que el juez constitucional cuyas decisiones adquieren valor de verdaderas normas, se convierta en “creador de Derecho”, como se ha

llegado a afirmar, con lo que pudiera llegarse a pensar que usurpa el papel del legislador, adquiere en el contexto nacional verdadera actualidad. De allí la pertinencia del estudio y profundización del asunto.

Para abordar el tema, es necesario partir del análisis de la propia Constitución, comprender su naturaleza, los elementos que la integran y sus fuentes, entendiendo como tal, todo aquello que tiene aptitud para darle existencia. Examinar los caracteres de la norma constitucional, pues de ellos deriva su jerarquía y vigencia. Analizar la forma en la que el constituyente concibe la jurisdicción constitucional en nuestro país y examinar las competencias que la Constitución y la Ley le asignan a la Sala Constitucional, así como la labor de interpretación que esta cumple.

Asimismo como consecuencia necesaria del análisis anterior es pertinente profundizar sobre el auténtico alcance del carácter vinculante de las sentencias emitidas por la Sala Constitucional y cuáles son los casos en los que efectivamente este se produce, para concluir con una reflexión acerca de los efectos determinantes que sobre el proceso penal ha tenido esa actividad. Solo sobre esa base conceptual y doctrinal puede abordarse debidamente el efecto creador de derecho que tiene la jurisprudencia de la Sala Constitucional de nuestro más Alto Tribunal.

De manera que el problema que vamos a tratar, respecto a la evidente dificultad que se presenta para delimitar el espacio que le corresponde a los órganos del Poder Judicial encargados de velar por la vigencia de la Constitución y el que le corresponde al Poder Legislativo, debe ser abordado desde la base y los fundamentos que suministra la doctrina constitucional, ello con el fin de examinar y evaluar con la debida sustentación y propiedad la manera en que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha asumido y desarrollado sus funciones en lo que toca a la interpretación de los principios y garantías constitucionales, para proceder a hacerlos efectivos en la administración de justicia, en nuestro caso, particularmente en el proceso penal, haciendo valer para ello sus criterios, a través de los cuales se han afectado y en algunos casos incluso transformado las instituciones que conforman el sistema de justicia criminal. La pregunta que nos

planteamos y a la cual pretendemos dar respuesta en la presente investigación no es otra que: ¿Es la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia fuente de Derecho en el Proceso Penal Venezolano?

Para ello, analizaremos los conceptos fundamentales de la teoría del Derecho Constitucional y los principios que rigen el proceso penal, ello nos permitirá llegar a conclusiones debidamente fundamentadas, que pretendemos apoyar en el análisis de una serie de casos en los que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado en relación a situaciones sustanciales en materia procesal penal que afectan de manera determinante la manera en que se entienden los principios del proceso penal y se tramitan los casos sometidos a esta jurisdicción.

Capitulo I

La supremacía y la apertura de la norma constitucional como valores esenciales del Estado Democrático

Para referirnos a los caracteres de la norma constitucional resulta necesario analizar en primer término el concepto de Constitución, ya que, en distintas épocas y desde diferentes perspectivas ha sido definida de varias formas, Guastini (2000) se refiere a cuatro conceptos de Constitución, cada uno de los cuales responde a criterios diferentes.

El primero, actualmente en desuso, responde a criterios filosófico políticos y la considera como límite al poder político, se trata aquí de un ordenamiento jurídico de corte liberal-garantista, que mediante la división del poder le garantiza al ciudadano su libertad. El segundo, responde a los conceptos que se manejan en la teoría general de Derecho y la entiende como el conjunto de normas fundamentales que le dan identidad a un determinado ordenamiento jurídico, incluyendo dentro de esas normas fundamentales aquellas que determinan la forma de Estado y de gobierno, así como las que regulan la elaboración de la leyes. El tercero, es el concepto que se le da en el lenguaje corriente, en el cual Constitución es un código de la materia constitucional. Por último, se refiere el Guastini (2000) al concepto de Constitución como fuente de derecho, fuente que se distingue de las otras por ciertas peculiaridades referidas al proceso de formación de sus normas y a su jerarquía.

Lo que si queda claro es que la Constitución es más que un mero texto, pues una nación puede estar provista de una declaración de principios que no pasen de ser precisamente eso una declaración, lo que la hace real es su carácter normativo del cual se deriva la obligatoriedad del cumplimiento de sus normas y la sanción cuando estas sean violadas, solo así esos principios están garantizados. Ya la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) lo proclamaba en su artículo 16, “Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos, ni establecida la separación de los poderes, carece de Constitución”

La Constitución considerada como texto normativo se distingue porque tiene la función de limitar el poder y esto básicamente lo logra, a través del establecimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos, igualmente se distingue porque contiene normas destinadas a regular la distribución del poder, así como las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, pero también y de manera muy importante se reconoce porque ostenta un rango superior que impide que sus normas puedan ser contrariadas o derogadas por otras de carácter legal.

El carácter normativo de la Constitución, es determinante en opinión de Duque (2014) para el concepto de constitucionalismo moderno, ya que solo si se considera que las disposiciones que contiene son norma vinculante, puede dársele valor al control de la constitucionalidad que ejercen los tribunales de la materia. La Constitución viene a ser entonces un sistema de normas que organiza toda la vida del Estado y cuyo contenido abarca todas las posibles situaciones particulares. Esta concepción que el autor considera fruto de la democratización real de las estructuras políticas, basa la interpretación de la norma constitucional en los principios y valores que la sustentan, de modo que lo jurídico se encuentra íntimamente vinculado a lo social y cultural, de allí que pueda decirse que la llamada Constitución normativa tiene entre sus fines esenciales buscar el equilibrio entre la soberanía del Estado y las aspiraciones de la sociedad.

Como ya se anotó, la limitación del poder se concreta cuando se establecen los derechos fundamentales, si bien la Constitución se encarga de regular otras instituciones que sin duda limitan el ejercicio del poder, es mediante el reconocimiento de que la soberanía reside en el pueblo que efectivamente se logra esa delimitación del ejercicio del poder, así lo deja sentado Aragón (2000a) quien afirma que solo un pueblo libre puede ser soberano y que esa soberanía se garantiza asegurando los derechos fundamentales. El respeto de esos derechos por parte de aquellos que ejercen el poder, es lo que demarca las fronteras del ejercicio de la autoridad por parte de aquellos que ejercen tanto el poder ejecutivo, como la actividad legislativa y la capacidad de juzgar.

Al efecto, Aragón (2000a) nos presenta una definición actualizada de la Constitución democrática como paradigma, que vale la pena transcribir:

> En el lado de esta generalizada (por asentada) aceptación del sentido genuino de la Constitución, como norma jurídica fundamental que garantiza los derechos de los ciudadanos y organiza el Estado de tal forma que garantiza también la democracia, pueden contarse la convicción (y "aseguramiento· jurisdiccional) internacional de que hay un núcleo constitucional innegociable, como son los derechos humanos, así como la extensión vigorosa (y jurídicamente "eficaz") de una especie de derecho constitucional común o trasnacional que presta solidez (incluso metodológica o categorial) a la forma democrática del Estado como género al que muchos países pertenecen. (p. 121)

El tema acerca de la soberanía y donde reside esta, cobra actualidad, pues ya se ha superado la idea de que la soberanía reside en el Estado, ella debe y tiene que residir en el pueblo, según Ferrajoli (2000) si ocurre lo contrario los derechos simplemente se desmoronan, porque la soberanía es ausencia de límites por tanto negación de derechos.

Además agrega, que también la idea de ciudadanía perdió vigencia porque los derechos fundamentales están atribuidos a todos los seres humanos y no solo a los que ostentan el título de ciudadanos de un de una determinada nación. Afirma la existencia de una Constitución global que ya existe en la carta de las Naciones Unidas y en los pactos internacionales. Que la mayoría de los derechos que en ellos se establecen no gocen de garantías lo único que indica es que existe una carencia que debe ser subsanada.

Por su parte, Sanín Restrepo (2006), cuando trata el principio del *stare decisis*, que establece el deber de los jueces de seguir sus propios criterios y los establecidos por los tribunales superiores de su jurisdicción y al cual considera un rasgo de la defensa judicial de la Constitución y elemento natural del sistema constitucional, sostiene que este se hace efectivo cuando los caracteres de la Constitución son la supremacía,

predominio de los derechos fundamentales, límites al poder constituido y soberanía popular.

Unido al tema del concepto de Constitución que hemos asumido como vía para determinar sus caracteres, se encuentra el punto referido al Constitucionalismo, que no es otra cosa que el ejercicio, la puesta en práctica de las limitaciones que impone el derecho a los que ejercen el poder, con lo que, consecuencialmente se protegen los derechos fundamentales de los individuos, muy especialmente su libertad.

Ch. H. McIlman, citado por Aragón (2000a), al referirse al significado jurídico de constitucionalismo afirma; "… teoría y práctica jurídicas consisten en la limitación del poder por el derecho, pero sustentada, a su vez, en una concepción del derecho que descansa radicalmente en la libertad" (p. 116)

Igualmente se habla del "Neoconstitucionalismo" para referirse a la teoría del derecho que en relación a los cambios operados a nivel constitucional en la mayoría de las naciones europeas a partir de la Segunda Guerra Mundial, no solo se ocupa de estudiar y darle apoyo jurídico a esos cambios que configuran una positiva evolución operada dentro del Estado Constitucional, sino que además favorece esa transformación. (Figueruelo, 2007)

Caracteres de la norma constitucional.

Cuando nos referimos a los caracteres que distinguen a la norma constitucional, hablamos de supremacía y apertura, la primera se relaciona con su jerarquía y la segunda con su textura. Son caracteres que distinguen a la norma constitucional, que por su propia naturaleza difiere de las normas ordinarias. En criterio de Linares Quintana referido por La Roche (2001), esta diferencia se evidencia fundamentalmente en tres aspectos: en cuanto a su aspecto formal, pues las dicta un poder constituyente y para reformarlas expresamente se establece un procedimiento complicado que dificulta la modificación, en lo normativo, les corresponde darle validez al orden jurídico y en cuanto a su contenido,

esencialmente están referidas a los valores supremos y a la organización de los poderes establecidos para una determinada sociedad.

La Constitución como norma suprema.

En palabras de García de Enterria (1994) la Constitución como "sistema perceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía" que vincula por igual a las autoridades y a los ciudadanos, que construye y organiza los poderes del Estado, que funda los límites para el ejercicio del Poder y establece los derechos fundamentales, viene a ser el instrumento a través del cual se transforma y legitima a un poder en principio arbitrario en un poder jurídico. La Constitución es la primera de las normas, porque define el sistema de fuentes formales del Derecho y porque es "la expresión de una intención fundacional" con "pretensión de permanencia"…" lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido". (p. 49-50)

La supremacía es un rasgo fundamental que distingue a la norma constitucional, que se entiende como prevalencia sobre el resto del ordenamiento jurídico y que tiene consecuencias en lo que respecta a la materia de interpretación, en el sentido de que todo el ordenamiento jurídico se interpreta en base a ella.

Esta supremacía se sustenta en el reconocimiento previo de una serie de valores que son consagrados en la Constitución. Precisamente porque la Constitución es el instrumento a través del cual se materializan los derechos humanos y la dignidad de toda persona humana, es por ello que se la distingue con la más alta posición dentro del ordenamiento jurídico.

Cuando se afirma que la Constitución está colocada sobre todas las normas y que es ella la que le da validez y estructura al ordenamiento jurídico, tiene que concluirse que cada vez que se pretenda aplicar ese ordenamiento jurídico la interpretación que se

realice tiene que ajustarse a los principios y reglas constitucionales. Así lo afirma García de Enterria (1994), para quien la interpretación de las normas ajustándose a los principios y reglas constitucionales, abarca a todos aquellos a los que les toque esa tarea, por lo que resulta obligatoria tanto para los funcionarios públicos como para los operadores privados, para los tribunales, para los órganos legislativos y para los funcionarios administrativos.

El artículo 7 de nuestra Carta Magna establece el principio de la supremacía constitucional, la designa "norma suprema" y "fundamento del ordenamiento jurídico", para agregar que todas las personas y órganos del Poder Público se encuentran sujetos a ella.

La doctrina ha distinguido entre supremacía y supralegalidad. En el primer caso se alude a la supremacía política de la Constitución, en el sentido de que no sólo le corresponde organizar un tipo de Estado a la manera que se considera deseable, sino que igualmente le toca legitimar ese orden. La supralegalidad se refiere a supremacía legal, a su posición superior sobre todas las otras normas que integran el ordenamiento jurídico. (Aragón. 1998)

Ahora bien, para que efectivamente la Constitución goce de lo que usualmente designamos como supremacía, se requiere una cierta rigidez, en el sentido de que para la aprobación, modificación y derogatoria de los preceptos constitucionales se establezcan una serie de requisitos y procedimientos especiales de cumplimiento obligatorio para obtener esos fines.

Es a lo que se refiere Jellinek, citado por Haberle (2002) cuando se pronuncia en el sentido de que la Constitución es solo una "ley con una más elevada fuerza de validez formal" (p. 51), por ello es que sólo puede ser reformada mediante procedimientos especiales.

Sin embargo, en lo que se refiere a la supremacía es menester señalar que en materia de Derechos Humanos, se presenta una importante particularidad contenida en el artículo 23 de nuestra Constitución, que se refiere a los tratados que en esta materia haya suscrito y ratificado el país, los cuales no sólo tienen jerarquía constitucional, sino que además prevalecen en el orden interno cuando contengan normas más favorables a las previstas en nuestro ordenamiento jurídico. En este caso, no se puede decir que la Constitución cede su supremacía, sino que más bien en una materia de naturaleza privilegiada se produce una apertura de la Constitución.

En ese mismo sentido, en presencia de normas que reconozcan y garanticen derechos inherentes a la persona humana, estos siempre se aplicarán en el orden interno aun cuando el país no haya suscrito un tratado que los consagre o que las propias leyes no los hayan desarrollado, ello de acuerdo al principio de progresividad contemplado en el artículo 22 de nuestra Constitución. Pero es menester precisar que en esta situación, siempre se hace necesaria una labor previa de interpretación por parte del órgano jurisdiccional, mediante la cual se reconozca que se está en presencia de un derecho inherente a la persona humana y por lo tanto de privilegiada aplicación.

La operatividad del principio de supremacía constitucional se apoya necesariamente en el control, ya que solo a través de la vigilancia que se ejerce a través de los órganos políticos y jurisdiccionales puede garantizarse que la Constitución como norma suprema sea la guía y camino por el que discurra la realidad jurídica nacional y lo que es más importante, sobre todo en momentos de crisis del Estado, se le colocan límites al poder. Como lo señala Canova (2012) este control se verifica básicamente por dos vías, la política o moral y la jurídica. Si bien la primera la ejercen entre otros, la opinión pública, así como el Poder Legislativo y en Venezuela los órganos del Poder Moral, la segunda o jurídica la ejerce la jurisdicción constitucional. Es a la jurisdicción constitucional a la que le corresponde garantizar esa supremacía controlando la aplicación del derecho por parte de los distintos órganos del Estado y muy especialmente los tribunales del país, incluso las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, a fin de verificar que toda interpretación jurídica que estos realicen se haga sobre la base de la

Constitución, anulando las decisiones contrarias a la norma suprema. Pero igualmente, corresponde a la jurisdicción constitucional actualizar y adaptar la Constitución a la cambiante realidad nacional preservando los principios y el espíritu original de la norma constitucional.

La apertura constitucional.

Por otra parte, junto con la supremacía de la Constitución, hay que destacar otra característica de la norma constitucional y es su apertura, que más bien se relaciona con su textura, en el sentido de que la Constitución está llena de términos ambiguos, vagos, lagunosos que sin embargo, no son errores, antes bien, ellos constituyen una característica que le imprime dinamismo y le permite evolucionar frente a nuevas situaciones.

La apertura por lo demás, es un rasgo que caracteriza a toda constitución que se conciba como democrática, porque ella debe ser la ley fundamental de todos los ciudadanos, debe estar concebida de manera tal que todos se sientan representados en ella; de allí precisamente que no puede ser rígida o dogmática, sino que, por lo contrario, sus normas deben estar redactadas en términos amplios, incluso que dentro de su texto sea posible distinguir diferentes corrientes ideológicas porque entonces muy probablemente será el producto de una puesta en común de más de un criterio, del consenso y del acuerdo de los representantes de todos los ciudadanos; por ello es que en el contenido de la Constitución sólo debería establecerse lo básico, aquello que por ser esencial los ciudadanos no están dispuesto a renunciar.

Precisamente para que la Constitución adquiera ese rasgo de apertura no debe ni tiene por qué regular todas las situaciones que eventualmente pueden llegar a presentarse dentro de la dinámica de una nación, por lo contrario solo es menester que se refiera a los asuntos fundamentales. Pero aún más, este carácter de apertura de la norma constitucional tiene que complementarse con la interpretación que se haga de ella, que no debe

realizarse sobre la base de criterios cerrados, ni haciendo uso excesivo del eventual carácter vinculante de la doctrina del Tribunal Constitucional.

De allí la inconveniencia de constituciones de carácter reglamentario, que pretenden regular al detalle todos y cada uno de los aspectos de la sociedad; esto en lugar de facilitar su aplicación, más bien la dificulta en el presente y la cierra al futuro.

Las constituciones deben tener vocación de permanencia, deben ser sencillas, inclusivas y amplias en sus postulados, y democráticas en su concepción; solo así se garantiza su permanencia en el tiempo, como verdadera ley fundamental y no como lo que se ha dado en llamar "Constituciones de Papel", que tienen un valor meramente formal, sin que representen las aspiraciones y valores de la sociedad para la cual fueron redactadas. (Casal. 2000)

La Constitución como norma suprema, cuyo contenido es el resultado de un consenso democrático, que representa a todos los ciudadanos porque admite las diferencias y respeta las minorías y que tiene como fundamento el reconocimiento y protección de los derechos inherentes a la persona humana es la base del "Estado Constitucional", que en criterio de Haberle (2002) "hace alusión a la comunidad política que asienta su premisa antropológica cultural en la *dignidad humana* -en el sentido de I. Kant- y goza de un resultado organizacional que se manifiesta en la democracia pluralista". (p. 44)

Los ciudadanos tienen en la Constitución la representación formal de sus derechos fundamentales, de allí que el respeto a esa norma, es el respeto a los propios ciudadanos, que a través del poder constituyente se han dado voluntariamente una Constitución.

Por su parte, para Haberle (2002) la Constitución tiene funciones esenciales en el Estado, pues funda, legítima y limita el poder, resuelve conflictos, organiza competencias e instituciones, establece las relaciones con el resto de los Estados y es, desde un punto de vista muy importante, cultura, porque prescribe los valores que fundamentan la cultura y

cita la “tolerancia, respeto frente a la dignidad de los semejantes, amor a la verdad, convicción democrática, conciencia ecológica” (p. 54); plantea entonces su tesis de la “Constitución como Cultura” y al respecto señala que esta “no es solo un texto jurídico o un código normativo, sino también la expresión de un nivel de desarrollo cultural, instrumento de la representación cultural autónoma de un pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de nuevas esperanzas”. (p. 51)

Una Constitución puede ser más o menos abierta, se trata de una cuestión de grados, los cuales tienen relación con la posibilidad de que las diversas corrientes de pensamiento que conviven en una sociedad puedan verse representadas en ella, sin necesidad de acudir a su reforma.

Para Díaz Revorio (1997) el concepto de Constitución Abierta alude a dos ideas “la Norma fundamental permite con carácter general la defensa de valores contrarios u opuestos a los que la misma considera fundamentales, siempre y cuando dicha defensa se realice con los medios que la propia Norma Fundamental prevé o permite; igualmente permite la modificación de dichos valores fundamentales; 2) la Constitución permite, sin necesidad de ser reformada, el desarrollo de muy diversas opciones políticas”. (p. 3)

Para Herbert Hart (1998) la “textura abierta” de la norma jurídica está relacionada con las situaciones en las que las reglas resulten indeterminadas, porque no dan respuesta precisa en un determinado caso. “Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que estos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura abierta”...la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho”. (p. 159)

En cuanto a la significación de la apertura constitucional, hay que anotar, siguiendo a Konrad Hesse (1992) que la Constitución es el orden jurídico fundamental de

la Comunidad y su definición busca superar la consideración del Estado como objeto y sujeto de la Carta Magna, para poner en evidencia la función integradora de la Constitución, en el sentido de que su meta es la formación de una unidad política.

Su planteamiento además está dirigido a dejar constancia de la tensión que se presenta cuando estudiamos la norma constitucional, en cuanto a su necesidad de apertura a la vez que requiere para su eficacia una cierta definición.

En lo particular, opinamos que el carácter de apertura no solo es importante desde el punto de vista práctico, en el sentido que permite que la norma constitucional se aplique y proporcione soluciones a las variadas situaciones que nos presenta la cambiante realidad, sino que igualmente tiene un significado que va más allá.

En efecto, los fines que persigue una Constitución se nutren de un proyecto, que no solo persigue garantizar los derechos a las mayorías, sino que igualmente mide su legitimidad según los garantice también a las minorías. Ese proyecto debe orientar la realidad constitucional que se expresa en términos que resultan cambiantes no solo en el tiempo sino también en el contexto nacional donde se establezca su significado, que estará determinado por la historia y la cultura de cada nación.

En un Estado Constitucional es fundamental la convivencia, y esta es el resultado de una sociedad abierta y pluralista, que sin embargo está dotada de un factor integrador que posibilita el acuerdo en torno a las instituciones básicas.

En ese sentido, es indispensable evitar la pretensión de gobernar a los ciudadanos con criterios cerrados que pretenden dirigir la historia y la cultura desconociendo la libertad y la dignidad de la que están dotados todos los seres humanos, pero además se debe estar abierto a los cambios que no solo son propios de las sociedades, sino que igualmente son deseables. En este contexto una Constitución abierta es indispensable.

El Derecho Constitucional no suele manejar definiciones, estas las aporta la jurisprudencia que de ese modo lo dota de certeza, en esta labor son los juristas los interpretes que con actitud tolerante y con vistas a lograr el bien común en una sociedad organizada democráticamente, en la que el derecho sea la estructura que posibilita la convivencia, suministran los conceptos que orientan la aplicación de la norma constitucional.

Gracias a esa apertura y en muchos casos a la indeterminación de la norma constitucional, es que resulta posible que los comportamientos y valores que hoy son de una minoría puedan hacerse realidad para la mayoría en un futuro. Pero eso solo es posible si a esta apertura le va aparejada una interpretación judicial que le haga honor a los valores de la democracia, la tolerancia y el bien común.

En todo caso, es importante puntualizar que el carácter abierto de la Constitución no significa que en ella cabe indistintamente cualquier idea o principio, porque en ese caso sería una pura norma procedimental sin valores en su contenido, como lo señala Díaz Revorio (1997) al referirse a la Constitución española “La misma permite diversas lecturas, pero no cualquier *lectura*; posee un cierto grado de apertura, pero no es *solamente* una Constitución–procedimiento” (p. 6), de allí que el talante abierto de la norma constitucional no es incompatible con la prevalencia de valores fundamentales de carácter sustantivo

Este criterio de apertura no es ilimitado, pues si bien permite la interpretación amplia y posibilita las reformas, evita que estas se produzcan a través de medios violentos. De manera que, en caso de que se produzca una reforma de la Constitución que aún cuando cumpla con todos los requisitos exigidos legalmente, pero que sin embargo, implique un desconocimiento de los valores superiores que sustentan un estado democrático, estaríamos frente a una situación de ilegitimidad, ya que a pesar de que la nueva Constitución goce de validez jurídica carece de legitimidad política.

La apertura como rasgo de la norma constitucional le permite adaptarse a la cambiante realidad y le garantiza permanencia, pero además, es garantía para todos los ciudadanos, que pueden ver en ella, no solo un escenario abierto para desarrollar las ideas y metas que cada uno se plantea, sino también la certeza de que nada obsta para convertir las ideas de una minoría en una futura mayoría. La Constitución no es una camisa de fuerza, sino un amplio campo de posibilidades que le permiten adaptarse al futuro.

Por otra parte, se comprende porque frente a estas normas abiertas puede tenerse la tentación de considerarlas meramente programáticas y no como verdaderas normas jurídicas de aplicación efectiva e inmediata, de allí que la Constitución requiera de principios fundamentales claros que representen su anclaje y protejan al ciudadano frente a eventuales corrientes antidemocráticas.

En ese estado de tensión se desarrolla la actividad de los, creadores, intérpretes y estudiosos de la Constitución, es ese el terreno de donde surge la norma y la jurisprudencia.

Fuentes de la Constitución.

Cuando hablamos de fuentes del derecho, lo primero que pareciera venirnos a la mente, desde un punto de vista originario, es una situación de hecho que de alguna manera tiene o tuvo tal significación que su existencia dio razones para crear normas. En sentido llano es aquello de donde brota el derecho, el fundamento u origen de las normas jurídicas.

En estricto sentido, en cambio, fuente del derecho, según De Otto (1998) es “aquello a lo que el ordenamiento confiere la virtualidad de crear una norma” (p. 70) de forma que no es fuente el proceso mediante el cual se crea una norma, o el órgano que dicta la norma, sino más bien aquello que tiene la aptitud para darle existencia.

Aunque tienen carácter normativo, tampoco podemos decir que sean fuente del derecho los actos de aplicación, como lo sería una sentencia o un acto administrativo, los que sin duda crean una norma de carácter individual o en algunos casos colectiva, pero limitada a un cierto número de personas. Por lo contrario, cuando las sentencias dan lugar a jurisprudencia vinculante son evidentemente fuente del derecho.

El criterio que demarca el concepto de fuente, según ese mismo autor, está referido a "todo aquello que proporciona al juez las normas para decidir el caso, aquello donde se encuentra la predeterminación normativa de la función judicial". (p.76)

Así en materia constitucional, debemos considerar fuentes a los actos de donde nacen los principios y las normas que determinan el derecho constitucional. En este sentido, la propia Constitución es la primera fuente de Derecho Constitucional, pero junto con ella debemos mencionar a los acuerdos internacionales, la ley, la costumbre y la jurisprudencia.

En cuanto a los acuerdos internacionales, es indudable la importancia que han adquiridos en esta época de creciente globalización, que se evidencia en los cada vez más frecuentes procesos de integración, cuyo ejemplo más patente es el Tratado Constitucional de la Unión Europea que representa una nueva forma de integración, no solamente desde el punto de vista económico, sino igualmente político trasnacional. En estos procesos de integración el reto es superar la eventual contradicción de intereses entre los estados miembros, y entre estos y la unión.

Por su parte, la ley y muy especialmente las llamadas leyes constitucionales son fuente de Derecho Constitucional; no solo se trata de leyes compatibles con la Constitución, sino que las normas en ellas contenidas se sitúan en un plano jerárquico igual al de la propia Constitución. La materia a la que generalmente se refieren estas leyes es la de los Derechos Humanos. En Venezuela en particular, se destacan en esta materia las llamadas leyes de descentralización previstas en la Constitución de 1961, ya

que a las mismas se atribuyó una jerarquía que las ubica en el llamado “Bloque de la Constitucionalidad”, puesto que permiten redistribuir las competencias de distribución vertical del poder, sin necesidad de acudir a los procedimientos de enmienda o reforma constitucional.

La Costumbre es fuente de Derecho Constitucional cuando los usos que se ha dado una determinada sociedad adquieren tal respeto y jerarquía entre sus integrantes, que los criterios que de ella dimanan se consideran de carácter obligatorio para ese determinado colectivo. Es en los sistemas de constituciones no rígidas donde se le confiere mayor valor a la costumbre como fuente de Derecho Constitucional.

Asimismo, la jurisprudencia constituye fuente de Derecho Constitucional cuando adquiere carácter vinculante y por tanto es de aplicación obligatoria, en razón de lo cual, todo acto del poder público que se aparte de los criterios en ella contenidos será susceptible de ser anulado. En nuestro país a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia adquirió ese carácter vinculante para los demás tribunales de la República e incluso para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia; ello determina que sus sentencias actúen como fuente de Derecho Constitucional, pues la interpretación que la Sala hace de las normas y leyes constitucionales es de obligatorio cumplimiento para todos ellos.

La propia Constitución es ella misma fuente de derecho porque de su texto surgen derechos y obligaciones para los ciudadanos y para los órganos del Estado entre los que se encuentra distribuido el poder, así mismo, ella determina las relaciones entre los órganos del poder y la de los ciudadanos con aquellos. Dentro del contenido de la Constitución encontramos: derechos fundamentales, garantías institucionales, mandatos al legislador y la regulación de los principios fundamentales y los fines del Estado. (Rubio Llorente, 2000)

Al respecto se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia No. 02-2413 del 16-10-02, en cuyo texto hace suyo el criterio doctrinario del autor Diez Picazo, del cual incluye esta cita textual que se refiere al carácter de fuente de la Constitución y su aptitud para impregnar todo el ordenamiento jurídico.

> … de manera que no haya en la práctica ningún posible objeto de formación al que no resulte aplicable alguna norma material de la Constitución. Así, esta última deviene no sólo fuente sobre las fuentes, sino verdadera fuente del Derecho, directamente aplicable a las concretas relaciones jurídicas por lo que no puede negarse, sobre la base de la falta de identidad en el objeto, su superioridad jerárquica sobre cualquier otra norma del ordenamiento

Los derechos fundamentales protegen al individuo frente al poder, por ello son fuente inmediata de derechos. Por otra parte, también son fuente de derecho las garantías institucionales que se refieren precisamente a ciertas instituciones dentro del Estado, estas garantías son de tal relevancia que de no existir, determinarían una situación negativa para los ciudadanos, es el caso por ejemplo de la autonomía universitaria. Igualmente, los mandatos al legislador establecen los parámetros que se deben cumplir en el proceso de producción de la leyes que han de completar el orden jurídico y que se hacen necesarias para ejercer determinados derechos. En cuanto a los principios fundamentales y fines del Estado contemplados en la Constitución, establecen el marco indispensable para su comprensión y crean las llamadas normas programáticas.

Hace Rubio Llorente (2000) una acotación que consideramos muy interesante, pues afirma que la relación de los ciudadanos con los órganos del Estado será jurídica solo en el caso en que las instancias del poder se auto limiten y reconozcan los derechos que garanticen la libertad de los ciudadanos, en ese caso será un Estado de Derecho y su Constitución fuente de derecho. Pero si por el contrario, la Constitución no establece limitaciones al Estado y consecuencialmente niega sus derechos a los ciudadanos, esa

Constitución podrá seguir siendo una Constitución pero no puede ser considerada fuente de derecho.

El carácter normativo como fuerza vinculante de la Constitución es según Duque (2014) el postulado básico del constitucionalismo moderno. La constitución se convierte entonces en fuente de todo el ordenamiento jurídico, pero a la vez, es también ella misma fuente de los principios que determinan como se debe interpretar la propia Constitución y el resto delas normas que configuran todo el ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia como fuente de Derecho Constitucional.

Como arriba se anotó, con la promulgación de la nueva Constitución en el año de 1999 y las funciones que esta le asigna al Tribunal Supremo de Justicia y particularmente a la Sala Constitucional, es indudable que se modificó la tradicional distribución de funciones entre los distintos órganos del poder público.

En efecto, si consideramos la jurisprudencia de la Sala Constitucional es fuente de derecho, necesariamente debemos concluir que la Sala, ejerce funciones legislativas, que no se limitan a expulsar del ordenamiento jurídico las normas legales que se consideran inconstitucionales, con lo que asume un rol de carácter meramente negativo, sino que asume funciones positivas cuando interpreta las normas legales, establece su aplicación en casos concretos y suple las omisiones y lagunas que presenta el ordenamiento jurídico, pero sobre todo sus decisiones resultan de extraordinaria relevancia cuando la violación de sus criterios tiene serias consecuencias jurídicas, ya que en esos casos procede la nulidad de los actos que se apartan de la doctrina de la Sala Constitucional.

La Constitución se convierte así en una norma que frente a la diversidad del derecho, logra la unidad a través de su condición integradora, pero que además obtiene su efectiva eficacia mediante el ejercicio de la justicia constitucional la cual actúa a través de sus decisiones.

Rubio (1988) se refiere a este tema señalando la relación que existe entre la jurisdicción constitucional y la ley "que sitúa al juez como antagonista del legislador" (p. 12) y como al respecto se ha generado una extensa discusión en la doctrina en lo que se refiere a la compatibilidad entre la llamada jurisdicción constitucional y algunas concepciones de democracia, tomando en cuenta el principio de división de poderes y la teoría de la interpretación, que pretenden marcar los límites de la actividad jurisdiccional como creadora de Derecho.

El Juez constitucional cuando interpreta la Constitución, no solo es interprete sino que además es creador porque en el ejercicio de esa función, a través de los criterios plasmados en sus decisiones completa el Derecho, resolviendo una situación concreta que no necesariamente está prevista en el texto legal. De allí que, sea tan importante que sus fallos se apoyen en consideraciones apegadas a las reglas de la lógica y a la equidad.

Por ello es que cuando a la Sala Constitucional le toca interpretar las normas y leyes frente a las cuales la colectividad se encuentra en una posición de especial sensibilidad, como lo serían por ejemplo aquellas relacionadas con el proceso penal, ya que no podemos perder de vista que es en el ámbito penal que más frecuentemente el ciudadano común efectivamente se relaciona con el derecho, debe tener un especial cuidado, pues estas normas ya han pasado por un proceso de interpretación en el cual han participado importantes sectores de la sociedad. Como lo explicita Haberle (2002) "Cuando el Tribunal Constitucional federal examina una ley de características tales debería considerar que a esta ley le subyace una legitimidad especial, pues fueron muchos los que participaron en el proceso democrático de interpretación constitucional". (p. 142)

En ese mismo sentido, resulta interesante referirnos al valor que el mismo Haberle (2002) le otorga a los votos salvados que eventualmente se producen dentro de las sentencias y que en su criterio, son la expresión de un quehacer democrático dentro de la actividad de los jueces que conforman la Sala Constitucional. "Los votos particulares constituyen también un fragmento de democracia" (p.171), se proyectan al futuro, porque

eventualmente su contenido puede llegar a ser criterio mayoritario del tribunal y reflejan la aceptación de las diferencias como característica de una sociedad donde se reconoce la pluralidad.

Cuando hablamos de la jurisprudencia como fuente de Derecho Constitucional se hace necesario investigar el derecho comparado a fin de establecer cuáles son los diversos modelos de justicia constitucional que existen en la actualidad, en cada uno de los cuales la jurisprudencia es considerada de manera diferente, en tanto fuente de derecho. Si bien se tiende a afirmar la existencia de dos grandes sistemas, el norteamericano de control difuso y el europeo de control concentrado de constitucionalidad, también se habla de otros dos modelos de justicia constitucional.

Haro (1999) nos refiere un tercer modelo, presente en Alemania, España e Italia en el que si bien existe un Tribunal o Corte Constitucional que ejerce el control concentrado de constitucionalidad, existe además un mecanismo incidental mediante el cual los tribunales ordinarios en presencia de un asunto en el que está en juego la constitucionalidad de una determinada norma, acuden ante ese Tribunal o Corte Constitucional a fin de que se pronuncie al respecto.

El cuarto modelo al que también se refiere Haro (1999) es el que existe en Portugal, Grecia, Rusia y Estonia en Europa y en algunos países latinoamericanos, entre ellos Venezuela, en los que coexiste el control difuso que ejercen todos los tribunales de la Nación, cuyas decisiones tienen efectos *inter partes* y el control concentrado del que se encarga un órgano especial que dicta sentencias con efectos *erga omnes*.

Resulta igualmente interesante referirnos a las diferencias anotadas por Cappelletti, respecto a los sistemas norteamericano y europeo los que trataremos en detalle seguidamente. Esta comparación hecha por Cappelletti aparece trabajada por Ferrer Mac-Gregor (2009) en un estudio realizado como homenaje al maestro italiano y resume claramente la cuestión desde la perspectiva de las tipologías creadas por Cappelletti, esto es la subjetiva, la modal y la funcional.

En cuanto a la subjetiva, referida a los órganos que asumen la justicia constitucional, en el sistema "difuso" norteamericano todos los órganos judiciales tienen el poder de control el cual ejercitan a través de las cuestiones incidentales cuando conocen un determinado caso, en cambio en el sistema europeo o "concentrado" este poder de control corresponde a un único órgano del Estado destinado para este fin y que declara la invalidez de la norma con efectos generales. La sencillez del primero de los sistemas basa su eficacia en el principio de *stare decisis*, referido al vínculo u obligatoriedad que se crea con el precedente.

El llamado perfil modal se refiere al trámite procesal que se cumple para ejercer el control constitucional. Mientras en el sistema norteamericano la vía es incidental, a partir de un caso concreto que se somete al conocimiento del juez ordinario, en el europeo en cambio, se realiza por una vía principal en un proceso autónomo, aunque en algunas legislaciones se prevé un trámite que hace posible que los jueces ordinarios al observar alguna situación que pudiera comprometer la constitucionalidad del asunto puedan dirigirse al órgano especializado para que se pronuncie al respecto.

En cuanto a lo funcional, esto es, respecto a los efectos de los pronunciamientos en cada uno de los sistemas, en el norteamericano, el efecto de las decisiones es *inter partes*, se limita al caso concreto, aunque dado el principio de *stare decisis* este efecto puede ampliarse a través de la actividad de la Corte Suprema que tiene la facultad de vincular y conferir efectos generales a los fallos. En el europeo en cambio la ley que se declara inconstitucional es absolutamente nula e ineficaz, el pronunciamiento tiene efectos *erga omnes* e incluso en algunos países como, Italia y Alemania, tiene efectos retroactivos.

Sistema norteamericano.

El sistema norteamericano de justicia constitucional se distingue básicamente como lo señala Canova (2012) por "… el carácter judicial y difuso de las funciones típicas de la justicia constitucional, la inexistencia de tribunales y procedimientos especializados a tales efectos y el efecto declarativo e inter- partes de la declaración de inconstitucionalidad." (p. 17)

Haro (1999) al tratar la existencia en el plano teórico de dos grandes sistemas de justicia constitucional, define el sistema norteamericano como sistema de control difuso que "es ejercido por todos los jueces de la Nación, con motivo de un caso concreto que les corresponde conocer y decidir. Ese control se realiza por vía incidental y solo tiene efectos *inter partes*." (p. 54)

El sistema se sostiene sobre la afirmación de que la Constitución es la ley suprema, en razón de lo cual, no puede ser quebrantada por ninguna autoridad, pero es indudable que se hace necesario garantizar esa supremacía constitucional, de allí que, se le encomienda a los tribunales la facultad de vigilar que sea respetada y que esos mismos tribunales tengan la potestad de declarar la nulidad de todo acto que se le oponga. Por ello, como lo afirma Freadman (1988) "cuando se habla de la Constitución como Derecho vivo, se entiende por ello, normalmente, las doctrinas y conceptos que los tribunales han formulado, desarrollado y extendido." (p. 212)

La Constitución de los Estados Unidos de América fue promulgada en el año 1787 siendo la constitución más antigua que aun continua vigente, pero eso no significa que permanezca idéntica, de hecho, ha sufrido varias anexiones, a lo largo de estos años se le han agregado 23 enmiendas, Sin embargo el proceso de incluir enmiendas no está previsto para que sea sencillo, por lo contrario, se podría decir que es lento y rígido. El Congreso puede proponerlas pero para que sean autorizadas, se necesita que sean aprobadas por los parlamentos de las tres cuartas partes de los estados que conforman la Unión. (Freadman. 1988)

Como lo explica el mencionado autor, se suele afirmar que la doctrina constitucional se inicia en los Estados Unidos de América en el año 1803, con el caso Marbury contra Madison, en el que el Tribunal Supremo de ese país consideró que no podía ordenar un mandamiento para el cual estaba facultado por una ley del Congreso, porque esa ley dictada por el legislativo contrariaba la Constitución que solo le daba competencia a dicho Tribunal Supremo para actuar por vía de apelación, procediendo entonces, consecuencialmente a anular la referida ley y a afirmar la primacía constitucional.

Como ocurre siempre, son situaciones que surgen de la realidad que vive una determinada sociedad, las que dan lugar a las construcciones jurídicas, de manera que se convierten en la génesis de la justicia constitucional. En el sistema norteamericano, la doctrina constitucional nace como respuesta a una situación de hecho marcada por la desconfianza en las asambleas que ejercían el poder legislativo y que habían demostrado ser proclives a cometer excesos y tomar decisiones que favorecían a ciertos grupos y afectaban negativamente a sectores minoritarios de la sociedad, por otra parte, en una nación recién fundada y con un régimen federal, era necesario dejar claramente establecido que los estados de la Unión estaban sometidos a la federación. (Canova 2002)

Además, el pronunciamiento de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, deja sentado como lo afirma Canova (2002) que es al Poder Judicial en ella representado como su máxima autoridad, al que le corresponde revisar las leyes, a fin de determinar si están o no apegadas a la Constitución y en caso negativo declarar su nulidad.

Si bien es con el caso Mardbury contra Madison cuando por primera vez se declara la inconstitucionalidad de una ley federal y se inicia la doctrina del control constitucional, sin embargo, transcurrió un considerable periodo de tiempo para que nuevamente se pusiera esta doctrina en funcionamiento. A partir de 1880 se hicieron normales las impugnaciones por inconstitucionalidad de las leyes, y ya en el siglo veinte

el control constitucional se hizo más fuerte y se desarrolló la doctrina relativa a los derechos y libertades cívicas, sobre todo a partir de 1950. La enmienda decimocuarta, que establece el debido proceso y la igualdad de protección ante la Ley, ha sido la que con más frecuencia ha dado lugar al desarrollo de la doctrina constitucional.

Es importante destacar que siendo los Estados Unidos de América un régimen claramente federal, cada uno de los estados de la unión posee su propia constitución y le corresponde a los tribunales estadales anular todos aquellos actos que pudieran producirse dentro de del propio estado y que le fueran contrarios.

Podría decirse que el hecho de que la Unión funcione con un sistema efectivamente federal, en el que cada uno de los estados conserva su soberanía, hace necesaria la existencia de una ley fundamental que prevalezca sobre las diferentes legislaciones estadales, solo así es posible conservar la unidad de la nación y la igualdad de todos los ciudadanos. Por otra parte, como lo señala Canova (2012) existe allí una separación de poderes rígida, a la que se agrega un sistema de pesos y contrapesos que buscan evitar el abuso derivado de la acumulación del poder, así, cada uno de los poderes controla a los otros para lograr el equilibrio deseado.

Ahora bien, el control de la constitucionalidad por parte de los tribunales también plantea ciertos problemas, como lo plantea Freadman (1988), por ejemplo, si resulta legítimo que el Poder Judicial que no es elegido por el pueblo, pueda dejar sin efecto las decisiones expresadas en leyes emanadas del Poder Legislativo, conformado por delegados elegidos por los ciudadanos, con lo que se podría afectar, de algún modo, la voluntad de la mayoría. Igualmente, se plantea, como hacer realidad la necesidad de protección de los derechos de las minorías, teniendo en cuenta que se trata de un país donde conviven tantas culturas y minorías. En todo caso, los estudiosos suelen considerar a los tribunales y muy especialmente a la Corte Suprema, el escenario ideal para que los hechos que dan lugar a las controversias planteadas puedan ser examinados de la manera más objetiva y desapasionada.

La justicia constitucional norteamericana se materializa de manera ordinaria a través de las decisiones de todos los tribunales del país, entre los que se encuentra la Corte Suprema de Justicia, que de manera soberana escoge cuales son los casos que va a conocer, entre todos aquellos que le son presentados, selección que responde a criterios que ella misma establece, lo que le da sin duda un gran poder a este Alto Tribunal. No existen en el sistema norteamericano procesos especiales para el trámite de estos asuntos, pues ellos surgen dentro de los llamados casos y litigios, de manera que el control constitucional se produce en el curso de un proceso judicial ordinario, salvo el caso del procedimiento especial de "*habeas corpus*" destinado a proteger la libertad personal.

Podemos entonces, siguiendo a Canova (2012), precisar las características de este sistema. La justicia constitucional es una labor ordinaria del Poder Judicial, a todos los tribunales, sin excepción, les toca garantizar la supremacía constitucional, por ello se afirma que en los Estados Unidos de América la justicia constitucional es difusa. Además no existen procedimientos especiales para desplegar esta actividad, de manera de que el control se realiza dentro de un caso ordinario, aunque se prevea un procedimiento especial para la protección de la libertad personal, el *habeas corpus.*

Por otra parte, la Corte Suprema está conformada por nueve miembros que, mientras observen buena conducta, ejercen sus cargos de manera vitalicia. Son propuestos por el Presidente ante el Senado que los examina y autoriza su designación. Sus miembros pueden conocer de cualquier caso con independencia de la materia, aunque como lo precisa Canova (2012) "la Constitución le ha encomendado, de modo particular, la misión de participar en los juicios en los que se discuta la integridad de sus normas, así como la de las leyes federales y los tratados celebrados por los Estados Unidos" (p. 338). Tiene la potestad de elegir discrecionalmente los casos en los que interviene, basando su selección en aquellos que se refieren a cuestiones cuya resolución trasciende los hechos y las personas involucradas. No hay recurso contra la negativa de la Corte de conocer un determinado caso. Es precisamente esta potestad de seleccionar sus casos lo que ha dado lugar a su especialización.

A estas características, hay que agregar el valor del precedente judicial, propio del "*common law*", la jurisprudencia tiene fuerza obligatoria y se debe decidir conforme a ella cuando se está en presencia de hechos similares, se convierte así, en fuente de Derecho. En este sistema a la Corte Suprema le toca resolver las controversias que se plantean en relación a los criterios diferentes que inevitablemente pudieran surgir entre los diversos tribunales. Esta eficacia *erga omnes* de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos no tiene su origen en una norma constitucional concreta, sino que es producto de una concepción abierta del Derecho que debe darle solución a los casos concretos que se le presentan a su conocimiento y que para brindar seguridad jurídica compromete al tribunal con la regla jurídica por el creada, por lo que, cada juez se vincula con sus propios precedentes, de manera más laxa con los precedentes creados por jueces de su misma categoría y de manera necesaria con un órgano superior, en este caso la Corte Suprema, con lo que se le brinda al sistema la unidad necesaria. (Rubio Llorente, 1988)

En lo que se refiere a las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos, es bueno resaltar que rara vez este alto tribunal asume casos en los que no este en juego la constitucionalidad de la Ley, lo que la asemeja a los Tribunales Constitucionales europeos, igualmente, que el contenido normativo de sus decisiones no solo está presente en lo que vendría a ser la parte dispositiva de la sentencia, sino que también lo hayamos en la fundamentación de la decisión, y que solo resulta vinculante cuando exista identidad en los elementos esenciales del caso objeto del pronunciamiento y aquel que se plantea con posterioridad.

Sistema europeo continental.

Cuando tratamos el tema del sistema europeo de justicia constitucional resulta indispensable referirnos a dos modelos; en primer lugar al modelo *kelseniano* que funcionó en Austria de 1920 a 1933, y que aún continua vigente en Francia donde se

instauró en 1958 y en segundo lugar, al modelo actual que impera en la mayoría de los estados europeos.

El llamado modelo *kelseniano,* que toma su nombre del ilustre jurista austriaco Hans Kelsen surge a inicios del siglo XX y actualmente desde el punto de vista práctico ha perdido vigencia, ya que no se aplica como fue previsto originalmente y solo en Francia funciona de una manera bastante fiel a sus postulados originales, pero a pesar de ello, no hay duda de que la doctrina de Kelsen ha influido en el llamado sistema europeo actual.

Como se desprende del estudio que sobre el tema ha elaborado Canova (2003a), el modelo *kelseniano,* surge como reacción a una realidad europea de finales del siglo XIX en la que el parlamento ocupaba el más alto sitial en importancia política dentro de la configuración del Estado y en lo jurídico la superioridad se le asignaba a la ley, ya que se la consideraba la expresión más directa de la voluntad popular, de allí surgía como consecuencia, el desplazamiento de la Constitución, considerada como una mera carta política, que además podía ser reformada con relativa facilidad.

Ante este predominio político y jurídico del legislador, los jueces quedaban relegados a un mero papel de funcionarios a los cuales les tocaba declarar que era lo que decía la ley, sin que les correspondiera interpretarla y mucho menos poner en duda su validez, como lo explica Canova (2003a) se consideraba prevaricación el que un juez suspendiera o impidiera la ejecución de los decretos legislativos. Esta situación que impedía cualquier control judicial sobre la actividad legislativa y por tanto daba lugar a un desmedido poder por parte del parlamento, sin que por otra parte existieran medios políticos de control sobre su propia actuación cuando esta violentaba la Constitución, dio lugar a una situación en la que se hizo evidente la necesidad de que se crearan vías jurisdiccionales que estuvieran destinadas a hacer valer los principios constitucionales, este pensamiento se consolida una vez concluida la Primera Guerra Mundial

Es entonces cuando Kelsen afirma la necesidad de implementar una garantía constitucional y comienza así a regir en Austria el sistema por el ideado, que sin embargo, quedo sin efecto a partir de la implantación del movimiento nazi. Hoy en día, pese a su influencia en toda Europa, es en Francia donde aún se aplica de manera más fiel a través de las actuaciones del llamado Consejo Constitucional que es el encargado del control constitucional.

El modelo *kelseniano* asienta sus bases en la consideración de la Constitución como una verdadera norma jurídica que deja de ser una mera carta política, ella impone valores, derechos y límites para el ejercicio del poder, que además son aplicables sin necesidad de una ley que los haga efectivos. La Constitución ahora considerada norma está destinada a actuar frente al legislador evaluando la constitucionalidad de los actos que dimanan de su función, de allí que el sistema está básicamente destinado a garantizar la constitucionalidad de las leyes.

Debido a la rigidez del principio de separación de poderes no era posible que los jueces ordinarios cuestionaran la constitucionalidad de las leyes, ello traía como consecuencia que no era factible que el Poder Judicial asumiera la facultad del control constitucional, de modo que dicho control se confiere a un único órgano especial creado con ese fin, que actúa por una vía igualmente especial. Ese órgano, si bien debía tener las características de un órgano jurisdiccional, tenía que estar necesariamente separado del Poder Judicial, en este caso se pensó como una dependencia del legislativo, pero dotada de independencia y que cumplía funciones precisamente de legislador negativo al anular aquellas leyes del parlamento que fueren contrarias a la Constitución.

Los miembros de este Tribunal Constitucional debían ser designados por los órganos políticos del Estado, aunque no estaba suficientemente claro si debían o no ser juristas. Aparte de la actividad contralora constitucional se le asignaron en Austria al Tribunal Constitucional otras funciones relativas a conflictos de competencia entre las diferentes entidades nacionales y las acciones de protección de los derechos reconocidos

por la Constitución. En Francia, el Consejo Constitucional cumple también actividades relacionadas con la materia electoral y de control presidencial.

Al Tribunal Constitucional creado por Kelsen le corresponde amparar la constitucionalidad de las leyes de manera abstracta, así como los actos generales incluidos los reglamentarios, pero no participa en la protección de los ciudadanos, ya que en el caso de la violación de sus derechos fundamentales, esta labor le corresponde a los tribunales ordinarios que se encuentran habilitados para actuar cuando esta violación de derechos dimana de la violación de la ley, por eso, solo si la violación deriva de una ley inconstitucional podría conocer del caso la justicia constitucional.

En cuanto al llamado modelo de justicia constitucional de la Europa actual, Canova (2003b) advierte que no existe allí un estilo único, que por lo contrario se dan en ese continente diferentes tipos o sistemas que van, con variaciones, desde el modelo norteamericano al *kelseniano*, de manera que el modelo que así se designa y que vamos a describir, funciona en un grupo de naciones europeas. Conforman ese grupo Alemania, Austria, España, Italia y Portugal, aunque advierte el autor que entre ellos, no reina una clara uniformidad, pero que son sin embargo, altamente representativos de la manera en que se aplica allí la justicia constitucional.

Analizando el tema desde el punto de vista histórico, Canova (2003b) nos indica que con el fin de evitar que en el futuro pudieran repetirse en Europa los indecibles abusos y flagrantes violaciones a los derechos humanos, que dieron lugar a la Segunda Guerra Mundial, los que políticamente se iniciaron con la toma del poder por una mayoría temporal y enajenada, y que en lo jurídico, contaron con el respaldo de los legisladores que no actuaron como correspondía, poniendo coto a los evidentes horrores cometidos contra una minoría a la que se pretendía eliminar, sino que por lo contrario se plegaron a ellos, perdiendo total y dramáticamente su prestigio, los estados europeos se vieron entonces precisados a recomponerse y crear un nuevo orden jurídico y político, con sistemas constitucionales dotados de los mecanismos propios para impedir los

horrores ocurridos, que garantizarán no solo los derechos de las mayorías, sino igualmente los de las minorías.

Los países envueltos en la guerra de manera más directa, una vez concluida, decidieron adoptar constituciones escritas que dejaran claramente establecidos cuáles eran los valores, derechos y limitaciones que debían considerarse esenciales y respecto a los cuales el cambio no fuera posible, contemplando además, un minucioso sistema de garantías que permitieran hacer efectiva en la práctica la letra de la Constitución, organizando con este fin, un sistema de justicia constitucional,

Al respecto, De Vega (2000) señala dos datos característicos del constitucionalismo surgido después de la Segunda Guerra Mundial, por una parte, la tendencia a desarrollar técnicas y mecanismos jurídicos que posibilitaran de manera efectiva la racionalidad y el control del poder, y por otra parte, la afirmación de que la Constitución está dotada de un verdadero valor normativo y no es una mera enunciación de principios.

Se dejó atrás la visión que basada en una rígida separación de poderes impedía el control de los unos respecto a los otros y dado el desprestigio de los legisladores y consecuencialmente el desplome de su supremacía, el nuevo modelo buscó establecer un verdadero equilibrio tomando lo que considero apropiado tanto del modelo norteamericano como del kelseniano y conformando un modelo propio.

El sistema se asemeja al Norteamericano en lo que se refiere a como se entiende la democracia y la Constitución, que es más un estatuto de derechos, que no se limita a establecer meros limites a los poderes del estado sino que se asume como una norma dotada de supremacía y cuya modificación está sometida a rígidas y obligatorias condiciones.

No se acogió el modelo norteamericano en lo referente a la posibilidad de que todos los jueces estuvieran facultados para desconocer la leyes contrarias a la

Constitución , ello sobre la base de que el juez que maneja este sistema debe estar dotado de capacidad creadora y no ser un mero funcionario acostumbrado a limitarse a aplicar la ley, como ocurría con los funcionarios de carrera que conformaban el Poder Judicial en esos país, a ello se agregaba la circunstancia de que no existía en Europa la tradición del efecto vinculante de la jurisprudencia de los tribunales superiores. Se quiso de esta manera evitar repetidos conflictos entre jueces y legisladores, que en Norteamérica no son frecuentes, dado que en el llamado el llamado control difuso de la constitucionalidad el efecto del desconocimiento de la ley lo es solo para el caso concreto.

El sistema acoge el modelo kelseniano, en cuanto crea un tribunal constitucional dotado de autonomía e independencia respecto de los demás poderes incluso del judicial. Si bien siendo su función jurisdiccional, en el ejercicio de la misma, eventualmente converge con los otros tribunales de la Nación en su labor de salvaguarda de la Constitución

Ese Tribunal Constitucional es el único que puede anular los actos que van en contra de la Constitución, los tribunales ordinarios pueden en sus decisiones analizar la constitucionalidad o no de los actos pero no pueden tomar la decisión de anularlo, en estos casos deben acudir al Tribunal Constitucional que es al único al que le corresponde declarar la nulidad de los mismos. Igualmente, pueden controlar la constitucionalidad de las normas reglamentarias o sublegales y desaplicarlas al caso concreto, pero no pueden anularlas, se establece así una relación de sumisión al Tribunal Constitucional.

Para Haro (1999) si bien los tribunales constitucionales nacen en Europa para resolver conflictos de competencia entre los diversos órganos del Estado, después de la Segunda Guerra Mundial se han convertido en destacados factores para la consolidación de la democracia y la garantía de los derechos fundamentales.

En su estudio titulado “Nuevas tendencias del derecho constitucional en Europa” Ángela Figueruelo Burrieza (2007), afirma que en Europa, actualmente, el impacto de la justicia constitucional es considerable y positivo. La autora se refiere a las corrientes

constitucionales surgidas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, resaltando entre ellas, las cartas magnas surgidas en Alemania 1949, Portugal 1976, España 1978, así como las promulgadas en los países surgidos de la disolución de la Unión Soviética, a las que considera resultado de un nuevo modelo iuspositivista del Estado Constitucional de Derecho que se caracteriza por constituciones rígidas y control constitucional de las leyes ordinarias. La autora deja fuera al modelo ingles por considerarlo un modelo diferente que se basa en una Constitución no escrita y flexible dentro de la tradición del *comon law*. Para Figueruelo (2007) el iuspositivismo es un fenómeno que se asienta en el estado moderno en el que las normas se codifican, mientras que el constitucionalismo se asienta en la rigidez de las constituciones como garantía jurisdiccional.

Haciendo historia, la autora observa que en Europa tiene absoluta relevancia la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, de la que se extrae el principio según el cual solo se considera dotada de Constitución aquella sociedad en la que exista separación de poderes y garantía de los derechos. Este concepto se desarrolló de manera diferente en los regímenes monárquicos y aquellos de izquierda que se basan en las ideas de Marx y Hegel. Mientras en los primeros solo prevalece la idea de Constitución como una codificación formal dentro de un sistema político superior, en los segundos la Constitución escrita es solo papel y la verdaderamente real está basada en las relaciones de poder, con lo que el concepto genérico de Constitución en la Europa del siglo XIX desaparece. Frente a esta realidad surge en 1919, después de la Primera Guerra Mundial, la Constitución de Weimar, producto del positivismo y la teoría de Schmitt que asimila Estado y Constitución. En 1920 Austria asume la teoría de Kelsen y se crea entonces un órgano especial para velar por la constitucionalidad de las leyes, que se desempeña como legislador negativo con decisiones de efecto *erga omnes*.

El moderno constitucionalismo se basa en el reconocimiento de que el poder está limitado y la libertad personal reconocida y surge después de la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia de los terribles hechos que la motivaron, los que en ella se sucedieron y sus consecuencias morales, materiales e históricas en el continente europeo. Este nuevo modelo acoge las ideas de Kelsen pero introduce novedades importantes, aunado a ello,

se promulgan en Europa nuevas Constituciones de raíz claramente democrática. La idea de que un poder sin límites es contrario a la libertad, se vincula al individualismo europeo que tiene su base en la religión y que desconfía siempre del Estado pues lo percibe como el más temible violador de los derechos humanos. Igualmente, en Europa se incrementa la función contralora de los jueces respecto a la constitucionalidad frente a la administración y el legislativo y se endurece el concepto de tutela judicial efectiva, que le permite a cualquier persona frente a una violación de su derecho por parte del Estado o los particulares, acudir a la autoridad judicial.

Refiere Figueruelo (2007), que ese control de la constitucionalidad se confiere a los jueces en el sistema europeo porque se desconfía del legislador al cual históricamente se le había conferido la supremacía, pero que actualmente se le percibe como poco independiente en lo político, dada su vinculación con los partidos y sus intereses particulares. Se hace necesario entonces, un contrapeso, representado por los jueces, quienes al no participar en la producción de la ley no están comprometidos con ella, lo que los hace más independientes. Se confiere esta función al llamado Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, que como un verdadero árbitro, depura el ordenamiento jurídico, defiende el contenido de los derechos fundamentales y resuelve los conflictos que se plantean entre los diferentes órganos del Estado, con lo que, haciendo uso de la prudencia y el rigor jurídico, realiza una función integradora del ordenamiento jurídico y fortalece el sistema democrático.

Desde esta perspectiva y sobre la base de un nuevo equilibrio entre poder y derechos fundamentales, Figueruelo (2007) nos propone el concepto de Constitución como: “la norma jurídica que emana del pueblo, titular de la soberanía, que en el ejercicio del poder constituyente decide elaborar unos preceptos vinculantes tanto para el Estado como para los ciudadanos.” (p. 204). Es norma fundamental porque define el sistema formal de fuentes del derecho, configura un sistema jurídico político con vocación de duración y permanencia frente a la transitoriedad de las leyes ordinarias, es un sistema que se da el pueblo como poder constituyente, que para ser modificado requiere el

cumplimiento de métodos rígidos y complicados, que ostenta preminencia jerárquica y que requiere un sistema de garantías que haga efectiva esa supremacía.

Rubio Llorente (1988) afirma de manera muy gráfica “La introducción de la jurisdicción constitucional en Europa no ha sido producto de una evolución, sino de una revolución.” (p. 21). En opinión de este autor, en contra de lo aceptado generalmente, no es correcto considerar a los sistemas europeos actuales de justicia constitucional como representantes de un modelo intermedio entre el norteamericano y el kelseniano de origen austríaco, porque en su criterio no es posible combinarlos, en los sistemas actuales sigue vigente una jurisdicción concentrada que se pronuncia sobre la validez del enunciado de una ley en abstracto y no sobre un pronunciamiento judicial previo acerca de una situación de hecho determinada, además, aquí lo vinculante es la decisión que declara la inconstitucionalidad y no sus fundamentos.

Para Rubio Llorente (1988) la creación del derecho, en el sistema europeo se puede dar de dos modos, mediante la anulación y mediante la transformación de la estructura ordinamental. Cuando se trata de una anulación, la decisión no solo anula una regla sino que consecuencialmente se crean nuevas reglas, el objeto de esa anulación es siempre el enunciado de una norma, las decisiones en el sistema europeo despliegan sus efectos espaciales en todo el territorio en el que la ley anulada ejercía sus efectos y en cuanto a lo temporal el efecto *erga omnes* de las decisiones tiene eficacia desde su publicación. En lo que se refiere a la transformación ordinamental lo que sucede es que la decisión no anula una norma sino la interpretación que se hacía de esa norma con anterioridad, de manera que, el juez crea a través de una nueva interpretación una nueva regla, con el inconveniente que esa nueva interpretación no pueda ser conocida o esté al alcance de todos, sino más bien de unos pocos funcionarios especializados.

Para cerrar este punto, vale la pena destacar que el reto más interesante y complicado al que se enfrenta el nuevo constitucionalismo europeo es fijar y establecer un equilibrio entre las constituciones de cada uno de los Estados que integran la Unión Europea y la necesidad de un orden superior de rango constitucional que represente a

todas esas naciones, es lo que se ha dado en llamar “teoría de la interconstitucionalidad” (Figueruelo 2007), a través del cual, se procura evitar y resolver los posibles conflictos a nivel constitucional entre las naciones integrantes de la Unión y de ellas con la Unión misma. Enfrentar este reto se hace cada día más necesario, si tenemos en cuenta la reciente decisión del Reino Unido de retirarse de la Unión Europea, ello de acuerdo a lo decidido por la mayoría de los ciudadanos mediante referendo realizado en el mes de junio de 2016. Buscar un equilibrio entre la Unión y los estados miembros, no solo a nivel económico y social, sino en lo que respecta a las normas que rigen el orden constitucional, se hace imprescindible. Ello debería dar origen a un derecho supranacional y a un nuevo modelo de constitucionalismo.

Sistema venezolano.

Para abordar el tema del valor de la jurisprudencia como fuente de Derecho Constitucional en el sistema venezolano, es conveniente hacer un breve recuento histórico de lo que ha sido la evolución de la justicia constitucional en nuestro país.

En primer lugar, es necesario señalar que el control jurisdiccional de la Constitución como lo plantea Fernández (2006), si bien nace en los Estados Unidos de Norteamérica, ha sido enriquecido por aportes de las naciones latinoamericanas que lo copiaron tempranamente de las Constituciones francesas del periodo revolucionario. Ese fue el caso de la primera Constitución Federal de Venezuela sancionada en 1811, inspirada en la Constitución Norteamericana y en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre de 1789. En realidad esta Constitución si bien no tuvo vigencia real, no puede ignorarse su significación simbólica y su valor de precedente digno de tener en cuenta. Esta Constitución establecía en su artículo 199 su primacía al consagrar la nulidad de toda ley que le fuera contraria, a menos que se hubieren llenado las condiciones para una justa y legítima revisión y sanción. Por su parte, el artículo 115 atribuía al Poder Judicial el conocimiento de todos los asuntos constitucionales, de allí que se diga que de 1811 a 1858 se da en nuestro país un período de control implícito que

se complementaba con un control político para las leyes provinciales que debían ser sometidas al Congreso antes de entrar en vigencia.

La Constitución de 1858, como continua señalando el mismo autor, atribuyó a la Corte Suprema la facultad de declarar a petición de cualquier ciudadano, la nulidad de las leyes provinciales que resultaran contrarias a la Constitución, se consagraba una acción por vía principal, lo que la convierte en pionera del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Esta acción principal fue suprimida por la Constitución de 1864, que si bien atribuyó la facultad a la Alta Corte Federal para conocer de la inconstitucionalidad de las leyes, estableció que la acción debía ser intentada por la mayoría de las legislaturas estadales o provinciales.

La Constitución de 1874 le dio la facultad a la Alta Corte Federal de conocer de una acción general para resolver las colisiones entre leyes, facultad que conservaron las constituciones de 1881 y 1891. La Constitución de 1893 introduce dos innovaciones, amplió los actos objeto de control; a leyes, decretos y resoluciones y determinó la declaración de inconstitucionalidad de toda norma reglamentaria de derechos constitucionales que los dañe o menoscabe. Este diseño se mantiene con la excepción del periodo que va de 1901 a 1904. En efecto, en 1897 se incluye en el Código de Procedimiento Civil el control difuso de la constitucionalidad, el cual fue ratificado en la Constitución de 1901, que lo complementó con la facultad conferida a los jueces de consultar a la Corte Suprema las cuestiones de constitucionalidad, facultad que sería eliminada en 1904.

Ruggieri Parra (1944) en su obra sobre el Derecho Constitucional Venezolano realiza también un análisis del proceso que se operó en nuestro país respecto a las facultades de la Corte Suprema para controlar los actos emanados del Poder Público y declarar su nulidad. En su recuento histórico el autor explica que en las constituciones de 1830 y 1857, el Poder Legislativo tenía tal predominio en Venezuela que resultaba imposible que el Poder Judicial pudiera ejercer algún control en cuanto a la constitucionalidad de las leyes, el supremo intérprete de las leyes era el Congreso

Nacional. En 1858 cuando se ampliaron las atribuciones de las Provincias, el Constituyente tuvo miedo de que las Asambleas invadieran funciones que no les correspondían, por ello se confirió a la Corte Suprema la facultad de declarar la nulidad de los actos legislativos que dictarán las legislaturas provinciales, la Corte Suprema en estos casos podía actuar por solicitud de cualquier ciudadano. Para Ruggieri Parra este es ya un esbozo del poder de control en manos de la Corte Suprema. Las constituciones promulgadas entre el año de 1864 hasta 1891 le confieren a la Corte Federal la facultad de declarar cual era la ley vigente en casos de colisión. En 1893 se agregó a esta facultad, la de declarar la nulidad de decretos y resoluciones, los actos de la autoridad nacional o del Distrito Federal cuando se dicten usurpando el poder. En 1901 se suprimió la facultad relacionada con la colisión de las leyes pero se conservaron las otras facultades, agregándose la posibilidad de que cuando dentro de un proceso se discutiere la constitucionalidad de una norma, el juez o en interesado podían acudir a la Corte a fin de que se pronunciara al respecto, sin que se paralizara el curso de la causa.

En 1904, continua Ruggieri Parra, los actos de los altos funcionarios, los del Distrito Federal y los de los estados se someten a la Corte Federal y de Casación, en los casos en que se hayan dictado con exceso de poder. En 1925, se establecen una serie de innovaciones, ya que es posible que la Corte anule una ley, cuando las nulidades de sus artículos sean de tal relevancia que determinen la conveniencia de que se deje sin efecto la totalidad de la ley, pero en lo que respecta a la invalidez de las resoluciones ministeriales relativas a contratos, solo podían ser anuladas a través de un juicio contencioso. En 1936 se atribuye a la Corte Suprema el conocimiento de las colisiones de las leyes nacionales, estadales y municipales con la Constitución, refiere Ruggieri que en esa Constitución se incluyó un acápite que “ha dado lugar a vivas discusiones”, se trata de un texto que dispone la facultad de la Corte para declarar “y en general (la nulidad) de todos los actos del poder público violatorios de la Constitución”. El autor concluye que “… el poder de control ha nacido en realidad con el sistema federal, y que en el proceso constitucional del país, la organización de la Corte sigue el ritmo ascendente de nuestra evolución centralista.” (p. 152)

En cuanto a la Constitución de 1961, que fue promulgada una vez concluido un periodo en el que imperó en el país un régimen militar derrocado en 1958, con lo que se da inicio a un nuevo periodo democrático que acomete como misión fundamental la elaboración de un nuevo texto constitucional que dé respuestas y se adapte a la nueva realidad del país. En esta Constitución la jurisdicción constitucional como control concentrado se atribuyó a la Corte Suprema de Justicia en su Sala Plena y no a un órgano jurisdiccional especializado, mientras que el control difuso era atribuido a todos los jueces de la República, a la vez que se aplicaba el recurso de Amparo Constitucional a través de todos los jueces según su competencia.

De manera que coexistían de manera paralela tres modalidades de control constitucional sin que existiera vínculo entre ellas lo que generaba en la práctica la imposibilidad de unificar criterios, de allí que pudieran coexistir decisiones contradictorias ya que la Sala Plena no tenía competencia para revisar las sentencias de control difuso de la constitucionalidad y ni siguiera tenia facultad en materia de amparo, el que fundamentalmente se atribuía al conocimiento de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

> El ordenamiento jurídico venezolano carecía de la consagración expresada de una jurisdicción constitucional, escasamente le eran atribuidas a la Sala Plena, de la entonces Corte Suprema de Justicia, como máxima representación del Poder Judicial, funciones en defensa y garantía constitucional, como lo era el control en abstracto de la constitucionalidad de los actos del Poder Público, y algunas normas, aisladamente, referían cuestiones en materia de control judicial constitucional, que a veces confundían con la jurisdicción contencioso administrativa, pero una jurisdicción constitucional como tal, asumida por algún órgano especializado, no existió entre las normas que regulaban el periodo preconstitucional. (García, 2002, p.12)

El control judicial sobre la constitucionalidad como funciona en la actualidad, es producto de la recomposición del sistema democrático que supuso la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente en 1999. En un proceso sin antecedentes en nuestro país, mediante elección popular se escogieron los representantes que asumieron la responsabilidad de crear una nueva Constitución la cual fue aprobada por la Asamblea el 16-11-99 y sometida a la consideración de los venezolanos. La nueva Ley Fundamental de la República fue aprobada mediante referéndum celebrado el 15-12-99 por el 71,78% de los votantes, con una abstención electoral del 55,62%, para ser publicada en Gaceta Oficial el 30-12-99 (Brewer-Carias, 2000).

Con la promulgación de la nueva Constitución en el año de 1999 y dadas las funciones que esta le asigna al Tribunal Supremo de Justicia y particularmente a la Sala Constitucional, no solo se modificó la tradicional distribución de funciones entre los distintos órganos del Poder Público, sino que se estableció un nuevo sistema de control de la constitucionalidad por parte de los funcionarios judiciales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución de 1999, se estableció un sistema mixto de control de constitucionalidad, que obliga a todos los jueces de la República a asegurar la integridad de la Constitución por medio del denominado control difuso, que le impone a los jueces desaplicar en el caso concreto que estuvieren conociendo de acuerdo a la materia de su competencia, aquellas normas que consideren contrarias a la Carta Magna. En el caso particular del proceso penal esta obligación de los jueces de rango constitucional, se ratifica en el artículo 19 del Código Orgánico procesal Penal que dispone que los jueces deben velar por la incolumidad de la Constitución, de manera que cuando una ley colidiera con ella, los tribunales deben atenerse a la norma constitucional.

Como lo señala Haro (2007) el control difuso de la constitucionalidad no es una facultad discrecional de los jueces, es un poder-deber, que les obliga a desaplicar en el caso concreto las normas contrarias a la Constitución, para proceder entonces a aplicar la norma o principio constitucional que corresponda.

Para cumplir con esta labor el juez debe realizar un análisis exhaustivo de la norma o principio constitucional aplicable al caso concreto y también de la norma inicialmente establecida para el caso en cuestión y que eventualmente pudiera ser desaplicada, verificando si esta última puede interpretarse de forma que resulte compatible con la Constitución, solo si esto no es posible se procederá a su desaplicación. (Casal 2000). Todas las sentencias firmes donde se ha aplicado el control difuso de la constitucionalidad están sometidas a revisión obligatoria por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,

Sin embargo, esta facultad de rango constitucional que confiere a todos los jueces del país el llamado control difuso, consagrado de manera expresa en la Constitución, en opinión de Brewer Carias (2004) está siendo limitado por la propia Sala Constitucional, en cuyos criterios se observa una marcada tendencia a la centralización de la justicia constitucional, lo que considera contrario a lo dispuesto en el texto constitucional, en su criterio, la Sala actúa de manera ilegítima cercenándole a los jueces la potestad necesaria de interpretar los valores y principios constitucionales en relación con las leyes que les toca aplicar al caso concreto que están conociendo y que deben decidir . Al efecto, el autor trae a colación la sentencia Nº 833 del 25-5-01, en la que con carácter vinculante, la Sala Constitucional establece que los jueces no pueden desaplicar normas fundándose en principios constitucionales o en su interpretación.

> Fuera de la Sala Constitucional, debido a las facultades que le otorga el artículo 335 de la Constitución vigente, con su carácter de máximo y última intérprete de la Constitución y unificador de su interpretación y aplicación, no pueden los jueces desaplicar o inaplicar normas, fundándose en principios constitucionales o interpretaciones motu propio que de ellas hagan, ya que el artículo 334 comentado no expresa que según los principios constitucionales, se adelante tal control difuso. Esta es función de los jueces que ejercen el control concentrado, con una modalidad para el derecho venezolano, cual es que sólo la interpretación constitucional

que jurisdiccionalmente haga esta Sala, es vinculante para cualquier juez, así esté autorizado para realizar control concentrado.

Por otra parte, la Carta Magna reserva a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia lo que se denomina control concentrado, mediante el cual corresponde a ese órgano, con efecto general que afecta a todos los ciudadanos y obliga a todos los tribunales de la República, declarar la nulidad de aquellas normas que se consideran contrarias a la Constitución.

En la actualidad en Venezuela, de acuerdo a lo dispuesto en el texto constitucional, todos y cada uno de los jueces, no importa su jerarquía dentro del Poder Judicial tienen la misión de asegurar la integridad de la Constitución y si bien no se separó a la Sala Constitucional del resto del Poder Judicial, ya que se la concibe como parte del Tribunal Supremo de Justicia, máxima instancia judicial de la República, se le concede sin embargo, la facultad de actuar como interprete supremo de la Constitución.

Habría que agregar que la realidad parece haber superado al propio texto de la Constitución, pues la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a través de su jurisprudencia ha considerado que sus facultades como máximo y último interprete de la Constitución le atribuyen, lo que Berrios (2011) califica como un control universal, ya que no solo ejerce el control de la constitucionalidad de los actos del Poder Público, sino que además revisa las decisiones de todos los tribunales de la República, incluso de las otras salas del Tribunal Supremo, que se pronuncien en materia de amparo o control difuso de la constitucionalidad, con lo que su actividad afecta o influye a todos los poderes del Estado.

En lo que respecta a la materia procesal penal el Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 19, establece el control constitucional por parte de los jueces, quienes deben atenerse a la norma constitucional “cuando la ley cuya aplicación se pida colidiere con ella.”

La Jurisdicción Constitucional se integra entonces, con todos y cada uno de los jueces de la República que garantizan la integridad de la Constitución, junto con la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que como su intérprete supremo decide acerca de la constitucionalidad de las leyes y los actos emanados del Poder Público y a la que además, le corresponde controlar que la interpretación y aplicación de la Constitución que realizan todos los jueces de la Republica se realice de forma uniforme y armónica.

Por otra parte, se puede también hablar de los modelos de justicia constitucional latinoamericanos, en el que se incluye el venezolano, Canovas (2012) opina que aun cuando en esta parte del mundo tenemos una serie de problemas comunes recurrentes como lo son ”las desigualdades, la fragilidad de nuestros gobiernos democráticos y la ausencia de sentimiento constitucional” (p. 19), sin embargo, a pesar de esa realidad, han surgido una serie de mecanismos peculiares destinados a la protección de la constitucionalidad que han llevado a algunos a hablar de un “modelo iberoamericano verdadero y autónomo de justicia constitucional”, otros sin embargo, piensan que se trata simplemente de la mezcla de los modelos norteamericano y kelseniano. Al respecto, somos de la opinión de que es precisamente la existencia de esos problemas que padecemos, lo que nos ha obligado a crear esas formas propias de protección para enfrentar nuestra realidad.

En su interesante estudio de derecho comparado Canova (2012) concluye que en la mayoría de las naciones iberoamericanas podemos encontrar importantes coincidencias en el modelo imperante de justicia constitucional. Son once los países en los que se observan importantes similitudes y que podrían ser los exponentes de un modelo propiamente iberoamericano pues concuerdan en la mayoría de sus características, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Perú, República Dominicana y Venezuela.

Llama la atención que estas coincidencias se han dado en estas naciones a pesar de la inexistencia de un “plan maestro general” (p. 314). Esos rasgos comunes en la

mayoría de los países mencionados serían entre otros, los siguientes: en la mayoría el Tribunal Constitucional forma parte del Poder Judicial y se conforma de manera política, también se observan coincidencias en cuanto a la designación de sus magistrados, su número y duración en el cargo, además, se da la participación de la ciudadanía en el control especial represivo de la constitucionalidad, existe la inconstitucionalidad formal y material como motivo de invalidez de las leyes, igualmente, existe el amparo de los derechos constitucionales por procesos generales y específicos y procesos específicos de amparo inicial y alternativo.

Así mismo, en la gran mayoría, con algunas pocas excepciones, se presenta el control mixto de constitucionalidad de las leyes, por vía especial e incidental, así como el control represivo especial de constitucionalidad por vía de acción directa y se consideran amparables todos los derechos constitucionales por procesos específicos. Es menester destacar que como lo expresa Canova (2012) esta comparación se ha efectuado desde un punto de vista formal, a partir del análisis de las legislaciones de los respectivos países, aunque es posible que pudieran darse en la práctica algunas previsibles diferencias.

Uno de los rasgos más interesantes en el modelo iberoamericano, es que "todos los órganos del Poder Judicial se alzan como parte activa de la justicia constitucional" (p. 438), ello a pesar de que están previstos medios procesales especiales para controlar el apego de las leyes a la norma suprema, así como para tutelar los derechos fundamentales. Ello podría interpretarse como una consecuencia de la vigencia en la región del principio de supremacía constitucional. Como resultado de su estudio el autor concluye:

> Este modelo iberoamericano, construido sobre una finalidad común, a saber, la protección de los derechos fundamentales, y reunido en torno a varios caracteres prominentes, entre los que se destaca la participación directa de la ciudadanía en los procesos constitucionales, la pluralidad de mecanismos para asegurar la constitucionalidad y la naturaleza de orden público estricto de los mismos, cuenta además con una singularidad

acentuada en el contexto comparado, que permite hablar, asimismo, de una cierta originalidad. (p. 435)

Bloque de Constitucionalidad.

Se suele distinguir entre Constitución en sentido formal y Constitución en sentido material, el primero de los conceptos alude a la Constitución escrita cuyas normas se aprueban y se reforman cumpliendo requisitos especiales; el segundo se refiere a un conjunto de normas que tienen por objeto la organización del Estado y sus poderes, así como las relaciones de los ciudadanos con el Estado.

En criterio de Ignacio De Otto (1998), esta es una diferenciación que tiene sus orígenes en un fenómeno europeo, donde solo hasta inicios del siglo XX se impuso la idea de la necesidad de una norma suprema.

De esta diferenciación también se deriva que es posible encontrar dentro del texto constitucional normas, que si bien tienen esa denominación en razón de su ubicación, sin embargo debido a la materia que regulan, no serían propiamente normas materialmente constitucionales, aunque si lo serían formalmente.

Sin embargo, en criterio de Ignacio De Otto (1998), lo que verdaderamente da el rango constitucional a una norma es que esté situada dentro del ordenamiento jurídico en una posición superior a la de la legislación, lo que se materializa en el caso de que su infracción sea considerada antijurídica, “el que una norma tenga por objeto regular la creación normativa de los órganos superiores del Estado no le confiere ningún valor si el ordenamiento no prevé que su infracción es antijurídica”. (p. 18)

De lo que no hay duda, es del definitivo e indisoluble vínculo entre Constitución y Estado. “La relación entre Estado y Constitución es tan sólida que no puede existir

Estado sin Constitución, pero tampoco Constitución sin Estado. La Constitución existe para organizar y limitar un Estado". (Monroy. 2005. p. 25)

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

El concepto de Bloque de la Constitucionalidad es de reciente incorporación al estudio del Derecho Constitucional, por ello su contenido aún no se encuentra definitivamente definido ya que al referirse al mismo, la doctrina y jurisprudencia se remiten a distintas realidades, no se alude a la simple relevancia constitucional de las normas contenidas en dicho Bloque, que sin duda la tienen, sino que más bien se trata, según Rubio Llorente (1997) de "un conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencias, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen". (p.65)

El concepto según lo refiere el mencionado autor, aparece por primera vez en la doctrina del Tribunal Constitucional español en el año de 1984 y tiene estrecha relación con los asuntos referidos a la delimitación de competencias entre el Estado Español y las Comunidades Autónomas, aunque la jurisprudencia presenta oscilaciones en este tema.

En la doctrina francesa el Bloque de la Constitución se refiere a las normas que el Consejo Constitucional aplica a los fines del control previo de las leyes y Reglamentos Parlamentarios.

Para nosotros el concepto tiene su propia consideración, así el Bloque de la Constitucionalidad viene a ser el conjunto de principios, muy especialmente aquellos referidos a los derechos humanos, y normas de derecho interno o de derecho internacional, que aunque no se encuentran formalmente contenidos en el texto constitucional, sin embargo, la propia Constitución les confiere su misma jerarquía.

Se trata de principios con valor constitucional que deben tenerse en cuenta a los fines de determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una determinada norma, acto o situación sometido a control.

Precisamente, es eso lo que hace pertinente su mención en un estudio acerca de la Jurisdicción Constitucional y su labor de interpretación constitucional, ya que esos principios y valores a los que se le confiere una jerarquía tal, que por la naturaleza de sus contenidos, no es posible dejarlos de lado al momento de someter a control un determinado acto normativo, vienen a ser entonces guías indispensables para el intérprete y fundamento necesario de las decisiones en materia constitucional.

Bidart Campos (1995) relaciona el concepto de Bloque de Constitucionalidad con el de supralegalidad y refiere que en el derecho constitucional francés se interpreta que los principios y derechos que surgen de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se encuentran en un nivel de supralegalidad que les da supremacía sobre toda Constitución francesa, por lo que en criterio del autor la Declaración está integrada al Bloque de Constitucionalidad. Cita Bidart Campos un ejemplo de derecho comparado que nos parece muy interesante, se trata de las constituciones que le atribuyen a los tratados internacionales sobre derechos humanos, una jerarquía superior a la de la propia Constitución. Precisamente, ese es el caso de la venezolana que en el artículo 23 dispone que los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por nuestro país tienen jerarquía constitucional y prevalecen sobre el orden interno cuando sus normas resulten más favorables que las contenidas en nuestra Carta Magna.

Los instrumentos contenidos en el Bloque de Constitucionalidad no desplazan a las normas de la Constitución, como alguno podría pensar, más bien las refuerzan y complementan y su utilidad reside en que sirven como parámetro para el control de la constitucionalidad.

En este punto resulta interesante hacer mención a un tema tratado por Díaz Revorio (2000), se trata de la creación de derechos "no escritos", no se trata de esa dimensión supralegal que integra el llamado Bloque de Constitucionalidad sino más bien de una realidad que se pone de manifiesto cuando en la sociedad surgen nuevas realidades o situaciones que determinan la necesidad de que se reconozcan nuevos derechos que no aparecen contemplados en la Constitución, ante esta dinámica las sucesivas reformas de la Constitución para resolver estas carencias no parecen lo más recomendable por lo que es la interpretación que hacen los tribunales constitucionales la vía idónea para solucionar el problema. Esa interpretación, sin embargo, necesita un fundamento en la propia Constitución, bien sea en una norma concreta o a través de la vía argumental.

En la práctica el surgimiento de estos nuevos derechos puede fundamentarse por diferentes vías, como lo señala Díaz Revorio, puede darse el caso de constituciones que tienen una lista abierta de derechos, con lo cual se facilita la labor creadora, en otros casos, las constituciones incluyen un catálogo de valores generales expresamente reconocidos, cuando eso ocurre es sobre la base de dichos valores que se sustenta el surgimiento de los nuevos derechos. Entre los valores que constituyen una rica fuente para la creación, está el valor fundamental de la libertad que puede servir de base para el nacimiento de tales nuevos derechos, ya que la libertad no solo no puede restringirse arbitrariamente, sino que además de ella pueden derivarse una amplia gama de derechos que se consideran como parte del concepto de libertad.

Capitulo II

Configuración de los criterios orientadores de la jurisprudencia constitucional

La interpretación que realiza en nuestro caso particular la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que se plasma en la doctrina contenida en sus sentencias es no solo una labor de la más alta jerarquía en el plano jurídico, sino que además tiene una significación muy especial en cuanto a la percepción de la justicia que tiene la sociedad venezolana, porque en su jurisprudencia deben reflejarse los principios y aspiraciones de los ciudadanos que pretenden legítimamente encontrar en los órganos de justicia una instancia en la que se reconozcan y se hagan realidad los derechos que la Constitución les reconoce. Esta debe ser la guía que oriente la tarea que cumplen los magistrados.

Como lo expresa Monroy (2002) "…la teoría de la interpretación es la esencia de la Teoría de la Constitución y parte fundamental de la Teoría del Derecho….La interpretación constitucional se ha fortalecido con la tendencia actual a considerar al juez como creador del derecho y no aplicador mecánico de la norma" (p.1)

La interpretación resulta indispensable para la comprensión y la aplicación del derecho, tanto más cuando se trata de interpretar la normativa constitucional dadas sus características. Toda labor de subsunción de una situación de hecho en el ordenamiento jurídico, toda calificación jurídica, toda aplicación de la norma, requiere una labor previa de interpretación, interpreta el juez, interpreta el funcionario, interpreta el ciudadano, se trata de una tarea constante y necesaria, como lo define La Roche (2001) "Interpretar es delimitar el significado de un término. Es esclarecerlo y desentrañar su sentido. Consiste también en lograr que su expresión armonice con el conjunto al cual pertenece" (p. 4)

Hay que tener en cuenta, como lo señala Comanducci (2000), que dada la naturaleza de sus normas la especificidad de la interpretación constitucional es efectivamente una realidad, aunque para el autor, el problema de la interpretación debe abordarse desde la perspectiva del concepto que se tenga de Constitución, pues según lo que se entienda por Constitución, se entenderá la interpretación de manera diferente.

Así tenemos que cuando Haberle (2002) nos plantea su tesis de “Constitución como Cultura” señala de manera muy acertada que no solo es el Juez quien interpreta la Constitución, porque en su criterio muchos participan en el proceso, y destaca como “todas las fuerzas públicas pluralistas interpretan potencialmente” muchos asuntos que ni siquiera llegan al juez constitucional. “Los participantes, así como quienes interpretan en sentido amplio, despliegan de manera autónoma derecho constitucional material. El proceso jurídico constitucional no representa el único acceso al proceso de la interpretación constitucional”, se trata de “intérpretes de la sociedad abierta” (p. 138-139).

Por ello, cuando a la Sala Constitucional le toca interpretar las normas y leyes frente a las cuales la colectividad se encuentra en una posición de especial sensibilidad, como lo serían por ejemplo aquellas relacionadas con el proceso penal, ya que no podemos perder de vista que es en el ámbito penal que más frecuentemente el ciudadano común efectivamente se relaciona con el derecho, debe tener un especial cuidado, pues estas normas ya han pasado por un proceso de interpretación en el cual han participado importantes sectores de la sociedad. “Cuando el Tribunal Constitucional federal examina una ley de características tales debería considerar que a esta ley le subyace una legitimidad especial, pues fueron muchos los que participaron en el proceso democrático de interpretación constitucional” (Haberle, 2002, p.142)

La jurisprudencia constitucional tiene como función interpretar la Constitución para lograr la finalidad de completar el derecho; en el ejercicio de esta función se convierte en “creador de derecho”, pero cuando realiza esa actividad, que le impone el aparente vacío que se presenta cuando las normas no parecen resolver un caso concreto, deben actuar de manera racional y alejarse de la arbitrariedad, haciendo uso de criterios prácticos y del principio de equidad.

El mismo autor, le otorga un particular valor a los votos salvados que eventualmente se producen dentro de las sentencias y que en su criterio, son la expresión

de un quehacer democrático dentro de la actividad de los jueces que conforman la Sala Constitucional. “Los votos particulares constituyen también un fragmento de democracia” (p.171) se proyectan al futuro, porque eventualmente su contenido puede llegar a ser criterio mayoritario del tribunal y reflejan la aceptación de las diferencias como característica de una sociedad donde se reconoce la pluralidad.

Para García De Enterria (1994), el tema del Juez como creador de Derecho está íntimamente vinculado, con los criterios interpretativos y aplicativos de los Tribunales Constitucionales, quienes hacen uso del método jurídico más estricto para extraer del texto constitucional los criterios de sus decisiones, pero cuya labor ha sido objeto de cuestionamiento por lo que algunos consideran un carácter “excesivamente creador de la jurisprudencia constitucional” (p. 222).

Frente a este asunto como lo anota el mismo autor, tiene que tenerse en cuenta que el Derecho no es como algunos parecieran pretenderlo un texto y nada más, sino que es un conjunto de principios y conceptos que tienen vida propia, a los cuales la sociedad exige que vayan adaptándose y dando respuestas a la cambiante realidad, desde esta perspectiva la labor del juez en este sentido, no es producto de su capricho, sino una responsabilidad y una necesidad. Es precisamente a quien se le puede exigir esa misión, dado el conocimiento que tiene en el manejo de esos principios y conceptos, de allí que para el autor, no hay por parte del Tribunal Constitucional usurpación del poder normativo, sino más bien uso de las técnicas para interpretar y aplicar las normas jurídicas.

En el caso de la norma constitucional, su propia naturaleza que las hace breves y normalmente abiertas y al texto extremadamente concentrado, trae como consecuencia que la labor del intérprete sea prácticamente indispensable, además, esta labor tiene una particularidad, la dificultad que se presenta para establecer un rango respecto a los distintos valores y principios, en base a lo cual, los de mayor rango prevalecen sobre los otros. De allí que la labor de interpretación resulta indispensable cuando lo que se aspira es que la Constitución sea norma aplicable a las realidades de la sociedad.

Diferentes métodos aplicados a la interpretación constitucional.

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

> Esa tarea de reconocer en un fenómeno concreto un caso de aplicación de una regla general cualquiera, esta expuesta a las frecuentes pero remediables incertidumbres que se originan en la ambigüedad y vaguedad de muchas de las expresiones de los lenguajes naturales, y a la irremediable incertidumbre que nace del hecho de que esos lenguajes tienen una textura abierta. (Carrió, 1990, p.151)

Es indudable que la apertura que caracteriza al texto constitucional, ha de complementarse con una interpretación igualmente abierta, que tiene como sustento de sus criterios los principios fundamentales que se entienden como anteriores a la misma norma y que son básicamente aquellos que se refieren a los derechos humanos.

La función de interpretación constitucional que desarrollan los jueces, en criterio de Monroy (2002) se ha fortalecido en base a la tendencia actual que considera que la labor de los jueces debe ir más allá de aplicar simplemente la norma establecida, pues cuando interpretan y aplican esa norma crean derecho. Este criterio tiene una evidente consecuencia y es que esa labor judicial tiende a asemejarse a la que le corresponde al legislador, sobre todo en lo que corresponde al derecho constitucional el producto de la interpretación realizada por los jueces constituye una muy considerable e importante porción de esa especialidad.

Al respecto Hesse (1992) señala que para el Derecho Constitucional la cuestión de la interpretación es fundamental, “pues dado el carácter abierto y amplio de la Constitución, los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores del ordenamiento cuyas normas son más detalladas” (p. 4).

Ferreres (2000), cuando analiza las relaciones entre justicia constitucional y democracia, concluye: “El significado de la Constitución no se establece de una vez para siempre: es el producto de una conversación abierta a todos, y es objeto de una búsqueda sin termino.” (p. 303)

Böckenfórde (1993) en su obra sobre Derechos Fundamentales, hace un repaso de los diferentes métodos que se han aplicado a la interpretación constitucional, aspecto este que considera de primer orden dadas las amplias competencias que se confieren a la jurisdicción constitucional, aunque en su criterio “no se ha consolidado hasta el momento el método de interpretación constitucional”(p. 13)

Método Hermenéutico-Clásico. La Constitución se interpreta como se interpreta una ley, su particularidad en modo alguno suprime las reglas generales de interpretación, sistemática, lógica, histórica y gramatical. No es Ley toda norma jurídica, sino aquella que tiene una determinada estructura normativo-material. La Constitución es por su estructura un ordenamiento marco ya que fija de manera general, condiciones marco y reglas procedimentales para el proceso de acción y decisión política y adopta decisiones fundamentales para la relación Individuo, Sociedad y Estado, pero no contiene reglas de ejecución judicial o administrativas.

Método Tópico Orientado al Problema. Dentro de este método se distinguen dos fases, la primera, el establecimiento de la Tópica y del pensamiento problemático como método de interpretación constitucional, la segunda, la democratización y radicalización del método. En este método, la orientación viene dada por el problema, de esta forma se busca remediar la insuficiencia de las reglas clásicas de interpretación y el carácter de “apertura estructural” propia de la Constitución. La interpretación constitucional para ser

funcional requiere de un amplio consenso acerca de la existencia y contenido de la Constitución.

Interpretación de la Constitución orientada a las ciencias de la realidad. El fundamento de la interpretación no es el texto literal ni la abstracción dogmática, sino el sentido y la realidad de la Constitución. La vía para establecer el contenido normativo de la Constitución es la comprensión axiológica de las ciencias del espíritu y la comprensión de los estados de conciencia, constelaciones de valores y procesos de integración. Por su naturaleza la Constitución es elástica, autointegradora, y mutable.

Interpretación constitucional hermeneutico-concretizadora**.** Dentro de este método, como continua explicándolo Böckenfórde (1993) se pueden distinguir dos corrientes.

a) Interpretación como Concretización propuesta por Hesse: Los problemas de interpretación surgen cuando la Constitución aún no ha decidido sobre el particular ya que a ese respecto no tiene criterios claros. El intérprete crea y rellena el derecho. La concretización se da cuando la interpretación aporta un contenido a la norma indeterminada. El texto de la norma es el límite de la interpretación.

b) Racionalización metódica del proceso de concretización propuesta por Müller: Analiza el proceso de concretización, lo racionaliza y estructura sobre la base de su vinculación normativa. Para que la norma constitucional sea aplicable a un caso concreto debe ser primero concretizada, predeterminada en una norma de decisión. La concretización como interpretación y viceversa, genera una progresiva predeterminación de la Constitución, perdiendo de esa manera su carácter de norma marco (p. 15-35).

Interpretar es comprender y desentrañar las disposiciones jurídicas, así lo afirma Duque (2014) y una vez que han sido interpretadas toca seleccionar entre ellas, la que corresponde al caso en consideración, esa interpretación se hace de acuerdo al significado y conexión de las palabras, pero también en base a la intención del legislador y el

constituyente. El resultado de ese proceso es una norma hecha realidad. En materia constitucional el fin fundamental de esta labor de interpretación es esclarecer la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma sometida a examen, en caso de inconstitucionalidad ella pudiera ser consecuencia de la forma en que está concebida la misma norma, pero también puede derivar de la interpretación que se le ha dado y de su alcance tanto en lo procesal como en lo probatorio.

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

Este método de interpretación es el que se designa como “pro ciudadano” y que en el caso de las sentencias interpretativas debe atenerse al contenido normativo que se extrae del texto constitucional. Asimismo, en el caso de derechos constitucionales que no tienen prevista la forma de su ejercicio, el intérprete debe dar la solución al problema con vista a la garantía de los derechos humanos, más que a la parte orgánica de las normas (Duque, 2005)

La apertura en la interpretación implica igualmente el uso prudente de criterios vinculantes, ya que estos tienden a congelar la norma, puesto que se le condena a permanecer inalterada sin que sea posible adecuarla a las muchas y cambiantes situaciones que la realidad cada día nos aporta.

La interpretación debe responder a un criterio plural ya que indudablemente son múltiples y muy variadas las situaciones que se han de considerar a la luz de la normativa constitucional.

En criterio de Hesse (1992), cuando se interpreta la Constitución se realiza una función de “concretización”, tarea esta en cuyo cumplimiento, resultan insuficientes los métodos tradicionales de interpretación. Es por eso que Hesse sostiene que para cumplir esta labor es indispensable que el intérprete con anterioridad haya comprendido el contenido de la norma, es lo que llama “precomprensión”, es esta la que le permite, teniendo en cuenta la realidad, analizar la norma y aplicarla al caso concreto, aportando una solución que estará siempre limitada por el propio texto constitucional que no debe ser cambiado ni quebrantado por el intérprete.

Para este autor, la interpretación se hace necesaria en el caso de no pueda derivarse directamente del texto constitucional ninguna conclusión y solo puedan extraerse de la norma, algunos puntos de apoyo que resultan por si mismos insuficientes. Cuando el contenido de la norma constitucional no es claro, es necesario completarlo a través de la interpretación, para ello el intérprete se sitúa en su específica situación histórica, teniendo en cuenta el caso concreto pues la interpretación constitucional no puede estar nunca desvinculada de los problemas concretos, sin olvidar la fundamentación que le brindan los conceptos de la Teoría de la Constitución.

El proceso de concretización está determinado por el objeto de la interpretación, que no es otro que la propia Constitución y por el caso o problema en cuestión. Es mediante una actuación a la que Hesse (1992) denomina “tópica” que consiste en someter el problema a distintos puntos de vista, siempre relacionados con el problema, que se someten a las “opiniones a favor y en contra” para fundamentar la decisión de la manera más clara posible.

Igualmente, señala el autor que debe analizarse el problema a la luz de decisiones previas, el ámbito normativo y los principios de interpretación constitucional, cuales son: el principio de unidad de la Constitución, la concordancia práctica de los distintos “bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”, el criterio de corrección funcional que determina que la interpretación no debe modificar la distribución de las funciones en

particular las del legislador y el juez constitucional, la eficacia integradora que mantiene la unidad y la fuerza normativa de la Constitución.

Bidart Campos (1995) cuando se refiere a la interpretación constitucional, nos habla de la fuerza normativa de la totalidad de la Constitución, en su criterio, ninguna parte de ella debe quedar sin aplicación, toda ella es suprema y por tanto posee valor normativo vinculante, de allí que la interpretación debe lograr una interrelación armónica de todas sus partes, pues cada precepto encuentra sentido en su relación con los demás, es lo que se designa como interpretación sistemática.

El Principio de Proporcionalidad.

Dentro de los criterios que orientan la actividad judicial que da lugar a la jurisprudencia constitucional, el principio de proporcionalidad, también denominado prohibición de exceso o juicio de ponderación, es una herramienta fundamental en la toma de decisiones por parte de los tribunales, consiste en ponderar la limitación que se hace respecto a un derecho y el fin que se persigue, en otras palabras el juzgador busca el equilibrio entre lo que se restringe o circunscribe y lo que se aspira conseguir, si el resultado de esa actividad arroja como resultado una desproporción entre dichos elementos, ese límite o restricción puede calificarse como ilícito.

Es tan fundamental esta actividad intelectual que no solo condiciona a los tribunales sino también muy especialmente a los legisladores cuando ejerciendo sus facultades desarrollan los derechos previstos en la Constitución. Se trata de un criterio metodológico que sirve para establecer si la intervención que se hace sobre un derecho fundamental esta efectivamente apegada a la Constitución, esta intervención puede ser legislativa, en este caso su justificación reside en que tenga un fin constitucionalmente legítimo. (Bernal Pulido, 2009)

Alma Chacón (2007) en su trabajo sobre las condiciones de validez de las limitaciones o restricciones legislativas y la racionalidad de la ley, cita a Prieto Sanchis, quien afirma que esta actividad tiene por objetivo la evaluación de la medida legal, que sería diferente cuando lo que se somete a ponderación es una norma en abstracto, caso en el cual, lo que se busca es evitar el sacrificio intolerable de un valor o derecho y por tanto impedir una situación de ilicitud, diferente es, cuando lo que se realiza es el examen de una situación de hecho en la que varios derechos entran en pugna, aquí lo que se procura es llegar a una solución adecuada del conflicto.

Según Figueruelo (2007) se recurre a la ponderación cuando no es posible resolver el conflicto a través de los criterios clásicos de jerarquía, temporalidad y especialidad, teniendo en cuenta una circunstancia muy especial que consiste en que en los conflictos entre principios de rango constitucional no es posible declarar inválida ninguna de las normas en pugna.

Para dicha autora "Ponderar se entiende como la búsqueda de la mejor decisión cuando a la hora de resolver un conflicto concurren a la argumentación razones justificadoras contradictorias y además tienen el mismo valor." (p. 220). Cuando la ley describe una determinada situación que se adecua al caso, el juez simplemente subsume los hechos a la norma jurídica, pero cuando en el caso están presentes principios que aparecen contradictorios, el juez debe ponderar para aplicar aquel que considera que cumple de manera más satisfactoria el ideal de la justicia constitucional, en ese caso deja de lado otro u otros principios que eventualmente también pudieran haberse aplicado al caso en cuestión, una vez establecido el principio aplicable, pasa el juez a realizar la subsunción de los hechos en la norma, para crear una regla que elimina o posterga algún principio y aplica otro al que el juez dio preminencia.

Cuando la doctrina trata el principio de proporcionalidad, distingue tres elementos; la idoneidad, la necesidad de la medida, y la proporcionalidad en sentido estricto. La idoneidad se refiere a la necesidad de que la intervención que se aspira realizar sobre el derecho sea apta para lograr el fin que se persigue. La necesidad procura que esa intervención sea la más benigna entre las soluciones posibles. En cuanto al

principio de proporcionalidad en sentido estricto, se trata de equilibrar las ventajas que se obtienen con la intervención del derecho y el sacrificio que esta intervención implica, la importancia de los fines perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido.

Lopera (2008) explica; solamente se justifica la medida si contribuye a lograr el fin, si en cambio es contraproducente o indiferente no resulta idónea y por tanto no es legítima, la necesidad procura bloquear el uso de medios excesivos cuando es posible lograr el fin por otros menos invasivos y la proporcionalidad en sentido estricto exige que el sacrificio que causa la medida no supere la libertad que se protege.

Se trata de someter a examen la medida limitativa o restrictiva en su totalidad, ponderando el gravamen que se infiere al derecho y el fin que se persigue. Para Casal (2006) ese examen de proporcionalidad en sentido estricto se refiere en esencia a la búsqueda de un balance entre medios y fines. En otras palabras, en el juicio o examen de proporcionalidad en sentido estricto se coloca en el Estado la carga de argumentar y demostrar que la restricción cumple con esa proporcionalidad.

Al estudiar la proporcionalidad en sentido estricto es importante tratar la ponderación, precisamente acerca de los peligros que en la práctica trae la ponderación como técnica de interpretación judicial se ha referido Comanducci (2000). Para el autor toda interpretación moral de la Constitución abre las puertas a la discrecionalidad, y agrega, que si bien este tipo de interpretación suele ser del agrado de los progresistas, solo lo es, cuando el intérprete es también progresista., Observa que la técnica de la ponderación caso por caso de los principios constitucionales puede ser muy peligrosa, porque dado que no existe jerarquía respecto a los principios, el intérprete puede caer en la tentación de establecer esas jerarquías, lo que le da al juez constitucional una discrecionalidad demasiado amplia, que en algunos casos puede convertirlos en “coautores de la misma Constitución” (p. 153), con lo que se afecta la seguridad o certeza de los ciudadanos respecto al derecho.

Prieto Sanchis (2000) se refiere a esta afirmación de Comanducci y acepta que la ponderación como método de análisis de casos es peligrosa pero difícilmente eliminable, sobre todo teniendo en cuenta la vinculación que de hecho existe entre los derechos fundamentales. Para Prieto Sanchis (2000) la ponderación como técnica puede aumentar la indeterminación del derecho y la discrecionalidad del juez, por su vaguedad y porque no existe una gradación general de los derechos fundamentales, pero que esa misma ponderación puede contribuir a eliminar en los legisladores la discrecionalidad política, pues la existencia de los principios y el análisis ponderado que los jueces hacen de ellos, aporta pautas importantes a la actividad legislativa. El autor ha sostenido una serie de tesis relacionadas con la Constitución y su interpretación, que se suelen designar como Neoconstitucionalismo, así afirma que la Constitución es material con un denso contenido sustantivo, garantizada por los jueces, omnipresente porque regula plenamente la legislación, establece una regulación principialista ya que recoge derechos sin establecer precedencia entre ellos, se aplica mediante la ponderación como forma de argumentación, además sostiene que no pueden establecerse límites precisos entre la Constitución y legislación, de manera que todo problema legislativo puede constitucionalizarse. (Bernal Pulido, 2009)

Por lo contrario, García Amado ha atacado las afirmaciones de Prieto Sanchis, sobre la base de que el neoconstitucionalismo confunde lo que establece la Constitución con lo que los interpretes dicen de la Constitución. En su trabajo sobre el juicio de ponderación y sus partes García Amado (2006) trata de demostrar que no existe una real diferencia entre ponderación y subsunción pues son esencialmente intercambiables. En su criterio el método de la ponderación no tiene autonomía ya que depende de la interpretación de las normas, de allí que los tribunales constitucionales lo que en realidad realizan es interpretación y subsunción, por lo que no puede hablarse de diferencias entre reglas y principios ni entre decisiones que resuelven casos de legislación ordinaria y casos constitucionales, ya que, según este autor, cualquier caso que resuelve conflictos entre leyes ordinarias puede siempre convertirse en un caso que decide sobre principios constitucionales en pugna y a su vez todo caso de conflicto constitucional se puede resolver con el método de subsunción de hechos a través de la interpretación. Para

demostrar su tesis somete a su particular análisis tres de las sentencias utilizadas por el autor Robert Alexy para demostrar el funcionamiento del principio de proporcionalidad, con el fin de demostrar la falta de autonomía de los conceptos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad y concluye que : "…es la conciencia valorativa del Tribunal, su ideología, lo que determina tanto qué es lo que en concreto se ha de pesar, de poner en cada platillo de la balanza, como el resultado de ese pesaje y ponderación." (p.120)

En relación con este enfrentamiento de opiniones interviene Bernal Pulido (2009) y en lo que respecta a la ponderación admite que esta no garantiza una perfecta objetividad, pero la perfecta objetividad es en su criterio un ideal inalcanzable, entre otras cosas porque las disposiciones jurídicas que establecen los principios siempre son indeterminadas, pero además, tampoco un catálogo de principios totalmente determinado es deseable porque reduce la posibilidad de la deliberación política, esta indeterminación de las normas contentivas de principios ciertamente abre las puertas a la subjetividad de los jueces, pero los aspectos subjetivos en opinión de Bernal Pulido están presentes en la ponderación y también en la subsunción, para concluir que aunque la perfecta objetividad es una utopía, sin embargo es un valor al que no debe renunciarse.

Sin duda, el problema frente a la ponderación, es que esta trae como parte de su esencia una gran carga de discrecionalidad, que puede verse afectada por criterios extrajurídicos, por intereses políticos o concepciones particulares o de un determinado grupo de la sociedad. Cuando el Juez hace uso de este método debe abandonar el exceso de subjetivismo y actuar de manera imparcial dejando a un lado sus propios intereses o los de los grupos que le son afines, para comportarse como un verdadero árbitro que pone por delante los interese superiores del bien común y la justicia, dejando sentado no solo las razones por las que da preeminencia a un principio, sino igualmente justificando las razones por las cuales es legítimo dejar a un lado otro u otros principios constitucionales.

Al respecto Robert Alexy (2008), concluye con mucha propiedad que la subsunción y la ponderación son fundamentales a la hora de aplicar la ley, pero que si bien respecto a la primera existe una abundante investigación, en cambio sobre la

ponderación surgen todavía muchas interrogantes. En este sentido, identifica tres problemas relacionados con la ponderación que están estrechamente relacionados; son su estructura, su racionalidad y su legitimidad. Dicha legitimidad depende de la racionalidad que se aplique en el proceso de ponderación y a su vez, esta racionalidad depende de la estructura que se aplique a la ponderación, por ello en su opinión la estructura resulta el punto fundamental en este tema.

En cuanto a la estructura Alexy (2008) explica que si bien los subprincipios de idoneidad y necesidad se relacionan con lo fáctico y determinan su optimización al impedir las intervenciones de los derechos que puedan ser evitadas. En cambio, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se relaciona con lo jurídico y se basa en la llamada ley de ponderación que establece: "Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro". (p. 15) Del enunciado de la referida ley se extrae una estructura que el autor considera elemental y por lo tanto capaz de rebatir a los que critican la legitimidad de la ponderación como herramienta para la interpretación y aplicación del derecho. Se basa en la necesidad de realizar tres operaciones cuando se aplica la ponderación, cuales son; primero, determinar el grado de afectación del derecho intervenido, segundo, determinar el grado de satisfacción del otro principio eventualmente a ser privilegiado que aparece en conflicto y tercero y último, definir si la satisfacción previamente precisada de uno de los derechos en conflicto justifica la restricción del otro.

Para Lopera (2008), cuyo trabajo sobre el principio de proporcionalidad tiene relevancia en esta investigación, ya que estudia su aplicación en el caso de las leyes penales, este principio viene a ser un instrumento interpretativo que busca la aplicación más racional posible de los derechos fundamentales, sin invadir las competencias del legislador. En su criterio las normas constitucionales a veces resultan inciertas y con frecuencia incluyen disposiciones que eventualmente pudieran entrar en situación de conflicto, como ocurre por ejemplo entre la libertad de expresión y el derecho al honor, son estos los que la autora llama "casos difíciles", para cuya resolución se emplea como

herramienta argumentativa, el principio de proporcionalidad, a través del cual se busca establecer la validez de la intervención del legislador, según el fin perseguido sea legítimo, el medio sea idóneo y necesario y haya proporcionalidad entre lo que se sacrifica y lo que se obtiene.

De allí que la autora comparte el criterio de se trata de una herramienta intelectual que busca la racionalidad entre medios y fines y opina que aunque la aplicación del principio de proporcionalidad no es la única herramienta argumentativa posible, si es, por el momento, la más satisfactoria, siempre que se haga un uso correcto de la misma, porque aun cuando no es descartable la presencia de una excesiva discrecionalidad, sin embargo, puede contribuir a la racionalidad de las decisiones judiciales, porque impone al juez su fundamentación, aportando las razones que las justifican.

En cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad para establecer la constitucionalidad de las leyes penales, la autora considera que debe superarse el criterio según el cual la proporcionalidad en esta materia, se limita a comparar la gravedad de la pena y la del delito, siendo necesaria una argumentación más compleja en la que se incluya la consideración, entre otros, de aspectos como: las técnicas de tipificación de las conductas humanas que legítimamente deben emplearse, los bienes jurídicos que legalmente debe proteger el derecho penal y cuáles son las normas más eficaces para lograrlo, así como la posibilidad de usar para ello otros instrumentos alternativos.

En Venezuela, la forma en la que la Sala Constitucional realiza esta labor de suprema importancia, ha sido criticada por parte de la Doctrina, precisamente señalando que no ha aplicado como le corresponde, la ponderación propia de los órganos de justicia y particularmente aquellos que ejercen la justicia constitucional, politizándola, así lo afirma Berrios (2011) “…la Sala pareciera decidir sobre la Constitución y no según la Constitución, alterando el contenido y alcance de sus valores, principios y reglas.” (p.83)

Ámbito protegido, intervención y restricción de los Derechos Fundamentales.

El reconocimiento de los derechos humanos y su incorporación en las constituciones de los países que conforman la América Latina durante la última parte del siglo veinte es un fenómeno interesante que se corresponde con el restablecimiento de las democracias en nuestro continente. Son precisamente esos derechos inherentes a la persona humana, reconocidos implícita o explícitamente por la Constitución a los que denominamos como derechos fundamentales.

El establecimiento formal de un catálogo de derechos fundamentales representa un notable avance dentro del constitucionalismo latinoamericano, ello a pesar de que debemos admitir que en nuestros países la realidad indica que con demasiada frecuencia se violan o simplemente se ignoran esos derechos. Como lo señala el profesor Cesar Landa (2002) al analizar el aporte de la teoría de los derechos fundamentales: Es esta la que más ha avanzado en plantear "la defensa y el desarrollo de los derechos humanos como las principales barreras a los excesos o prácticas autoritarias de los poderes públicos y privados." (p. 53). La conciencia individual y una sociedad que cada vez más conoce sus derechos y exige que se le reconozcan y respeten, es sin duda el más importante avance en este sentido, pues es la presión que la sociedad imprima en este tema el más importante impulso para llevar hacia delante la materia de los derechos humanos.

Por otra parte, es indiscutible que han sido varios los hechos que han influido favorablemente en la consideración cada vez mayor de los derechos humanos en la realidad jurídica latinoamericana; entre ellos, la promulgación de la constitución española en 1978, constituye un suceso de gran relevancia, que ha resultado altamente positivo en nuestros países en lo que respecta al estudio del Derecho Constitucional, en virtud de las estrechas relaciones que España conserva con Ibero América, como también hay que reconocer que ha tenido en nuestros países un efecto importante el desarrollo de la materia en el derecho europeo en general. Pérez Luño (1998) en su trabajo sobre los

derechos fundamentales expresa: “El desarrollo constitucional contemporáneo europeo tiene en la teoría de los derechos fundamentales, la expresión más clara que la utopía liberal del siglo XVIII ha logrado institucionalizar en la sociedad y en el Estado, la garantía de la protección y desarrollo de los derechos de toda persona humana.” (p, 51)

De allí que sea el reconocimiento por vía constitucional y el respeto que se tenga por los derechos humanos lo que defina y legitime hoy día a los Estados. Para Pérez Luño, lo que caracteriza al constitucionalismo moderno es el reconocimiento expreso de los derechos fundamentales, que con las normas que consagran la forma del Estado y el sistema económico definen el modelo constitucional de la sociedad.

En la moderna justicia constitucional, las limitaciones y restricciones a los derechos fundamentales deben plantearse desde una óptica renovada, pues ha sido superada aquella perspectiva en la que el Estado aparecía ejerciendo su soberanía, en una posición benevolente concediendo a las personas los derechos que estimaba procedentes, mientras que el individuo aparecía en una posición de sumisión frente al poder, recibiendo de aquel aquello que de manera graciosa se le concedía. En la actualidad el tema se plantea de manera diferente, desde la perspectiva de un Estado democrático, que para ser considerado como tal debe declarar clara y tajantemente la vigencia de los derechos de los seres humanos, y asumir y desarrollar como deber prioritario de sus ejecutorias la protección y garantía de esos derechos fundamentales.

Desde la posición de los individuos, el autor Robert Alexy (1993) en su obra sobre la teoría de los derechos fundamentales, cita al autor Georg Jellinek, para quien los derechos fundamentales que en su proceso de afirmación han llegado a superar el estado puramente pasivo de los destinatarios, para llegar al reconocimiento de que los ciudadanos poseen una esfera individual en la que no puede entrometerse el Estado, pasando luego a la etapa en la que son los ciudadanos quienes reclaman el reconocimiento de sus derechos civiles, para luego participar en la formación de la voluntad del Estado. Los derechos fundamentales están hoy en día, en la etapa en la que se aspira al reconocimiento de los llamados derechos económicos, sociales y culturales. A

esas diferentes etapas, Jellinek las designa status, entendiendo como tal una relación entre el individuo y el Estado cualesquiera que sean sus características.

Cuando se establecen los criterios orientadores no solo de la jurisprudencia constitucional, sino igualmente de la labor legislativa, se reconoce un ámbito especial en el que los operadores de justicia y los legisladores están sometidos a límites infranqueables lo que determina, que su actuación debe estar regida por una serie de valores superiores. Ese ámbito especial es el de los derechos fundamentales. En esta materia la actividad judicial o legislativa que se desarrolla, debe llenar una serie de requisitos indispensables porque de lo que se trata es de valores que dan sentido y dignidad a los seres humanos.

En la actualidad la existencia de los derechos fundamentales aparece consolidada y son parte esencial de la mayoría de los textos constitucionales, la preocupación más bien reside en que en la práctica estos sean respetados y se hagan realmente efectivos, finalidad esta, que requiere que cuando los órganos competentes deban interpretar los principios que los rigen, esa interpretación se lleve a cabo mediante la correcta aplicación de las técnicas que corresponda, entre los cuales destaca la proporcionalidad que sirve para evaluar su correcta limitación y restricción, no con el fin de limitar los derechos, sino más bien de tutelarlos y dilatar el ámbito de su eficacia, sin perder de vista la compatibilidad de todos entre sí. (Carbonell, 2008).

El reconocimiento y protección de los derechos fundamentales como valores supremos que inspiran el ordenamiento jurídico, es la condición que legitima la actuación del Estado. Nuestra Constitución afirma desde sus primeros artículos los valores sobre los que se constituye la República,"… la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político." (art. 2)

Por otra parte, en esta materia resulta esencial señalar que los derechos fundamentales en nuestro país están amparados por el principio de progresividad

contemplado en el artículo 19 de la Constitución que garantiza que el goce de los derechos humanos reconocidos no puede ser disminuido, por lo contrario, solo puede afectárseles para su perfeccionamiento y profundización. Igualmente, que la enumeración que hace nuestra Carta Magna de esos derechos es a titulo meramente enunciativo, de conformidad con lo previsto en su artículo 22. Además que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 23, los tratados, pactos y convenciones internacionales en materia de derechos humanos suscritos y ratificados por el país, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno en la medida que resulten más favorables, siendo de aplicación directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

En cuanto a la existencia de normas que garanticen que los derechos se harán realidad, resultan de vital importancia las previsiones legislativas que tienen como finalidad hacerlos operativos, pero, la propia Constitución en su artículo 25 prevé la nulidad de todos aquellos actos del poder público que violen esos derechos y la responsabilidad penal, civil y administrativa de los funcionarios que los ejecuten, con lo cual se establece su garantía a través de la más efectiva y definitiva sanción.

Asunto que merece ser destacado, es el relativo a los derechos sociales contemplados ampliamente en la Constitución del artículo 75 al 97, ya que en lo que se refiere a su garantía debe tenerse en cuenta si el Estado se encuentra en condiciones para efectivamente hacerlos realidad. En este tema Losing (2005), señala los límites que para la jurisdicción constitucional existen y que surgen de la propia naturaleza de los derechos fundamentales, así en lo que respecta a los derechos fundamentales de carácter social, en su opinión es imposible que el Tribunal Constitucional de respuesta adecuada a todas las aspiraciones de los ciudadanos que a veces tienen altas expectativas al respecto, lo que en la práctica significa que las decisiones del tribunal estarán limitadas por la realidad económica, al efecto, señala Losing como ejemplo el derecho a una vivienda digna, ese derecho y la exigencia del ciudadano solo podrán ser efectivos en la medida que existan en el país las condiciones económicas que permitan hacerlos realidad.

La protección de los derechos fundamentales es para la justicia constitucional claramente prioritaria, de allí que la interpretación debe siempre orientarse en función de tales derechos, como lo señala Schneider (1991) en su estudio Democracia y Constitución, al referirse a la Ley Fundamental alemana cuando afirma que lo que le confiere su especial poder de atracción y su dignidad, es precisamente la protección que brinda a los derechos fundamentales, con lo que además, agregaríamos nosotros, adquiere su cualidad democrática. Esos derechos esenciales pasan a ser una finalidad en sí mismos, al servicio de la autodeterminación individual, regulan el ambiente en el que la persona se desenvuelve, así mismo, garantizan y delimitan sus relaciones con el Estado y con los otros miembros de la sociedad, en conclusión, son la síntesis de la libertad personal y de la igualdad.

En democracia debe reinar la libertad y la autodeterminación producto de la opinión de la mayoría, pero sin descuidar los derechos de las minorías. Además es importante buscar un orden justo y seguro que garantice el bienestar de la comunidad y la solución pacífica de los conflictos, conflictos que aunque se procura evitar son inevitables en una sociedad plural. En la actualidad no es posible ni tampoco legítimo, pretender imponer una sociedad totalmente homogénea, ya que ello sería contrario al espíritu democrático. Resulta sin embargo deseable procurar un espíritu general de consolidación democrática y de participación en la vida pública de los individuos, en un ambiente de solidaridad y justicia social. Es allí que se hace patente la función democrática de la Constitución. (Schneider, 1991)

Sobre la base indubitable de que solo se puede garantizar los derechos fundamentales de todos y cada uno de los individuos que conforman la sociedad, estableciendo limites que impidan los abusos de unos contra otros, es importante señalar que ellos son concebidos como derechos naturales anteriores al Estado, de allí que el poder del Estado también tiene que ser limitado, porque es a sus órganos a los que les corresponde brindar seguridad y protección a los individuos. La afirmación y protección de los derechos fundamentales es una condición necesaria del Estado democrático, de lo contrario el poder pierde ese carácter, para convertirse en autoritario y totalitario.

Se habla de limitaciones y restricciones de los derechos fundamentales. Las limitaciones son aquellas disminuciones del derecho que se consagran en el propio texto de la Carta Magna, mientras que las restricciones se realizan a través de una ley. Como lo explica el profesor Casal (2006), la limitación del derecho se verifica a través de la Constitución, cuando ella misma les impone expresa o implícitamente condicionamientos, reduciendo su alcance o concordándolo con otro derecho o bien, constitucionalmente tutelado, procurando de este modo, que los diversos derechos no entren en conflicto. La restricción la impone la ley, siempre con base en la Constitución, condicionando el goce o ejercicio del derecho. No reduce el alcance constitucional del derecho, pero puede prohibir o condicionar alguna acción en principio protegida o puede autorizar la injerencia del Estado en el derecho. Igualmente, cuando la justicia constitucional analiza e interpreta las normas a fin de establecer la preeminencia de un derecho sobre otro, se pueden presentar eventuales situaciones de colisión constitucional, en las que se contraponen dos o varios derechos fundamentales y en aras de conservar uno de ellos, se reduce el ámbito de ejercicio de otro u otros.

Nuestra Constitución prevé un amplio catálogo de derechos fundamentales que clasifica como; humanos, civiles, políticos, sociales, de la familia, culturales, educativos, económicos y ambientales, con una especial referencia a los derechos de los pueblos indígenas, sin embargo, el constituyente no fijó un orden jerárquico entre ellos, con lo que la interpretación jurisprudencial resulta verdaderamente crucial para determinar cuáles deben prevalecer y cuales ceder, así como, cuáles son los límites y restricciones que legítimamente pueden aplicárseles. La inexistencia de ese orden jerárquico para ordenar o aplicar los derechos fundamentales, en ningún caso legitima que el intérprete los utilice según sus intereses y los coloque según le convenga para justificar su decisión.

Para que todos los derechos fundamentales puedan ser efectivos es indispensable que estén sometidos a límites y restricciones, pero estas tienen que imponerse sobre la base de parámetros claros. El artículo 32, numeral segundo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, así lo establece cuando se

refiere a la correlación entre deberes y derechos: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”

En esta materia, es importante precisar que la restricción de los derechos fundamentales puede dimanar no solo de la actividad legislativa cuando se desarrollan en la ley los principios constitucionales que consagran estos derechos, sino que igualmente establecen restricciones los tribunales constitucionales cuando conocen casos concretos y toman decisiones sobre la base de la interpretación de los principios.

Aragón (2000 b) expresa que solo la tutela judicial hace efectiva las garantías de los derechos y que si bien, los derechos fundamentales forman parte del contenido constitucional, no es posible ignorar que las leyes tienen un papel muy importante en lo que se refiere a la materia de los derechos fundamentales, porque si bien gozan de una eficacia directa ya que están garantizados por la propia Constitución, se requiere que las leyes desarrollen las condiciones para su ejercicio pues le corresponde a la ley garantizar todo el sistema de derechos a través de su delimitación. Si bien la Constitución les da existencia, la ley los desarrolla

En la práctica, cuando el juez conoce de un caso relacionado con el ejercicio de los derechos fundamentales, solo va a aplicar la Constitución en el caso de que no exista ley que los desarrolle, porque si la ley existe, al juez le corresponde aplicar la ley. Aquí, como lo explica Aragón (2000 b) la interpretación de la Constitución que prevalece es la que realizó el legislador al crear la ley, con una excepción, que se da en el caso de que el juez que conoce el asunto en cuestión observe que la ley que tocaba aplicar aparezca evidente y claramente contraria a la Constitución. Cuando se trata de asuntos en los que se encuentran involucrados los derechos fundamentales lo deseable es que se imponga un equilibrio entre Constitución, legislación y jurisdicción.

En cuanto a las condiciones o exigencias que deben llenar no solo los jueces constitucionales, sino igualmente el propio legislador para limitar o restringir de los

derechos fundamentales, estas se clasifican como formales y materiales: Las formales son: la reserva legal, la precisión de la regulación y el carácter orgánico de la ley. Las materiales son: la licitud del fin perseguido, la proporcionalidad, la intangibilidad del contenido esencial del derecho y la compatibilidad con el sistema democrático. (Casal 2006)

En cuanto a la reserva legal, por su propia naturaleza los derechos fundamentales tienen fuerza por si solos y no están a disposición de la ley, ellos tienen vigencia y eficacia aun cuando las normas legales no los desarrollen o reglamenten, porque son previos y superiores a la ley (Casal, 2006). De allí podemos concluir que de acuerdo a la garantía de la reserva legal, si bien la ley es la única que puede restringir el derecho fundamental, no se puede subordinar el ejercicio del derecho a la existencia de una ley.

La precisión o determinación de la regulación trata de la habilitación para restringir el derecho, la cual debe ser precisa, de manera que pueda ser conocida por aquellos que resultan afectados, de forma que puedan tener certeza acerca de cuál es la conducta jurídicamente permitida, pero además, esta precisión posibilita que pueda controlarse a los órganos del poder público y los actos por ellos dictados, en el sentido de poder verificar con claridad si sus actuaciones se ajustan al marco de la limitación o restricción del derecho en cuestión.

La exigencia de que la ley que restringe un derecho fundamental tenga carácter orgánico, es un requisito que implica que sólo puede esta realizarse, a través de normas que requieren para su aprobación el voto favorable de los dos tercios de los miembros de la Asamblea Nacional, con lo que, se produce un mayor control legislativo respecto al desarrollo de los derechos constitucionales.

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

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

La licitud del fin perseguido significa que la finalidad que se aspira hacer realidad a través de la restricción es legal, específicamente el fin debe estar dirigido a proteger otros derechos fundamentales y debe estar en consonancia con la propia Constitución y con los valores que en ella se propugnan.

Respecto a la proporcionalidad, la medida restrictiva debe ser igualmente razonable, ponderando la limitación que se aplica al derecho respecto al fin que se persigue con la medida. Ello significa que el legislador no puede excederse en la restricción del derecho, aun cuando busque proteger otro derecho. Al respecto la doctrina entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad que Bernal Pulido (2007) llama “sub-principios”; la idoneidad y la necesidad de la medida, y la proporcionalidad en sentido estricto,

Según la idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. La idoneidad es un elemento que está referido a la aptitud de la medida para conseguir el fin perseguido. Al respecto, la doctrina ha dicho que no es posible exigir una completa seguridad acerca de la aptitud de la medida para lograr el fin propuesto, pero si una importante posibilidad.

De acuerdo con la necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad con respecto al derecho intervenido, para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Ella está dirigida a determinar, si existe la posibilidad de lograr el fin que se propone mediante la aplicación de una medida menos gravosa. Esas medidas

menos gravosas, no tienen que ser necesariamente de rango legal y pueden referirse a cuestiones de trámite o de carácter administrativo.

En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los fines perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Este requisito tiene que ver con la ponderación que debe realizarse entre la limitación y el fin que se busca, si el resultado de dicha ponderación nos indica que es desproporcionada, la restricción puede calificarse como ilícita.

Volviendo a los requisitos materiales, tenemos la intangibilidad del contenido esencial del derecho. La doctrina ha distinguido dentro del derecho fundamental dos partes: el núcleo intangible que determina la esencia misma del derecho y que no puede afectarse sin desnaturalizarlo, por lo que no le está permitido al Poder Público su intervención y el contenido general de ese derecho, que aun cuando se limite o restrinja, el derecho continua conservando su significado y vigencia. De manera que, no puede imponerse una limitación o restricción al derecho que afecte su contenido esencial, entendiendo como tal aquella parte sustancial sin la cual carece de sentido ese derecho. Determinar con precisión ese contenido esencial a veces no resulta sencillo, pero ello es necesario a fin de establecer si efectivamente un determinado derecho ha sido o no afectado en su núcleo intangible.

Cuando a la ley le toca desarrollar los derechos debe construir un sistema equilibrado que permita el ejercicio de cada uno sin anular a los otros. Para orientar esta actividad legislativa se ha creado el concepto de contenido esencial del derecho, referido a su núcleo que no puede ser tocado, si esto ocurriere se vacía de contenido al derecho, de allí que ese contenido esencial resulta un límite infranqueable porque de traspasarlo el derecho deja de existir

Por último, nos toca referirnos a un aspecto sumamente importante, referido a la compatibilidad de la limitación o restricción con el sistema democrático. Toda limitación o restricción a un derecho debe ser compatible con el orden democrático del Estado. De manera que, no puede considerarse legítima aquella limitación que cumple todos los requisitos formales exigidos para el caso, pero que sin embargo, constituye una franca o velada negación a los principios democráticos que deben regir todo Estado moderno.

Como lo advierte Casal (2005) las condiciones que han de cumplirse cuando se restringen derechos fundamentales son muy variadas, sin embargo, entre ellas el acatamiento a los principios democráticos es de capital importancia porque entre otras cosas, no es legítimo restringir derechos para someter al adversario político, esto es, usar esta facultad restrictiva como arma contra aquellos que se nos oponen. De manera que la ley que se dicte en estos casos, para gozar de legitimidad, debe ser compatible con los principios democráticos, no solo cumplir con los requisitos formales para su promulgación, sino igualmente los requisitos materiales que atienden a los valores que sustentan una sociedad democrática.

Bernal Pulido (2009) afirma que la existencia del Estado solo se justifica si este es capaz de proteger y garantizar eficazmente los derechos fundamentales, por eso en su criterio el control de constitucionalidad tiene como función fundamental, sobre todo en los países latinoamericanos donde se observa un hiperpresidencialismo, impedir que los gobiernos cometan excesos, sobre todo en situaciones de crisis, por lo que, los tribunales constitucionales ejercen un verdadero control político.

A la justicia constitucional le corresponde revisar si las restricciones que se imponen al ejercicio y goce de los derechos humanos son compatibles con la Constitución. En este tema los límites que se imponen al legislador o al juez, según sea el caso, son de una naturaleza especial pues la materia que se afecta a través de las restricciones, toca los derechos que se consideran más sagrados para la persona humana.

Límites de la interpretación.

Cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia interpreta la Constitución, cumple una actividad sumamente delicada cuya relevancia se patentiza en los efectos que de ella derivan, por eso es que esta función debe realizarse no sólo de la manera más objetiva, sino igualmente teniendo en cuenta la labor unificadora que le corresponde; “al Tribunal no le es permitido amarrarse a una teoría o a una “escuela” sino que tiene que esforzarse a favor de una integración pragmática de elementos teóricos. Es por tal razón que cada juez constitucional, que sea a un mismo tiempo profesor, debe guardarse de establecer “su” teoría en las decisiones.” (Haberle, 2002, p.156)

Si como afirma Monroy (2002) interpretar es darle significado a un signo lingüístico indagando cuál es efectivamente ese significado a través de diferentes técnicas que permitan establecer con más o menos certeza el sentido y alcance de la expresión bajo análisis, esa actividad no puede estar guiada por los solos criterios personales del interprete, sino que debe estar referida a ciertos parámetros objetivos que establecen límites a esta actividad. En materia constitucional los límites más determinantes para el intérprete son los principios y valores que sirven de base a la Constitución, ya que si afirmamos la supremacía de la Constitución, entonces, en el plano jurídico toda interpretación debe estar sometida a su normativa.

En cuanto a los límites de la interpretación, si consideramos a la apertura como característica indispensable para que la norma constitucional permanezca en el tiempo y sea la representación de todas las tendencias políticas que conviven en una sociedad, resulta indispensable que a esta particularidad se le acompañe con una interpretación igualmente abierta al futuro y a los ciudadanos, que por encima del deseo de conservar y ampliar los poderes del Estado, anteponga los derechos de los ciudadanos, solo así el intérprete no hará nugatoria la plausible intención del legislador.

La interpretación de la Constitución, que como lo afirma Haberle (2002), realizan no solo los funcionarios sino también todos los ciudadanos, debe estar basada en

la realidad, pero sin olvidar la utopía de la cual nace, porque es a través de la labor interpretativa que se desarrollan los principios y las ideas políticas que le dan su fundamento a la Constitución.

Para los venezolanos esas ideas o principios rectores que nos confieren nuestra propia identidad son la democracia, la participación, el federalismo y la integración, ideales y mandatos contenidos en nuestra ley fundamental, de allí que las eventuales reformas que se produzcan en la Constitución, no pueden afectar estos principios fundamentales y mucho menos pueden resultar afectados o ignorados por la labor interpretativa de los jueces constitucionales.

Estos principios, generalmente se contemplan en los primeros artículos de la Constitución y la doctrina los designa como “normas pétreas”, ellas precisamente procuran garantizar que esos mismos principios fundamentales no serán cambiados.

Díaz Revorio (1997) al referirse a la Constitución española, la considera dotada de apertura y desde esa perspectiva aporta lo que en su concepto le da ese carácter, pero a la vez señala cuales son los límites de esa apertura:

> Por un lado los valores constitucionales configuran un marco amplio dentro del cual caben opciones políticas muy diversas, en realidad, sin llegar a transformar el sistema, podrían dirigir la orientación política del Estado todas las opciones políticas democráticas. Pero por otro lado, incluso en relación con otras opciones que van más allá del marco democrático, la Constitución renunciando a imponer un principio general de “democracia militante” establece un orden jurídicamente abierto a sus enemigos, cuya participación en el proceso político permite, si bien obviamente estos no podrían finalmente desarrollar su programa político sin reformar la Constitución (p. 7).

Desde esa perspectiva debemos concluir que esos límites que la propia norma constitucional fija y que vienen a ser su sistema de protección tienen su esencia en los valores que la configuran y una significación altamente política. Esos mismos son los límites para el intérprete, que no puede pretender darle una significación que desconozca los valores y principios que sustentan la norma constitucional sin traicionarla. Toda interpretación de este tipo será ilegítima y consecuencialmente estará viciada de nulidad.

Para Hesse (1992), como se desprende de los conceptos arriba analizados, la interpretación constitucional tiene un límite infranqueable en la propia Constitución, de allí que no sea posible su quebrantamiento mediante la desviación del texto en un caso concreto, ni la reforma de la Ley Fundamental por medio de la interpretación. Por ello considera que el Juez, quien siempre está sometido a la Constitución, cuando se enfrenta a un problema que no pueda ser resuelto mediante la concretización, no le es posible elegir libremente los puntos de vista a través de los cuales analiza la norma. "Aunque el Tribunal sea competente para fijar este contenido con eficacia vinculante, no por ello se encuentra por encima de la Constitución" (p. 34)

Por otra parte, en cuanto a los límites de la interpretación constitucional es procedente destacar la llamada "Máxima de la Prudencia" a la cual se refiere el profesor Casal (2000), en el sentido de que se trata de una de las principales virtudes que debe poseer el juez constitucional "concebida no como la renuncia al ejercicio de las funciones que les incumben, ni como la obligación de dar un paso atrás cuando el Derecho impone seguir adelante, sino como una actitud mental que ha de ayudarles a vislumbrar los límites y las modalidades de su obrar" (p.53-54)

Esta virtud de la prudencia, como lo señala el mencionado autor, es exigible a los jueces constitucionales porque su labor está indefectiblemente relacionada con la política, de manera que sus decisiones deben ser fruto de la reflexión que les impone no actuar como representantes de una determinada parcialidad ideológica o política, así mismo, también les impone realizar un examen responsable de las consecuencias socio-políticas

de sus decisiones, alejándose de esta manera de la dogmática y más bien acercándose al sentido común.

Respecto a este punto, es importante referirnos al debate que se ha dado en la doctrina acerca de la interpretación del derecho y el marco de actuación de los órganos de administración de justicia a través de sus decisiones, en los casos en los que el sentido de la norma no aparece con toda claridad. Del texto de Rodríguez (1997) quien en su obra se ocupa de esta conocida polémica se extraen los criterios contrapuestos del profesor inglés de Filosofía del Derecho, Herbert Hart y del autor norteamericano Ronald Dworkin.

Hart (como se cita en Rodríguez, 1997) es del criterio de que la vaguedad o textura abierta del lenguaje se acentúa en el campo de las reglas jurídicas, porque están dirigidas a un amplio grupo de personas y además porque al permanecer vigentes por amplios periodos de tiempo no pueden referirse a situaciones particulares, sino que deben ser aplicables a eventuales situaciones futuras que no pueden ser previstas en el presente. Por ello para el autor, frente a casos "difíciles" donde se pueden dar varias interpretaciones todas ellas razonables, los jueces tienen discrecionalidad para escoger la opción que estimen apropiada, en este caso, el juez está creando el derecho para el caso concreto.

En cambio para el autor norteamericano Ronald Dworkin (como se cita en Rodríguez, 1997) el Derecho no es indeterminado o incompleto, por lo tanto el Juez no llena vacíos ni crea Derecho. Para Dworkin lo que es incompleto es la versión que del Derecho hacen los positivistas, ya que en su criterio el concepto de Derecho incluye no solo lo explicito, sino igualmente lo implícito constituido por los principios jurídicos que mejor se adecuan a ese Derecho explícito. En razón de esta concepción, concluye que el juez no puede crear el Derecho, porque nunca puede apartarse de este, pues siempre que se encuentre frente a un caso "difícil" debe acudir a esos principios implícitos y a las dimensiones morales en ellos contenidas para resolverlos.

Todas estas consideraciones nos llevan a concluir, la necesidad en esta materia, de que los tribunales constitucionales realicen una interpretación de la norma constitucional no solo amplia sino igualmente apegada a los principios fundamentales que le dan estructura a la Carta Magna y al sistema democrático.

Esguerra (2006), en su trabajo significativamente titulado "Nuestro control constitucional no tiene controles, pero ciertamente tiene límites" se refiere al antiguo pero siempre presente problema del respeto al principio de la separación de poderes dentro del Estado, que en su criterio, el cual compartimos, tiene como propósito fundamental la contención del poder frente al peligro de que este se convierta en absoluto. Este jurista colombiano de manera categórica manifiesta que el hecho de que no exista dentro de la organización del Estado un ente que tenga como función controlar al Tribunal Constitucional, como si existe respecto a los otros poderes, no quiere decir de ningún modo que su poder no este delimitado y señala que uno de esos límites es la clara determinación en el texto de la Carta Magna de las funciones atribuidas al Tribunal Constitucional.

La Constitución se convierte así en una norma que logra la unidad de una diversidad que es el Derecho y eso lo hace a través de su condición integradora, pero que además obtiene su eficacia mediante la justicia constitucional que actúa a través de sus decisiones, esas decisiones que le dan eficiencia deben cumplir unas condiciones y respetar unos límites. (Rodríguez, 2007)

En cuanto a sus condiciones, las decisiones deben observar neutralidad y objetividad, y en cuanto a los límites, deben respetar el principio democrático y el de igualdad. Ese cumplimiento de las condiciones y respeto de los límites queda evidenciado en la parte motiva de la sentencia, en la que se argumenta y fundamenta jurídicamente la decisión. Es a través de su motivación que el juzgador deja sentados sus criterios y establece los razonamientos a través de los cuales arriba a una conclusión que aspira que obtenga la aprobación de la sociedad a la que va dirigida.

El concepto de democracia como lo plantea Ferrajoli (2011) en su trabajo titulado "Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional", se sustenta sobre un nuevo paradigma íntimamente relacionado por la constitucionalización rígida de los derechos fundamentales, que distingue en ella no solo condiciones formales sino también sustanciales. Lo formal se refiere a la las formas y procedimientos por las cuales se toman las decisiones, en la democracia el pueblo por mayoría toma las decisiones de manera directa o a través de sus representantes. La dimensión sustancial se refiere a lo que no puede ser o debe ser decidido por cualquier mayoría. Para Ferrajoli ha cambiado la relación entre política y derecho, no es el derecho el que tiene que subordinarse a la política, sino que la política sometida a los vínculos que le imponen los principios constitucionales, se convierte en instrumento de actuación del derecho. Esos vínculos pueden ser negativos ya que se trata de derechos que no deben ser violados, y pueden ser positivos cuando se trata de derechos que deben ser satisfechos. La noción puramente formal no toma en cuenta las relaciones entre democracia política y los derechos constitucionales, como límites no solo a la actuación de los poderes del Estado, sino también resultan límites a la voluntad de la mayoría. El respaldo popular ya no es suficiente para legitimar las decisiones.

En este sentido, Troncoso Reigada (2000) reconoce que existen aproximaciones entre la ciencia política y el derecho constitucional, a pesar de lo cual debe evitarse que la interpretación constitucional se convierta en la búsqueda de una ideología, por lo contrario lo que procede es aplicar la neutralidad. El autor propone un método jurídico cuyo contenido principal es el principio democrático, porque en su opinión la actividad política del gobierno y del legislador tiene que ser analizada por los jueces constitucionales y por la doctrina respetando su libertad. Respecto a los derechos fundamentales se debe buscar su máxima eficacia mediante la aplicación del principio *pro libertate* que demanda el máximo respeto al derecho y evita la arbitrariedad de los funcionarios que ejercen el Poder Público. En su criterio es el miedo al principio democrático lo que da lugar al activismo del Tribunal Constitucional en el control de constitucionalidad de las leyes. "La interpretación constitucional no es una labor

políticamente comprometida, que consiste en rellenar las clausulas generales de la Constitución con la propia ideología" (p. 453)

En su labor de interpretación de la norma constitucional la Sala Constitucional se encuentra también con otro tipo de límites, ya que, no le corresponde realizar las labores que le están atribuidas a los jueces ordinarios; su función siempre debe estar referida a la interpretación de los principios y garantías que se establecen en la Carta Magna. El Tribunal Constitucional Federal Alemán lo deja claramente establecido en su sentencia No. 18,85, citada en la publicación de la Fundación Konrad Adenauer (2003):

> La estructuración del proceso, la determinación y valoración de los elementos de hecho, la interpretación del derecho ordinario y su aplicación a los casos individuales son asuntos de los tribunales competentes para tal efecto y se encuentran sustraídos de la revisión posterior por parte del Tribunal Constitucional Federal; solo en caso de la violación de un derecho constitucional específico por parte de un tribunal, puede el Tribunal Constitucional Federal entrar a conocer del asunto en el marco de un recurso de amparo. No se considera por tanto, que se ha violado el derecho constitucional específico cuando una sentencia es objetivamente errónea desde el punto de vista del derecho ordinario; el error debe recaer directamente en la omisión de los derechos fundamentales". (p. 6)

De manera que la interpretación constitucional que como ya se ha señalado resulta una labor indispensable para darle eficacia y operatividad a las normas, tiene sus límites y el intérprete está obligado a reconocerlos y a actuar con la debida prudencia al realizar su trabajo. El límite más importante y poderoso al que se enfrenta el intérprete es la propia Constitución, que como lo dice Hesse no puede desviarse ni ignorarse, por otra parte, existe igualmente un límite para el intérprete constitucional relacionado con el ámbito de su competencia, pues no le corresponde invadir la esfera de las facultades atribuidas a los jueces ordinarios ya que lo que le corresponde es la interpretación referida a los valores y principios contenidos en la Carta Magna.

Así mismo, para el juez constitucional el límite que dirige y domina su tarea es el llamado principio democrático en el cual debe necesariamente enmarcar sus decisiones, lo que de ningún modo significa que le sea permitido decidir desde una posición de activismo político, porque su obligación es siempre sujetarse a las categorías jurídicas y no a las políticas que son propias de la labor que realiza el legislador. La interpretación que se hace en la jurisdicción constitucional se apoya en argumentos jurídicos, sobre la base de la doctrina y la ciencia del derecho y de acuerdo a los principios que sustentan el sistema democrático de gobierno.

Por último, en cuanto a la interpretación de los derechos fundamentales y los límites de esta actividad, Peces Barba (1999) explica que el tema puede tratarse desde dos puntos de vista; el primero se refiere a la interpretación de las normas desde la perspectiva de los derechos fundamentales, en este sentido resulta lógico que los derechos fundamentales se tomen en cuenta para realizar esta labor, dado su rango constitucional y su innegable significación, en consecuencia ninguna interpretación jurídica puede transgredirlos.

Un segundo punto de vista se refiere a la interpretación que se realiza de los propios derechos fundamentales, dotándolos de significado. Esta labor de interpretación presenta una serie de particularidades, relacionadas con el lenguaje mediante el cual se formulan, entre otros, la fuerte carga emotiva con la que se proclaman y su formulación de manera general sin que usualmente se les dote de significado concreto, lo que se hace necesaria su interpretación para concretizarlos. Por otra parte esta interpretación depende de los distintos enfoques y teorías que le sirvan de base al intérprete.

También se señalan como elementos que influyen en la interpretación de los derechos fundamentales, la exigencia de coherencia, la apertura a la normativa internacional, la necesidad de dotar a la interpretación de aceptación por parte de la comunidad y las consecuencias que la interpretación va a generar. En cuanto a los controles que limitan la interpretación de los derechos fundamentales por parte del

Tribunal Constitucional, Peces Barba, señala la obligación de motivar, las obligaciones que le impone la garantía de la tutela judicial efectiva y la exigencia de justificar los cambios de interpretación.

Capitulo III

El carácter vinculante de las interpretaciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre principios y normas constitucionales

El carácter vinculante de los pronunciamientos judiciales, tiene su base en el principio según el cual todos somos iguales ante la ley, precisamente porque somos iguales es necesario que frente a las mismas circunstancias de hecho, el derecho se aplique a todos de manera uniforme, esta justa aspiración humana se hace realidad cuando se dota de fuerza vinculante a las decisiones de los jueces, de manera que, estos se comprometen a tratar de la misma manera los casos iguales que les sean sometidos a su conocimiento, pero además, hay que tener en cuenta que la sociedad demanda seguridad jurídica, por ello aspira que la justicia en su conjunto también se maneje de manera igualitaria, para lo cual se hace necesaria la existencia de un órgano dentro del Estado con autoridad suficiente para integrarla.

Existe por otra parte, la necesidad de que los criterios judiciales que conforman esa jurisprudencia vinculante respondan a los principios y valores que la sociedad considera la base de la convivencia, de allí que, se establece para todos los funcionarios que ejercen el poder; a los que se les confiere facultad para crear normas, a los que les toca ejecutarlas y también a los que les corresponde decidir sobre los derechos y deberes de los individuos, la obligación de sujetarse a esos principios y valores. En el caso específico de los jueces, se les impone que en los casos sometidos a su consideración deben interpretar los hechos y las normas desde la perspectiva de esos principios y valores que aparecen consagrados en la norma fundamental que le da constitución al Estado.

Los principios y valores deben ser preservados pero requieren de su adaptación a una realidad cambiante, se demandan entonces soluciones adecuadas a nuevos y múltiples requerimientos de los individuos, de manera que se acepta que esos criterios que adquieren carácter vinculante eventualmente puedan cambiar, pero en esos casos nuevamente se impone a los jueces dar razones válidas para los cambios, así como,

nuevamente la indeclinable sujeción a los valores y principios que la sociedad ha asumido como fundamentales.

Igualmente, la sociedad se enfrenta al reto de garantizar que los derechos fundamentales que se consideran consustanciales a la misma condición humana sean reconocidos y respetados, con este fin crea un sistema de justicia que se constituye en su principal garante, con autoridad suficiente para controlar todo el ordenamiento jurídico y todos los actos del poder, a fin de que se adecuen a los principios y valores de la sociedad y respeten y hagan efectivos los derechos que se consideran fundamentales.

Desde esta perspectiva, viene a ser una necesidad básica de la sociedad, sobre todo de aquellas que se consideran democráticas, y no un mero requisito para la organización de un orden social, la vigencia del efecto vinculante de los pronunciamientos judiciales, así como. la existencia del control constitucional dentro del sistema de justicia y la de un órgano judicial con autoridad suficiente para controlar la adecuación de las decisiones de todos los tribunales a los principios y valores que le dan base a una comunidad y garantizan los derechos fundamentales de los individuos, con lo que cumple una función integradora,

En este capítulo nos dedicaremos a tratar el carácter vinculante de las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, tema sobre el cual la doctrina ha disertado con amplitud, discutiendo acerca de sí, efectivamente las sentencias de los Tribunales Constitucionales y los criterios en ellas establecidos son de obligatorio seguimiento no sólo por parte de todos los funcionarios judiciales, sino igualmente de todos los funcionarios del Estado.

Sentido y alcance del efecto vinculante en la jurisprudencia constitucional.

Cuando se aprueba mediante referendo la reforma del Estado contenida en la Constitución de 1999, se incluye por primera vez la noción de Sistema de Justicia,

respecto a la que se consagran una serie de principios, pero además, se introduce el valor vinculante de las decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con el objeto de brindarle uniformidad a la interpretación y aplicación de las normas constitucionales. (Duque. 2007)

Respecto a este carácter vinculante de las sentencias que emanan del máximo intérprete de la Constitución que deriva del llamado efecto *erga-omnes*, Rubio Llorente (1988) al analizar las técnicas de la jurisdicción constitucional señala que la ampliación de la eficacia de la decisión jurisdiccional hasta hacerla similar a la de la propia norma enjuiciada, requiere que la misma vincule en su criterio a todos los tribunales. Al referirse al sistema norteamericano, expresa que si bien "las discordancias resultantes de las diferencias de criterio o simplemente de las deficiencias de información son inevitables", a pesar de ello la unidad del sistema requiere como condición necesaria "la existencia de una instancia suprema cuyas decisiones han de ser aceptadas como obligatorias por todos los demás Tribunales" (13-15).

Sin embargo, no debemos perder de vista que en esta función de interpretación la Sala Constitucional debe ser fiel no sólo a la propia Constitución, sino igualmente a los principios que rigen a un Estado Democrático. No toda interpretación o criterio emanado de esta instancia, tiene valor de norma de obligatorio cumplimiento, porque todo aquello que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos, estará viciado de nulidad y podrá ser desconocido por los ciudadanos venezolanos y evidentemente por los otros órganos del Poder Público que actúan en representación del pueblo, del cual dimana su autoridad. Así se desprende del texto del artículo 350 de la Constitución que establece: "El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos."

El estudio del Derecho Comparado, indica que existe una marcada tendencia a atribuir un carácter que supera lo meramente persuasivo y le confiere fuerza vinculante a

la jurisprudencia constitucional, así ocurre en España y Alemania, ello sobre la base de la posición institucional que los Tribunales Constitucionales asumen en esos países. (Casal, 2000)

Así pues, como lo expresa el profesor Duque (2002), de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, la interpretación que en esta materia hace la Sala Constitucional, obliga a todos los tribunales del país, que deberán a su vez darle a la norma en cuestión la misma interpretación, de manera que la jurisprudencia adquiere entonces un valor normativo que la iguala a la propia Constitución. Respecto a ese efecto vinculante de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, el mencionado autor ha hecho algunas precisiones que podemos resumir de la siguiente manera:

- Las sentencias de la Sala Constitucional son más que orientaciones pues se trata de doctrina de eficacia vinculante,

- Es necesario distinguir entre la esencia de la argumentación y los puntos marginales, asuntos ajenos a la causa, por erudición o cultura jurídica, los primeros son la parte vinculante de la sentencia, mientras los segundos son meras opiniones doctrinarias.

- Entre varios criterios contradictorios de la Sala Constitucional los jueces pueden optar por soluciones diferentes.

- En el caso de tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, los jueces aplicaran la norma más favorable entre la Constitución y dichos tratados.

- En materia de amparo los jueces pueden corregir, completar o mejorar las interpretaciones de la Sala Constitucional, sobre todo si se refieren a normas legales sustantivas o adjetivas y no propiamente a principios y normas constitucionales.

- Cuando los jueces toman decisiones con un criterio distinto al de la Sala, pero correctas para el caso concreto, están cumpliendo con su deber de asegurar la integridad de la Constitución.

También, hay que tener en cuenta que no todo el texto de las sentencias emanadas de la Sala Constitucional debe considerarse vinculante, solo lo es, la llamada *ratio decidendi* y aún esta, debe estar abierta a la interpretación, en el sentido de que el juez al cual se le impone la aplicación de dichos criterio, puede y debe analizar el caso particular y compararlo con aquel al que se refiere la jurisprudencia a fin de determinar si se trata

del mismo supuesto de hecho, ya que la interpretación debe hacerse siempre en base al caso concreto. El precedente no obliga en todos los casos, solo en aquellos que se adecuan a los hechos conocidos y evaluados por la Sala Constitucional.

En cuanto al sistema colombiano, Bernal Pulido (2009), explica que en ese país, en materia constitucional una sola sentencia de la Corte Constitucional es suficiente para que se considere que existe precedente, mientras que en la jurisdicción ordinaria hace fala una línea jurisprudencial de por lo menos tres sentencias que traten el tema en cuestión. En cuanto a cuál es la parte de la sentencia que se considera vinculante, afirma que es la *ratio decidendi,* la que resulta a veces difícil identificar dentro de la sentencia, para ello la jurisprudencia colombiana ha señalado tres elementos a tener en cuenta por parte del juez para reconocerla: el objeto de la decisión, el referente en las fuentes del derecho que sirvió de base a la decisión y el criterio determinante de la decisión. Bernal Pulido considera que el reconocimiento del carácter de precedente de las sentencias judiciales es un elemento positivo pues "es coherente con el principio de igualdad y con la búsqueda de coherencia y estabilidad en el al ordenamiento jurídico." (p. 165) Igualmente anota la importancia de que existan sistemas que permitan tener acceso a la jurisprudencia, así como un trabajo doctrinario que la analice y critique.

En su estudio sobre el precedente constitucional Escovar (2005), precisa que para que pueda aplicarse es necesario que exista identidad entre el caso que genera el precedente y aquel en el que se pretenda aplicarlo y define el *stare decisis* como "…el principio jurídico en el cual los tribunales deben seguir las decisiones previas que han resuelto el punto objeto de su decisión". Igualmente, detalla las partes de la sentencia que deben considerarse para fijar cuales de ellas son vinculantes y cuales no: el *holding* o *ratio decidendi* es la parte de la sentencia que contiene el precedente y las razones que lo fundamentan, que no debe confundirse con la dispositiva de la sentencia, ya que puede hallarse dentro de la motivación y el *dictum,* que también se designa como *obiter dictum*, que está integrado por razones marginales o circunstanciales que por su misma naturaleza carecen de efecto vinculante.

En el referido estudio Escovar (2005) trata las doctrinas que en el sistema norteamericano se aplican para delimitar el campo que ha de abarcar el precedente: la maximalista que propone que la regla del precedente sea amplia y general para que pueda aplicarse a la mayor cantidad de casos, esta doctrina es conveniente aplicarla cuando no están presentes elementos de conflicto político, y la minimalista, más apropiada en los casos en los que se enfrenta un conflicto político, en este supuesto la regla del precedente debe destinarse a un caso concreto.

En todo caso, es importante que los jueces constitucionales que interpretan nuestra Carta Magna sean especialmente prudentes y cuidadosos en el uso del efecto vinculante de sus decisiones, pues su uso abusivo tiene como consecuencia que las normas se inmovilizan, se cierran y restringen, con lo que se les niega la posibilidad de adaptación a nuevas situaciones futuras y se les convierte en cautivas de sí mismas.

No debemos olvidar que si bien la norma constitucional puede ser interpretada, la jurisprudencia vinculante limita y en algunos casos impide la interpretación, por lo que en esos casos, el criterio que se expresa en la sentencia adquiere un carácter definitivo que ni el mismo producto del legislador tiene.

Al respecto, De Otto (1998), al tratar el principio democrático del ordenamiento constitucional, opina que “Ese principio obliga a reducir al mínimo el contenido vinculante de la Constitución en aquello que no sea necesario para el aseguramiento de la democracia misma.” (p. 47), lo que se traduce en aceptar que también en lo que respecta a la interpretación jurisprudencial, este principio determina el uso prudente del efecto vinculante de las sentencias, pues el abuso del mismo podría devenir en un verdadero atentado contra el sistema democrático, fundamento de nuestra Constitución.

Disposición constitucional.

En Venezuela, es la propia Constitución de la República la que determina el valor de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En efecto, el artículo 335 de nuestra Carta Magna establece: "Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República."

En nuestro país las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que mayor relevancia han tenido como consecuencia del carácter vinculante de los criterios que en ellas se han explanado, son en general aquellas dictadas con ocasión de la resolución de recursos de amparo, para casos concretos y que sin embargo, han adquirido alcance general.

Los criterios de carácter vinculante emanados de la Sala Constitucional deben estar referidos exclusivamente a la interpretación de las normas constitucionales, sean estas de disposiciones expresas o principios no escritos. Pero en todo caso, cada vez que la Sala Constitucional determina la naturaleza de precedente jurisprudencial constitucional está en la obligación de fundamentar y explicar las razones de su decisión, puesto que a través de esta actividad da lugar a lo que se ha llamado "jurisdicción normativa".

El efecto vinculante de la jurisprudencia se hace realmente efectivo a través de las consecuencias que se producen en el caso de que los demás tribunales de la República y aún las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, se aparten de los criterios expresados por la Sala Constitucional; consecuencia ésta, que no es otra que la nulidad de las sentencias que incurran en esa situación.

Ese efecto, también determina su efectividad respecto a las mismas leyes promulgadas por el órgano legislativo, las cuales pueden ser anuladas a través de la

jurisprudencia de la Sala Constitucional, de forma que, el criterio de la Sala, se impone no solo al de los demás órganos del Poder Judicial sino igualmente, al del propio legislador.

A esta consecuencia, que determina la nulidad de las sentencias y leyes que contraríen la doctrina de la Sala Constitucional, se arriba como resultado del ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 336 de la Constitución y los artículos 4 y 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010).

Del análisis del texto constitucional se puede afirmar que el efecto vinculante del que nos ocupamos viene a ser la garantía de la disposición contenida en el artículo 7 de la Constitución que establece que ella es norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico, de allí que el Poder Público y todas las personas se encuentren sujetas a sus normas. La supremacía proclamada solo puede hacerse efectiva mediante una garantía y esa garantía la prevé la propia Carta Magna cuando en el título VIII bajo la apropiada designación de "De la Protección de esta Constitución", el constituyente crea todo un sistema de justicia constitucional contenido en los artículo 333 al 336.

Afirma en primer lugar, la vigencia de la Constitución frente a los actos de fuerza y derogatorias por vías contrarias a lo previsto en su texto, continua estableciendo la facultad-deber de todos los jueces de la República de conservar su integridad, con lo que consagra el llamado control difuso de la constitucionalidad, pero reserva para la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la facultad de declarar la nulidad de las leyes y los actos del Poder Público, designa a esa Sala máximo y último interprete de la Constitución y le confiere carácter vinculante a sus interpretaciones sobre normas y principios constitucionales, para pasar a continuación a señalar en once numerales sus atribuciones especiales.

De manera que, el constituyente de manera expresa crea un sistema de justicia constitucional donde conviven los dos sistemas de control, el difuso que reside en todos y

cada uno de los jueces del país, con prescindencia de la jerarquía del tribunal y el concentrado atribuido a una sala especial del Tribunal Supremo de Justicia.

Igualmente, resulta procedente resaltar que la normativa que preceptúa la justicia constitucional como garantía, no está contemplada dentro de los artículos que regulan al Poder Judicial, sino que constituye un título aparte, ello a pesar de que en el artículo 266 de la Constitución que se ocupa de los órganos que conforman el Poder Judicial, al referirse al Tribunal Supremo de Justicia y enumerar sus atribuciones, en el ordinal primero establece que le corresponde a ese Alto Tribunal ejercer la jurisdicción constitucional. De modo que, se crea aquí una mixtura que atribuye el ejercicio de la jurisdicción constitucional al Tribunal Supremo de Justicia, órgano constituido por varias Salas con atribuciones diferentes para cada una de ellas, pero a la vez, como parte de ese órgano que ocupa el lugar de mayor jerarquía del Poder Judicial crea una Sala a la que le confiere el sitial de máximo y último intérprete de la Constitución y regula separadamente su funcionamiento en un título exclusivo, con lo que el constituyente parece indicar su naturaleza especial y exclusiva.

Por otra parte, cuando se analizan las disposiciones contempladas en la Constitución hay que tener en cuenta lo previsto en el artículo 22 que como lo señala Duque (2002) contiene una cláusula abierta, pues esta norma dispone que la enunciación constitucional o contenida en instrumentos internacionales sobre derechos humanos no es limitativa, de allí que es posible reclamar el ejercicio de otros derechos y garantías que aunque no aparecen allí contemplados son inherentes a la condición humana. Esta disposición da lugar a que en materia de amparo, eventualmente un juez pueda apartarse de la interpretación realizada por la Sala Constitucional a pesar de que se le haya atribuido efecto vinculante, ello en el caso de que el juez que conoce del caso en cuestión, determine la existencia de una situación fáctica que no ha sido tenida en cuenta por la Sala o un derecho inherente a la persona humana no contemplado en la legislación, cuya aplicación resulte más favorable.

Igualmente, en ese mismo sentido lo previsto en el artículo 23 de nuestra Carta Magna que se refiere a la llamada "supralegalidad", y que le atribuye a los tratados, pactos y convenciones relativos a la materia de derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, jerarquía constitucional y además ordena que estos prevalezcan cuando contienen normas más favorables a las contenidas en nuestro ordenamiento interno. De modo que aquí también como lo señala Duque (2002) los jueces cuando decidan en materia de amparo, pueden apartarse de la jurisprudencia vinculante y aplicar dichas normas dada su jerarquía y su carácter prevalente.

Por otra parte, este efecto vinculante que tiene su base en el propio texto constitucional, le confiere a los pronunciamientos de la Sala Constitucional otra y no menos importante finalidad, la de lograr la uniformidad en la aplicación del derecho y la consolidación de un sistema de justicia e igualdad. Que todos los tribunales de la República apliquen las normas uniformemente es una legítima aspiración de los ciudadanos, en ese sentido la exposición de motivos de la Constitución expresa:

> En esta materia se consagra una herramienta indispensable para que la Sala Constitucional pueda garantizar la supremacía y efectividad de las normas constitucionales. Así, se indica que las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales serán vinculantes para las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y tribunales de la República, todo ello con el objeto de garantizar la uniforme interpretación y aplicación de tales normas y principios

Habría sin embargo que preguntarse si en la actualidad, después de dieciséis años de vigencia de la Constitución, ese fin se ha hecho realidad. La revisión de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por lo menos en lo que se refiere al proceso penal, en algunos casos, arroja una multiplicidad de criterios que lejos de aportar uniformidad producen más bien inseguridad por lo cambiantes. No pretendemos negar la importancia de adecuar los pronunciamientos de la

jurisdicción constitucional a la cambiante realidad, pero el caso es que, diferentes criterios surgen y cambian sin que la Sala justifique y fundamente debidamente esos cambios. Un ejemplo palpable es el que se reseña en este trabajo cuando nos referimos a la constitución de los tribunales mixtos.

Tendencia de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre el efecto vinculante de sus sentencias.

En el ámbito jurisprudencial, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sido prolífica en el tratamiento de sus funciones como máximo intérprete de la norma constitucional y los efectos que los criterios expresados en sus sentencias tienen no solo sobre toda la organización judicial sino igualmente en lo que respecta al propio ordenamiento jurídico de la República. Así queda plasmado en su sentencia No. 93 del 6-2-2001:

> …no existe duda alguna de que esta Sala posee la máxima potestad de interpretación de la Constitución y que sus decisiones son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales de la República. Así las cosas, las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales y juzgados de la República están obligados a decidir con base en el criterio interpretativo que esta Sala tenga de las normas constitucionales. El hecho de que el Tribunal Supremo de Justicia o los demás tribunales de la República cometan errores graves y grotescos en cuanto a la interpretación de la Constitución o no acojan las interpretaciones ya establecidas por esta Sala, implica, además de una violación e irrespeto a la Constitución, una distorsión a la certeza jurídica y, por lo tanto, un quebrantamiento del Estado de Derecho. Por ello, la norma contenida en el artículo 335 de la Constitución establece un control concentrado de la constitucionalidad por parte de esta Sala en lo que

> respecta a la unificación de criterio relativa a la interpretación de la Constitución.

Como se desprende del texto de la sentencia antes transcrita, la Sala considera que cuando alguno de los tribunales del país o cuando alguna de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia se apartan de los criterios plasmados en su jurisprudencia violan la Constitución y quebrantan el Estado de Derecho, con ello afirman que cuando las interpretaciones contenidas en sus sentencias tienen efecto vinculante, adquieren la misma jerarquía que tiene la propia Constitución.

Precisamente, respecto al tema de la jerarquía también se ha pronunciado la Sala en sentencia No. 33 del 25-1-01, allí establece los parámetros en los que se funda su función interpretativa y la influencia que le corresponde ejercer sobre todos los poderes públicos incluido el propio Poder Judicial.

> La jurisdicción constitucional persigue concretar, por un lado, los objetivos éticos y políticos de dicha norma, modulándolos con criterios de oportunidad o utilidad en sintonía con la realidad y las nuevas situaciones; y por otro, interpretar en abstracto la Constitución para aclarar preceptos cuya intelección o aplicación susciten duda o presenten complejidad, a dicha jurisdicción le cumple encaminar las manifestaciones de voluntad o de juicio de los máximos operadores jurídicos dentro de los parámetros que dicha norma establece. De su influencia no escapa, tal como se desprende de lo dicho, ninguno de los poderes públicos, incluido el propio poder judicial. Tal vinculación es universal.

Aún más, la Sala afirma su papel de garante de la integridad y supremacía de la Constitución y sostiene que tiene la facultad y el deber de entrar a conocer cualquier situación en la que se lesionen o menoscaben los derechos fundamentales con prescindencia de que dicha situación haya sido impugnada o planteada en el recurso. En ese sentido en la sentencia No.899 del 31-5-01 afirma:

> … puede este órgano jurisdiccional, de oficio y en resguardo del orden público constitucional que pueda verse quebrantado por una decisión judicial de cualquier tribunal de la República o de cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, dejar sin efectos dichas resoluciones judiciales, con el objeto de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución.

En lo que se refiere al recurso de revisión atribuido a la Sala Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), se dispone la revisión por parte de la Sala Constitucional, sin ningún tipo de limitaciones y sin atender a ningún tipo de recurso especifico, de todas las sentencias firmes dictadas por los Tribunales de la República en materia de amparo y control difuso de la constitucionalidad. Criterio este que ya había sido planteado en el año 2000, con anterioridad a la promulgación de la referida Ley Orgánica, en la sentencia No. 01 del 20-1-2000, en el caso “Emery Mata Millán”, decisión en la que se señalan los casos de amparo en los que la Sala se considera competente para conocer, pautas todas estas, que luego se recogen en el texto legal.

En cuanto a los tratados internacionales, que de conformidad con lo pautado en el artículo 23 de la Constitución, tienen jerarquía constitucional y prevalecen sobre el derecho interno en el caso de que sus normas relativas a derechos humanos sean más favorables, la Sala Constitucional ha elaborado toda una argumentación con el fin de concluir que lo que es aplicable en el derecho interno es la interpretación que ella elabore de esas normas contenidas en los instrumentos internacionales y no las propias normas y que solo pueden aplicarse en el territorio nacional las disposiciones que pasadas a través del análisis de la Sala, esta considere que efectivamente tienen vigencia interna, con lo que pareciera que la Sala se coloca por encima del propio texto constitucional que no dar lugar a dudas respecto al sentido y finalidad de la norma contenida en el artículo 23 antes citado, tanto más como que dicha disposición determina que tales normas más favorables

contenidas en los tratados son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

A esta conclusión se llega luego de revisar la sentencia No. 1942 del 15-7-03, en la que la Sala Constitucional establece:

> …la jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara…. Resulta así que es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela.

Esta posición de la Sala Constitucional es contraria a lo que ocurre con otras jurisdicciones constitucionales latinoamericanas que "han iniciado el importante paso de convertirse en parte de un sistema integrado para la protección de los derechos humanos, aplicando no solo los instrumentos internacionales, sino además la propia jurisprudencia de los órganos internacionales" (Ayala Corao. 2001. P. 222)

Frente a esta tendencia de la Sala Constitucional que procura revestir de tal efecto vinculante a la gran mayoría de sus sentencias, se pronuncia Duque (2007) anotando una tendencia dogmática que considera peligrosa y que consiste en establecer conceptos axiomáticos, para deducir consecuencias apriorísticas, con el efecto práctico de que las decisiones de los jueces están determinadas de manera anticipada por conceptos establecidos con anterioridad, con lo que el problema planteado viene a colocarse en un segundo plano para darle prioridad al concepto. Los conceptos fijados por la Sala

Constitucional se convierten entonces para el derecho en “normas o máximas con vida propia que pueden contradecirlo y que deben imponerse incluso a la realidad.” (p.89)

En el mismo sentido, Escovar (2005) califica la actividad de la Sala Constitucional de “voracidad judicial” (p. 326) pues en su criterio ha actuado de manera excesiva al conferir efectos vinculantes a sus decisiones, incurriendo incluso en doctrinas vinculantes contradictorias y atribuyendo ese carácter a interpretaciones de normas de derecho adjetivo.

El artículo 335 de la Constitución, establece de manera expresa que son vinculantes para los tribunales y las otras Salas del Tribunal Supremo, las interpretaciones que sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales realiza la Sala Constitucional. De manera que la propia norma establece los límites de la Sala respecto a los criterios que gozan de ese efecto vinculante, son solo y únicamente los referidos a las normas y principios constitucionales.

Sin embargo, de la revisión de las sentencias de la Sala se observa que esta le ha conferido ese carácter a interpretaciones relativas a normas de rango legal y que no se ha limitado a los temas que la propia Constitución le señala. Así ha ocurrido en la materia procesal penal, donde relacionando normas sustantivas con algún principio del proceso la Sala ha modificado el texto de las disposiciones contenidas en el Código Orgánico Procesal Penal, entre otros casos que más adelante se comentarán en esta tesis; respecto al número de convocatorias para constituir el tribunal mixto con escabinos, el número de veces que es posible diferir la audiencia preliminar dentro del proceso penal en razón de la inasistencia de algunos de los imputados y como debe dividirse la continencia de la causa cuando ese número de convocatorias se agote (sentencia No. 3744 del 22-12-03). Así mismo lo ha hecho respecto a la los actos procedimentales que deben verificarse para considerar que procede la llamada doble conformidad (sentencia No. 2298 del 21-8-03). Igualmente como, donde y cuando debe verificarse la imputación de aquellas personas señaladas como autores o participes del delito (sentencia No. 276 del 20-3-09). También

respecto a la posibilidad de que la víctima acuse en los delitos de acción pública con prescindencia de la actuación del Ministerio Público (sentencia No. 908 del 14-8-12).

En estos casos, como ya arriba se anotó, en los que no existía un vacío legal, sino que se trataba de situaciones contempladas y reguladas por el legislador en el Código Orgánico Procesal Penal, ciertamente la Sala dispuso cambios en el trámite procesal sobre la base de su relación con principios del proceso penal. Pero no solo se ha limitado a revisar esos temas de carácter meramente sustantivo, sino que ha procedido a conferirle a esos criterios el efecto vinculante que el artículo 335 reserva para las interpretaciones de los principios y de las normas constitucionales y no para las normas legales procedimentales, a menos que sean abiertamente violatorias de los principios constitucionales.

Por otra parte, el intérprete constitucional cuando desarrolla esta delicada actividad, dados los efectos que supone, no solo debe ser prudente y aplicar estrictamente las técnicas de interpretación y los conocimientos jurídicos, sino que igualmente tiene que permanecer abierto en cuanto a la posibilidad de incurrir en errores, como lo anota Duque (2002) "… en el sistema norteamericano donde funciona este sistema, el precedente obligatorio se sigue porque emana del interprete final de la Constitución y porque de ordinario es un criterio acertado, pero no exige a los tribunales seguir un criterio claramente equivocado" (p. 2). En cuanto al Tribunal Constitucional Español, Manuel Atienza citado por Duque (2002) expresa que si bien sus interpretaciones son vinculantes, no son infalibles. La tendencia actual es conferir carácter vinculante a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad o la constitucionalidad de una ley, pero no las interpretaciones de las normas legales. Tampoco tiene efectos generales las declaratorias que nieguen la inconstitucionalidad de una ley, pues eventualmente en el futuro, en otras circunstancias este criterio podría cambiar.

Duque concluye que los jueces que conocen de la acción de amparo, pueden corregir y mejorar los criterios de la Sala Constitucional, sobre todo cuando en el amparo

se examinan normas de carácter procesal y no principios constitucionales, en su opinión, en estos casos los jueces aseguran la integridad de la Constitución y no violan el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, lo mismo ocurre cuando los jueces aplican normas contenidas en los tratados, convenciones y pactos internacionales, que en materia de derechos humanos resulten más favorables, ello de conformidad con la jerarquía que estas normas tienen de acuerdo a lo previsto en el artículo 23 de la Constitución venezolana, también cuando la Sala haya emitido criterios contradictorios los jueces pueden apartarse de estos.

También se refiere Duque (2002), a la improcedencia de que la Sala Constitucional asuma las funciones propias del Poder Constituyente, pues este corresponde al pueblo y no al órgano judicial, de conformidad con el artículo 347 de la Constitución. La labor de la Sala Constitucional también está delimitada, de manera que no puede excederse atribuyéndole a algunos de sus pronunciamientos, efectos que no corresponden.

Del análisis de la jurisprudencia de la Sala Constitucional y de lo expuesto, se desprende una evidente tendencia por parte de la Sala Constitucional, a atribuir con excesiva frecuencia carácter vinculante a sus criterios, en lo que se refiere al tema central de la presente tesis, esto es en lo que respecta al proceso penal, a esta tendencia se une, una marcada inclinación al cambio frecuente de doctrinas que en ocasiones muestra contradicciones. Así mismo, del estudio de los pronunciamientos de la Sala y de los votos salvados se evidencian relevantes diferencias de criterio entre los magistrados que conforman la Sala, en cuanto a lo que respecta a la naturaleza de los trámites procesales y las instituciones que fundamentan el proceso penal.

En algunos oportunidades, incluso hemos podido observar casos en los que más que las normas y los principios constitucionales, la Sala interpreta y atribuye carácter vinculante a criterios relacionados con asuntos meramente procedimentales contemplados en la ley, que más bien parecieran pertenecer al ámbito de competencia de los jueces

ordinarios, lo que quedará evidenciado más adelante en este trabajo, cuando se analicen casos concretos en los que la Sala se ha pronunciado en materia procesal penal.

Capitulo IV

Los principios y garantías del proceso penal venezolano y la incidencia de las interpretaciones vinculantes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su consideración

Los principios que rigen el proceso penal tienen su base en la Constitución, por eso, no pueden entenderse ni interpretarse sino desde la perspectiva de los preceptos constitucionales. Rubio (2000) lo dice de manera tajante "ninguna norma debe interpretarse aislándola de la Constitución" (p.174) pero es que además, en esta materia en particular, los efectos del proceso penal están íntimamente relacionados con uno de los derechos fundamentales más importantes contemplados en la Constitución, nada menos que el derecho a la libertad, de allí la trascendencia especial de la jurisprudencia de la Sala Constitucional cuando a la luz de la Constitución interpreta y establece criterios en materia procesal penal. En esta labor el juez toca el bien más preciado para los seres humanos, colocado solo por debajo del valor de la vida; su libertad, de la cual podemos afirmar sin género de dudas, es la condición que le confiere a los seres humanos su dignidad.

Como lo afirma Tiedemann (1989) el conflicto que se materializa en el proceso penal, entre el ciudadano y el poder estatal, es en último término un problema de Derecho Constitucional. Para este autor, dentro del proceso penal se producen una serie de intervenciones en los derechos fundamentales de los individuos que en él participan, el imputado, y también los testigos, de manera que las normas del proceso penal deben regular que esas intervenciones se ajusten a lo dispuesto en el derecho, con el grave peligro, anota el autor, de que para los órganos estatales todas las intervenciones se consideren conformes a derecho.

> … cuando se hace claro que prácticamente cada utilización de la coerción en el proceso penal representa una violación de los derechos fundamentales del interesado – no solo del inculpado, sino también, por ejemplo, del testigo -. Viéndolo desde el punto de vista jurídico-

> constitucional, el Derecho Procesal Penal regula consecuentemente y ante toda la clase y extensión, por tanto y en último término la conformidad a Derecho, de las violaciones de los derechos fundamentales."

Este asunto resulta aún más destacado si tenemos en cuenta, como ya se ha afirmado, la íntima relación que tiene el proceso con el tema político, pues es precisamente el proceso penal la más poderosa herramienta que tiene el gobierno para controlar a los ciudadanos y en algunas desafortunadas ocasiones a sus adversarios.

Principios y garantías forman un binomio inseparable, solo se harán efectivos los principios, si existen efectivas garantías para su cumplimiento. En la actualidad, toda aproximación al tema constitucional, pasa por declarar que solo si un sistema constitucional prevé efectivas garantías para hacer realidad los derechos contemplados en la Carta Magna, se puede afirmar que posee carácter jurídico. Es allí donde reside la importancia de la justicia constitucional, ella es la más legítima garantía de que los valores y derechos fundamentales de los individuos prevalecerán y que los poderes públicos acatarán la norma constitucional.

En las constituciones modernas se incluye un amplio catálogo de principios que junto con los derechos fundamentales generan un escenario de un gran dinamismo, su interpretación como lo refiere Mathias Herdegen (2006) "abre un potencial de construcción discrecional a los exegetas casi ilimitado. Estos valores constitucionales son vehículos para fortalecer o frenar el impacto de otros principios o reglas de rango constitucional" (p.72). Esta labor que busca el sentido profundo de los principios en una sociedad democrática y que trata de lograr un equilibrio entre ellos, es sumamente difícil y delicada, porque cuando se le da preeminencia a un principio sobre otro u otros en la resolución de una situación concreta, se generan consecuencias que a veces no fueron ni siquiera previstas por el interprete.

El asunto se torna aún más delicado cuando se tiene en cuenta que las constituciones no establecen un orden jerárquico para ordenar o aplicar estos principios y

valores, a pesar de lo cual, no es legítimo que el intérprete los utilice según sus intereses y los coloque según le convenga para justificar su decisión.

Herdegen (2006) refiere que los jueces constitucionales para cumplir con su labor, muchas veces hacen uso de parámetros extra-constitucionales, como son los estándares de derecho internacional; sobre todo en lo que se refiere a los derechos humanos, así mismo del derecho comparado, la empírica e incluso "la historia que determina la auto-percepción de la comunidad constituida" (p. 74) a través de los cuales se le facilita indagar y descubrir el correcto sentido y jerarquía de de los principios y valores constitucionales.

Siguiendo a Rubio Llorente (1988), cuando nos planteamos estudiar la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como fuente de derecho en el proceso penal, estamos considerando a ese órgano judicial como creador de derecho porque como producto de su labor establece normas jurídicas, preceptos de eficacia *erga omnes*, ya que vincula con su criterio de manera necesaria a todos y cada uno de los tribunales de la República, incluidas las restantes salas del Tribunal Supremo de Justicia y esto ocurre por mandato constitucional.

Desde la perspectiva de los principios y garantías constitucionales en general y aquellas relativas al proceso penal en particular, resulta preocupante la doctrina de la Sala Constitucional a la cual hace referencia el profesor Duque Corredor en su tratado sobre fuentes e interpretación del derecho constitucional (2014) en la que se crea la noción de orden público constitucional y que en criterio de la Sala, en casos de conflicto debe prevalecer sobre los intereses del individuo. El problema reside en que ese orden público constitucional garantiza los intereses de la defensa del Estado y la sociedad, con lo que los derechos fundamentales quedan relegados a un segundo lugar, lo que resulta contrario al principio según el cual los derechos de la persona humana deben prevalecer sobre los intereses generales. Esta doctrina constitucional ha sido plasmada, como lo indica Duque en varias sentencias de la Sala Constitucional. (Sentencias No. 77 del 9-3-00 y No. 85 del 24-1-02)

Las relaciones entre el principio de legalidad y el de proporcionalidad en la materia penal, es el tema que trata Ávila Santamaría (2008). El autor expone un planteamiento sumamente interesante acerca de la preferencia que los operadores de justicia deben dar a la materia de derechos humanos sobre la aplicación de la ley penal. Empieza por afirmar que los jueces cuando toman decisiones lo hacen para garantizar intereses que han variado según la época histórica de que se trate, así, en el estado absoluto eran los de la autoridad, en el estado liberal clásico se trataba de garantizar la ley. En el moderno estado constitucional los jueces deben garantizar los derechos del individuo reconocidos en la Constitución, también les toca controlar a los distintos poderes del Estado, bien sea cuando se ocupan de la legitimidad de la creación de la ley que dimana del poder legislativo, o de la ejecución de la misma como facultad del poder ejecutivo, o de la actividad de los órganos del poder judicial cuando aplican indebida y arbitrariamente el derecho, en todos estos casos, los jueces constitucionales controlan los órganos del poder del Estado y a la vez tienen la obligación de garantizar los derechos fundamentales.

En el caso de que al juez le corresponda conocer de un caso concreto, según Ávila Santamaría (2008), no puede olvidar que se trata de personas y problemas reales, que hay una víctima y un presunto autor o partícipe que son los protagonistas del conflicto que le corresponde decidir, debe actuar sin dejarse llevar por las etiquetas que establecen prejuicios y discriminaciones contra una u otra parte. Si bien en la justicia constitucional el juez decide entre uno u otro derecho que entran en conflicto, en el ámbito penal le toca decidir entre dos derechos, el de la víctima que reclama la tutela del Estado en relación al derecho que le ha sido afectado y el del imputado que tiene en juego su derecho a la libertad. Según Ávila Santamaría el juez que conoce un caso penal, en virtud de su carácter de garante de la justicia, puede apartarse de la norma aplicable al caso concreto, para preferir una de naturaleza superior de carácter constitucional o internacional en materia de derechos humanos, en estos casos, aplica el control difuso de la constitucionalidad mediante el uso del principio de proporcionalidad, procedente siempre que se limitan los derechos humanos, sin embargo, en estos casos está obligado no solo a

desaplicar una norma que considera contraria al orden constitucional, sino que para arribar a su decisión está obligado a ponderar para complementar la subsunción normalmente aplicable y a argumentar para complementar al silogismo jurídico.

En razón de la ponderación el juez debe analizar si existe un fin legítimo constitucionalmente reconocido y si la medida es la idónea, necesaria y proporcional. Este análisis le impone la obligación de usar la argumentación como vía para arribar a su decisión, aportando las razones que justifiquen la norma elegida y la solución adoptada, para arribar a un resultado que sea y aparezca legítimo ante los miembros de la sociedad.

Principios y garantías constitucionales en el proceso penal venezolano.

Los principios son la base sobre la que se sustenta un sistema procesal, su estudio nos brinda la oportunidad de tener una visión general del sistema, es a través de ellos que se organiza el proceso pues son la razón y el fundamento de las diferentes estructuras, actos y formalidades que lo conforman. Así mismo explican la existencia de las cargas y derechos atribuidos a los sujetos procesales. Pero además, son ellos la referencia necesaria para la interpretación de las normas, lo que en la práctica permite resolver los vacíos legales y aparentes incoherencias. Es mediante el desarrollo de los principios que se pretende hacer efectiva la finalidad del proceso penal; obtener la verdad mediante la reconstrucción intelectual de los hechos objeto del proceso, para arribar a una sentencia que se sustente sobre esos hechos probados legalmente y que resulte el medio para impartir justicia.

Las garantías procesales en opinión de Ferrajoli (1998) son las que pueden asegurar un juicio en el que reine la imparcialidad, la veracidad y el control, de allí que las designe como instrumentales, frente a las garantías de la legislación penal a las que designa sustanciales y que también resultan necesarias para garantizar los juicios. Las garantías sustanciales solo se harán realidad en la medida en la que funcionen debidamente las garantías instrumentales propias del proceso, por eso el autor dice que

tienen una correlación funcional, valen cada una por sí mismas, pero a su vez, unas y otras funcionan como garantía recíproca de efectividad. Al derecho procesal penal le corresponde hacer realidad el derecho penal, que sin el proceso penal se convertiría en una mera enumeración de conductas antijurídicas.

En el proceso penal las garantías no solo funcionan respecto al veredicto como producto final que impone una pena, sino que se hacen presentes desde el inicio mismo del proceso, porque debe garantizarse que solo resulta legítimo iniciar un procedimiento sobre la base de la presunta comisión de un hecho que la ley reputa como punible y vista la existencia de elementos que vinculen al sospechoso con su realización, pero además, esas garantías están concebidas para proteger al imputado, que es titular de atributos que emanan de su condición humana y de derechos expresamente establecidos en la Constitución y la ley, muy especialmente, durante el curso de la investigación y desenvolvimiento de toda la dinámica procesal, delimitando las actuaciones de los funcionarios que intervienen en ella, que deben circunscribir su ejercicio a los hechos presuntamente delictivos sin comprometer los derechos del imputado, así como tampoco los de todas aquellas personas vinculadas al proceso. (Cafferata Nores. 2005)

Si bien el orden jurídico viene a ser la regulación externa de la conducta de los individuos que integran la sociedad, es así mismo un fenómeno cultural, porque representa y es el producto de los principios y valores que ese grupo social considera básicos para la convivencia e incluso para su propia supervivencia. Ese orden se manifiesta en el tiempo y en el espacio de manera que en materia jurídica hablamos de territorialidad y de vigencia temporal de las reglas que lo integran. Esas reglas están referidas no solo a la constitución de ese mismo orden estableciendo cuales son las conductas permitidas y prohibidas, sino igualmente a su realización.

Solo cuando es obligatorio el cumplimiento de esas reglas o normas el orden adquiere vigencia, de allí que la garantía de que estas normas sean acatadas es que su incumplimiento sea sancionado, generándose la responsabilidad que a su vez determina que ese incumplimiento obliga a una satisfacción jurídica, que solo puede hacerse

efectiva una vez que sea declarada por los órganos del Estado a los que se le confiere la función jurisdiccional. Esa función jurisdiccional demanda una actividad integrada por una serie de actos que configuran el proceso, se trata de realizar el orden jurídico, hacerlo realidad.

Sin embargo, esa actividad que está destinada a determinar si las personas son responsables ante la sociedad por haber incurrido en conductas prohibidas debe regularse detalladamente, de manera que, los individuos sometidos al proceso tengan garantías de que la decisión que se tome sea producto de la más fidedigna reconstrucción de los hechos objeto de la presunta violación de las normas, esto es, lo más cercano posible a la verdad, solo así será legitimo imponer una sanción. Son precisamente las normas que regulan el proceso que deriva en una sanción de tipo penal, las que integran el Derecho Procesal Penal.

El objeto de ese proceso judicial, que no la finalidad, no es otro que un hecho humano, que tiene relevancia de acuerdo a las normas que regulan la materia penal y que por tanto se le considera y evalúa con fines punitivos, el sustento fáctico de la existencia de un objeto procesal, es que sea pensado jurídicamente (Claria Olmedo, 98). El proceso sirve para esclarecer y enjuiciar un hecho que según el principio acusatorio que rige el proceso penal en nuestro país, debe estar descrito en la acusación, en relación con la persona señalada como autor o participe de tal acontecimiento y que establece los límites tanto de la investigación que ha de realizarse, como los de la prueba a practicarse y la sentencia que finalmente habrá de dictarse, con lo que se genera una garantía patente para la defensa, porque es sobre ese hecho, y no otro, en relación al cual van a desarrollarse los alegatos y la defensa del imputado. Ello tiene implicaciones prácticas, como lo señala Gómez Colomer (1985) por cuanto dependen de la identidad del objeto, asuntos tan delicados como la litispendencia, la cosa juzgada e incluso la modificación o acumulación de causas, por tanto el tema referido al objeto del proceso escapa a lo meramente teórico.

El sistema procesal penal venezolano, se define como mixto pues toma caracteres tanto del llamado proceso acusatorio como del inquisitivo, se podría hablar de un sistema mixto con preponderancia acusatoria. Resulta importante señalar que en nuestro país con anticipación a la promulgación de la Constitución de 1999, pero con poca distancia en el tiempo, se dictó una nueva legislación en el año 1998, en materia procesal penal que cambió radicalmente la manera en que se tramitaban los asuntos en materia penal. De un sistema inquisitivo se pasó a un sistema con rasgos predominantes acusatorios, con lo que nuestro país actualizó de manera radical no solo las normas de procedimiento sino que estableció los derechos y garantías de los justiciables sometidos al poder punitivo del Estado. Siguiendo las pautas de los más modernos y garantistas sistemas procesales imperantes, se dictó una nueva legislación que colocó al país dentro del ámbito de los países en los que los derechos humanos son la base esencial de la justicia. Hay que destacar que si bien el Código Orgánico Procesal Penal se promulgó un año antes de que se hiciere lo propio con nuestra Carta Magna, ya en el primero se incluían los principios y garantías procesales que luego fueron establecidos en nuestra Constitución de 1999 y que no hubo necesidad de adaptar la ley procesal penal a la nueva norma fundamental del Estado, se podría decir que el Código Orgánico Procesal Penal se adelantó a ella.

De acuerdo al nuevo sistema, se diseñó un proceso dividido en cuatro fases o etapas, la primera dirigida por el Ministerio Público destinada a investigar los hechos objeto del proceso, en la que sin embargo el órgano judicial interviene a través del Juez de Control precisamente controlando y autorizando las actuaciones del Fiscal cuando en ellas pudieran eventualmente estar comprometidos los derechos fundamentales y garantizando la participación del imputado y de la víctima en el curso de la investigación.

La segunda es la fase intermedia que se inicia cuando se presenta la acusación correspondiente y que está a cargo del juez de control quien revisa las actuaciones practicadas en la etapa anterior con el fin de depurar la investigación y en caso de que considere que procede la acusación interpuesta dicta la orden de juicio y admite o inadmite las pruebas ofrecidas por las partes, se trata de asegurar la pulcritud del

requerimiento del Estado, evitar juicios inútiles y verificar si procede un cierre anticipado del proceso.

La tercera fase es la de juicio que se realiza mediante un debate público y oral en el que se produce la prueba bajo la dirección del juez de juicio, quien determina si existen o no suficientes elementos probatorios que puedan sustentar una sentencia condenatoria, en caso contrario deberá absolver, con la posibilidad de dictar el sobreseimiento en determinados casos especiales.

La cuarta y última fase es la de ejecución en la que un juez vigila el cumplimiento de la pena y en caso en que sea procedente, en base a un sistema progresivo previsto en la ley concede alternativas al cumplimiento de la pena.

El reseñado es el llamado procedimiento ordinario para los delitos de acción pública, pero además el Código prevé procedimientos especiales para el caso de los delitos de acción privada, los delitos presuntamente cometidos por el Presidente y demás altos funcionarios, aplicación de medidas de seguridad para inimputables, delitos menores, extradición, admisión de hechos y procedimiento abreviado en caso de aprehensiones en flagrancia.

En este sistema mixto con preponderancia acusatoria, la persecución penal le corresponde al Ministerio Público, aunque se le concede a la víctima un amplio margen de participación en el proceso. El imputado es considerado un sujeto de derechos, al que se presume inocente, de forma que corresponde al Estado a través del Ministerio Público demostrar su responsabilidad, las normas disponen que la privación de libertad durante el proceso sea excepcional, igualmente, se le garantiza el derecho a la defensa y una posición de igualdad frente al acusador. En cuanto a la valoración de la prueba se desecha el sistema tarifado y se asume el sistema de la sana crítica, que impone al juez el análisis de las probanzas mediante las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, estando obligado a fundamentar sus decisiones. Para los recursos se adopta un sistema de impugnabilidad objetiva, de manera que las sentencias

pueden recurrirse limitadamente. En cuanto al ejercicio de la jurisdicción penal si bien originalmente se dispuso que se ejercería por tribunales con participación ciudadana, posteriormente se reformo, como lo veremos en un punto aparte, para reservarla solo a los tribunales asignados a jueces profesionales. (Maier, 1989)

En el proceso se conservan rasgos inquisitivos como la persecución penal pública y la obligación de averiguar la verdad histórica y se adoptan del sistema acusatorio las garantías y derechos individuales, la presunción de inocencia y el juicio previo. Ello a pesar de que algunos como Montero Aroca (1997) piensan que el único sistema procesal es el acusatorio, pues el llamado inquisitivo no es un verdadero proceso porque sus postulados no permiten que se cumpla la verdadera esencia de un proceso, cual es, que dos partes contradictorias comparecen en pie de igualdad ante un tercero imparcial para que solucione el conflicto planteado.

Los sujetos procesales se clasifican como principales y secundarios. Los principales son aquellos sin cuya presencia no es posible realizar el proceso ya que ejercen los poderes dentro del mismo, el de acusar, juzgar y defender, cada uno de los cuales se atribuye a un sujeto diferente imprimiendo de este modo un rasgo democrático al proceso, la acusación se confiere al Ministerio Público, el juzgamiento al juez y la defensa al imputado asistido por su defensor. Los secundarios vienen a ser la víctima, los órganos de investigación que apoyan al Ministerio Público en la investigación y los asistentes de las partes, quienes desempeñan un papel importante dentro del proceso pero su presencia no es indispensable para su desarrollo.

En cuanto a las fuentes del derecho procesal penal, tradicionalmente se afirmaba que la única fuente la constituía la ley, sin embargo, al promulgarse la Constitución de 1999, esto cambió pue al atribuirse carácter vinculante a los pronunciamientos de la Sala Constitucional se creó una nueva fuente de derecho, es precisamente sobre este tema que versa el presente trabajo. Por otra parte, es indudable que aún en los sistemas jurídicos positivos la interpretación que se hace de las leyes representa un importante aporte para el derecho porque a través de ella se suplen las deficiencias del lenguaje y las lagunas de la

ley, ello nos permite ver al ordenamiento jurídico como un sistema completo y armónico de reglas. Siguiendo a Julio Maier (1989), cuando toca el punto referido a la interpretación de la ley procesal penal en su tratado de derecho procesal penal, la interpretación de las normas de derecho procesal penal vista como la operación intelectual mediante la cual se pretende conocer el sentido prescriptivo de la norma resulta indispensable para proceder a su aplicación práctica. Las palabras y los conceptos a menudo resultan imprecisos, ello provoca tensión al momento de aplicar a un caso concreto la norma general y abstracta, se trata de pasar del mundo ideal al mundo real.

La labor de interpretación se inicia desde el momento en el que se plantea el hecho humano en cuestión, se trata de dilucidar cuales aspectos de este hecho tienen relevancia jurídica, ello implica seleccionar los aspectos que se consideran importantes, esa selección sin embargo, se hace sobre la base de lo previsto en las normas legales, de manera que la propia descripción del hecho depende de la interpretación.

Desde el punto de vista formal, la interpretación se rige por la afirmación ideal de la plenitud y la coherencia del orden jurídico, se proclama que el sistema prevé todas las situaciones y que no existen contradicciones. Para ello es necesario tener en cuenta la interdefinibilidad entre la acción prohibida y la permitida y la obligación que tiene el juez de decidir todos los casos. En cuanto a lo material la interpretación busca las respuestas en los criterios valorativos y los principios fundamentales que presiden el orden jurídico, ellos orientan no solo la actividad del intérprete, sino igualmente la del legislador y la del juez.

En cuanto a los métodos de interpretación en el derecho procesal penal, se trata de técnicas que sirven para esclarecer el significado y sentido de las normas cuando estas resultan oscuras. En un primer momento se recomienda el uso del método literal o gramatical, sin embargo, cuando este resulta insuficiente se acude al método sistemático que da por supuesto que el ordenamiento legal goza como ya arriba se señaló, de plenitud hermética y coherencia, de modo que todas las normas guardan relación y su significado no puede buscarse de manera aislada sino que necesariamente se vinculan entre sí. En

cuanto al contenido que abarca la norma se habla de interpretación restrictiva y extensiva, en la primera se procura abarcar la menor cantidad de casos entre los significados posibles, mientras que la segunda busca aplicar la solución prevista en la norma a casos que resultan semejantes. Al respecto la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No.0585 del 10-7-2001, ha establecido que en el campo penal la interpretación debe ser restrictiva cuando se trata de normas que representan perjuicio para el enjuiciado, mientras que debe ser extensiva cuando le favorece. Por su parte el propio Código Orgánico Procesal Penal dispone en su artículo 9 que las normas relativas a la privación o restricción de la libertad y otros derechos del imputado deben ser interpretados de manera restrictiva.

La manera como un determinado Estado concibe el proceso penal es el reflejo de cómo concibe el ejercicio del poder y el respeto a los derechos humanos, de allí que el derecho procesal penal está íntimamente ligado a las concepciones políticas; no podemos perder de vista que el proceso penal representa la más potente herramienta con la que cuenta el Estado para controlar a los individuos, de manera que resulta imperativo en un Estado de Derecho que ese poder sea limitado, en eso y en el respeto a los derechos fundamentales es que se basa su legitimidad. Maier (1989) expresa esta idea con toda claridad y contundencia:

> …el poder penal tanto en su definición, cuanto en su ejercicio práctico, representa en manos del Estado, el medio más poderoso para el control social; su utilización en pos de lograr la paz social puede servir tanto a un grupo de individuos, que ostentan el poder político, para sojuzgar a sus semejantes, reprimiendo toda desobediencia, cuanto a mayorías para someter a minorías o, aplicado racionalmente, para resguardar ciertos valores esenciales para la vida de una comunidad organizada, a los que todos sus miembros han prestado consenso, a través de algún método de verificación sobre el acuerdo social. (T.1b p. 235)

Por eso es que el Código Orgánico Procesal Penal promulgado en el año 1998 fue concebido como un estatuto de garantías, no es una normativa destinada meramente a establecer unas reglas más o menos eficientes para castigar a los culpables de la comisión de delitos, es por lo contrario, un dispositivo jurídico destinado a limitar el poder punitivo del Estado mediante el establecimiento de un sistema procesal penal cuyas normas permiten no solo hacer realidad las previsiones del Código Penal sustantivo, sino igualmente, garantizar que ese procedimiento será el escenario en el que se respetarán los principios y valores que inspiran un Estado democrático, de manera que el producto obtenido, representado en la sentencia, sea una manifestación de la justicia y del respeto a los derechos fundamentales no solo del imputado sino igualmente de la víctima del delito.

Así lo expresa Binder (1999) cuando afirma que el orden jurídico es un instrumento de control social, pero también un instrumento de protección de la dignidad humana, las garantías vienen a ser mecanismos jurídicos destinados a impedir el uso arbitrario o desmedido de la coerción penal, de allí la necesidad de la existencia de normas destinadas a darle eficiencia a la facultad punitiva del Estado y de otras destinadas a proteger de un castigo injusto a los justiciables.

De lo dicho se desprende la necesidad de que las reglas que desarrollan el proceso penal respondan a un diseño constitucional, pues es precisamente en la Constitución en donde la sociedad plasma los principios y valores que considera esenciales para garantizar su convivencia. De allí el mérito del sistema procesal penal creado en el Código de 1998, antes de la promulgación de la vigente Constitución de la República y sin embargo, totalmente acorde con sus disposiciones: Ello a pesar de que sucesivas reformas han tratado de minimizar la impronta garantista que lo caracterizó para el momento de su promulgación, o de que algunas interpretaciones con carácter vinculante emanadas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en nuestro criterio, han restringido el alcance de las garantías procesales previstas en el Código.

Para abordar el tema de los principios en el proceso penal, hemos considerado pertinente hacerlo desde diferentes perspectivas, en primer lugar revisaremos la doctrina,

después analizaremos la normativa constitucional, para seguir con las disposiciones previstas en el Código Orgánico Procesal Penal.

Los Principios y Garantías del Proceso Penal en la Doctrina.

Para estudiar los principios y garantías del proceso penal desde el punto de vista de la teoría, hemos seleccionado algunos autores que consideramos apropiados para tratar el tema, se trata de dos procesalistas que trabajaron como asesores de la Comisión Legislativa del antiguo Congreso Nacional que en Venezuela realizó el cambio del sistema procesal penal en el año 1998, son Julio Maier y Alberto Binder, cuyas ideas indudablemente influyeron en la reforma, igualmente el maestro alemán Claus Roxin, cuya obra inspiró el cambio, no hay que olvidar que nuestro sistema se inspira en el modelo alemán, así mismo, hemos seleccionado a un tratadista argentino Carlos Creus y otro español Juan Montero Aroca, ya que las legislaciones de sus respectivos países guardan relación con la nuestra, en lo que respecta a la materia constitucional y procesal penal.

En cuanto a cómo ha sido tratado el punto desde la doctrina, comenzaremos por el análisis que hace el profesor Alberto Binder (1999), asesor de la Comisión Legislativa que en Venezuela realizó la reforma del sistema procesal penal, como ya arriba se anotó. En su criterio, son el juicio previo y la presunción de inocencia, los principios básicos en el proceso penal, sobre ellos se sustentan las restantes garantías que guían el proceso penal los describe como dos caras de una misma moneda.

Cuando nos referimos al derecho a un juicio previo, precisa el autor, no lo hacemos entendiéndolo como un mero juicio lógico, como sería si nos refiriéramos a una decisión, en este caso estamos hablando de una verdadera institución política porque es así como lo contempla la Constitución, se trata de un juicio previo como presupuesto para dictar una sentencia, una sucesión de actos que deben realizarse de una determinada forma, lo que implica que se haya efectuado un juicio oral, público y en el que se haya

contado con la participación ciudadana, solo así, la sanción derivada contará con legitimidad.

Surgen entonces dos requisitos que determinan la legitimidad del juicio, uno objetivo, consistente en que se cumpla efectivamente un proceso y otro subjetivo, consistente en que el proceso sea realizado por un juez. De allí que, se considera que se ha violado el principio de juicio previo en lo objetivo cuando no se cumple con la oralidad o con la inmediación, cuando se hace uso de la prueba anticipada de manera injustificada o cuando se aceptan ficciones probatorias. Se violentará en lo subjetivo, cuando sean las autoridades administrativas las que apliquen sanciones por faltas, cuando el juez delegue sus funciones o cuando en los tribunales colegiados no se verifique la deliberación.

En lo que respecta al otro principio fundamental, esto es el principio de inocencia, reconocido ampliamente por los instrumentos de derecho internacional, Binder (1999) afirma que siendo la situación normal de un individuo la libertad, esta se conserva hasta tanto no se demuestre su responsabilidad penal. Las consecuencias que se derivan de este principio son: solo se puede declarar la culpabilidad mediante una sentencia construida jurídicamente, esta solo puede declarar al enjuiciado culpable o inocente y la culpabilidad requiere certeza ya que se aplica el principio según el cual en la duda se favorece al reo, por otra parte, el imputado no tiene que probar su inocencia, sino que corresponde al acusador demostrar su responsabilidad, por lo que, debe dársele el trato de inocente hasta que se demuestre su culpabilidad, además no son inadmisibles las ficciones de culpabilidad.

De la garantía del juicio previo y principio de inocencia, según Binder (1999) se derivan la irretroactividad de la ley penal, el principio del juez natural, la imparcialidad e independencia judicial, la inviolabilidad del derecho a la defensa, la inadmisibilidad de la persecución múltiple, el derecho a no declarar contra sí mismo, la inviolabilidad del domicilio y la prohibición de tortura.

Por su parte, Claus Roxin (2000) eminente tratadista del derecho alemán, cuyo sistema procesal penal inspiró el que se acogiera en nuestro país, clasifica los principios del proceso penal en aquellos relativos a la iniciación del proceso, a la realización del proceso, probatorios y relativos a la forma.

Respecto a los principios relativos a la iniciación del proceso Roxin (2000) incluye el principio de oficialidad que determina que la persecución penal la realiza el Estado, en nuestro caso lo hace el Ministerio Público de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Código Orgánico Procesal Penal. El principio acusatorio según el cual lo que da inicio al proceso es la acusación. El principio de legalidad que en lo procesal obliga al Estado a perseguir los delitos. Igualmente, el principio del juez natural previsto en nuestro Código Orgánico Procesal Penal en el artículo 7.

Los principios relativos a la realización del proceso son: el de investigación que obliga al Estado a averiguar los presuntos hechos punibles para establecer la verdad sin que se encuentre sujeto a los requerimientos de las partes ni a sus afirmaciones, ni se acepte el llamado procedimiento en rebeldía, esto es lo que en el proceso civil se denomina confesión ficta, el principio a ser oído conforme a la ley y el principio de celeridad.

En los principios relativos a la prueba Roxin (2000) incluye nuevamente el principio de investigación, agrega el de inmediación en la producción de la prueba, que determina que el juez debe presenciar la producción de la prueba y solo aquellos elementos probatorios cuya producción haya presenciado podrán fundamentar su sentencia. Así mismo incluye el principio de la libre valoración de la prueba y el principio *in dubio pro reo*.

Por último, en lo que respecta a los principios de las formas, el autor incluye la oralidad y la publicidad.

Julio Maier discípulo de Roxin, cuya opinión resulta relevante en el presente trabajo pues junto con Binder, arriba reseñado, actuó como asesor de la Comisión Legislativa que adelantó en Venezuela la reforma del proceso penal, se refiere a los principios relativos al proceso y a sus fundamentos constitucionales cuando trata en su obra "Derecho Procesal Penal Argentino" (1989), sus conceptos resultan mayoritariamente aplicables en nuestro sistema nacional. Al abordar el tema Maier comienza por señalar cuales son los límites y la organización que deben aplicarse al poder penal del Estado, de manera de conformar lo que se denomina Estado de Derecho, una creación política en la que los derechos y garantías protegen a los individuos contra la utilización arbitraria de ese poder penal del Estado.

El autor analiza la necesidad del juicio previo y la de que el imputado sea tratado como inocente a lo largo de ese juicio, que pueda contar con una defensa libre y efectiva, que no pueda ser perseguido varias veces por una misma causa y que ese juicio se realice en cumplimiento de las formas esenciales de la oralidad y la publicidad. Igualmente, que en la búsqueda de la verdad este prohibido el uso de medios de coerción contra el imputado y que se le garantice la privacidad del domicilio y de sus comunicaciones.

En lo que se refiere a las orientaciones que se deben tener en cuenta para la organización judicial Maier (1989) incluye la independencia de los funcionarios que ejercen la administración de justicia, así como, su imparcialidad en la resolución del caso sometido a su conocimiento y la necesidad de que se respete el principio del juez natural y la conformación de los tribunales mediante la participación de ciudadanos como jueces no profesionales. Agrega que estos principios de organización representan la garantía de seguridad jurídica para el enjuiciado.

Montero Aroca (1997) analiza los principios del proceso penal y trata en primer lugar lo relativo a la aplicación del derecho penal, resaltando como existe una exclusividad en el ejercicio de la jurisdicción penal por parte del Estado a través de los tribunales, y solo mediante el proceso, lo que la diferencia de las otras ramas del derecho, lo que determina que las partes no puedan disponer de la pena y solo en supuestos

especiales, como es el caso de los delitos de acción privada, la iniciación del proceso depende de la voluntad del ofendido. Todo ello genera la garantía jurisdiccional que forma parte del principio de legalidad en materia penal y el principio de necesidad que lo diferencia del proceso civil, en el sentido de que no depende de la discrecionalidad de las partes, sino que se le asignan esas funciones a una parte que es creación del propio Estado; el Ministerio Público a quien le corresponde la actividad preparatoria o de investigación que por su naturaleza es escrita, a la que sigue el juicio oral y público.

Dentro de esta exclusividad del Estado Montero Aroca (1997) llama la atención sobre el principio de oportunidad que permite al Ministerio Público disponer en casos especiales del ejercicio de la acción penal, a pesar de que se haya demostrado la comisión de un delito, ello por razones de economía de recursos y política criminal. Respecto al titular de la jurisdicción, sobre la base del principio de que quien investiga no puede juzgar, propone el principio de imparcialidad. En cuanto al ejercicio de la acción su titularidad se atribuye al Ministerio Público pero anota que a los particulares debe reconocérseles su legitimación para instar la persecución de los delitos.

En cuanto a los principios relativos a la actuación de las partes, el autor incluye el derecho a la defensa, el principio de contradicción y el de igualdad. Respecto a las pruebas resalta el principio de inocencia, la no obligación de declarar por parte del imputado, la búsqueda de oficio de la prueba por parte del juez con el fin de descubrir la verdad y su libre valoración. En cuanto al derecho al recurso, Montero Aroca (1997) afirma que es un derecho que debe ser conferido a todas las partes del proceso y que además debe estar prevista la doble instancia.

Para Carlos Creus (1996) existen en la legislación argentina unos principios generales que rigen el derecho procesal penal y que tienen su base en la propia Constitución lo que los hace de obligatorio cumplimiento no solo para los funcionaros que administran justicia sino igualmente para el legislador. Estos principios con rango constitucional son la necesidad del proceso penal, la ley previa y el juez natural, el debido proceso y el derecho a la defensa, el principio de inocencia, la prohibición de persecución

múltiple, la limitación a la coerción personal durante el proceso, el principio *in dubio pro reo* y la interpretación restrictiva de las normas relacionadas con la privación de libertad.

En lo que respecta a la iniciación del proceso incluye los principios legalidad y de oportunidad. De acuerdo al primero los organismos del Estado están obligados a investigar y perseguir cuando tengan conocimiento de la comisión de un delito, por el contrario el segundo permite que el titular de la acción penal puede en ciertos casos dejar de ejercerla por razones de interés social, posibilidades prácticas de lograr resultados o condiciones económicas o situación de las partes. En cuanto a los principios que rigen la mecánica de los actos del proceso Creus (1996) señala la inmediación, la oralidad, la publicidad y la concentración.

Después de revisar la Doctrina, la conclusión a la que se puede llegar en lo que respecta a los principios y garantías del proceso penal, es que los criterios que se manejan en esta materia, tanto en sistemas americanos como europeos, siguen pautas semejantes. Efectivamente, dado el reconocimiento de los principios y garantías fundamentales en el proceso penal, muy especialmente el derecho a un juicio previo y la presunción de inocencia en los diversos instrumentos internacionales, como la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana de los Derechos Humanos, así como la cada vez mayor generalización de las doctrinas democráticas que defienden el respeto de los derechos fundamentales y la necesidad de limitar el poder del Estado, es posible encontrar generales coincidencias respecto a la mayoría de los principios y garantías que presiden el proceso penal.

La finalidad que persiguen estas disposiciones fundamentales en el ordenamiento jurídico de las naciones, es garantizar a todos aquellos que ingresen a la esfera punitiva del Estado, que solo será posible imponer una sanción, una vez que se haya realizado un juicio imparcial, en el que se hayan respetado los derechos del imputado, muy especialmente su derecho a la defensa y se hayan verificado correcta y oportunamente los

trámites y formalidades que la Constitución y la ley han considerado apropiados para generar el más justo y equilibrado escenario en el que se desenvuelva el proceso penal.

Los Principios y Garantías del Proceso Penal en la Constitución.

Los principios constitucionales nos informan acerca de la razón y fundamento de las normas que regulan el funcionamiento de las instituciones que conforman la dinámica procesal, pero además nos proporcionan las referencias necesarias para interpretar las normas legales, con lo que nos hacen posible resolver situaciones de supuestos legales aparentemente no contemplados o conflictos entre disposiciones legales, es a través de ellos que podemos tener una visión general del sistema procesal. Le corresponde a la ley desarrollar los principios y plasmarlos en las normas que le dan estructura al sistema procesal penal, esta estructura está concebida como el medio para lograr establecer la verdad por medios legales y respeto a los derechos humanos, es sobre la base de la verdad establecida en el proceso que se permite impartir justicia resolviendo el conflicto que se genera en la sociedad cada vez que se violentan las reglas establecidas en las normas penales.

La Constitución no se limita a declarar los derechos fundamentales, sino que establece una serie de requisitos destinados a hacerlos efectivos, es el incumplimiento de esos requisitos lo que produce la nulidad de los actos que violan el derecho, los principios dejan de ser entonces meras declaraciones de intención y se hacen efectivos, eso solo ocurre cuando están eficazmente garantizados.

Como ya se ha señalado, después de la promulgación de la Constitución de 1999, no se puede explicar el proceso penal sin tener en cuenta la Constitución, en sus normas esta la base y el fundamento del sistema. Si bien la Constitución en su integridad es el soporte conceptual de nuestra dinámica social y sus principios y valores nos brindan un marco de referencia para la interpretación de las instituciones que conforman el proceso penal, son básicamente las disposiciones contenidas en los artículos 44 y 49, que se

refieren a la libertad personal y las garantías del proceso respectivamente, las que de manera más directa contienen los preceptos aplicables al tema procesal penal. A ellas habría que agregar el artículo 46 referido a la integridad física, psíquica y moral, así como los artículos 25, 138, 139 y 285 que tratan el tema de la nulidad de los actos, la usurpación de funciones, la responsabilidad de los funcionarios y las atribuciones del Ministerio Público. Por último, es importante ocuparnos del artículo 257 de la Constitución que se refiere a las formalidades en el proceso. De seguidas procederemos a reseñar y analizar estos principios y garantías de rango constitucional que configuran las bases del proceso penal.

A. Libertad personal. Contemplada en el artículo 44 que establece el principio de la inviolabilidad de la libertad personal, dentro del título correspondiente a los Derechos Humanos y Garantías, en el capítulo referido a los derechos civiles, coloca en segundo lugar e inmediatamente después del derecho a la vida, el derecho a la libertad personal. Esa ubicación indica el reconocimiento expreso que el constituyente hace de la libertad como valor supremo y derecho de toda persona. Se trata de un valor fundamental, así se evidencia del texto del artículo 1º de la Carta Magna, que se ratifica en el artículo 2º, cuando dispone que Venezuela como Estado Democrático y Social de Derecho y Justicia propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, entre otros la libertad.

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

Ahora bien, el texto del artículo 44 de la Constitución se circunscribe a la protección de las personas frente a los actos ilegítimos del poder que están destinados a impedir su desplazamiento, sometiéndolo a permanecer en el sitio o lugar que señale la

autoridad. De allí que debamos concluir, que en principio la libertad a la que se refiere el artículo 44, es aquella que se vulnera a través de la reclusión de la persona por parte de una autoridad con lo que se le impide desplazarse a voluntad. En el mismo sentido, se contempla el derecho en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 7, numeral 2º dispone de manera expresa "Nadie puede ser privado de su libertad física".

La Constitución dispone la inviolabilidad del estado de libertad, con la única excepción relativa a la comisión de delitos, sólo en esa situación será legitimo privar a una persona de la libertad y aun en ese caso, sólo podrá practicarse la aprehensión de aquel que se sorprenda cometiendo un delito o cuando se haya dictado en su contra una orden judicial. Podríamos decir que nuestra normativa constitucional es clara y no deja lugar a dudas, el derecho a la libertad personal está no solo expresamente reconocido, sino que además es desarrollado en la propia Carta Magna que dispone una serie de reglas destinadas a garantizar un derecho al que se le reconoce la más alta jerarquía, sólo superada por el derecho a la vida.

En ese sentido el artículo 44 dispone que una vez practicada la aprehensión o ejecutada la orden judicial, la persona detenida deberá ser presentada ante un juez, en un término que no puede exceder las cuarenta y ocho horas contadas a partir de su detención. Por otra parte, dispone la Constitución que en el caso en que alguien sea sometido a juicio, se le juzgará en libertad y sólo en presencia de alguna de las razones legales que así lo autoricen, se le podrá privar de la misma durante el proceso. En el caso de que sea procedente constituir una caución de tipo patrimonial como requisito para acordar la libertad de un detenido, este pago no causará impuesto alguno.

Respecto a la privación de la libertad del imputado durante el proceso, el Código Orgánico Procesal Penal establece que esta debe ser absolutamente excepcional y sólo se justifica en los casos en que se encuentre demostrada la comisión de un hecho punible y existan elementos que vinculen al imputado con el delito; pero además debe estar presente el peligro de fuga o de obstaculización del proceso. En tal sentido, debe existir

una sospecha seria de que el imputado pudiera sustraerse del proceso y con ello hacer imposible que este se verifique, puesto que no es posible un procedimiento en ausencia, o presentarse el peligro de que el imputado obstaculice la búsqueda de la verdad dentro del proceso. En ambos casos se trata de proteger la efectiva realización del proceso y la verificación y cumplimiento de los fines que este persigue.

Aun en estos casos, el legislador señala una serie de parámetros acerca de las circunstancias en las cuales el juez debe entender que se configuran el peligro de fuga o de obstaculización, así lo hace en los artículos 237 y 238 del Código Orgánico Procesal Penal. Estas disposiciones guían al juez, le brindan elementos objetivos para basar su decisión y evitan que ella responda a razones subjetivas o caprichosas del operador de justicia. Ello quiere decir que esta medida, que dentro del proceso debe considerarse extrema, tiene exclusivamente fines procesales, ya que lo que se persigue cuando se acude a ella es precisamente preservar el proceso, de allí que nunca pueda utilizarse como sanción anticipada o como un medio de presión para obtener la verdad.

Dispone además la norma constitucional que una vez detenida una persona, nacen para ella una serie de garantías destinadas a hacer efectivo el derecho a la libertad, relacionadas con la información personal y para sus allegados, así establece el derecho del privado de libertad de comunicarse con sus familiares y con el abogado de su confianza, a quienes se les debe informar del lugar donde permanece detenido. Igualmente, el privado de libertad debe ser informado de los motivos de su detención, debe quedar constancia de su estado físico y psíquico, así como del registro de su detención, dejando constancia de su identidad, lugar, hora y condiciones de su aprehensión, y la identidad de los funcionarios que la practicaron. En el caso de los extranjeros deberá notificarse a la correspondiente autoridad consular.

El mismo artículo declara que en nuestro país no existen penas perpetuas ni infamantes y que estas no pueden exceder de treinta años de duración. El funcionario que practique la detención está obligado a identificarse. Dispone además la norma, que toda detención cesará después de dictada la orden de excarcelación o una vez cumplida la

pena, disposición que se tratará en esta tesis más adelante, vista la inconstitucionalidad de la norma contenida en el artículo 374 del Código Orgánico Procesal Penal, que de manera directa viola esta norma.

B. Garantías Procesales. Contempladas en el artículo 49 de la Constitución se encuentran una serie de garantías aplicables en el curso del proceso, podríamos decir que este artículo viene a ser la piedra angular sobre la que se sustenta nuestro proceso penal, aquí se encuentran previstas las disposiciones que constituyen la razón de las diferentes estructuras del proceso, así como de las cargas y derechos de los sujetos procesales.

B. 1. En primer lugar el ordinal 1º del artículo 49 contempla el derecho a la defensa, consagrándolo como derecho inviolable durante toda la investigación y el proceso, disponiendo una serie de garantías que lo hacen efectivo, ya que un principio solo se hace efectivo cuando se establecen una serie de requisitos dentro del proceso destinado a garantizarlo. Que el constituyente haya precisado que el derecho a la defensa asiste al imputado desde la investigación reviste gran importancia, pues es notorio que es en esta etapa donde suelen cometerse la mayoría de las violaciones a los derechos humanos. La investigación es parte del proceso y las garantías procesales tienen plena vigencia durante su desarrollo, ello a pesar de que el encargado de llevarla a cabo no es un órgano del Poder Judicial, sino que lo hace el representante del Ministerio Público, cuyas actuaciones están sometidas a la vigilancia del Juez de Control que no actúa por iniciativa propia, sino solo cuando es requerido por las partes en el proceso.

Así mismo, el constituyente dispone que las personas sometidas a un proceso deben contar con el tiempo y los medios para desarrollar su defensa, no se trata de la designación meramente formal de un abogado que le asista, es necesario que se le confiera al imputado tiempo para que su abogado conozca y analice los elementos que conforman la imputación en la etapa de investigación, así como, en su oportunidad, de la acusación, de las pruebas ofrecidas en su contra, de los pronunciamientos judiciales que le afectan, en fin, de cualquier actuación dentro de la causa, para de ese modo, tener la

posibilidad de ofrecer los argumentos y apoyos jurídicos en favor de su defensa mediante los medios, recursos y herramientas jurídicas que le permitan su ejercicio.

Igualmente, se establece el derecho a conocer los cargos que se formulan en su contra, pues solo sobre la base de ese conocimiento puede argumentar en su favor. En ese mismo sentido, el derecho a acceder y consecuencialmente conocer los elementos de convicción y las pruebas que lo incriminan o exoneran como autor o partícipe del delito. Respecto a las pruebas, el constituyente establece la máxima garantía en favor del imputado pues dispone la nulidad de todas aquellas que hayan sido obtenidas violando el debido proceso, en materia penal esto significa que las pruebas no solo deben haber sido obtenidas respetando los derechos humanos y los trámites procesales correspondientes, sino igualmente, que estas hayan sido incorporadas al proceso debida y oportunamente, respetando los principios de oralidad, publicidad, inmediación y concentración que rigen nuestro sistema procesal penal. Por último, el desarrollo adecuado del derecho a la defensa requiere que se establezcan dentro de la dinámica procesal recursos que permitan impugnar los pronunciamientos judiciales que le perjudiquen.

B. 2. El ordinal 2º del artículo 49, establece la presunción de inocencia, principio capital dentro del proceso penal, tanto así que Binder (1999) considera que es sobre la presunción de inocencia y el debido proceso que se apoyan el resto de los principios y garantías procesales penales. Efectivamente, de la presunción de inocencia deviene la garantía de la libertad porque no puede admitirse que alguien que se considera inocente pueda privárselo de libertad durante el proceso cuando aún no se ha demostrado y declarado su responsabilidad. De allí también, surge el derecho a la defensa, pues si se lo considera de antemano culpable, no habría ninguna razón para oírlo y permitirle exonerarse o justificarse.

La presunción de inocencia opera durante todo el proceso hasta que esclarecidos los hechos, eventualmente se establezca y declare la responsabilidad del imputado, pero en una de las etapas donde es más relevante este principio es en la etapa probatoria, pues a diferencia del proceso civil en el que a cada una de las partes le corresponde probar sus

argumentos, en el proceso penal es al acusador al que le corresponde destruir por las vías legales la presunción de inocencia que ampara al señalado como autor o participe de un hecho punible, de no haberse destruido por la vía probatoria la presunción de inocencia esta prevalece y debe absolverse al imputado.

B. 3. El ordinal 3º del artículo 49 reúne una serie de garantías relativas al trámite procesal, pues dispone el derecho a ser juzgado por un tribunal con competencia para conocer de los hechos objeto del proceso, lo cual implica que se cumplan las normas legales relativas a la competencia por el territorio, materia y conexidad. Ese tribunal además, debe gozar de independencia e imparcialidad, lo que quiere decir que como órgano del Poder Judicial, otros poderes del Estado no pueden influir ni girarle instrucciones y que en el conocimiento de la causa no puede tener un interés diferente a aquel que representa el cumplimiento del derecho y la administración de justicia.

Para Bovino (1998), el contenido de la imparcialidad está constituido en sentido genérico por la objetividad en la actividad jurisdiccional y el apego a la ley, que posibilitan un juicio justo, pero además implica que la sentencia se debe fundar exclusivamente en la prueba válidamente producida en el debate. En el proceso penal en particular, la imparcialidad se traduce en que el funcionario que realiza la investigación es distinto a aquel al que le corresponde juzgar.

Igualmente, el constituyente precisa que ese tribunal debe haber sido establecido con anterioridad, lo que significa que debe ser anterior a la comisión del hecho punible que ha de conocer, con lo que, se prohíbe la creación de tribunales especiales para el conocimiento de un caso particular, lo que indiscutiblemente afecta la percepción de su independencia e imparcialidad.

El Tribunal durante el proceso debe permitir y garantizar al imputado ser oído cada vez que corresponda legalmente y cuando este lo considere procedente a los fines de su defensa, todo dentro de los plazos razonables, de allí que resulta contrario a la norma constitucional retrasar su comparecencia cuando corresponda o lo solicite. Así mismo, en

el caso de que el imputado no comprenda o no pueda expresarse en el idioma castellano, se dispone que se le provea de un intérprete que le permita comunicarse con el tribunal y conocer lo que otros expresen dentro del proceso.

B. 4. El ordinal 4º del artículo 49, ratifica en cierta forma parte de las garantías anotadas en el ordinal anterior respecto a los requisitos que debe reunir un tribunal para gozar de legitimidad, pues consagra el principio del Juez Natural, algunos de cuyos caracteres fueron arriba enunciados, pues ciertamente este principio garantiza que nadie puede ser juzgado por un tribunal cuya existencia no fuere anterior a la comisión del delito que ha de conocer. La disposición recalca que el principio del juez natural rige en la jurisdicción ordinaria, pero también en las especiales. Respecto a las jurisdicciones especiales es oportuno anotar que no es admisible adjudicar el conocimiento de una causa a un tribunal de una jurisdicción especial creada con posterioridad a la comisión del delito y que también son ilegitimas aquellas jurisdicciones especiales que responden a criterios discriminatorios y que por ende atentan contra el principio de igualdad procesal.

El concepto de Juez Natural surge en la antigüedad a fin de garantizar a los justiciables que serían juzgados por personas idóneas para desempeñar esa tarea, individuos conocidos y respetados por la comunidad, que además conocían los usos y costumbres de esa sociedad en particular. No puede desligarse el concepto de juez natural de la idoneidad de la persona que desempeña el cargo, pues su función es de tal importancia no solo para aquel que está sometido al poder punitivo del Estado representado por el titular del tribunal, sino igualmente, para los miembros de la comunidad que aspiran gozar de la paz que solo una justicia legítima y apegada a la Constitución y la ley les puede proporcionar, así lo señala Binder (1999) “… no resulta correcto el hecho de desligar el principio del Juez Natural de la persona física del juzgador. La justicia, en especial la justicia penal, es un poder eminentemente personalizado, pensado para ser desarrollado a partir de determinadas personas con nombre y apellido.” (p. 147).

Por esa razón, también atentan contra el principio del juez natural las maniobras que se realizan desde los órganos del poder para cambiar por otra, la persona que ejerce el cargo de juez en un determinado tribunal en el que cursa un caso particularmente relevante desde el punto de vista político, social o económico, ello con la evidente intención de que sea ese nuevo funcionario, que goza de mayor confianza respecto a los intereses de quienes lo designaron, el que conozca el caso. Pero también se lesiona este principio con el uso abusivo e injustificado de instituciones como el avocamiento y la radicación, que persiguen sustraer los casos del conocimiento del tribunal que originalmente debería conocerlo, para atribuírselo a otro que se considera afín con los propósitos ilegítimos que se persiguen. Es por estas razones que la doctrina suele relacionar este tema con el de los métodos de elección y designación de los jueces y la estabilidad de los funcionarios judiciales. (Silva de Vilela. 2013)

Tan es cierto que la actividad de juzgar está íntimamente relacionada con la persona misma que ejerce esa función, que la Constitución en el ordinal 4º del artículo 49 que nos ocupa, exige que el justiciable tenga el derecho de conocer la identidad de quien lo juzga, a tal efecto en el desarrollo de esa garantía el Código Orgánico Procesal Penal dispone la llamada competencia subjetiva, mediante la que se crean las figuras procesales de la inhibición y recusación y se establecen las normas que regulan las situaciones en las que el juez encargado de conocer un caso, aun cuando reúna todos los requisitos legales exigidos para el desempeño del cargo, sin embargo, tiene interés particular en el mismo o está en una determinada situación que le impide garantizar su imparcialidad.

De la misma manera y por las mismas razones que buscan garantizar un proceso justo en manos de un funcionario independiente e imparcial, expresamente la Constitución prohíbe los tribunales de excepción y las comisiones ad-hoc. La razón por la cual el constituyente ratifica el derecho a ser juzgado por el Juez Natural que tantos y exigentes requisitos debe cumplir, es que a dicho funcionario le corresponde hacer realidad un interés del más alto valor ético en un estado democrático; que las personas sean procesadas y juzgadas en un escenario en el que se respeten las garantías previstas en la Constitución y la Ley.

B. 5. El ordinal 5º del artículo 49, establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, es lo que en el argot judicial y policial se conoce como “precepto constitucional”, pues existe la obligación legal de poner de manera expresa en conocimiento a todo aquel que declara en calidad de imputado de la presente disposición, ello con el fin de que decida si está dispuesto a declarar o no y en caso negativo “acogerse al precepto constitucional”. Se trata de salvaguardar las más íntimas e importantes relaciones familiares de lealtad para los seres humanos, las que frecuentemente le impiden poner en evidencia ante un funcionario judicial o policial su propia conducta delictiva o la de sus parientes cercanos. Sin embargo, esto no impide que si el imputado en esta situación decide declarar pueda hacerlo, eso sí, siempre en presencia de su abogado defensor.

Esta disposición se relaciona con la siguiente pues en caso de que alguien declare contra sí mismo, ósea confiese; esta declaración solo tiene validez legal si se rinde libre de todo tipo de coacción. Es procedente anotar que esta es la única norma que regula la confesión en el proceso penal, pues el Código Orgánico Procesal Penal no se refiere a esta posibilidad dentro de su texto, probablemente para evitar la tentación de hacer uso de este medio de prueba, importantísimo en los sistemas inquisitivos, pero poco confiable en un sistema como el nuestro, diseñado para garantizar los derechos humanos.

B. 6. El ordinal 6º del artículo 49, contiene un principio clásico y fundamental en el derecho procesal penal, *Nulla pena sine lege*, es el principio de legalidad sustantiva, nadie puede ser condenado por un hecho que la ley no contemple como ilícito. Para Ferrajoli (1998) este es uno de los principios que define el modelo garantista de derecho, una de las reglas del juego fundamentales en el derecho penal, que si bien fue elaborado como principio moral y político por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII como límite al poder absoluto, aún conserva su vigencia, de manera que ha sido incorporado a las constituciones del moderno Estado de Derecho.

Ferrajoli lo considera el primer postulado del positivismo jurídico pues solo las leyes dicen lo que es delito, no la moral ni otras fuerzas externas, pero además, las leyes solo dicen lo que es delito, pues no se ocupan por ejemplo, de lo que es pecado. Este principio por lo demás, representa una condición necesaria para que sea posible aplicar una pena, aunque en su criterio, el principio no expresa lo que efectivamente ocurre en un sistema penal, sino más bien, como debería ser ese sistema. Cuando un sistema es efectivamente garantista supone adoptar este y otros principios fundamentales como valores normativamente tutelados. En definitiva toda condena por una conducta no tipificada como ilícita por la ley, es una condena ilegítima, viciada de nulidad absoluta.

B. 7. Por su parte, el ordinal 7º del artículo 49 contempla la institución de la Cosa Juzgada, con esta disposición se establece un límite definitivo al poder punitivo del Estado, si bien este asume la potestad de castigar la comisión de los delitos, tiene una y única oportunidad para hacerlo, pues una vez que ha proferido una sentencia y esta se encuentra definitivamente firme, debe respetar ese resultado y no le es posible someter al mismo individuo, por los mismos hechos a un nuevo proceso. La única excepción la representa el recurso de revisión contemplado en el Código Orgánico Procesal Penal que permite que una sentencia definitivamente firme pero que presuntamente es injusta pues no se ajusta a la verdad, a tenor de lo que se desprende de elementos o circunstancias que se han conocido con posterioridad al pronunciamiento judicial, sea anulada y se dicte una nueva sentencia apegada a la verdad y que haga realidad la justicia. Es importante anotar que solo procede el recurso de revisión en favor del condenado y nunca para castigar a alguien que de manera definitiva ha sido declarado inocente.

> … la posibilidad de anular a través del recurso de revisión la cosa juzgada, nos lleva a reflexionar acerca de la existencia de un verdadero Estado de Derecho y de la improcedencia de que este haga uso del proceso penal como una constante amenaza contra los ciudadanos; de allí que no solo existen límites en el tiempo para ejercer la acción penal y perseguir los hechos punibles, sino que igualmente tampoco es posible pretender juzgar

nuevamente aquellos asuntos sobre los cuales ya ha recaído una sentencia firme. (Silva de Vilela. 2003. P. 391)

B. 8. Por último, el ordinal 8º del artículo 49, que tan fundamental resulta respecto a la configuración del proceso penal, contiene las previsiones relativas a la responsabilidad en la que incurren los juzgadores sea cual fuere su jerarquía dentro del sistema de justicia. Esta responsabilidad deriva de lesiones provocadas por errores judiciales, retardo procesal u omisiones injustificadas. En estos casos el particular afectado tiene el derecho de solicitar el restablecimiento o reparación de la situación jurídica afectada y además de exigir la responsabilidad personal del funcionario judicial y según lo dispuesto en la norma, también el Estado tiene el derecho de actuar contra dicho funcionario.

Esta responsabilidad deriva de lo dispuesto en la propia Constitución que establece que el ejercicio del poder público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder, así como, por violación a la Constitución y a la ley. En razón de esta responsabilidad, el Estado tiene la obligación de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares como consecuencia de la actuación de sus funcionarios. En lo que respecta específicamente a los jueces, estos son responsables por error, retardo u omisiones injustificadas, así como por inobservancia de las normas procesales, por denegación de justicia, por actuar en los procesos de manera parcializada y por la comisión de los delitos de cohecho y prevaricación en el ejercicio de sus funciones. Así se desprende de las normas contenidas en los artículos 139, 140 y 255 de la Constitución.

C. Integridad física, síquica y moral de las personas. El artículo 46 de la Constitución garantiza la integridad física, síquica y moral de las personas.

C. 1. Se prohíbe la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como la imposición de penas que tengan esas mismas características. Toda persona que haya sido víctima de estas violaciones a sus derechos, tiene derecho a su rehabilitación, cuando estos hayan sido cometidos o tolerados por agentes del Estado.

Es indudable que cuando en el curso de cualquiera de las etapas del proceso se cometen estas graves violaciones a los derechos humanos, toda la información, elementos de convicción o pruebas obtenidas por esos medios carecen en absoluto de valor y las actuaciones que de ellas deriven están igualmente viciadas de nulidad. Así la sentencia condenatoria fundamentada en esos elementos es nula, sin embargo, cuando se dicta una sentencia absolutoria en favor del acusado, no puede anularse sobre la base de estas violaciones, pues no se puede hacer uso de la violación de los derechos del imputado para perjudicarlo, así lo dispone el artículo 453 del Código Orgánico Procesal Penal.

C. 2. Igualmente dispone el artículo 46 en su ordinal 2º que las personas privadas de libertad deben ser tratadas con respeto a su dignidad humana, esto quiere decir que no solo deben respetarse sus derechos previstos en la Constitución y la ley, sino que también debe recibir el trato compatible con su condición humana.

C. 3. El ordinal 3º prohíbe someter a las personas a experimentos científicos, exámenes médicos y de laboratorio sin su consentimiento, salvo que se encuentre en peligro la vida o porque la ley expresamente lo autorice.

En el marco del proceso penal, esta disposición se relaciona con las experticias, inspecciones oculares y exámenes médicos ordenados generalmente en la fase preparatoria, como diligencias tendientes a dejar constancia de la comisión de un delito y la responsabilidad penal. Se produce así una situación de tensión entre el derecho constitucional de no ser sometido a estas pericias sin el consentimiento del imputado o testigo y el interés legítimo de esclarecer los hechos punibles, sobre todo en los casos en que el examen requiere una intervención física de cierto nivel en la persona del imputado, como sería la extracción de fluidos.

Al respecto Binder (1999) opina que si bien el imputado no está obligado a aportar elementos que lo incriminen, cuando se trata de exámenes, experticias o inspecciones que deben realizarse sobre su persona, hay que tener en cuenta que el

elemento obtenido no ingresa al proceso a través del imputado sino por la deposición del experto. En este tema podría considerarse la interpretación de la expresión del constituyente dentro del texto del ordinal 3º "… o por otras circunstancias que determine la ley" como una posibilidad para legitimar estas intervenciones científicas en el proceso penal, pero debe admitirse que en este asunto la solución no es fácil y que los elementos probatorios obtenidos a través de intervenciones físicas en la persona del imputado que se realizaren sin su consentimiento estarían eventualmente viciadas de nulidad.

C. 4. El ordinal 4º del artículo 46 ordena que sean sancionados de acuerdo a la ley, los funcionarios que en razón de su cargo maltraten a una persona o le provoquen sufrimientos físicos o mentales o cuando instiguen la ejecución de esos maltratos o los toleren. Se trata de la comisión de un hecho punible por parte del funcionario, en ejercicio de sus funciones, de allí que procede en su contra no solo una sanción disciplinaria sino igualmente su procesamiento penal.

D. La nulidad de los actos del Poder Público. Se hace necesario también examinar el texto de los artículos 25 y 138 de la Constitución que disponen la nulidad de los actos del poder público cuando estos violen los derechos constitucionales y la responsabilidad de los funcionarios que los ejecuten, sin que sea admisible la excusa de que responden a órdenes superiores, Igualmente y en razón de que la propia Constitución establece que toda autoridad usurpada es ineficaz, los actos que dimanen de la autoridad usurpada se considerarán nulos.

La nulidad es la más severa sanción que el derecho aplica a los actos procesales, pues determina su inexistencia cuando se ejecutan en contravención de la Constitución y violando las normas contempladas en el ordenamiento jurídico, con ello lo que se impide es que surtan efecto. En el proceso penal se contemplan las sanciones de la nulidad, cuando el acto ya ingresó al proceso y la inadmisión cuando aún no ha ingresado y pretende incorporarse a la causa.

E. Ministerio Público. Dentro de los principios del proceso penal contemplados en la Constitución, es importante tratar las atribuciones del Ministerio Público establecidas en el artículo 285 de nuestra Carta Magna, sobre todo por las implicaciones que esta disposición tiene en un tema que se tratará más adelante en esta tesis, relacionado con la posibilidad de que la víctima ejerza la acción penal en el procedimiento ordinario previsto para los delitos de acción pública, con prescindencia de la actuación del Ministerio Público.

El artículo 285 le atribuye al Ministerio Público la obligación de garantizar en los procesos judiciales el respeto a los derechos y garantías contemplados en la Constitución y en los tratados, convenios y acuerdos internacionales, igualmente garantizar la celeridad y la buena marcha de la administración de la justicia, el juicio previo y el debido proceso. Eso quiere decir que el Ministerio Público es el órgano del Poder Público encargado de hacer operativas dentro del proceso las garantías y derechos fundamentales de los ciudadanos, lo que constituye una misión del más alto nivel dentro de la organización del Estado y lo que lo convierte en el apoyo más importante con el que deberían contar los individuos, para hacer realidad sus derechos y restablecer a su favor las situaciones que les perjudiquen cuando estas sean resultado de la violación de la Constitución o la ley.

Por otra parte, le corresponde al Ministerio Público ordenar y dirigir la investigación en los procesos penales y ejercer en nombre del Estado la acción penal cuando no fuere necesaria la instancia de parte, con las excepciones expresamente establecidas en la ley. Por ello se dice que el Ministerio Público tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal, pues no solo investiga y recaba los elementos para establecer la comisión de los delitos y la responsabilidad de los autores y partícipes sino que igualmente le corresponde instar a los órganos del Poder Judicial para que inicien y tramiten los procesos, así como, darles seguimiento en representación del interés de las víctimas y de la sociedad en general, para que sean castigados los culpables de la comisión de los hechos punibles.

El Ministerio Público aparece como una institución fundamental dentro de la estructura del proceso penal, con su incorporación en el proceso a partir de los siglos XV y XVI se busca garantizar la imparcialidad de los jueces, al conferírsele la función de ejercitar la acción penal, con ello se persigue la ausencia de perjuicios por parte del juzgador. Así mismo se pretende evitar la impunidad como consecuencia de la inacción de la víctima y garantizar la efectividad de la persecución penal, dado el deber que tiene el Ministerio Público de investigar y perseguir todo hecho con apariencia delictiva. (Armenta Deu. 1995)

También le corresponde al Ministerio Público intentar las acciones legales para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en la que incurran los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Vista esta facultad se hace evidente la importancia que reviste que esa institución este dirigida por una persona no solo competente y de alto nivel moral, sino que igualmente, sea totalmente independiente e imparcial, de manera que este desvinculada de intereses extraños a la justicia, sean estos de carácter político, social o económico, pues siendo el Ministerio Público una organización jerarquizada todos los funcionarios actúan en representación o delegación del Fiscal General.

El artículo 285 establece que al Ministerio Público puede conferírsele cualquier otra atribución que le asigne la Constitución y la ley, con lo que se deja abierta la posibilidad de ampliar sus facultades. Para concluir, en su último aparte, el artículo 285 dispone que el ejercicio de estas facultades por parte del Ministerio Público no menoscaba el ejercicio de los derechos de los particulares y de otros funcionarios públicos, se trata aquí, desde nuestra perspectiva, de depositar en esta institución el protagonismo en el desempeño de las importantes funciones dentro del proceso, precisamente en beneficio de los individuos y no para menoscabar sus derechos y acciones o las de otros funcionarios. De forma que los derechos y acciones en cuyo ejercicio los particulares y funcionarios no pueden ser menoscabados son aquellos que expresamente les confiere la Constitución y la ley.

E. Finalidad del Proceso. Por último pero no menos importante, es necesario referirnos al artículo 257 de la Constitución como norma de capital importancia pues contiene no solo la finalidad que deben perseguir los procesos legales, sino igualmente, las bases sobre las cuales debe estructurarse el procedimiento. Respecto a la finalidad, la Constitución establece que el proceso es el instrumento fundamental para la realización de la justicia, es ese el fin que justifica la intervención del Estado, hacer justicia, cumpliendo con su obligación y compromiso frente a la sociedad de crear mecanismos que hagan posible garantizar los derechos y dar a cada uno lo que le corresponde. En lo que respecta a la finalidad del proceso el artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal se ajusta a esta disposición, pues determina que el proceso penal debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho, finalidad a la que habrá de atenerse el juez al decidir.

No es legítimo convertir el proceso en instrumento político para controlar y anular al adversario, ni en medio de dominación social para profundizar las desigualdades, ni en mecanismo para obtener beneficios económicos, su finalidad es la justicia que se imparte sobre la base de la verdad obtenida a través de medios jurídicos respetuosos de los derechos humanos, estas son las reglas básicas para la actuación de los funcionarios judiciales, sea cual fuere su jerarquía y competencia dentro de la estructura del Poder Judicial.

El artículo 257 se refiere también de manera directa a las líneas generales que deben regir en el trámite procesal. Así establece que en ellos debe imperar la simplificación, la uniformidad y la eficacia, en razón de lo cual se deben adoptar formas procedimentales relativas a la brevedad, la oralidad y la publicidad, reglas estas que ya han sido adoptadas por lo menos en lo que se refiere a lo legislativo en la jurisdicción penal y laboral pero que deben dar lugar a futuras reformas en otras áreas del derecho.

En lo que se refiere al proceso penal, estas reglas están reflejadas de manera diáfana en la estructura del procedimiento, pero para nuestra frustración, en nuestra realidad, como se verá más adelante a través del análisis de una serie de situaciones y

corrientes jurisprudenciales, en muchos casos estos principios en la práctica se ignoran o distorsionan. En todo caso, los principios contemplados en esta norma se enlazan con lo dispuesto en el Código Orgánico Procesal Penal, que los desarrolla a través de sus artículos iniciales, del 1 al 23, que por su naturaleza están destinados a hacer efectivo el mandato constitucional.

Para cerrar, el artículo 257 establece un principio destinado a cambiar de manera determinante nuestra realidad judicial, pues dispone que no se sacrifique la justicia por la omisión de formalidades no esenciales. Por lo menos en lo que se refiere al área penal, esta prevalencia que se daba a formalidades carentes de valor efectivo dentro del proceso era la causa de innumerables injusticias. Las excesivas formalidades son propias del sistema inquisitivo que fue sustituido en nuestro país con la reforma del proceso penal efectuada en 1998 que buscó la simplificación del proceso despojándolo de esas formalidades inútiles, a las cuales en el pasado, se echaba mano para generar sucesivas reposiciones inútiles de la causa, no solo para perjudicar al procesado sino igualmente para dilatar y relevar al juez de su obligación de dictar sentencia definitiva en las causas sometidas a su conocimiento.

Sin embargo, no podemos perder de vista, como pareciera que algunos lo han hecho, que si bien hay formalidades inútiles, también el proceso requiere contemplar otras formalidades que resultan esenciales y que están previstas para garantizar el derecho de las partes. Así por ejemplo la existencia de lapsos para impugnar las decisiones tiene por objeto garantizar la seguridad jurídica y que la dinámica procesal se desarrolle dentro de un prudente espacio de tiempo. Asimismo que las pruebas se produzcan en audiencia pública y de manera oral, garantiza la publicidad y que estas puedan ser conocidas y controladas por todas las personas involucradas en el proceso.

Como lo señala Binder (2000) en su obra sobre el incumplimiento de las formas procesales, en el sistema inquisitivo los trámites son un modo de ejercicio del poder, por lo contrario en un proceso donde lo prioritario es la garantía de los derechos humanos, “las formas permanecen subordinadas a los principios porque solo son garantías del

cumplimiento de esos principios" (p. 92). El proceso con las formalidades que le acompañan son las herramientas para hacer efectivos los principios y valores fundamentales que son la base de la propia Constitución y cuya vigencia dentro del proceso penal está garantizada, precisamente por las formalidades. De allí que, como el mismo constituyente lo reconoce, hay que distinguir entre formalidades inútiles y aquellas que no lo son. Las inútiles no son esenciales y por ello no pueden dar lugar a que por reafirmarlas se sacrifique la justicia, pero las esenciales, que tienen su razón de ser en la salvaguarda de los principios, son precisamente las que garantizan la justicia,

.

Los Principios y Garantías del Proceso Penal en el Código Orgánico Procesal Penal.

A. Juicio previo y debido proceso. Contemplado en el artículo 1º del Código Orgánico Procesal Penal, este principio viene a ser la base del proceso penal. La disposición establece que la única vía para arribar a una sentencia es la realización de un juicio, celebrado dentro de un proceso que debe ser el escenario donde se respetan y realizan todas las garantías, es esa precisamente la condición para que se considere que se ha verificado un "debido proceso". Se trata, según el criterio plasmado por el legislador, de un juicio oral, público y sin dilaciones indebidas, sin formalismos inútiles, ante un juez o tribunal imparcial y de acuerdo a lo previsto en la Constitución, en el propio Código, las leyes y los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República. En opinión de Ferrajoli (1998) esta es la principal garantía procesal, la jurisdiccionalidad basada en el axioma *nulla culpa sine iiudicio* representa el presupuesto de todas las demás, en materia penal existe un nexo especifico entre ley y juicio, una estricta jurisdiccionalidad y una estricta legalidad se presuponen recíprocamente, en la jurisdicción penal se configura de hecho, con más intensidad que en otras formas de jurisdicción como aplicación o afirmación de la ley.

El proceso se constituye en el único medio a través del cual el individuo puede ver de manera legítima materialmente reconocidos sus derechos públicos subjetivos, pero no

cualquier proceso, sino a través del debido proceso, que es un proceso con todas las garantías que se recogen en la Constitución y las leyes (Suau. 1995)

Es importante tratar lo que se refiere a la Admisión de los Hechos, prevista en el artículo 375 del Código, porque en este caso el imputado es condenado sin que se haya realizado previamente el juicio, por lo contrario esta institución persigue evitar la realización de este acto, que requiere una serie de esfuerzo tanto en su preparación como en su realización, el imputado admite los hechos objeto de la acusación y a cambio el Estado le promete una rebaja sustancial de la pena. Estamos en presencia de una excepción al principio del juicio previo que constituye una alternativa legalmente autorizada y reglamentada para la resolución expedita del caso, lo que redunda en una evidente economía procesal. Si bien en este caso no se da cumplimiento a lo previsto en el principio del juicio previo, sin embargo se trata de una alternativa prevista por la ley en la que el juez es responsable de verificar que el imputado actúa libremente y con conocimiento pleno de las consecuencias de su decisión y que no es objeto de presiones, sino que efectivamente decide admitir los hechos objeto de la imputación y recibir consecuencialmente una condena con una sustancial rebaja de la pena.

B. Ejercicio de la jurisdicción. Contemplado en el artículo 2 del Código Orgánico Procesal Penal referido a la función de administrar justicia, reservada a los órganos legitimados para ello, esta potestad si bien esta atribuida y reservada a los tribunales, sin embargo, emana de los propios ciudadanos, los funcionarios que la imparten lo hacen en nombre de la República y de la ley que es la que les confiere esa autoridad. Esta disposición guarda consonancia con el artículo 253 de nuestra Constitución que dispone el ejercicio de la jurisdicción por parte de los órganos del Poder Judicial, quienes deben hacerlo de conformidad con los procedimientos dispuestos en la ley y a quienes se les atribuye autoridad para ejecutar y hacer ejecutar sus decisiones. La norma constitucional igualmente establece como se conforma el llamado Sistema de Justicia. La jurisdicción viene a ser la actividad necesaria para obtener la prueba.

La función de mayor fuerza entre aquellas que ejerce el Estado es sin duda la referida a la aplicación de la justicia penal, puesto que se traduce en la eventual restricción de la libertad, de allí que esta actividad requiere que se impongan límites al poder punitivo del Estado, de modo que los delitos respecto a los que se activa la jurisdicción deben estar previamente establecidos por la ley y la tarea solo puede ser ejercida en exclusiva por los jueces.

Para Duque (2008) son los poderes del juez como director del proceso los que constituyen el principio fundamental de la jurisdicción, cuando el juez ejerce sus funciones en el curso del proceso manifiesta su autoridad frente a los sujetos procesales y frente a los otros poderes que conforman el Estado. Por otra parte, el ejercicio de esos poderes es lo que permite al juez cumplir con la función que le atribuye la Constitución de manera, gratuita, accesible, imparcial, idónea transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita. También estos poderes tienen un límite, en lo que respecta al proceso penal, el juez solo decide sobre los hechos probados en un juicio oral y público, de acuerdo a la competencia que le ha sido conferida, respetando los derechos que garantizan el debido proceso, muy especialmente el derecho a la defensa, evitando la arbitrariedad a través de la autorización de actos violatorios de los derechos fundamentales, ejerciendo la función jurisdiccional de manera imparcial sin convertirla en activismo político partidista, gremial o sindical y parcializándose solamente con el derecho.

C. Participación Ciudadana. Prevista en el artículo 3 del Código Orgánico Procesal Penal que dispone la garantía de participación de todos los ciudadanos en la administración de la justicia penal. Actualmente esta participación se concreta a través de los mecanismos de control social consistentes en la selección de los jueces, asistencia y contraloría social en los juicios orales y seguimiento para la aplicación de fórmulas alternativas a la prosecución del proceso y cumplimiento de la pena. Esta norma sufrió una reforma en el año 2012, originalmente preveía la participación de los ciudadanos en la conformación de tribunales colegiados en las que actuaban como jueces conjuntamente con los jueces profesionales. Esta modificación en nuestro criterio representó una

restricción indebida del derecho a la participación ciudadana y es objeto más adelante de un detallado análisis en este trabajo. Este artículo debe concordarse con lo dispuesto en el artículo 6 de la Constitución que dispone el ejercicio la democracia participativa y el 253 que incluye en el Sistema de Justicia, a los ciudadanos llamados a participar en la administración de justicia. Según Ferrajoli (1998) "la principal garantía de control sobre el funcionamiento de la justicia es lo que he llamado *responsabilidad social*, que se expresa en la más amplia sujeción de las resoluciones judiciales a la crítica de la opinión pública" (p. 601), por ello, la importancia de la incorporación de los ciudadanos a las actividades relacionadas con la administración de justicia, sobre todo, cuando como en nuestro caso, esta ha sido tan cuestionada.

D. Autonomía e independencia de los jueces. Artículo 4 del Código Orgánico Procesal Penal, según el cual los jueces solo deben obediencia a la ley y al derecho, la independencia no solo es del órgano que administra la justicia, esto es, el Poder Judicial, sino que igualmente debe ser una obligación para la propia persona del Juez. El artículo 254 de la Constitución dispone que el Poder Judicial sea independiente, por ello le confiere autonomía funcional, financiera y administrativa al órgano que lo preside, el Tribunal Supremo de Justicia. Además el artículo 256 de la Constitución prohíbe a los jueces en ejercicio de sus funciones participar en actividades políticas a fin de garantizar su imparcialidad e independencia. Igualmente, establece el artículo 4 del Código Orgánico Procesal Penal que en caso de que un juez sea víctima de interferencias en sus actividades, informará al Tribunal Supremo de Justicia y este tiene la obligación de hacerlas cesar.

La independencia del Poder Judicial y la del juez es una garantía del llamado Estado de Derecho en la época moderna, implica la existencia de una autentica separación de poderes. El juez como árbitro debe actuar en el proceso como un tercero que no tiene interés en las resultas del mismo, eso le confiere autonomía, si esto no fuera así puede ser recusado y sacado del conocimiento del asunto, pero además, su condición de funcionario libre de presiones ejercidas desde otras instancias del poder nacional, le brinda independencia, cualidades estas que le garantizan a los individuos la igualdad ante

la ley. La independencia y autonomía no solo son aplicables al juez como persona, sino igualmente al Poder Judicial como institución.

Siendo que en el ejercicio de su labor jurisdiccional el juez goza de total autonomía e independencia, solo puede sancionársele disciplinariamente cuando incurra en violación de sus deberes legales, mas no en lo que se refiere a su labor jurisdiccional, de allí que los jueces superiores no pueden interferir en la función del inferior, porque todos gozan del mismo poder y lo que varían son las competencias. Salvo el caso de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y su efecto vinculante, no puede obligarse al juez a decidir en uno u otro sentido, su norte es la ley y el derecho.

E. Autoridad del Juez. Artículo 5 del Código Orgánico Procesal Penal. Es indudable que las decisiones de los jueces no tienen sentido si no es posible ejecutarlas, de allí la autoridad conferida a los jueces para hacer cumplir sus decisiones y la obligación de todas la autoridades de la República de prestar su colaboración para que esto sea posible. A este respecto es procedente señalar que esta autoridad del juez si bien está establecida por la propia ley, demanda de parte de este funcionario una ejecutoria honesta y responsable que brinde legitimidad a sus decisiones, las cuales, si bien pudieran no ser compartidas, sean sin embargo percibidas como fruto de una actividad correcta e imparcial por parte de quien imparte justicia. La norma incluye directrices en cuanto a un eventual desacato e instruye al juez en el sentido de notificar al Ministerio Público en caso de que esta desobediencia a sus decisiones pudiera llegar a configurar la comisión de un hecho punible.

F. Obligación de decidir. Artículo 6 del Código Orgánico Procesal Penal. Para sustentar la afirmación de que el ordenamiento jurídico goza de plenitud y coherencia, es necesario que los jueces no puedan abstenerse de decidir los casos que fueren sometidos a su consideración. El sistema legal está en la obligación de dar respuesta a todas las situaciones que se le planteen, de manera que a la facultad que le otorga la Constitución y la ley a los jueces para decidir conforme a derecho, se corresponde la obligación de hacerlo, de lo contrario incurren en denegación de justicia. Para ello no solo es necesario

que los jueces sean conocedores del derecho y estudiosos, sino igualmente valientes, dotados del carácter suficiente para enfrentar situaciones delicadas y no ceder ante presiones externas.

G. Juez natural. Artículo 7 del Código Orgánico Procesal Penal. Esta garantía busca asegurar que aquellos sometidos al poder punitivo del Estado sean juzgados por un juez imparcial, de manera que se prohíbe que jueces nombrados ad-hoc o con posterioridad a la comisión del delito, conozcan del caso en cuestión. Se quiere evitar de este modo, las manipulaciones mediante las cuales se pretenda el juzgamiento por parte de jueces que representen intereses contrarios y aún favorables al imputado. Esta norma tiene correspondencia con el ordinal 4º del artículo 49 de la Constitución que dispone que todos gozan del derecho a ser juzgados por sus jueces naturales, ya sea en las jurisdicciones ordinarias o en las especiales. Esto quiere decir que igualmente está prohibido el juzgamiento en jurisdicciones especiales creadas con posterioridad a la comisión del delito.

Se trata de un derecho fundamental, que determina que el funcionario encargado de decidir debe ejercer la autoridad atribuida por una norma legal y estar a cargo de un tribunal que ya existía para el momento en que ocurre el hecho objeto del proceso y en ningún caso un tribunal sobrevenido o creado para la ocasión. Respecto a este principio, la realidad nos enfrenta a situaciones en las que se ha distorsionado el objetivo que persiguen instituciones perfectamente legales, ello con el fin de burlar este principio, así ha ocurrido con la radicación, mediante la cual se han trasladado casos con marcada relevancia política a jurisdicciones diferentes a aquellas a la que correspondía conocer. Igualmente dada la inestabilidad de los funcionarios judiciales y su precaria situación por la inexistencia de una verdadera carrera judicial, en ocasiones se han producido cambios y destituciones de jueces con el evidente propósito de dirigir los casos al conocimiento de determinadas personas a quienes se ha colocado de manera repentina a cargo de un tribunal. (Silva de Vilela, 2013).

H. Presunción de inocencia. Artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal. Este principio impide que se pueda condenar al señalado como autor o participe de un delito, sin que previamente haya quedado plenamente establecida su culpabilidad mediante sentencia firme, por ello es que el imputado debe ser tratado como inocente hasta tanto no se demuestre lo contrario, eso incluye el tratamiento que recibe de los funcionarios policiales y de los medios de comunicación. El artículo 49, ordinal 2º de nuestra Constitución consagra este principio que ostenta el más alto rango y que tiene una consecuencia práctica importantísima en el proceso, pues es al acusador al que le corresponde demostrar la culpabilidad del imputado, puesto que su inocencia se presume. En el proceso penal la producción de la prueba se diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, pues si bien allí, cuando se accede a las pruebas estamos frente a un papel en blanco en el que las partes van a escribir de acuerdo a las probanzas obtenidas, en el proceso penal en cambio, ese papel no está en blanco, allí está claramente escrito que el imputado es inocente y es al acusador al que le corresponde destruir esa presunción.

Este principio de la presunción de inocencia está íntimamente relacionado con el de la afirmación de la libertad,"…puesto que donde impera la presunción de inocencia del imputado, no hay justificación para detener a una persona que por principio se considera inocente hasta que no se demuestre lo contrario" (Silva de Vilela, 2006, p.221). A este respecto, Ferrajoli (1998) es radical al señalar que si hace falta un juicio para producir la prueba de la culpabilidad, hasta que esta no se produzca, no puede considerarse que se ha cometido un delito y por tanto tampoco existe un culpable.

G. Afirmación de la libertad. Artículo 9 del Código Orgánico Procesal Penal. La privación de la libertad durante el proceso es excepcional y debe ser proporcional a la sanción prevista para el delito que se imputa, justamente porque esta medida es excepcional, toda interpretación que se haga de las normas privativas de la libertad debe hacerse de manera restrictiva, esto es aplicándola solo a los casos que se correspondan en la totalidad de los elementos requeridos para dictar una medida privativa de libertad. El artículo 44 de la Constitución consagra el derecho a la libertad y limita la medida durante el proceso a los casos en los que exista una decisión judicial o que al individuo se le haya

detenido en flagrancia, siempre y cuando el delito que se le ha sorprendido cometiendo sea de aquellos que tienen prevista una sanción privativa de libertad.

Durante el proceso la única razón que legitima una medida privativa de libertad es la protección de ese proceso, bien porque se tema que el imputado obstaculice la búsqueda de la verdad, finalidad esencial del proceso, o porque exista un peligro cierto de que el imputado se fugue, con lo cual al sustraerse del proceso impide que este efectivamente se verifique. Sin embargo debe quedar claro que el procesamiento en libertad es el que debe prevalecer, puesto que como ya arriba se anotó, donde impera la presunción de inocencia no hay justificación para privar de la libertad a quien aún no ha sido encontrado culpable. (Silva de Vilela, 2006)

Por otra parte, la propia ley en el artículo 231 del Código establece una serie de limitaciones respecto a la persona del imputado cuando están presentes ciertas características en las que no es posible su privación judicial preventiva de la libertad, estas características están relacionadas con las personas mayores de setenta años, las mujeres en los tres últimos meses de embarazo, las madres durante la lactancia hasta seis meses después del nacimiento de la criatura y las personas afectadas por enfermedades en fase terminal. En estos casos de resultar imprescindible se decretara la detención domiciliaria o la reclusión en un centro especializado.

H. Respeto a la dignidad humana. Artículo 10 del Código Orgánico Procesal Penal. El trato que se debe dar a cualquier persona que intervenga en el proceso, sea como parte o como tercero llamado a colaborar en la búsqueda de la verdad, es el que reconoce su dignidad como ser humanos. Le toca al juez proteger a todos los que participan en el proceso, no solo reconociéndoles los derechos expresamente reconocidos por la ley, sino igualmente los inherentes a la condición humana. Por otra parte, dispone este artículo que todos tienen derecho a hacerse acompañar por un profesional del derecho de su confianza, quien podrá intervenir a los fines de garantizar el debido proceso.

Se ha discutido si a tenor de esta disposición, aquellas personas que intervienen como testigos tienen el derecho de declarar en los actos de la investigación en compañía de su abogado de confianza, al respecto, consideramos que dada la naturaleza reservada de las actuaciones durante la fase preliminar e intermedia del proceso no es posible que esto ocurra, pues sería darle acceso al conocimiento de la investigación a personas que no están legitimadas para ello. Los testigos pueden asesorarse previamente con su abogado y pueden acudir a los despachos en su compañía, pero no tienen acceso al acto de la declaración.

I. Titularidad de la acción penal. Artículo 11 del Código Orgánico Procesal Penal. El Estado tiene la titularidad de la acción penal y la ejerce a través de un órgano especialmente creado para esta función, el Ministerio Público, es lo que Roxin (2000) designa como principio de oficialidad, al que incluye dentro de aquellos relativos a la iniciación del proceso.

Corresponde a los Fiscales investigar la comisión de los delitos de acción pública y perseguir a los culpables, con la única excepción de las circunstancias que hacen aplicable el principio de oportunidad. Esta iniciativa que se la ha denominado monopolio del ejercicio de la acción está contemplada en la Constitución en su artículo 285 ordinales 3 y 4, cuando enumera las atribuciones-deberes de este organismo.

Esta disposición tiene estrecha relación con el llamado Principio de Legalidad Procesal que determina la obligación que tiene el Estado de perseguir los delitos, obligación que dimana históricamente de la cesión que hicieron los particulares al Estado de la venganza privada, ello a cambio del compromiso del Estado de perseguir el delito, por eso es que resultan de extrema gravedad las situaciones de impunidad, pues se trata del Estado dejando de cumplir sus compromisos, lo que suele traer consecuencias nefastas respecto al incremento de la violencia en la sociedad, los individuos toman la justicia por su mano, generándose descontrol en el tejido social y situaciones de injusticia.

Debido a que al Ministerio Público le corresponde la iniciativa en el proceso penal, así como investigar, perseguir y acusar como órgano del Estado que representa a todos los miembros de la sociedad que aspiran a vivir dentro del respeto de las normas esenciales de convivencia, que se prevenga y castigue el delito, es por lo que resulta tan importante que esta institución goce de independencia respecto del resto de los poderes del Estado, pues solo así le será posible actuar siempre que corresponda, aun cuando los señalados como autores o participes del delito sean funcionarios o personas ligadas al poder, sin que factores extraños se lo impidan.

Además, siendo como es el Ministerio Público por su naturaleza un organismo jerárquico, con una estructura vertical, presidida por el Fiscal General, quien gira instrucciones a sus subalternos, de manera que todos los funcionarios que se desempeñan dentro de la institución actúan en su representación, es por lo que ese alto funcionario no puede representar ni estar comprometido con parcialidad política alguna, ni intereses particulares, por el contrario debe gozar del prestigio que deriva de la honestidad, la responsabilidad, la imparcialidad y la independencia que se requieren para desempeñar tales funciones, ya que en definitiva de su voluntad y conocimientos dependen las actuaciones de todos los funcionarios que conforman el Ministerio Público.

J. Defensa e igualdad entre las partes. Artículo 12 del Código Orgánico Procesal Penal. La defensa es un derecho que debe hacerse efectivo en todo estado y grado de la causa, la propia Constitución en el ordinal 1º del artículo 49 así lo dispone. Dentro del proceso las partes deben tener la garantía de litigar en pie de igualdad, sin privilegios ni diferencias que favorezcan a unos y perjudiquen a otros, solo se puede garantizar la defensa si las partes se encuentran en posición de igualdad. Corresponde a los jueces garantizar esta igualdad.

La igualdad como principio puede entenderse en dos sentidos, en un primer sentido significa que las partes en el proceso deben ser tratadas en iguales condiciones, permitiendo que cada una ejerza las facultades que la Constitución y la ley les confiere en cada caso, procurando concederles en el ejercicio de sus respectivos derechos las

mismas oportunidades y condiciones. En un segundo sentido como lo explica Suau Morey (1995) el principio de igualdad abarca la igualdad en la aplicación de la ley, un tribunal en situaciones sustancialmente iguales debe respetar el precedente, salvo que el cambio de criterio posea una fundamentación suficiente y razonable.

A los efectos prácticos, se prohíbe de manera expresa a los jueces mantener comunicación con una de las partes sin la presencia de las otras, esta circunstancia viene a ser una de las causales de recusación previstas en el Código, que de declararse con lugar podría causar la destitución del juez, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 89 ordinal 6º y 91. Por otra parte, la defensa dentro del proceso debe resultar eficaz, no se trata solo de tener el derecho a designa un abogado, sino que se debe tener oportunidad de comunicarse con el defensor, de consultarlo y trazar estrategias, como lo establece la propia Constitución en el ordinal 1º del artículo 49, de disponer de tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa.

Si bien el derecho a la defensa en sentido amplio corresponde a todas las partes que deben tener la oportunidad de exponer y defender sus particulares alegatos, en lo que respecta al imputado, dada la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentra, de conformidad con lo pautado en el último aparte del artículo 132 del Código Orgánico Procesal Penal, toda declaración que el imputado rinda sin la presencia de su defensor está viciada de nulidad absoluta, aun cuando el propio imputado haya prestado su consentimiento para que el acto se realice sin la presencia de su abogado, de acuerdo a lo previsto en el artículo 175 ejusdem.

Por otra parte, dada la especial situación que el Ministerio Público ocupa en el proceso, como representante del Estado, la propia ley ha establecido que sus representantes tienen la obligación durante la investigación de dejar constancia de los elementos de convicción que sirvan para inculpar pero también para exculpar al imputado, artículo 263 del Código. Igualmente, se le garantiza al imputado y su defensor el acceso a las actas del proceso, artículo 286 del Código, ello a pesar de que se ha pretendido retardar este acceso haciéndolo depender del llamado acto de imputación,

creación jurisprudencial no prevista por la ley, tema este que será objeto de un particular análisis en este trabajo.

K. Finalidad del proceso. Artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal. La finalidad del proceso es establecer la verdad, pero esa verdad no se puede investigar o establecer de cualquier modo, solo es posible a través de las vías jurídicas. La verdad que dentro del proceso se obtiene a través de la prueba, mediante la reconstrucción intelectual del hecho objeto del proceso, es lo que permite hacer efectiva la justicia en la aplicación del derecho. El artículo 257 de la Constitución establece que es el proceso el instrumento fundamental para la realización de la justicia.

L. Oralidad. Artículo 14 del Código Orgánico Procesal Penal. La oralidad viene a ser una de las características más resaltante de los sistemas procesales penales modernos, pero la verdad es que se trata de recuperar la forma del juicio propia de la antigüedad. El mismo artículo 257 de la Constitución determina que se debe adoptar un procedimiento breve, oral y público. La oralidad garantiza la publicidad ya que todos pueden oír y controlar lo que ocurre en el juicio, además propicia la celeridad, ya que siendo que el juez escucha la producción de la prueba debe procurar que los juicios no se prolonguen a fin de no olvidar lo ocurrido. Por lo demás solo aquellas pruebas que se han producido de manera oral en el debate del juicio pueden fundamentar la sentencia.

Lo expuesto nos lleva al tema de la llamada prueba anticipada que se autoriza en la etapa preliminar cuando existe un peligro cierto de que pudiera perderse el órgano de prueba o la evidencia, se le solicita al Juez de control quien la autoriza si se dan los requisitos legales y se procede a practicar la prueba, notificando a las partes en el proceso, de todo lo ocurrido se deja constancia en un acta, que luego se lleva al debate y se incorpora por su lectura. Siendo que su práctica no cumple con el requisito de la oralidad y por tanto carece del control de las partes y de la publicidad, solo se puede acudir a ella de manera excepcional y teniendo en cuenta que si llegado el momento del debate es posible traer al órgano de prueba porque afortunadamente no se perdió, estos no pueden negarse a comparecer.

El artículo 321 del Código desarrolla el principio de la oralidad y dispone que para conservarla todas las decisiones que se tomen durante el debate deben hacerse de manera oral, sin que se puedan admitir escritos en esta etapa del proceso.

M. Publicidad. Artículo 15 del Código Orgánico Procesal Penal. El juicio es público, todos los que lo deseen tienen acceso al recinto donde se celebra, con ello lo que se persigue es no solo permitir el control ciudadano en la administración de justicia, sino igualmente garantizar la transparencia en la actividad judicial, puesto que las sentencias deberían dictarse y fundamentarse de manera pública. Es sin embargo, necesario señalar que la realidad actual de nuestros juicios ha dejado de lado en gran medida el principio de la publicidad, pues los jueces dilatan sus sentencias y en muchos casos coartan la presencia del público en las audiencias de juicio alegando razones de seguridad, en muchos casos sin ninguna sustentación.

El relajamiento de este principio se ha verificado incluso por obra de la reforma del Código Orgánico Procesal Penal que dentro de las excepciones originalmente establecidas y que autorizaban la reserva del debate en algunas situaciones especiales expresamente previstas en la propia ley, incluyó dentro del texto del artículo 316 del Código la posibilidad de efectuar el acto a puertas cerradas en cualquier otra circunstancia que en criterio del juez perturbe el normal desarrollo del debate, de manera pues, que la publicidad es ahora facultativa.

N. Inmediación. Artículo 16 del Código Orgánico Procesal Penal. De acuerdo a este principio característico del sistema oral acusatorio los jueces que deciden deben ser los mismos que presencian la producción de la prueba, no pueden ser sustituidos en el curso del juicio y en el caso de que no fuera posible su presencia y se encargara del caso otro juez, el debate debe reiniciarse para que el nuevo funcionario pueda percibir directamente la producción de la prueba y consecuencialmente dictar sentencia fundamentada en dichas pruebas. Lo que se busca es que el juez que dicta el

pronunciamiento tenga un conocimiento profundo de la cuestión objeto de la controversia.

Este principio lo desarrolla el Código en su artículo 315, allí se establece que la presencia del juez durante el juicio será ininterrumpida. Si en el sistema inquisitivo la delegación es la norma, pues los jueces dejan en manos de sus asistentes los interrogatorios y pesquisas, en el sistema acusatorio se busca el contacto directo del juzgador con la búsqueda de la verdad.

O. Concentración. Artículo 17 del Código Orgánico Procesal Penal. Iniciado el debate debe procurarse que no se interrumpa para que concluya en el menor número de días consecutivos posible. La reforma de este artículo eliminó de su texto la disposición de que el debate debía realizarse en una sola audiencia y solo si era necesario podía prolongarse en días consecutivos. La concentración de los actos propios de la etapa de juicio, específicamente aquellos que se producen en el debate, garantiza que el juzgador tenga frescos en la memoria el resultado de la actividad probatoria que allí se realiza. Esta disposición hay que concordarla con el artículo 320 del mismo Código que establece que en caso de interrupción del debate, esta no debe superar los quince días, (con anterioridad este plazo era de diez días), si se superara ese plazo, deberá realizarse nuevamente el debate desde su inicio.

En nuestra opinión este es uno de los principios más maltratados en el proceso penal venezolano, ya que sobre la base de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se han relajado injustificadamente los criterios de suspensión del debate y en la práctica este se prolonga indefinidamente perjudicando a las partes, contrariando el principio de celeridad procesal y perdiéndose el sentido de una justicia aplicada a tiempo. Al respecto se recomienda revisar la sentencia de la Sala Constitucional número 2144 de fecha 1-12-06, que establece que los días de suspensión del debate se contarán por días hábiles, ósea aquellos en los que el tribunal ha dado despacho y no como se desprende del propio texto del artículo 17 que se refiere a días consecutivos.

Vale la pena traer a colación el criterio de Moras Mom (1999):

> El debate una vez abierto es continuo y no puede suspenderse en su trámite, por lo que las audiencias en que se realiza deben ser cumplidas día tras día tomando el curso de cada uno. Este carácter se debe a la vigencia de los dos aspectos ya explicados (oralidad y publicidad) por cuanto los jueces que aquí intervienen, fuera de las notas que pueden llevar y los extractos ya citados, retienen todo en la mente, lo mismo que las partes, por lo que se impone su intervención en el dictado de la sentencia en la aspiración de la mayor memoria de cada paso. (P. 360)

P. Contradicción. Artículo 18 del Código Orgánico Procesal Penal. Que el proceso tenga carácter contradictorio significa que las partes deben y pueden tener acceso oportuno a las actuaciones del proceso, porque solo así es posible el ejercicio del derecho a la defensa, solo sobre la base del conocimiento de las actuaciones es posible contradecir los elementos que son adversos y expresar los alegatos que favorecen las posiciones de cada una de las partes. Por otra parte, la prueba que fundamenta la sentencia debe haber sido controlada por todas las partes en el proceso. Este principio con el de oralidad, publicidad y concentración se interrelacionan entre sí, cada uno resulta la justificación de los otros, Solo un juicio que cumple con estos cuatro principios asegura a todas las partes un escenario en el que se puedan hacer realidad las garantías procesales propias del sistema acusatorio.

Q. Control de la constitucionalidad. Artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal. Sobre esta facultad atribuida a todos los jueces de la República para controlar la constitucionalidad de las leyes, descansa el llamado control difuso de la constitucionalidad. Se trata de una facultad pero también es un deber velar por la incolumidad de nuestra Carta Magna desaplicando en el caso concreto cualquier norma que colida con la Constitución, con efecto limitado a las partes en el proceso. Como ya se ha tratado ampliamente en este trabajo este control difuso que ejercen todos los jueces

de la República convive en nuestro ordenamiento jurídico con el control concentrado que ejerce la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. El artículo 334 de nuestra Constitución consagra esta facultad-deber conferida a todos los jueces por igual.

R. Prohibición de nueva persecución. Artículo 20 del Código Orgánico Procesal Penal. Es el principio clásico *Ne bis in ídem* nadie puede ser perseguido y juzgado nuevamente por un mismo hecho. Se trata de un límite que se le coloca al Estado que solo tiene una oportunidad para ejercer su poder punitivo, lo contrario atentaría contra la seguridad jurídica. Este principio comparte con el de la cosa juzgada la necesidad de que se verifique la identidad de los elementos del caso en cuestión, pues si existe diversidad no estaríamos en presencia de la persecución por un mismo hecho.

El artículo incluye dos situaciones en las que es posible una nueva persecución, se trata en ambos casos de supuestos en los que los tribunales no han entrado a conocer el fondo del asunto, bien porque la primera vez se ejerció la acción ante un tribunal incompetente que por esa causa concluyó el procedimiento o porque en la primera oportunidad el caso fue desestimado por defectos en la promoción o ejercicio de la acción.

S. Cosa Juzgada. Artículo 21 del Código Orgánico Procesal Penal. Esta garantía igualmente contemplada en el artículo 49 ordinal 7º de la Constitución prohíbe que alguien pueda ser juzgado nuevamente en relación a un hecho respecto al cual ya se ha dictado una sentencia definitivamente firme, nuevamente estamos frente a una garantía que preserva la seguridad jurídica. La cosa juzgada dimana de la sentencia definitivamente firme y exige la identidad de la persona sentenciada, de los hechos objeto del pronunciamiento y del motivo de la persecución, solo puede ser enervada a través del recurso excepcional de revisión contemplado en los artículos 462 al 469 del Código, teniendo en cuenta que este recurso solo procede a favor del condenado cuando con posterioridad a la sentencia surge una circunstancia que determina la injusticia de la sentencia definitivamente firme.

Como ya lo señalamos en nuestro trabajo sobre el recurso de revisión (2003) la existencia del principio de la cosa juzgada nos lleva a reflexionar acerca de la improcedencia de que en un verdadero Estado de Derecho se haga uso del proceso penal como constante amenaza e ilegítimo medio de control contra los miembros de la sociedad, por ello la necesidad de colocar límites al poder punitivo del Estado. Pero si consideramos que el fin último del proceso es la justicia, cuando una sentencia no cumple con ese fin, aun cuando haya adquirido el efecto de cosa juzgada, el ordenamiento jurídico debe crear mecanismos que permitan remediar la situación y reestablecer el equilibrio social alterado.

T. Apreciación de la prueba. Artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal. El legislador estableció que en el proceso penal venezolano la valoración de la prueba debe hacerse mediante el sistema de la sana crítica, en el que no solo el Juez debe hacer uso de las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sino que además debe justificar motivadamente su fallo.

Con el cambio del proceso penal se eliminó el sistema de la tarifa legal, según el cual la ley establece previamente cual es el valor que al momento de dictar su sentencia el juez debe dar a cada medio probatorio. El cambio en este tema fue total pues se dispuso un sistema de libertad de prueba, previsto en el artículo 182 del Código, según el cual pueden probarse los hechos por cualquier medio, sin que estos estén limitados por disposición legal, salvo a lo que se refiere a su incorporación de acuerdo a lo previsto en la ley o que exista prohibición expresa.

En el sistema inquisitivo si bien se le da al juez iniciativa y un amplio poder, exento prácticamente del control de las partes para buscar la prueba, sin embargo llegada la etapa de la apreciación de esa misma prueba se le limita en exceso en cuanto a su valoración. El sistema acusatorio tiende sin embargo a la libre convicción del juzgador que analiza la prueba y la acoge o no según le haya impresionado, para dar luego detallada cuenta de ese proceso intelectual de análisis y valoración, fundamentando su decisión de manera lógica.

Inicialmente en el año 1998 cuando se promulgo el Código Orgánico Procesal Penal, esta disposición contenida en el artículo 22 no hacía referencia a la sana crítica, sino que establecía que la pruebas se apreciarían por el tribunal según su libre convicción, posteriormente el legislador consideró apropiado cambiar el texto sustituyendo la expresión libre convicción por sana crítica que viene a ser un método de valoración que exige del juzgador la fundamentación debidamente motivada de su decisión. El sistema de la sana crítica o de libre convicción es en criterio de Jauchen (2002) un sistema intermedio entre los más radicales de la prueba tarifada y el de la íntima convicción. La sana crítica busca la compatibilidad de todas las garantías y si bien permite la libre valoración de la prueba ya que la ley no le atribuye un valor preestablecido, igualmente le permite al juzgador escoger entre esas pruebas cual es la que considera idónea para probar el hecho en cuestión. Señala el autor que el sistema se caracteriza por la inexistencia de dogmas acerca de cómo deben probarse los hecho y sobre el valor que se le debe dar a la prueba, lo que sin embargo, no significa arbitrariedad, ya que se le impone al juez una valoración conforme a la sana critica que demanda la fundamentación racional de la decisión.

U. Protección de las víctimas. Artículo 23 del Código Orgánico Procesal Penal. Esta disposición se incluyó en una de las reformas del Código, para responder a las críticas que se hicieron al nuevo sistema procesal penal en el sentido de considerarlo excesivamente garantista para el imputado, olvidando o relegando los derechos de las víctimas. Una crítica que consideramos injusta pues en la versión original de 1998, se incluían una serie de normas destinadas a proteger a las víctimas de los delitos. Sin embargo, la reforma reforzó estos criterios incluyendo dentro de los principios y garantías del proceso que presiden el Código Orgánico Procesal Penal este artículo 23, con el que se cierra el título preliminar.

La norma incluye tres disposiciones relacionadas con las víctimas, en primer lugar su acceso a los órganos de administración de justicia de manera gratuita, expedita, sin dilaciones indebidas o formalidades inútiles, en segundo lugar, se ratifica el principio

según el cual la protección a las víctimas y la reparación del daño son objetivos del proceso y la tercera se dispone la sanción para los funcionarios que no procesen las denuncias oportuna y diligentemente.

No puede concluirse el tema referido a los principios del proceso penal contemplados en el Código Orgánico Procesal Penal, sin referirnos a otra serie de principios esenciales en el proceso penal que se encuentran diseminados dentro del texto del Código, como lo son los principios y garantías relativos a la prueba, los recursos, la privación de la libertad y las nulidades.

V. Licitud de la prueba. Previsto en el artículo 181 del Código Orgánico Procesal Penal. Solo puede ser valorada por el juez, aquellos elementos de convicción que hayan sido obtenidos e incorporados al proceso por medios lícitos, queda expresamente prohibido hacer uso de la información que se haya obtenido mediante tortura, amenazas, engaño, mediante un procedimiento violatorio de los derechos fundamentales como la privacidad del domicilio de las comunicaciones. Esta norma viene a ser el desarrollo de la disposición prevista en el ordinal 1º del artículo 49 de la Constitución, que establece que serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso.

Igualmente se prohíbe el uso de información que provenga directa e indirectamente de un medio ilícito. Con ello nuestro legislador acoge la teoría del árbol envenenado, según la cual, no se puede hacer uso de los frutos obtenidos de un medio o procedimiento viciado. “Para esta tesis la tacha de ilicitud no solo debe alcanzar la pruebas que en concreto constituyan en sí mismas la violación de la garantía constitucional del debido proceso…sino también las que sean su consecuencia inmediata” (Delgado, 2004. p. 55).

W. Proporcionalidad de la medida privativa de libertad. Contemplado en el artículo 230 del Código Orgánico Procesal Penal. De acuerdo con esta disposición no podrá ordenarse una medida de coerción personal cuando esta aparezca desproporcionada respecto a la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable.

El principio de proporcionalidad es en la jurisdicción constitucional de capital importancia, constituye un requisito material que debe cumplirse cada vez que se toma una decisión, pues permite ponderar toda medida limitativa o restrictiva de un derecho.

La privación de la libertad prevista en el Código Orgánico Procesal Penal es de carácter excepcional cuando se verifica en el curso del proceso, representa una restricción a un valor fundamental como es el de la libertad, de allí que, cuando esta medida se decreta debe el juzgador actuar con el mayor apego a lo previsto en el ordenamiento jurídico, interpretando restrictivamente las normas que regulan la materia y valorando si el perjuicio que se ocasiona con la medida es proporcional al fin que se persigue a través de ella.

X, Impugnabilidad objetiva. Prevista en el artículo 423 del Código Orgánico Procesal Penal. Este principio determina que las decisiones judiciales solo serán recurribles por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley. La impugnabilidad objetiva se define como la delimitación de los decisiones que admiten el ejercicio concreto de la facultad de recurrir Es la ley la que se encarga de hacer esa delimitación señalando cuales son las resoluciones judiciales que pueden impugnarse, indicando así mismo cuales son los recursos procedentes en cada caso. Igualmente la ley determina quienes tienen facultad para ejercer dichos recursos, en ese caso, la doctrina habla de impugnabilidad subjetiva, refiriéndose al ámbito de personas autorizadas para impugnar una decisión judicial. Todo ello con el fin práctico de impedir la saturación de los tribunales por una incontrolable abundancia de impugnaciones que no necesariamente persiguen un fin útil. (Guariglia, 2004)

Y. Nulidades. Previstas en el artículo 174 del Código Orgánico Procesal Penal. Para que los principios dejen de ser meras declaraciones de intención y se hagan efectivos es necesario que estén garantizados. La garantía más eficaz es aquella que determina que todo acto que viole un principio o derecho fundamental se considerará inválido. La nulidad viene a ser la sanción que se aplica a los actos que ya han ingresado al proceso y que sin embargo, incumplen los principios, su efecto consiste en considerarlos como no

ocurridos, inexistentes, por tanto, no forma parte del proceso. Cuando se pretende sancionar un acto violatorio de los principios que aún no ha ingresado al proceso pero que se pretende incorporar, se acude a la inadmisibilidad como sanción.

Análisis de la jurisprudencia de la Sala Constitucional que establece criterios vinculantes sobre principios y garantías del proceso penal.

Es parte fundamental de este trabajo, el análisis de una serie de situaciones relacionadas con el proceso penal, respecto a las cuales la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado, interpretando las normas del proceso penal como expresión de los principios fundamentales contenidos en nuestra Carta Magna, sentencias a las que les ha atribuido carácter vinculante y que han resultado en verdaderas novedades respecto de la normativa legal contemplada en el Código Orgánico Procesal Penal. Con sus criterios la Sala se ha convertido en verdadera creadora del derecho, al punto que estos, en muchos casos, han sido acogidos por la Asamblea Nacional y han dado lugar a reformas legislativas, con lo que indudablemente queda evidenciado como la labor de los jueces constitucionales a través de su jurisprudencia se ha convertido en verdadera fuente de derecho en nuestro proceso penal.

Pero también es importante en esta investigación, analizar en detalle esa labor creadora de derecho dentro del proceso penal, a fin de determinar a través de criterios doctrinarios de prestigio, si esa jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia cumple efectivamente con las condiciones necesarias para la limitación o restricción de derechos fundamentales. Se trata de dilucidar si ese órgano del Poder Público ha llenado las exigencias para actuar en cada caso, porque al tratarse de una materia en la que se comprometen los derechos fundamentales, no le es dado disponer de ellos solo sobre la base de criterios particulares o complacientes con el poder de turno. Casal (2006) al referirse a los derechos fundamentales señala que estos "postulan una fuerza normativa propia, dimanante de la Constitución, y ostentan una

pretensión general de validez y aplicación que solo admite límites justificados materialmente y establecidos con arreglo a ciertos parámetros formales."

Si bien en este trabajo se ha afirmado repetidamente que el juzgador cuando ejerce la justicia constitucional es creador de derecho, sin embargo, es pertinente preguntarse si es que acaso esta labor creadora no tiene límites. A los funcionarios del Poder Judicial a los que se les atribuye la labor de control pero también de creación en materia constitucional no les es dado actuar sin condiciones, ellos son parte del Poder Público y como tal, deben estar sometidos a los límites que la propia Constitución establece, no escapan a la condición de funcionarios que ejercen el poder y por tanto, también a ellos se les imponen limitaciones.

Por otra parte, el control de constitucionalidad tiene un límite determinado por la separación de poderes, que busca proteger a los ciudadanos del poder absoluto, para lo cual se estructura un sistema de controles recíprocos entre sus distintas ramas, con un propósito fundamental que no es otro que la contención del poder. (Esguerra, 2006).

En nuestro país, en los últimos años la situación ha sido por decirlo de alguna manera "singular", ya que, a partir de 1999 y hasta 2015, en que operó un cambio en la conformación de la Asamblea Nacional, órgano del Poder Legislativo, con la elección de una mayoría de representantes que pertenecen a una fuerza política distinta a la que ostenta el Ejecutivo, se ha evidenciado una total concertación entre el Poder Judicial, el Legislativo y el Ejecutivo que ha tenido como consecuencia una clara concentración de poder en el Ejecutivo en el que ha delegado sus funciones el Legislativo a través de varias leyes habilitantes, contando para ello con la anuencia del Poder Judicial que ha convalidado la situación a través de los pronunciamientos de la Sala Constitucional, que en sucesivas oportunidades ha considerado procedente la asunción de la función legislativa por parte del Ejecutivo, incluso atribuyendo carácter orgánico a las leyes resultantes de los decretos dictados por el Presidente. La Asamblea Nacional ha conferido en repetidas ocasiones leyes habilitantes que han dado lugar a que durante ese periodo ha sido el Presidente de la República el principal productor de leyes en el país.

Sobre este punto Argenis Urdaneta, en su análisis sobre los diez años de vigencia de la Constitución (2011), coincide al resaltar el proceso de concentración de poder que se ha vivido en los últimos años y lo atribuye a "…una estrategia de relación directa líder-masa, asumida como parte de un proyecto político,…la práctica judicial casuística se impone como instrumento político, derivando en judicialización de la política y politización de la justicia" (p. 13)

En este proceso la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha tenido un papel protagónico, pues ha revestido de legitimidad judicial la actividad desplegada por el Poder con vistas a lograr el control total de las instituciones, en desmedro del equilibrio entre los diferentes órganos del Estado y del control reciproco propio de un sistema democrático. El profesor Casal (2011) en lo que respecta a este tema advierte que la Sala creada como resultado del proceso constituyente que cristalizó en 1999, "se reservó la posibilidad de emplear ese supuesto poder constituyente subsistente por medio de su jurisprudencia" y "sentó las bases de la inclinación de esta Sala a reescribir la Constitución merced al recurso directo de interpretación constitucional" (p.43).

Cuando los criterios plasmados en la jurisprudencia, responden a las demandas de la mayoría puede incurrirse en sentencias que afectan los principios constitucionales, pues la Constitución debe garantizar no solo los derechos de las mayorías sino también debe resguardar los de las minorías. Hassemer (2005) se refiere a este asunto cuando habla del concepto de democracia constitucional, en la que, el principio democrático tiene la limitación que le impone la Constitución, ya no se trata de dar por correcta toda decisión que tome la mayoría, pues esa decisión tiene una reserva fundamental, debe estar en correspondencia con la Constitución.

La Sala según lo afirma Casal (2011) "se ha atribuido competencias que la Constitución no le otorga, en ámbitos como la interpretación constitucional directa, la revisión de las sentencias y el avocamiento" (p.44) asumiendo un papel cuasi-

constituyente y evidenciando a través de la interpretación jurídica una tendencia política, que en criterio de la Sala está en la base de la Constitución.

Producto de la facultad delegada por el Legislativo al Ejecutivo a través de las leyes habilitantes, es precisamente nuestra más reciente reforma de la ley que regula el proceso penal en Venezuela, nuestro Código Orgánico Procesal Penal, a raíz de lo cual se planteó una polémica acerca de si estaba el Presidente facultado a través de ley habilitante para reformar una ley orgánica que por su naturaleza tiene un rango especial dentro del ordenamiento jurídico. Aunado a ello, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido el criterio de que efectivamente el Presidente de la República podía ejercer esa función y legítimamente reformar la norma.

Con esta afirmación, la Sala ha incurrido en criterios contradictorios, pues en el año 2007, en sentencia No. 1744 del 9-8-07, opinó que aquellas leyes que regularan los procedimientos judiciales debían ser dictadas por el Poder Legislativo, con lo que se salvaguardaba el principio de legalidad:

> En cuanto a los procedimientos judiciales, debe esta Sala precisar que la regulación de éstos sólo puede ser llevada a cabo mediante leyes dictadas por la Asamblea Nacional, es decir, por leyes formales, tal como las define el artículo 202 del Texto Constitucional. El fundamento de ello se encuentra no sólo en el artículo 156.32 antes mencionado, sino también en el propio artículo 253 *eiusdem*. Esto cobra especial relevancia en el ámbito jurídico-penal, en el cual opera la garantía jurisdiccional del principio de legalidad penal, según el cual, no se puede imponer una pena o medida de seguridad, en tanto son consecuencias jurídicas del delito o falta, sino en virtud de una sentencia firme dictada en un proceso penal desarrollado conforme a la ley procesal –nacional- ante el órgano jurisdiccional competente, lo cual puede resumirse en el aforismo *nemo damnetur nisi per legale iudicio*.

Sin embargo, en el año 2012, con ocasión de la promulgación del decreto 9042 mediante el cual el Presidente de la República reformó el Código Orgánico Procesal Penal, la misma Sala Constitucional en sentencia No. 795 del 15-6-12, opinó de manera contraria y declaró no solo su carácter orgánico, sino además su constitucionalidad a pesar de haber sido dictada por el Ejecutivo, pues en su criterio basta que el Legislativo habilite al Ejecutivo para que este actué válidamente, con lo que desdibujan las funciones atribuidas por la Constitución a cada poder del Estado y consecuencialmente se obvian los controles mutuos entre estos poderes. En su decisión la Sala expresó:

> Así, si bien el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Procesal Penal no fue dictado por el titular de la potestad legislativa, esto es, la Asamblea Nacional, lo fue por delegación de ésta -mediante la Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las Materias que se Delegan, en Consejo de Ministros-, razón por la cual esta Sala resulta competente para pronunciarse acerca de la constitucionalidad del carácter orgánico del mismo, conforme a las normas *supra* indicadas, y así se declara.

Ya lo advertía Casal (2006), al comentar el modo en el que nuestra Constitución trataba los derechos fundamentales y la reserva legal, al llegar al punto referido a la facultad mediante la cual eventualmente el legislativo puede delegar en el Presidente de la República la potestad para dictar decretos-leyes, prevista en el artículo 203 de la Constitución. En su criterio se ha debido establecer de manera expresa la imposibilidad de que la materia de derechos humanos sea regulada por el ejecutivo. Al respecto opina "Esta previsión constitucional debe ser sometida a interpretación restrictiva, en atención al principio democrático y a los criterios sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno a las condiciones de las leyes que impongan limitaciones a los derechos humanos."

De allí la relevancia de este análisis, que busca establecer si efectivamente la Sala Constitucional al crear derecho en el proceso penal venezolano ha respetado esos límites.

Constitución del Tribunal Mixto.

La situación que vamos a tratar tiene relevancia respecto a la presente investigación porque se trata de un caso en el que la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a la que se le atribuyó carácter vinculante, no solo modificó las normas del proceso penal, sino que además el criterio establecido fue de tal manera determinante para el trámite de la convocatoria y constitución de tribunales con participación ciudadana, que el órgano legislativo lo acogió y lo convirtió en norma a través de la reforma de la ley procesal penal ocurrida en el año 2012.

La eliminación de los tribunales de juicio conformados con escabinos para los casos en que el delito a juzgar fuera considerado grave, fue el resultado de un intenso proceso jurisprudencial verificado en la Sala Constitucional que tuvo como resultado la restricción de dos derechos fundamentales contemplados de manera expresa en la Constitución, se trata del principio del Juez Natural y el de la Participación Ciudadana en el proceso penal.

La Constitución de 1999 establece de manera precisa que la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos, esta se imparte en nombre de la República y por autoridad de la Ley, lo cual quiere decir, que el Poder Judicial actúa por delegación del pueblo, en el cual reside primigeniamente el poder de impartir justicia. Lo que le proporciona legitimidad a las actuaciones del Poder Judicial es precisamente el cumplimiento de la Constitución y las leyes, pues estos son instrumentos que la sociedad se ha dado a si misma, como reglas y parámetros dentro de los cuales debe fluir la vida ciudadana. Solo cuando los jueces actúan en acatamiento al ordenamiento jurídico y a la

Constitución, se puede decir que sus actuaciones son legítimas y se adecuan a los principios democráticos que sustentan a la Nación.

Ahora bien, esa facultad de impartir justicia ha sido ampliada por el Constituyente en el artículo 253, cuando incluye dentro del Sistema de Justicia no solo los órganos institucionales del Poder Judicial, Ministerio Público, Defensoría Pública, sistema penitenciario y órganos de investigación, sino que igualmente incorpora y le atribuye esta facultad a los medios alternativos para la resolución de controversias, como el arbitraje, la conciliación y la mediación y lo que resulta una innovación más impactante, incluye dentro del Sistema de Justicia a todos los ciudadanos que tienen la posibilidad de participar en los procesos y administrar justicia, mediante la conformación de tribunales mixtos, integrados por jueces profesionales y legos.

La exposición de motivos del texto constitucional, se refiere de manera expresa a la participación ciudadana cuando se ocupa de perfilar las líneas maestras para el diseño constitucional del Poder Judicial y el Sistema de Justicia, con lo cual el constituyente le da su bendición al sistema de participación ciudadana previsto en la ley procesal penal, que como ya se ha dicho, es anterior a la promulgación de la nueva Constitución.

> Asimismo, siendo que la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado aunque solo este puede ejercer la tutela coactiva de los derechos, es decir, la ejecución forzosa delas sentencias, la Constitución incorpora al sistema de justicia a los ciudadanos que participan en el ejercicio dela función jurisdiccional integrando jurados o cualquier otro mecanismo que la ley prevea.

Al respecto, Mouriño (2001) concluye que “la vocación del constituyente fue la de propiciar la mayor participación posible de los ciudadanos en el complejo proceso de administración de justicia: No en vano la potestad de administrar justicia bajo la nueva Constitución emana de los ciudadanos, tal como se desprende de su artículo 253.” (p.27)

También, la exposición de motivos del Código Orgánico Procesal Penal, promulgado en 1998, al referirse a los principios que animan el proceso penal y muy especialmente la "Participación Ciudadana", en razón de la cual originalmente, en los procesos por delitos cuyas penas excedían los cuatro años de privación de libertad, el Tribunal de Juicio, estaría integrado por un juez profesional y dos escabinos, esto es por dos ciudadanos que participarán en situación igualitaria para establecer la culpabilidad o no de los imputados, expresa:

> Esta institución que profundizará nuestra democracia política, va a contribuir a la formación de la responsabilidad colectiva o conciencia cívica, y es una necesidad ante la ausencia de contacto de la magistratura penal con la fuente de su poder: el pueblo, es decir, con el órgano de donde emana su autoridad y hacia donde debe ejercerla. Se explica este distanciamiento con la fuente de su autoridad en el sistema vigente, dado que por la forma de elección no se establece una representatividad directa, lo que conduce a que el Poder Judicial sea el menos democrático de los Poderes Públicos

Esto quiere decir, que el Poder Judicial se enfrenta al reto de democratizarse, ya que si bien sus integrantes no son escogidos directamente por el pueblo como si ocurre con los representantes del Ejecutivo y Legislativo, sin embargo nuevas alternativas de participación ciudadana en la administración de justicia le dan la oportunidad de imprimirle un carácter más profundamente democrático a la institución. Así lo entiende Beltrán Haddad (2001)

> En la medida en que el Poder Judicial sea receptivo a la participación directa de los ciudadanos y no sacrifique la función real de la justicia por esa postura insustancial y de pesado formalismo que pretenden imponernos algunos interpretes de la ley, en esa medida iremos recuperando los espacios perdidos con relación a este poder del

> cual el ciudadano no sabe como ocurre y porque no tiene una representatividad directa.(p.44)

El tema de la participación ciudadana en la administración de justicia, es a no dudarlo apasionante, prueba de ello es la profusa, contradictoria e interesante jurisprudencia que encontramos al respecto. A partir de la promulgación del Código Orgánico Procesal Penal el 23 de enero de 1998 y su entrada en vigencia el 1 de julio de 1999, mucha es la discusión que se ha producido al respecto. En mayo del año 1999, cuando aún no había entrado en vigencia la ley adjetiva penal, la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Plena tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto, cuando se demandó la inconstitucionalidad de la disposición que establecía que los profesionales del derecho no podían participar como miembros de los jurados y tribunales mixtos. Ya en esa sentencia, se hicieron patentes los criterios encontrados a través de un voto disidente en el que se plantean criterios diametralmente diferentes.

Desde la promulgación del Código hemos visto la desaparición de los jurados en el proceso penal, por obra de una reforma legislativa en el año 2001. Posteriormente, fuimos testigos de la preocupante involución en los criterios de los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que a través de la interpretación de las normas constitucionales dictaron sentencias que restringían no solo la posibilidades de la integración de los tribunales mixtos a través de la convocatoria de los escabinos, sino que además, sin que se los hubiese planteado recurso alguno acerca de esa materia, adelantaron opinión acerca de la posible inconstitucionalidad de esta institución.

La discusión jurisprudencial se ha basado en los diferentes modos de interpretar la norma constitucional y muy especialmente el principio del Juez Natural y la Participación Ciudadana a los que se contrapone la celeridad procesal seriamente lesionada por el evidente retraso de los procesos penales, respecto a lo cual no hay que dejar de lado, que es un fenómeno con muchas y muy diversas causas, entre otras, la manera laxa en que se ha interpretado por la propia jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el principio de concentración del proceso, previsto en el artículo 17

del Código Orgánico Procesal Penal, lo que ha llevado a dilaciones injustificadas e innecesarias de los procesos.

Como resultado de esta controversia se produjo la reforma legislativa del 4-9-09 que modificó el artículo 164 del Código Orgánico Procesal Penal y acogió el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que limitó a dos las convocatorias a los ciudadanos escogidos para constituir el tribunal con escabinos y excluyó la necesidad de contar con la voluntad del imputado para proceder al juzgamiento a través de un tribunal unipersonal una vez agotadas las dos convocatorias aludidas, con lo que se restringe de manera significativa la participación ciudadana en los procesos penales. Posteriormente, en la reforma del 15-6-12, finalmente se eliminó la participación ciudadana y la presencia de escabinos en la conformación de los tribunales de juicio. Estas reformas y su resultado es el objeto del presente análisis.

El Código Orgánico Procesal Penal, que como ya se señaló, fue promulgado el 20-1-98 y entró en vigencia el 1-7-99, disponía una verdadera novedad, la participación de los ciudadanos en la administración de justicia, que si bien había sido una de las instituciones contempladas en la primera Constitución de Venezuela en 1811, desapareció en el tiempo y se convirtió en ajena a nuestra realidad contemporánea.

El artículo 146 del citado Código disponía el "Derecho-deber" de todo ciudadano de "participar como escabino o jurado, en el ejercicio de la administración de justicia penal". Los primeros integran los tribunales mixtos, constituidos por dos ciudadanos y un juez profesional y originalmente debían conocer en juicio los casos relativos a delitos con penas privativas de libertad mayores de cuatro años hasta un máximo de dieciséis (artículo 61). Por su parte, los jurados estaban integrados por nueve ciudadanos, que tenían competencia para juzgar los delitos con penas privativas de libertad superiores a dieciséis años (artículo 62).

En la segunda reforma que se hizo al código adjetivo penal en el año 2001, se eliminó la figura de los jurados, dejándole la competencia a los tribunales mixtos para

conocer en juicio de los delitos con penas superiores a cuatro años en adelante. Además, se incluyó en el artículo 164 la disposición según la cual en el caso de haberse realizado en cinco oportunidades la convocatoria para constituir el tribunal mixto sin que esto fuera posible, se podría, a elección del imputado pasar a juzgar el hecho por el juez profesional que debía haber presidido el tribunal mixto.

Posteriormente, por una nueva reforma del Código Orgánico Procesal Penal del año 2009, se modificó el citado artículo 164 y se redujo el número de convocatorias de cinco a dos y se eliminó el requisito según el cual, el juzgamiento por parte de un tribunal unipersonal dependía de la voluntad del imputado.

Ahora bien estas reformas legales han estado precedidas por una labor jurisprudencial de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia e incluso un pronunciamiento de la Sala Plena de la antigua Corte Suprema de Justicia.

En efecto, en el año 1999 la antigua Corte Suprema de Justicia, por órgano de la Sala Plena, al conocer de un recurso de inconstitucionalidad y a pesar de que aún se encontraba vigente la Constitución de 1961, en la que el principio de participación ciudadana no se encontraba desarrollado, sin embargo, consideró que la institución de los escabinos como estaba contemplada en el Código Orgánico Procesal Penal, en nada contrariaba los principios constitucionales, dando de esta manera una indiscutible muestra de apertura en su interpretación. Al respecto, entre otras cosas estableció:

> …resalta la necesidad de asegurar que la participación ciudadana en la administración de la justicia penal sea lo más genuina posible, lo que implica preservar su especificidad. La labor específica del escabino o del jurado en la administración de justicia radica precisamente en su carácter de lego en derecho, que le permite aproximarse al caso planteado desde una perspectiva distinta y complementaria a la del juez profesional.

Al referirse a la prohibición de que los abogados puedan ser parte de los jurados y tribunales mixtos expreso:

> Las finalidades mencionadas explican suficientemente la prohibición que pesa sobre los abogados para ser escabinos o jurados y hace que la diferencia de trato entre éstos y los demás ciudadanos que reúnan los requisitos contemplados en el artículo 148 del Código Orgánico Procesal Penal sea "objetiva y razonable" y, en consecuencia, justificada, además de proporcionada, al representar un medio adecuado para el logro de esos fines...Al haber puesto de relieve las razones en virtud de las cuales la diferencia de trato señalada en el artículo 146 del Código Orgánico Procesal Penal está plenamente justificada, queda descartada la existencia de una violación del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 61 de la Constitución de la República, por lo que no considera esta Corte que existe violación flagrante y directa del derecho a la igualdad. Así se decide

Sin embargo, como arriba se anotó, ya en ese fallo quedó en evidencia que respecto a la participación de los ciudadanos en la administración de justicia existían entre nuestros juristas criterios encontrados; tres de los magistrados que conformaban la Sala Plena al motivar su disidencia expresaron:

> Objetan los disidentes el sistema previsto para los tribunales mixtos, esto es, los constituidos por dos escabinos y un juez profesional, en los casos en los cuales los legos tengan una opinión diferente a la del juez profesional. El sistema aludido atenta indudablemente contra la autonomía e independencia de los jueces consagrado en el artículo 205 de la Constitución. En efecto, el Código Orgánico Procesal Penal señala en los artículos 159 y 363 que los escabinos junto con el juez profesional deliberarán y se pronunciarán sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado, y en caso de culpabilidad, la decisión sobre la calificación jurídica y la sanción penal, serán responsabilidad única del juez presidente. De ello se colige que, la mayoría decisoria la representan los

> escabinos, quienes perfectamente a la hora de votar sobre la culpabilidad del imputado podrían constituir la mayoría y si el contenido de su veredicto fuere el de culpabilidad, el juez profesional aún disintiendo del mismo, estaría obligado al establecimiento de los fundamentos jurídicos de la sentencia, decidiendo la calificación jurídica y la sanción penal o las medidas de seguridad correspondientes, en abierta contradicción con sus convicciones, lo que sin lugar a dudas viola la independencia y autonomía de los jueces profesionales. Por otra parte, es relevante que la situación planteada se muestra como de mayor gravedad cuando constituyendo el juicio sobre la culpabilidad una compleja valoración ésta no se deja exclusivamente en manos del juez profesional, sino al arbitrio de los escabinos y que, tal como se señalara cuando se analizó el sistema de revisión de los fallos, puede considerarse que el Código establece prácticamente un proceso de *"instancia única"*, que persigue no repetir el debate celebrado ante el Tribunal mixto. En efecto, la *"instancia única"* de juicio se disimula en el Código Orgánico Procesal Penal detrás de una apelación que no es tal.

Así mismo, los magistrados explican como en su criterio son diferentes la participación política de los ciudadanos y la participación en la administración de justicia, “el principio de participación política, dudosamente puede encajar dentro del ejercicio de la función judicial, ya que el mismo es propio de los organismos legislativos y ejecutivos, que tienen como objetivo esencial la tutela de los intereses fundamentales del Estado.”(Corte Suprema de Justicia, 1999)

Es decir que el fallo que nos ocupa, es un ejemplo patente de dos modos de analizar la norma constitucional. Por una parte, la mayoría de los magistrados hace uso de criterios de interpretación que abren el proceso penal y sus instituciones hacia el futuro, mientras que otros, fundándose en otras razones, considera que no es posible admitir la nueva institución y ambas posiciones se enmarcan en el mismo ordenamiento constitucional, con lo cual se demuestra la posibilidad que tiene la norma constitucional de representar diferentes sectores y tendencias.

Una vez en vigencia la Constitución de 1999, como ya se dijo, la integración de los tribunales mixtos con escabinos dentro del proceso penal fue objeto de estudio en varias ocasiones por parte de la Sala Constitucional, que analizó las disposiciones contenidas en los artículos 26 y 49 numeral 3 de la Constitución, referidos a la garantía de una justicia expedita sin dilaciones indebidas. Al respecto en sentencia No. 3744 del 22-12-03 a la que se le atribuye carácter vinculante, expuso:

> Es más, la Sala, con miras a ordenar el proceso penal en relación con los artículos 26 y 49.3 constitucionales y los derechos que ellos otorgan, considera que es una dilación indebida la que ocurre cuando el tribunal con escabinos no puede constituirse después de dos convocatorias correspondientes y que, ante esa situación, el juez profesional que dirigirá el juicio, debe asumir totalmente el poder jurisdiccional sobre la causa, por lo que deberá llevar adelante el juicio prescindiendo de los escabinos."

Esta interpretación contrariaba lo que para ese momento disponía el texto del artículo 164 del Código Orgánico Procesal Penal, que en su único aparte, como ya se señaló, establecía: "Realizadas efectivamente cinco convocatorias, sin que se hubiera constituido el tribunal mixto por inasistencia o excusa de los escabinos, el acusado podrá ser juzgado, según su elección, por el juez profesional que hubiere presidido el tribunal mixto."

Sin embargo, posteriormente la misma Sala en sentencia No. 397 de fecha 19-3-04, instó al Tribunal de Juicio a realizar las diligencias necesarias para designar a los escabinos y constituir el tribunal mixto, "al respecto, se reitera que realizadas cinco convocatorias para la constitución del tribunal mixto, sin que ello se hubiere logrado por inasistencia o excusa de los escabinos, el acusado podrá ser juzgado, según su elección, por el juez profesional que hubiere presidido dicho tribunal, conforme al artículo 164 de la ley procesal penal."

Es indudable que cada una de las sentencias reseñadas exponía un criterio diferente, resultando que la segunda era conteste con la disposición de la ley adjetiva

penal, pero la primera que contenía un criterio diferente tenía, sin embargo, carácter vinculante según lo dispuesto por la misma Sala.

En fecha 16-11-04 mediante sentencia No. 2598, en base a una aclaratoria solicitada a la Sala en vista de los criterios encontrados y en lo que parecía ser un intento de acabar con las discrepancias dentro de la misma Sala en lo que respecta a este tema, se ratificó el carácter vinculante de la sentencia No. 3744 del 22-12-03 y se ordena remitir copia del fallo a los Presidentes de Circuitos Judiciales Penales, a fin de que todos los jueces fueran notificados acerca de dicha doctrina y de la obligación de dar estricto cumplimiento a la misma.

En esta sentencia la Sala Constitucional ratificando una doctrina anterior, contenida en Sentencia 1808 del 5-8-02, señala que de acuerdo a sus atribuciones le corresponde:

> ... dar solución a las dudas respecto al contenido y alcance de las normas…su fin es esclarecedor y completivo y, en estricto sentido, judicialmente creador; en ningún caso legislativo. Consiste primordialmente en una mera declaración con efectos vinculantes sobre el núcleo mínimo de la norma estudiada o sobre su "intensión" (comprensión) o extensión, es decir, sobre los rasgos o propiedades que se predican de los términos que forman el precepto y del conjunto de objetos o dimensiones de la realidad abarcadas por el, cuando resulten dudosas u obscuras, respetando, a la vez, la concentración o generalidad de las normas constitucionales.

Nuevamente, en fecha 12-8-05 en sentencia No. 2684, la Sala se refiere al tema de la convocatoria de los escabinos y ratifica el criterio planteado en su sentencia del 22-12-03 ya arriba reseñado, que reduce el número de convocatorias de los escabinos de cinco a dos. Pero en esta ocasión, agrega una consideración muy importante, pues declara con lugar el amparo en cuestión solicitado, en virtud de que no consta que se pidió

opinión al imputado respecto a la constitución del tribunal sin escabinos, ello en vista de que no había sido posible hacerlo hasta esa fecha.

Sin embargo, en dicha sentencia resulta significativo un pronunciamiento relativo a la posible inconstitucionalidad de la figura de los escabinos ya que esta podría violentar el principio del juez natural:

> …esta Sala debe hacer una breve reflexión sobre la figura del escabinato en nuestro país, pues hasta ahora la inconstitucionalidad de la institución de los escabinos no ha sido demandada ante esta Sala, por cuanto los problemas suscitados en la práctica se han reflejado en cuestiones netamente procesales y nunca sobre su constitucionalidad... dentro de los valores superiores que rigen el ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho, se propugna la justicia y los derechos humanos, dentro de los cuales se encuentra el derecho a ser juzgados por el juez natural.- En tal sentido los jueces deben ser abogados –profesionales universitarios- quienes se encuentran capacitados para aplicar el derecho al caso concreto y no para ser simples guías de personas que no son abogados, como lo serían los escabinos. La institución de los escabinos no ha sido adaptada a la realidad social ni jurídica del país, por cuanto, el ciudadano común –no abogado- no le es propio impartir justicia, lo cual ha sido una fuente de dilación judicial en los procesos penales, ya que los escabinos no acuden a las convocatorias realizadas por los Tribunales, impidiendo ello la constitución del Tribunal Mixto.

Nuevamente, se pronunció la Sala Constitucional sobre el tema en sentencia No. 1918 fecha 19-10-07, al establecer después de un detallado análisis de la participación ciudadana dentro de nuestra historia legislativa que se remonta a nuestra primera Constitución en 1811, que no se podía ignorar el derecho del imputado a decidir acerca del tribunal que habría de realizar su juzgamiento, fuera este unipersonal o mixto, pues era este precisamente su tribunal natural para el juzgamiento de las causas relativas a

delitos con penas superiores a los cuatro años de privación de libertad, por lo que a la excepción establecida en la ley para el caso en que después de determinado número de convocatorias no se logrará la conformación del tribunal mixto, se le debía aplicar una interpretación restrictiva y que por tanto, cuando el juez asumió la jurisdicción y procedió a dictar sentencia de manera unipersonal sin consultar a los imputados, lesionó sus derechos al juez natural y al debido proceso.

> De las decisiones que fueron parcialmente transcritas y de la propia letra del artículo 164 del Código Orgánico Procesal Penal se deriva que, luego de que fueron realizadas efectivamente las convocatorias correspondientes sin que hubiera sido posible la constitución del Tribunal mixto, el imputado tiene el derecho de solicitar se le juzgue por el Juez profesional que hubiere presidido el Tribunal mixto y sólo a él está atribuida legalmente la potestad para el impulso del cambio de la naturaleza del Tribunal de Juicio que tendrá el conocimiento de la causa, de Mixto a Unipersonal. En este orden de ideas, estima la Sala que respecto de la posibilidad de que el procesado solicite que su causa sea tramitada ante tribunal unipersonal, debe observarse que, primero: este es un derecho del procesado, no un deber; segundo: que el ejercicio de tal potestad supone el sacrificio del derecho al juzgamiento por el tribunal que, en principio, era el natural para el conocimiento de la causa; tercero: que la participación ciudadana no sólo interesa al procesado, sino que corresponde a un interés colectivo y a una necesidad social y debe ser, por tanto, considerada como cuestión de orden público, como lo reconoció el proyectista del Código Orgánico Procesal Penal, en la Exposición de Motivos del mismo (véase Capítulo IV: Participación ciudadana; asimismo: V. Estructura del proyecto, 2. El Libro Primero); sobre todo, en virtud de la entidad de los delitos cuya competencia está asignada al Tribunal Mixto, lleva a la conclusión de que éste es el Juez natural para la decisión sobre los mismos, de suerte que la excepción a la cual se refiere el artículo 164 *in fine* del Código Orgánico Procesal Penal debe ser

> interpretada en sentido restrictivo…. De modo que, bajo ningún respecto el Juez de Juicio, unilateralmente, puede decidir sobre el enjuiciamiento del procesado a través de un tribunal unipersonal. Así las cosas, considera esta Sala que a los imputados de autos se les lesionaron sus derechos al juez natural y al debido proceso, cuando la Juez de Juicio de la Sección de Responsabilidad del Adolescente del Circuito Judicial Penal del Estado Lara, decidió, en contra de la voluntad expresa de uno de ellos, juzgarlo sin la asistencia del escabinado.

La Sala, en esta sentencia afirma no solo el derecho que tiene el imputado de decidir, una vez realizadas las convocatorias correspondientes, acerca de si acepta ser juzgado por un tribunal unipersonal, en lugar de por uno mixto, sino lo que a los fines del tema que nos ocupa resulta aún más significativo, esto es, que es el tribunal mixto, el tribunal natural para juzgar ese caso concreto. Además, afirma que la participación ciudadana es de orden público porque no solo interesa al imputado sino que constituye un interés colectivo.

Del examen que hemos realizado a la jurisprudencia de la Sala Constitucional se desprenden en primer lugar las evidentes contradicciones en cuanto a los diversos criterios reflejados en las sentencias reseñadas. Igualmente, la Sala, contrariando lo dispuesto en el artículo 164 del Código Orgánico Procesal Penal, disminuyó el número de ocasiones en las que debía convocarse a los escabinos para constituir el tribunal mixto, de cinco a dos oportunidades, considerando este criterio de carácter vinculante para todos los jueces penales de la República, con lo que convirtió su jurisprudencia en fuente de derecho dentro de la materia procesal penal, invocando como fundamento de su criterio evidentemente diferente al contenido de la norma, el retardo que ocasiona la no comparecencia de los ciudadanos llamados a cumplir esta función.

Pero lo que resulta más significativo de esta diferencia de criterios entre los magistrados que conforman la Sala Constitucional, es que pareciera haberse abierto el camino para declarar que la institución de los escabinos es inconstitucional, basada en el

criterio de que viola el principio del juez natural puesto que se trata de ciudadanos que al no ser abogados no se encuentran preparados para impartir justicia.

Para completar este proceso que se inició en el más Alto Tribunal de la República, el Poder Legislativo acogió la tesis que se fraguó en la jurisprudencia y modificó, en fecha 4-9-09 el texto del artículo 164 para establecer que solo se harían dos convocatorias a los escabinos y que efectuadas estas sin que fuera posible constituir el Tribunal Mixto, el juez profesional constituirá el tribunal de forma unipersonal, con lo que no solo se disminuían las posibilidades de ser juzgado mediante la participación ciudadana, sino que igualmente, se suprimía la voluntad del imputado como requisito previo al juzgamiento por parte del tribunal unipersonal.

Posteriormente, en fecha 15 de junio de 2012, en una nueva reforma del Código Orgánico Procesal Penal efectuada mediante decreto emanado de la Presidencia de la República se elimina la institución de los tribunales mixtos y con ella la participación ciudadana en la administración de justicia, de manera que el criterio que a través del tiempo se fue evidenciando en la jurisprudencia de la Sala Constitucional, finalmente es adoptado y asumido en el propio texto legal.

De los hechos arriba reseñados se evidencia la restricción de derechos fundamentales. Se trata de una restricción y no de una limitación, en virtud de que esta disminución del derecho consagrado en la Constitución no se hace en el propio texto de la Carta Magna, como sería el caso de la limitación, sino que por el contrario se realiza a través de una ley, el Código Orgánico Procesal Penal.

Como lo explica el profesor Casal (2006), la limitación del derecho se verifica a través de la Constitución, cuando ella misma impone expresa o implícitamente condicionamientos reduciendo su alcance o concordándolo con otro derecho o bien constitucionalmente tutelado, procurando de este modo que los diversos derechos no entren en conflicto. La restricción la impone la ley, siempre con base en la Constitución, condicionando el goce o ejercicio del derecho. No reduce el alcance constitucional del

derecho, pero puede prohibir o condicionar alguna acción en principio protegida o puede autorizar la injerencia del Estado en el derecho.

Además, podemos igualmente observar una eventual situación de colisión constitucional, puesto que de la jurisprudencia de la Sala Constitucional es evidente que los magistrados contraponen dos derechos fundamentales como lo son la participación ciudadana y el del juez natural frente a la celeridad procesal y en aras de conservar y salvaguardar a este último, reducen el ámbito de ejercicio de los dos primeros.

El artículo 49 de la Constitución, en su ordinal 4 contempla el derecho de toda persona a ser juzgado por su juez natural, bien sea en la jurisdicción ordinaria o especial, a conocer la identidad de quien lo juzga y a no ser procesado por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.

Resulta importante señalar que en Venezuela el concepto de juez natural va más allá de aquel predeterminado por la ley. Como lo apunta José Valentín González (2007), "No obstante, nuestra Sala Constitucional ha considerado que la noción de Juez Natural incluye exigencias adicionales como la competencia, la imparcialidad, la independencia, la autonomía y la idoneidad del juez; señaladas en los artículos 26 y 49 (3) de la Constitución." (p. 214)

Por su parte, el derecho a la participación ciudadana tiene su base en lo dispuesto en el artículo 253 de la Constitución que dispone que la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos a quienes se les considera parte del sistema de justicia. La propia exposición de motivos de la Constitución desarrolla esta idea cuando señala que la administración de justicia no es monopolio del Estado, ya que la propia Constitución "incorpora al sistema de justicia a los ciudadanos que participan en el ejercicio de la función jurisdiccional integrando jurados o cualquier otro mecanismo que la ley prevea."

Igualmente, el Código Orgánico Procesal Penal, desarrolla el principio en su artículo 3 y en la exposición de motivos señala que la ley adjetiva penal busca

“profundizar nuestra democracia política”, en razón de que el Poder Judicial es el menos democrático de todos los poderes del Estado

> Procurando terminar con ese aislamiento entre la justicia y el pueblo se ha incluido en el Proyecto la participación ciudadana como un derecho-deber. El derecho de todo ciudadano de ser juzgado por sus pares- cláusula que ya se contenía en la *Carta Magna* de Juan sin Tierra de 1215, instrumento que se considera como fundamento histórico-jurídico del jurado- y como un deber de participar en la administración de justicia.

En cuanto a la celeridad procesal que los magistrados de la Sala Constitucional en las sentencias arriba reseñadas contraponen a la participación ciudadana y al principio del juez natural, podríamos decir que forma parte de la llamada tutela judicial efectiva prevista en el artículo 26 de la Constitución que dispone que toda persona tiene derecho a acceder a los órganos de justicia y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

Se trata entonces de derechos todos relacionados con las garantías procesales, que tienen en común que se hacen realidad dentro del ámbito de la administración de justicia y que resultan esenciales para garantizar el debido proceso.

En cuanto al debido proceso es necesario resaltar que se trata de un derecho cuya naturaleza determina que se le considere como de configuración legal en el sentido de que su contenido se define y delimita a través de las leyes.

Por otra parte, debe señalarse que todos los derechos a los que nos estamos refiriendo están amparados por el principio de progresividad contemplado en el artículo 19 de la Constitución que garantiza que el goce de los derechos humanos reconocidos no puede ser disminuido, por lo contrario, solo puede afectárseles para su perfeccionamiento y profundización.

Sin embargo, visto el proceso verificado a través de la jurisprudencia de la Sala Constitucional y las reformas legales efectuadas parece innegable que los derechos analizados, considerados en su doble vertiente, por una parte el derecho a ser juzgado por sus pares y por la otra el de los ciudadanos a participar en la administración de justicia, en lugar de progresividad han sido objeto de disminución.

En cuanto al análisis de las condiciones para la restricción de los derechos constitucionales, hay que señalar que los derechos fundamentales son previos y superiores a la ley, de allí que para limitarlos o restringirlos se deben cumplir ciertos requisitos; sólo si estos requisitos están presentes puede decirse que es lícita la injerencia del Estado en esta materia. Se trata de examinar si la restricción realizada por medio de la reforma del Código Orgánico Procesal Penal del año 2009, respecto a los derechos al Juez Natural y a la Participación Ciudadana cumple con las condiciones exigidas en estos casos.

En la obra de Gui (1997) que trata sobre la Jurisprudencia Constitucional, se incluye un pronunciamiento del Tribunal Constitucional Español en el que señala que efectivamente los derechos fundamentales no son ilimitados, porque la vigencia de los derechos de todas y cada una de las personas pasa por el respeto del derecho de los demás.

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

Requisitos Formales. Para analizar este asunto, en primer lugar se revisarán los requisitos formales que deben cumplirse para la restricción de un derecho. Al respecto

debe señalarse que toda disposición que pretenda limitar, condicionar o legitimar la injerencia del Estado respecto a un derecho fundamental tiene que estar en estricta sintonía con la Constitución, por otra parte, son requisitos formales que legitiman la injerencia del Estado en los derechos fundamentales: la reserva legal, la determinación o precisión de la regulación y el carácter orgánico de la Ley.

A. De acuerdo a la garantía de la reserva legal, si bien la ley es la única que puede restringir el derecho fundamental, no se puede subordinar el ejercicio del derecho a la existencia de una ley. En el caso que nos ocupa, inicialmente fue la jurisprudencia de la Sala Constitucional la que disminuyó los derechos en cuestión, ello a través de criterios vinculantes y opiniones que en algunos casos ni siquiera eran respuesta a planteamientos expresos de los recurrentes, si no que venían a ser expresión aparentemente espontánea de los criterios, a veces contradictorios, de los magistrados integrantes de la Sala, respecto a la configuración de los tribunales integrados por jueces profesionales y ciudadanos legos.

Sin embargo, el requisito de la reserva legal fue cumplido a través de sendas reformas del Código Orgánico Procesal Penal, la primera del año 2001, que eliminó los tribunales de jurado, luego, una segunda de septiembre de 2009 la que restringió la posibilidad de constituir tribunales mixtos y eliminó el requisito de solicitar opinión al imputado acerca de la posibilidad de ser juzgado por un tribunal mixto o por uno unipersonal e igualmente la última y definitiva reforma de 2012, que eliminó la participación ciudadana en la configuración de los tribunales de juicio y que se efectuó por medio de un decreto ley emanado del Poder Ejecutivo, con base a una ley habilitante conferida por el Poder Legislativo.

B. En cuanto al requisito referido a la habilitación para restringir el derecho, la cual debe ser precisa, de manera que pueda ser conocida por aquellos que resultan afectados, “Ello permite a los sujetos de derecho tener certeza sobre el ámbito de ejercicio lícito del derecho fundamental. Adicionalmente, la precisión o especificidad de la ley limitativa o restrictiva facilita el control adecuado de los actos dictados por los

órganos del poder público con base en dicha ley, a la cual estos quedan sometidos." (Casal, 2006. p. 75)

Debemos reconocer que del examen del texto legal, particularmente, el artículo 164 del Código Orgánico Procesal Penal, las reformas efectuadas se manifiestan como claras y precisas, por lo que no presentan ninguna dificultad para su conocimiento por parte de aquellos que se encuentran en la situación jurídica regulada por la restricción.

C. El requisito referido al carácter orgánico de la ley, indica que sólo a través de leyes orgánicas que requieren el voto favorable de los dos tercios de los miembros de la Asamblea Nacional, lo que implica un mayor control legislativo de la norma, pueden ser desarrollados los derechos constitucionales.

En este caso, la restricción se efectuó a través del Código Orgánico Procesal Penal que llena esa exigencia. Sin embargo, es menester anotar que la reforma de la citada ley se hizo a través de un decreto ley dictado por la Presidencia de la República, sobre la base de una ley habilitante que le fue concedida al Presidente por el Poder Legislativo, Esto quiere decir que el Ejecutivo modificó una ley con carácter orgánico, ello a pesar de que en 2007 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se había pronunciado mediante sentencia No. 1744 del 9-8-07, en el sentido de que solo el Poder Legislativo tenía la facultad de reformar el Código Orgánico Procesal Penal. De allí que resulta poco menos que alarmante que a pesar de ello, la Sala Constitucional con ocasión de esta última reforma del Código efectuada en el año 2012 opinó de manera contraria y consideró que el Presidente si estaba facultado para dictar ese instrumento legal.

En efecto, conn ocasión de la promulgación del decreto 9042 mediante el cual el Presidente de la República reformó el Código Orgánico Procesal Penal, la misma Sala Constitucional en sentencia No. 795 del 15-6-12, opinó de manera contraria y declaró no solo su conformidad con el carácter orgánico de la ley, sino además su constitucionalidad a pesar de haber sido dictada por el Ejecutivo, pues en su nuevo criterio basta que el Legislativo habilite al Ejecutivo para que este actué válidamente.

Requisitos Materiales. También existen garantías para proteger el derecho desde el punto de vista material y que derivan de criterios destinados a establecer si efectivamente la restricción se encuentra justificada en cuanto al hecho que le da origen y a los fines que persigue. Estos criterios, vienen a ser pautas que se le imponen al legislador, quien debe tenerlas en cuenta al momento de limitar un derecho fundamental. Sólo en el caso de que sean consideradas y debidamente aprobadas puede decirse que estamos en presencia de una situación legítima; de allí que la exigencia de adecuación a las mismas constituye una garantía para el derecho mismo.

Son presupuestos materiales la licitud del fin perseguido, la proporcionalidad entre la medida y el fin que se persigue, que el contenido esencial del derecho no sea afectado por la medida y que ésta sea efectivamente compatible con los principios democráticos que deben prevalecer en el Estado, lo que significa que el fin que persigue el legislador ha de ser un fin lícito, específicamente debe estar dirigido a proteger otros derechos fundamentales. “Ello supone que debe ser compatible con los preceptos constitucionales y con el orden de valores sobre los que gravitan.” (Casal. 2006. P. 76)

A. En el caso bajo análisis, el fin que alegó la Sala Constitucional y que fue el presunto fundamento de la restricción es la protección de la celeridad procesal, que en opinión de los magistrados se veía seriamente comprometida cuando se convocaba en varias oportunidades a los ciudadanos llamados a integrar el tribunal mixto sin que efectivamente se lograra la configuración del órgano decisorio.

B. La medida restrictiva debe ser igualmente razonable, ponderando la limitación que se aplica al derecho respecto al fin que se persigue con la medida. Ello significa que el legislador no puede excederse en la restricción del derecho, aun cuando busque proteger otro derecho. La doctrina ha señalado que dentro de la proporcionalidad podemos distinguir tres elementos; la idoneidad y la necesidad de la medida, y la proporcionalidad en sentido estricto, a los que Bernal Pulido (2007) llama “subprincipios”.

> 1. Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.
> 2. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.
> 3. En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los fines perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. (p. 42)

B. 1. El elemento de la idoneidad está referido a la aptitud de la medida para conseguir el fin perseguido. Al respecto, si bien la doctrina ha dicho que no es posible exigir una completa seguridad acerca de la aptitud de la medida para lograr el fin propuesto, en la restricción que examinamos, los hechos han demostrado que restringir derechos fundamentales, prescindiendo incluso de la voluntad del imputado respecto al tribunal de su juzgamiento no ha resultado una medida idónea, ya que los retrasos en los procesos penales siguen siendo evidentes, cada vez más graves y parecieran más bien deberse a una multiplicidad de factores, relacionados con la ineficiencia de los factores humanos y materiales implicados y la falta de recursos adecuados.

B. 2. La necesidad de la medida está dirigida a determinar si existe la posibilidad de lograr el fin que se propone mediante la aplicación de una medida menos gravosa, esas medidas menos gravosas, no tienen que ser necesariamente de rango legal y pueden referirse a cuestiones de trámite o de carácter administrativo. Surge entonces la cuestión acerca de si para garantizar la celeridad en el proceso no eran más efectivas y

definitivamente menos gravosas en el sentido de que no significaban la restricción de un derecho, por ejemplo optimizar el servicio de alguacilazgo para hacerlo más efectivo logrando de ese modo que las citaciones y notificaciones relacionadas con la convocatoria de los ciudadanos para la constitución del tribunal mixto y con otros actos procesales se realizaran pronta y eficientemente. Igualmente dotar a los establecimientos de reclusión de medios de transporte apropiados para el traslado de los reclusos a fin de asistir a los actos procesales. Así mismo, un asunto que consideramos vital a los fines de lograr la celeridad en el proceso penal y que podría ser tema para otra investigación; revisar la forma en la que la Sala Constitucional y la Penal del Tribunal Supremo de Justicia han interpretado las normas relativas al cómputo de los lapsos procesales, a través de la cual, se podría estar desnaturalizando el principio de concentración contemplado en el artículo 17 del Código Orgánico Procesal Penal y provocando una significativa dilación en los procesos penales.

B. 3. La proporcionalidad en sentido estricto tiene que ver con la ponderación que debe realizarse entre la limitación y el fin que se busca, si el resultado de dicha ponderación nos indica que es desproporcionada, la restricción puede calificarse como ilícita, se coloca en el Estado la carga de argumentar y demostrar que la restricción cumple con esa proporcionalidad lo que en nuestro criterio no se hizo ni en la fase judicial ni en la legislativa de este proceso.

Si examinamos la fundamentación de las sentencias arriba reseñadas observaremos que la Sala Constitucional da por sentado que la medida es idónea y necesaria, y en ningún momento trata de sopesar los derechos restringidos respecto al fin que se persigue, solamente asume que es lo indicado para resolver el problema que se plantea respecto a la celeridad en los procesos penales y en ningún momento examina en profundidad los efectos de la restricción e ignora las consecuencias de la medida adoptada.

Resulta desproporcionado no solo reducir el número de convocatorias y con ello la posibilidad de ser juzgado por el juez que la ley predeterminó en los casos en que las

penas sobrepasen los cuatro años de privación de libertad, sino y por sobre todo, es desproporcionado con el fin que se persigue, prescindir de la voluntad del imputado respecto a su renuncia a la posibilidad de ser juzgado por un tribunal mixto. El derecho que se restringe es ni más ni menos que el de decidir libre y voluntariamente si se renuncia o no a un derecho previamente reconocido acerca del tribunal que ha de dictar sentencia en relación a una persona sobre la cual pesa todo el poder punitivo del Estado.

C. En lo que toca a la intangibilidad del contenido esencial del derecho, la doctrina ha distinguido el llamado núcleo intangible que determina la esencia misma del derecho y que no puede afectarse sin desnaturalizarlo, por lo que no es permitida su intervención por parte del poder público y el contenido general de ese derecho, que aún cuando se limite o restrinja, conserva su significado y vigencia. No puede imponerse una limitación o restricción al derecho que afecte el contenido esencial del derecho, entendiendo como tal aquella parte sustancial sin la cual carece de sentido ese derecho.

Para afirmar que un determinado derecho ha sido o no afectado en su núcleo intangible, primero es necesario determinar cual es el núcleo particular del derecho en estudio que constituye su contenido esencial, lo cual a veces no resulta sencillo. En nuestro caso, respecto al derecho a ser juzgado por el juez natural, entendemos que lo que no puede ser afectado es precisamente la predeterminación, sin embargo habría que preguntarse si con base al criterio sustentado por la propia Sala Constitucional que amplia el concepto de juez natural y le da una connotación más amplia, referida a la competencia, la imparcialidad, la independencia, la autonomía y la idoneidad, no serian también esos caracteres parte del núcleo intangible del derecho.

De conformidad con lo dispuesto en la sentencia de la Sala Constitucional No 1918 del 19-10-07, arriba reseñada, el juez o tribunal natural predeterminado por la ley como desarrollo al principio de participación ciudadana, en el proceso penal, es el tribunal mixto, integrado por un juez profesional y dos escabinos, para los casos en los que se juzga un delito cuya pena sea mayor de cuatro años en su límite máximo, a tenor de lo establecido en el encabezamiento del artículo 65 del Código Orgánico Procesal

Penal. De forma que, de acuerdo con ese criterio, la reforma legal analizada violó el contenido esencial del derecho al juez natural puesto que es el tribunal mixto el que corresponde para estos casos,

Respecto al derecho-deber de participación ciudadana, que fue contemplado en nuestra primera Constitución de 1811, pero que se perdió en el tiempo y por tanto resulta una novedad en nuestra justicia contemporánea, no es tan fácil precisar ese contenido esencial, pero podría apuntar hacía el derecho de los ciudadanos a participar en la administración de justicia y de esta manera ejercer el control ciudadano sobre esa actividad del Estado, facultad que ha sido restringida de tal forma, que se reduce significativamente la posibilidad de ejercerlo. El legislador, pareciera más bien que por cubrir las apariencias incluyó en el texto del artículo 3 del Código Orgánico Procesal Penal tres formas de participación a las que hicimos mención arriba cuando analizamos el principio: participación en la designación de los jueces y magistrados, asistencia como público a los juicios orales y seguimiento en la aplicación de fórmulas alternativas a la prosecución del proceso y cumplimiento de la pena.

Respecto a la primera, la realidad actual nos indica que esta norma no se ha puesto en funcionamiento, los ciudadanos no participan en la designación de jueces y magistrados, así se evidenció en enero de 2016 en la oportunidad para designar los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, cuando se violentó el tramite establecido en la ley para tal fin, a través de una serie de irregularidades relativas a la publicación de los abogados postulados a los cargos, trámite para efectuar las impugnaciones, la no sustanciación de las impugnaciones, falta de información del baremo para la preselección de los candidatos y la ausencia de consulta al Poder Ciudadano, ello dio lugar a una demanda de nulidad del nombramiento de los magistrados que fue decidida por la Sala Constitucional por sentencia No.225 del 29-3-16 que declaró inadmisible la demanda e impuso una multa al demandante por los conceptos emitidos en su escrito.

Por otra parte, la asistencia de los ciudadanos como público a los juicios orales estaba ya contemplado y era parte integrante del principio de publicidad del juicio arriba comentado, ósea que no se trata de una novedosa forma de participación.

En cuanto a la tercera forma de participación hay que admitir que efectivamente se ha implementado, ya que los presidentes de los llamados consejos comunales vigilan el cumplimiento, generalmente de una actividad de ayuda a la comunidad, ordenada por el juez a aquellos a quienes se les han concedido alternativas a la prosecución del proceso o de la pena. De manera que se les han atribuido algunas de las funciones de los llamados delegados de prueba, lo que en nuestra opinión resulta una participación bastante reducida si lo comparamos con la función de participar como escabino en la administración de justicia.

D. Por último, toda limitación o restricción a un derecho debe ser compatible con el orden democrático del Estado. De manera que, no puede considerarse legítima aquella limitación que cumple todos los requisitos formales exigidos para el caso, pero que sin embargo, constituye una franca o velada negación a los principios democráticos que deben regir todo Estado moderno. Es aquí donde la restricción analizada parece menos sustentada, si tenemos en cuenta que se trata de "participación popular para profundizar en la democracia un proyecto político de la justicia que precisa una forma mayor de responsabilidad por parte del ciudadano común en el acto de juzgar a sus pares ante la imputación delictiva" (Haddad. 2001 p. 46)

Pareciera entonces, que con la reforma de la normativa relativa a la convocatoria de los tribunales mixtos se contrariaron criterios esenciales del sistema democrático, no solo se ignoró que nuestro sistema se define como una democracia participativa, sino que igualmente se dio marcha atrás respecto al reconocimiento del derecho de los ciudadanos a participar en la administración de justicia y de esa manera ejercer el control ciudadano sobre una de las actividades más importantes del Estado. Además, podríamos decir que la medida, de alguna manera incide negativamente sobre la idea de descentralización del

poder y por lo contrario, retrocede hacia una forma de mayor concentración y control por parte del Estado.

En sentido general, del análisis del problema planteado no solo como restricción legal sino desde la perspectiva de la evolución jurisprudencial de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que deja en evidencia los criterios que abrieron el camino e indudablemente influyeron en la posterior reforma de la ley adjetiva penal, se observa en general una evidente predisposición en contra de la apertura a la participación ciudadana en la administración de justicia y más bien una tendencia a una mayor concentración de esta actividad en el Estado, lo que tiene como efecto un más estricto dominio de la actividad punitiva, que como se ha dicho, viene a ser la más poderosa herramienta que tiene el Poder para controlar a los ciudadanos.

En nuestra opinión los criterios limitantes de la Sala, no solo van en contra del principio de progresividad respecto a derechos ya previamente reconocidos y garantizados por la Constitución, sino que además parecen ignorar que nuestra ley fundamental establece que en Venezuela rige un sistema democrático participativo, participación que debe procurarse en toda las instituciones del Estado y que en el Poder Judicial se concretiza en la intervención de los ciudadanos en la administración de justicia, que es también una forma de control ciudadano, que se ejerce no solo a través de la publicidad y presencia de las personas como espectadores en las audiencias de juicio, sino igualmente en la conformación de los tribunales mixtos. Se trata, como se expresa en la exposición de motivos del Código Orgánico Procesal Penal en democratizar el menos democrático de los poderes del Estado.

En lo que respecta a la presencia y participación de los ciudadanos en la administración de justicia, Ferrajoli (1998) opina:

> …la alternativa entre jueces-magistrados y jueces-ciudadanos ha sido siempre la opción más decisiva en materia de ordenamiento judicial. Más allá de las formas múltiples y variadas de la organización de la justicia,

> todos los jueces pueden reconducirse en una de estas dos figuras opuestas. Se trata de una alternativa clara que recorre y caracteriza toda la historia del proceso penal y que es en buena medida correlativa a la tradición acusatoria o a la tradición inquisitiva...Pues, en efecto, mientras al sistema acusatorio le corresponde un juez espectador dedicado sobre todo a la objetiva e imparcial valoración de los hechos y, por ello, más sabio que experto, el rito inquisitivo exige sin embargo un juez actor, representante del poder punitivo y, por ello leguleyo, versado en el procedimiento y dotado de capacidad de investigación." (p. 575)

Por su parte, Carrara y Lucchini citados por Ferrajoli (1998) consideraban que si bien era cierto que "los jueces populares no tienen conocimientos legales y esto hace problemática su capacidad de motivar. Pero los jueces magistrados, añadían, tienen el vicio más grave aún de la costumbre, que puede provocar la fosilización intelectual, la indiferencia y la perniciosa ligereza en el decidir." (p. 577)

Cuando se acude al principio del juez natural para resolver el problema, hay que tener en cuenta que este implica que los ciudadanos han de ser juzgados por jueces preconstituidos por la ley y no designados con posterioridad a la comisión del hecho sobre el cual han de juzgar, que además, sus competencias están igualmente previamente establecidas y que no se trata de jueces extraordinarios o especiales, en el sentido de que los ciudadanos gozan de una garantía de igualdad, representada por la unidad de la jurisdicción, ya que han de ser los mismos jueces y los mismos procesos los que se aplicarán a todos los ciudadanos. El juez natural es el designado por la ley y precisamente el Código Orgánico Procesal Penal estableció con anticipación, que para todos los ciudadanos, sin distingos, los tribunales que asumirán la jurisdicción cuando la pena de los delitos imputados superara los cuatro años de privación de libertad estarán constituidos por un juez profesional y dos escabinos.

Por otra parte, se discute en la doctrina si el hecho de que los ciudadanos que han de actuar como escabinos en un caso concreto son escogidos por medio de sorteo y

designados con posterioridad a la comisión del delito, puesto que este trámite se realiza una vez que el proceso ha llegado a la fase de juicio, una vez superadas las etapas preparatoria e intermedia, no es violatorio de uno de los requisitos esenciales que sustentan el principio del Juez Natural, esto es la prohibición del juez post-factum. En relación a este asunto Carmelo Borrego expresa que si bien el artículo 7 del Código Orgánico Procesal Penal evita el nombramiento de un juez post-factum, no queda aclarada esta regla cuando hay que enfrentar la constitución del Tribunal Mixto "Sin embargo, lo que si es definitivo –a favor de este fundamental aspecto de orden constitucional para la conformidad con el debido proceso- es que antes de que se manifieste el juicio oral, público y contradictorio, tiene que estar fijado el tribunal y con ello –en parte- se cumple con la garantía" (p. 358-359)

De forma que, la discusión se centra en diferentes modos de interpretar la norma constitucional y muy especialmente el principio del Juez Natural y el de Participación Ciudadana a los que se contrapone la celeridad procesal seriamente lesionada por el evidente retraso de los procesos penales, respecto a lo cual, no hay que dejar de lado que se trata de un fenómeno con muchas y muy diversas causas. En última instancia, pensamos que aquí, lo que en realidad se debate, es la visión acusatoria o inquisitiva del proceso penal, así como el principio de participación ciudadana en la administración de justicia y el control social respecto de las decisiones de los jueces y que lo que ha ocurrido es que se ha privilegiado la concentración del poder y el control de la administración de la justicia penal por parte del Estado. Como lo señala Aragón (2000a) se corre el riesgo de "…la sustitución de la democracia de ´participación` por la democracia de ´consumidores`…" (p.122)

Duración de las medidas de coerción durante el proceso, dilaciones indebidas y complejidad del caso.

La libertad constituye la esencia de la dignidad del ser humano, sin libertad no le es posible a la mujer y al hombre llevar una existencia que pueda llamarse humana en el

más amplio sentido de la palabra, sólo gozando de ese estado le es posible desarrollar sus potencialidades y hacer realidad sus aspiraciones. Se trata no solo de la afirmación de su integridad moral y física, sino igualmente de la posibilidad de que como individuo, le sea posible ejercer esa libertad en los distintos ámbitos donde se desenvuelven los seres humanos. Después de la vida no hay un bien más preciado que la libertad, de allí que si algún derecho se entiende inmediatamente como fundamental es precisamente el de la libertad.

Cuando en la evolución de los derechos fundamentales se admite que existe una esfera de la intimidad personal que no puede ser traspasada por el Estado, surge entonces el reconocimiento del derecho a la libertad, considerado en primer lugar como afirmación de la integridad moral de la persona y expresión de su dignidad y luego como protección de su integridad física y despliegue de su libertad. Robert Alexy (1993) cuando se refiere a la libertad expresa: "El concepto de libertad es uno de los conceptos prácticos más fundamentales y, a la vez, menos claros. Su ámbito de aplicación parece casi ilimitado. Casi todo aquello que desde un punto de vista es considerado como bueno o deseable es vinculado con él" (p. 174). Al tratar de precisar su esencia, Alexy se apoya en el concepto de Kant y expresa:

> Se trata de una cuestión ético-filosófica cuando, independientemente de la validez de un orden jurídico positivo, se pregunta por qué los individuos tienen derechos y cuáles derechos tienen. Una respuesta clásica a esta cuestión es la kantiana según la cual, ´la libertad (independencia del arbitrio obligante de otro), en la medida en que puede existir conjuntamente con la libertad de cualquier otro de acuerdo con una ley universal`, es el derecho ´único, originario, que pertenece a toda persona` ´en virtud de su humanidad`, es decir según Kant la propiedad de la persona como ser racional. (p. 210)

Una de las características del concepto de libertad es que puede contemplarse y expresarse desde variedad de perspectivas, podemos entonces hablar de libertad de

pensamiento, de expresión, de desplazamiento, todo aquello que corresponde al desarrollo de nuestra personalidad y en lo que aspiramos desenvolvernos sin ser impedidos para ello por los órganos del Poder Público, con la sola limitación del orden público y el respeto al derecho de los otros ciudadanos.

Cuando tratamos el tema de la libertad desde la perspectiva de las medidas de coerción que puede imponer el Estado a los individuos, nos estamos refiriendo a la más grave intervención que realiza el poder sobre las personas, solo superado por la pena de muerte, actualmente tan desprestigiada. En lo que respecta a la duración de estas medidas, la temporalidad es definitivamente un elemento íntimamente vinculado con el principio de proporcionalidad aplicado a la restricción del derecho a la libertad.

Debido a la gravedad de la intervención, todo lo que se refiere tanto a las medidas de coerción dentro del proceso penal, como lo referente a su duración debe estar perfecta y detalladamente establecido, esta es una condición indispensable para que pueda garantizarse el derecho a la libertad. El tema tiene una relevancia que supera lo meramente legal para constituir un asunto de rango constitucional, así lo afirma De Vega (2000) para quien el reconocimiento del valor de la libertad es el primer elemento configurador del constitucionalismo moderno y su importancia supera lo individual y se hace político pues la construcción de una sociedad democrática demanda la libertad y al mismo tiempo, no se puede hablar de libertad si no existe democracia.

El texto del artículo 44 de nuestra Constitución cuando trata la libertad personal, se circunscribe a la protección de las personas frente a los actos ilegítimos del poder que están destinados a impedir su desplazamiento, sometiéndolo a permanecer en el sitio o lugar que señale la autoridad. De allí que debamos concluir, que en principio la libertad a la que se refiere el artículo 44, es aquella que se vulnera a través de la reclusión de la persona por parte de una autoridad con lo que se le impide desplazarse a voluntad. En el mismo sentido, se contempla el derecho en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 7, numeral 2º dispone de manera expresa “Nadie puede ser privado de su libertad física”.

Ahora bien, la Constitución dispone la inviolabilidad del estado de libertad, con la única excepción relativa a la comisión de delitos, sólo en esa situación será legitimo privar de la libertad y aun en ese caso, sólo podrá practicarse la aprehensión de aquel que se sorprenda cometiendo un delito o cuando se haya dictado en su contra una orden judicial. Podríamos decir que nuestra normativa constitucional es clara y no deja lugar a dudas, el derecho a la libertad personal está no solo expresamente reconocido, sino que además es desarrollado en la propia Carta Magna que dispone una serie de reglas destinadas a garantizar un derecho al que se le reconoce la más alta jerarquía. Como lo señala Carmelo Borrego (2002) en su libro sobre la Constitución y el proceso penal, “El problema radica en entender que bajo el signo de la nueva Constitución no hay lugar para ´terceras vías` extrañas que impliquen afligir el derecho protegido” (p. 103)

Respecto a la manera en la que la Constitución regula el derecho a la libertad, en primer lugar, la Constitución dispone la inviolabilidad del estado de libertad, con la única excepción relativa a la comisión de delitos. Una vez practicada la aprehensión o ejecutada la orden judicial, la persona detenida deberá ser presentada ante un juez, en un término que no puede exceder las cuarenta y ocho horas contadas a partir de su detención. Igualmente, dispone la Constitución que en el caso en que alguien sea sometido a juicio, se le juzgará en libertad y sólo en presencia de alguna de las razones legales que así lo autoricen, se le podrá privar de ella durante el proceso. Además dispone la norma constitucional que una vez detenida una persona, nacen para ella una serie de garantías relacionadas con la información personal y para sus allegados, duración de las penas, identificación de las autoridades que ejecuten medidas privativas de libertad y ejecución inmediata de la libertad cuando esta sea ordenada por la autoridad competente. Por otra parte, de acuerdo a lo previsto en el artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal, las medidas de coerción durante el proceso solo se justifican para garantizarlo en los casos en que existan elementos que arrojen un temor fundado de que el imputado se va a sustraer de los actos del proceso u obstaculice la búsqueda de la verdad.

Sin embargo, no podemos perder de vista las llamadas medidas cautelares sustitutivas que proceden en contra del imputado cuando la privación de libertad no es indispensable para asegurar el proceso y que como su propia designación lo indica, la sustituyen por alternativas que limitan en mayor o menor grado el desplazamiento del imputado y que en algunos casos, como el de la detención domiciliaria, lo impiden totalmente.

Nuestro legislador nacional estableció como fundamento general en lo que se refiere a las medidas de coerción personal que se aplican durante el proceso, el principio de proporcionalidad, que determina que el Juez, único funcionario legitimado para ordenar la detención de una persona, no podrá dictar dicha medida cuando esta aparezca, "desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable", así lo establece el artículo 230 del Código Orgánico Procesal Penal; ello determina que el funcionario judicial al cual se le ha solicitado en el curso del proceso penal la privación de la libertad del imputado, está obligado a realizar un ejercicio de ponderación a fin de determinar si efectivamente resulta legítimo sacrificar la libertad de la persona procesada a cambio de salvaguardar el proceso penal.

Para realizar esa ponderación la ley le señala al Juez unos parámetros precisos; tiene que tener en cuenta la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable que merecería el hecho punible en caso de que efectivamente se demuestre que su comisión le es atribuible al encausado. Respecto a este punto la Sala de Casación Penal de nuestro Máximo Tribunal ha señalado mediante sentencia Nº 744 de fecha 18/12/2007

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

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

Por otra parte, le toca al Juez también analizar las circunstancias particulares de la comisión del delito y la sanción que para este establece la norma penal sustantiva, de forma que la decisión judicial en estos casos no es una mero trámite ni un asunto sencillo, sino que implica una actividad intelectual profunda por parte del Juez, que además tiene que quedar debidamente reflejada en el texto de la orden de detención, donde deben constar las razones que le sirvieron de fundamento. Se trata de una decisión clara y detalladamente motivada, que además suministra a las partes en el proceso información indispensable a los fines de su eventual impugnación, en caso contrario, la orden estaría sujeta a la sanción de nulidad absoluta, como expresamente lo establece el artículo 157 del Código Orgánico Procesal Penal. En ese sentido, el artículo 232 del Código Orgánico Procesal Penal de forma expresa dispone que las medidas de coerción personal, sean estas la privación de la libertad o las medidas sustitutivas sólo podrán decretarse en sujeción a lo dispuesto en ese Código “mediante resolución fundada”

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

Maier (1989) en su tratado de derecho procesal penal, explica que fueron los principios liberales los que lograron el desarrollo de las garantías relacionadas con la privación de la libertad durante el proceso. Se afirma el derecho a la libertad y solo en circunstancias excepcionales resulta legítimo autorizar la detención; ello ocurre cuando

existen elementos que indican que se ha cometido un delito en el que pudiera estar implicado el imputado y además existe peligro de fuga o entorpecimiento de la búsqueda de la verdad por parte del imputado, con lo que se frustrarían los fines del proceso.

Aún en estos casos debe evitarse que la medida preventiva sea más gravosa que la pena que eventualmente pudiera imponerse, por lo que debería cesar si se observa que la privación preventiva de libertad sobrepasa la pena que se aplicaría si se dictara sentencia condenatoria, aún con el riesgo de que los fines del proceso se frustren, debiéndose acudir a otros medios menos gravosos que la privación de libertad cuando a través de ellos se permite resguardar eficientemente los fines del procedimiento.

El texto del artículo 230 del Código Orgánico Procesal Penal, que ya citamos y que contiene el principio de proporcionalidad, incluye igualmente una serie de parámetros objetivos respecto a la duración máxima de la medida, con lo cual se establece un nuevo elemento que es el de la temporalidad, puesto que la medida de coerción personal durante el proceso, independientemente de la gravedad del delito objeto del proceso, no puede prolongarse indefinidamente en el tiempo, lo que convierte a la medida por su propia naturaleza en temporal.

En efecto, el citado artículo establece que la medida "En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de dos años; si se tratara de varios delitos se tomará en cuenta la pena mínima del delito más grave". La temporalidad aquí se fija en relación con la duración normal del proceso, comprometiendo por vía indirecta al juzgador a dar oportuna respuesta a los requerimientos de justicia. Este lapso máximo de dos años puede ser prorrogado si cuando la medida esté próxima a su vencimiento el Ministerio Público o el querellante se dirigen al juez y hacen una solicitud debidamente motivada, siempre y cuando, existan causas graves que así lo justifiquen. En el caso de concederse esta prórroga, no podrá ser superior a la pena mínima del delito más grave atribuido al imputado. Igualmente, puede solicitarse la prórroga en el caso de que la prolongación del proceso se deba a dilaciones indebidas provocadas por el imputado o sus defensores.

Es de hacer notar, que la norma establece que la decisión en este caso corresponde al Juez de Primera Instancia que conoce o conoció del caso, de manera que si las actuaciones se encontraren bajo el conocimiento de una Corte de Apelaciones para el momento en que se efectúe la solicitud, se las debe enviar al Juez de Primera Instancia para que tome la decisión.

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

Por otra parte, si bien nuestro código procesal hace una predeterminación legal respecto a la asignación de un lapso máximo de duración de la medida, confiere al Juez la determinación de la medida a aplicar para proteger el proceso, puesto que le corresponde a este funcionario decidir cuál es la medida mediante la cual se asegura en cada caso concreto la protección del proceso, la que no necesariamente tiene que ser la privación de libertad, pues existe en ese mismo código un amplio catálogo de medidas sustitutivas a esa opción extrema y excepcional.

Se hace necesario analizar en detalle los criterios de la Sala Constitucional que dan lugar a la desaplicación de la norma que regula la duración de la detención del imputado durante el proceso. Esta circunstancia que hace referencia a la posibilidad de que el proceso seguido en contra de un imputado que se encuentra privado de la libertad se prolongue más allá del lapso máximo de dos años, en razón de que el propio imputado o su defensor hayan hecho uso de tácticas dilatorias indebidas y que por esta causa sea procedente la prórroga de dicho lapso, fue incluida expresamente en el texto del artículo 230 del Código Orgánico Procesal Penal, en el que se contempla el Principio de Proporcionalidad, en la reforma del 4 de septiembre del 2009, pero ya había sido tratada

desde el año 2001 en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como se evidencia de sentencia 1712 de fecha 12-9-2001:

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

Esto quiere decir que a la norma originalmente establecida en el Código Orgánico Procesal Penal, se le añadió una nueva circunstancia que puede dar lugar a la prórroga de dos años para la duración de la detención del imputado durante el proceso, esta nueva circunstancia es la de que se haya agotado el lapso de dos años previsto en la ley debido a tácticas dilatorias de los defensores, lo que quiere decir que la prolongación no es imputable a retardo del tribunal, sino que se trata de una consecuencia producida por una conducta procesal reprobable por parte de los defensores. De manera que el criterio plasmado en la jurisprudencia de la Sala Constitucional en sentencia de fecha 2001 fue acogido por el legislador, quien lo incluyó en la reforma del año 2009.

En esa misma sentencia la Sala hace referencia a otra circunstancia que en su criterio podría prolongar el lapso de detención del imputado durante el proceso, se trata de los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, los que en criterio de la Sala son de lesa humanidad y puesto que la acción para perseguirlos no prescribe, en criterio de la Sala, tampoco están sometidos a las limitaciones de tiempo en cuanto a la duración de la detención preventiva contempladas en el actual artículo 230 del Código Orgánico Procesal Penal. “la Sala debe concluir que el delito de tráfico de estupefacientes, cuya acción también es imprescriptible, debe considerarse por su connotación y por el especial trato que le otorga el artículo 271 constitucional, como un delito de lesa humanidad, y así se declara.”

En el año 2007, la misma Sala amplio su criterio al establecer que no sólo se justificaba prolongar el lapso de detención preventiva en los casos en los que el retraso se debiera a las dilaciones indebidas del imputado y su defensor, sino que igualmente podía prolongarse cuando el caso particular presentara una marcada complejidad. Ese es el criterio que se explana en la sentencia 626 de fecha 13-4-07.

> Cabe recalcar que en el proceso pueden existir dilaciones propias de la complejidad del asunto debatido, por lo que el simple transcurso del tiempo no configura íntegramente el artículo 244 (actual artículo 230) del Código Orgánico Procesal Penal, pues, de lo contrario, la compresible complejidad que pudiera llegar a tener un caso se convertiría en un mecanismo que propenda a la impunidad. Tal circunstancia, en un razonamiento lógico, conduce a concluir que la norma per se excluye los retrasos justificados que nacen de la dificultad misma de lo debatido; sólo esta interpretación justifica que el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se refiera al deber del Estado de garantizar una justicia sin dilaciones indebidas, lo que reconoce implícitamente que en los procesos pueden existir dilaciones debidas o, dicho en otras palabras, que se pueden justificar, tal como lo refiere en igual sentido el propio artículo 1 del Código Orgánico Procesal Penal. Así, un proceso penal puede prolongarse sin que exista una tardanza de mala fe imputable a las partes o al Juez, pues en algunos casos es posible y hasta necesario para la búsqueda de la verdad de los hechos que las partes, en ejercicio pleno de su derecho a la defensa y dada la complejidad del caso, promuevan un número importante de medios de pruebas que luego deberán ser evacuadas, en estos casos, se insiste, la tardanza del proceso penal se debe a la complejidad de los hechos controvertidos y mal puede dicha complejidad beneficiar a los posibles culpables.

Esta misma sentencia, además del criterio de la complejidad del caso como causa para que no se apliquen los lapsos de temporalidad relacionados con el principio de proporcionalidad aplicable a las detenciones durante el proceso, igualmente establece que la transgresión de los derechos humanos no permite gozar de beneficio alguno de acuerdo a lo contemplado en el artículo 29 de la Constitución. Específicamente se refiere a los funcionarios públicos:

> … cualquier funcionario imputado, acusado o condenado por violar en ejercicio de sus funciones los derechos constitucionales (que es lo mismo que decir los derechos humanos) de los ciudadanos no puede beneficiarse de lo dispuesto en el artículo 244 (actual artículo 230) del Código Orgánico Procesal Penal, o de cualquier beneficio procesal que propenda a la impunidad, porque ello sería desconocer lo dispuesto en el artículo 29 dela Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.

Contra los criterios plasmados en esta sentencia, se estampa un voto salvado que critica desde el punto de vista jurídico el criterio que dio lugar a esta decisión. En primer lugar porque considera que en el caso en cuestión se declaró sin lugar el amparo sobre la base de que se trata de un hecho punible que atenta contra el derecho humano a la vida, lo que significa, según la opinión del magistrado que salva su voto, que no pudiera declararse con lugar ningún amparo referido a ningún delito común que atente contra la vida. En segundo lugar, considera el magistrado que salva su voto, que es un error considerar que conceder una medida sustitutiva una vez que vence el lapso de dos años previsto en el citado artículo 230, para la privación de la libertad durante el proceso represente la concesión de un beneficio procesal:

> La verdad, en relación con la norma que contiene el artículo 29 de la Constitución, es que la misma no contiene la interdicción absoluta que adujeron el Ministerio Público y la mayoría de la Sala. Ella sólo prohíbe el otorgamiento de beneficios que, como la amnistía y el indulto, **conlleven**

> **el riesgo de impunidad**. Pues bien, como innúmeras veces lo ha expresado personalmente quien por este medio manifiesta su disentimiento con el fallo que antecede, resulta un grueso error conceptual la identificación de las medidas cautelares de coerción personal sustitutivas de la de privación de libertad como favorecedoras de la impunidad. En efecto, de acuerdo con los artículos 44, de la Constitución, 9 y 243 del Código Orgánico Procesal Penal, dichas cautelas no pueden ser entendidas como sanciones o castigos –que, por lo demás, serían anticipados- sino, más bien, junto a la privativa, como excepcionales limitaciones a la garantía fundamental del juicio en libertad, necesarias para el aseguramiento de que se cumplan las finalidades del proceso…

Debe dejarse constancia que esta última sentencia se refiere a la prolongación por más de dos años de la detención de varios funcionarios policiales que presuntamente actuaron en los sucesos ocurridos en la ciudad de Caracas en fecha 11 de abril de 2002, en el Puente Llaguno, con ocasión de lo que la propia Sala Constitucional ha calificado como un golpe de estado contra el Presidente de la República.

Del análisis de las normas constitucionales y legales antes citadas, así como de los criterios de la Sala Constitucional plasmados en las sentencias referidas, podemos llegar a la conclusión que frente al derecho a la libertad plasmado en la Constitución y desarrollado en el Código Orgánico Procesal Penal, así como el principio de proporcionalidad aplicado a ese derecho fundamental en lo que respecta a la duración de la privación de libertad del imputado durante el proceso penal, la Sala Constitucional ha establecido una serie de criterios que persiguen restringir dicho derecho reduciendo las situaciones en las que se aplica la garantía de la disposición constitucional que prevé la excepcionalidad de la detención durante el proceso y el derecho a ser juzgado en libertad, como consecuencia lógica del principio de presunción de inocencia, ya que no resulta legitimo privar de la libertad a quien se considera inocente y así se le debe considerar y tratar hasta tanto no se demuestre su responsabilidad en sentencia condenatoria firme.

Justificar la prolongación por más de dos años, de la detención del imputado durante el proceso sobre la base de la complejidad del caso o en razón del delito que se atribuye significa relevar a los jueces de su deber de administrar justicia de manera oportuna y por lo demás, prohibir que cumplido ese lapso se concedan en los casos en que sea procedente, medidas menos gravosas sustitutivas de la privación de libertad, significa una evidente desigualdad.

Que la acción para perseguir los delitos considerados de *lesa humanidad* sea imprescriptible, no justifica que aquellos individuos señalados como presuntos autores o partícipes de esos hechos punibles no tengan derecho a la garantía de un juicio previo sin dilaciones indebidas y al debido proceso, en el sentido de que se les someta a un proceso revestido de todas las garantías consagradas en la Constitución y la ley.

La Sala suele usar el principio de celeridad para justificar la modificación de las normas procesales, pero cuando se refiere a la prolongación de la privación preventiva de la libertad de los individuos durante el proceso no considera este principio relevante. El hecho de que a alguien se le señale como autor de un delito de lesa humanidad, no quiere decir que no se aplica en su caso la presunción de inocencia, lo que en términos prácticos significa que mientras no sea demostrada su responsabilidad mediante una sentencia firme dictada sobre la base de la verdad establecida por los medios legales dentro del proceso, debe reputársele inocente.

Una privación de libertad durante el proceso que se prolonga indefinidamente, porque no tiene límites legales, se convierte en el cumplimiento de la pena de manera anticipada, ello a pesar de que hasta que una persona no sea condenada no se le puede considerar merecedor de dicha pena.

La Constitución consagra en el artículo 19 el principio de progresividad que establece que el Estado garantiza sin discriminación alguna el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, mientras que a los órganos del Poder Público les impone su respeto, sin embargo, la línea jurisprudencial

que acabamos de analizar muestra más bien, una progresiva restricción del derecho a la libertad.

Esta posición de la Sala no es aislada, sino que se viene evidenciando, respecto al derecho a la libertad en otros casos, de allí que sea procedente traer a este análisis su jurisprudencia relativa al efecto suspensivo del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la orden de libertad del procesado.

Mediante la reforma del Código Orgánico Procesal Penal del año 2001 se introdujo en el texto del artículo 374, que trata las detenciones en flagrancia y la presentación del aprehendido ante el Juez de Control, quien deberá decidir si la detención practicada continua o se pone en libertad al imputado, la siguiente reforma “el recurso de apelación que interponga en el acto el Ministerio Público contra la decisión que acuerde la libertad del imputado, tendrá efecto suspensivo”.

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

Por su parte, la Constitución en el ordinal 5 del artículo 44, cuando regula el derecho a la libertad dispone: “Ninguna persona continuará en detención después de dictada orden de excarcelación por la autoridad competente, o una vez cumplida la pena impuesta”. En consecuencia en contra de lo dispuesto en la Constitución, que de manera expresa dispone que ninguna detención podrá continuar una vez que se ha dado la orden de excarcelación, la norma adjetiva penal determina que el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público tiene como efecto que dicha orden

de excarcelación no se ejecute y que el detenido continúe privado de su libertad hasta tanto un tribunal superior decida al respecto.

Igualmente, quiere decir que en el caso de nos ocupa, la manifestación de voluntad de un funcionario del Estado distinto al Juez, que es a quien le corresponde la función de determinar si procede o no la privación de libertad de acuerdo con la disposición constitucional contenida en el ordinal 1 del mismo artículo 44, tiene sin embargo, la potestad de prolongar la medida privativa de libertad.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pronunció sobre el punto que nos ocupa al conocer del recurso de amparo interpuesto por un imputado afectado por lo que consideraba una violación a sus derechos constitucionales. Para decidir la Sala acude a la norma general en materia de recursos y basa su razonamiento en el efecto suspensivo de los mismos. En efecto, en sentencia 416 de fecha 27-02-03 dispuso:

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

Eso quiere decir que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sostiene el criterio de que la disposición del Código Orgánico Procesal Penal no lesiona el derecho a la libertad pues considera que el efecto suspensivo del recurso interpuesto por el Fiscal del Ministerio Público tiene carácter meramente instrumental y que además

resulta útil para garantizar una futura y eventual decisión privativa de libertad, con lo que se concluye que de acuerdo con el criterio del más alto tribunal de la República tal disposición no viola los derechos fundamentales.

Contra este criterio de la Sala Constitucional, se pronunció la Sala de Casación Penal en fecha 4-7-07 mediante sentencia No. 370:

> ...no puede ser conculcado el derecho a la libertad, acordado en virtud de orden judicial, sea por el derecho a la impugnación, sea por las finalidades del proceso... mantener la privación de libertad de una persona, pretextando el efecto suspensivo de la apelación, contra el auto que acuerda la libertad, es una violación al principio de la libertad garantizado en el texto constitucional... el efecto suspensivo previsto en los artículos 374 y 439 del Código Orgánico Procesal Penal no es aplicable al Auto que acuerda la libertad...existe expresamente establecido el mandato contenido en el artículo 44, numerales 1 y 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. ... El artículo constitucional, norma rectora sobre la libertad y su restricción, es clara en determinar que sin orden judicial no existe sustento legal para la privación de libertad y si existe orden de excarcelación ésta debe ser ejecutada...si la autoridad judicial acordó la libertad de una persona aprehendida, no existe una orden de privación de libertad que sustente la privación material o corporal de esa persona, por lo que, mantener la privación por el efecto suspensivo de la apelación contra el auto que acuerda la libertad previsto en el artículo 374 de la ley pena adjetiva, sería colocar el derecho a la impugnación por encima del derecho fundamental a la libertad, protegido constitucionalmente.

La Sala de Casación Penal de esta manera rescata el valor supremo de la norma constitucional en el ordenamiento jurídico y razona en el sentido de que una vez que se ordena la libertad de un individuo, esta orden debe ejecutarse inmediatamente como lo

establece la Constitución, ya que, habiendo cesado la orden privativa de libertad no hay mandato que sustente la detención.

Esta controversia dio lugar a una nueva reforma del Código Orgánico Procesal Penal en el año 2012 en la que el citado artículo 374 ratifica el efecto suspensivo de la apelación del Ministerio Público contra la orden de libertad decretada por el Juez de Control, pero lo reserva a una serie de delitos considerados graves, quedando la norma en los siguientes términos:

> La decisión que acuerde la libertad del imputado es de ejecución inmediata, excepto, cuando se tratare de delitos de: homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro, delito de corrupción, delitos que causen grave daño al patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra, o cuando el delito merezca pena privativa de libertad que exceda de doce años en su límite máximo, y el Ministerio Público ejerciere el recurso de apelación oralmente en la audiencia, en cuyo caso se oirá a la defensa, debiendo el Juez o Jueza remitirlo dentro de las veinticuatro horas siguientes a la Corte de Apelaciones.

Para de alguna manera, blindar la norma legal, igualmente se reformó el artículo referido al efecto suspensivo de los recursos, agregando un parágrafo único que amplía la aplicación del efecto suspensivo de la impugnación fiscal, pues si inicialmente era aplicable solo en el caso del procedimiento de flagrancia, ahora se aplica también en el procedimiento ordinario, cada vez que el juez decrete la libertad y el Fiscal ejerza el recurso de apelación, cuando se trate de delitos que se consideran graves, el parágrafo añadido establece:

> Cuando se trate de una decisión que otorgue la libertad al imputado, la interposición del recurso de apelación no suspenderá la ejecución de la decisión, excepto cuando se tratare de delitos de: homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro, delito de corrupción, delitos que causen grave daño al patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos graves contra la independencia y la seguridad de la nación y crímenes de guerra y el Ministerio Público apele en la audiencia de manera oral y se oirá a la defensa.

Ciertamente los derechos fundamentales no son ilimitados, porque la vigencia de los derechos de todas y cada una de las personas pasa por el respeto del derecho de los demás, pero debe quedar claro que los derechos fundamentales y, por supuesto, entre ellos el de libertad, sólo puede ser limitado llenando ciertas exigencias, ya que como se reconoce hoy en día, tienen por su propia naturaleza fuerza por si solos y no están a disposición de la ley. Son previos y superiores a la ley, de allí que para limitarlos o restringirlos se deben cumplir ciertos requisitos; sólo si estos requisitos están presentes puede decirse que es lícita la injerencia del Estado en esta materia.

Como lo expresáramos ya en nuestro trabajo sobre este tema, publicado en 2006, hay que concluir que la normativa legal que trata el derecho a la libertad y que lo restringe mediante el efecto suspensivo, cuando el Ministerio impugna la orden de excarcelación, continua siendo clara y evidentemente inconstitucional, aun cuando ahora solo se aplique en el caso de delitos considerados graves; ello en razón de que:

> …el mismo implica el tratamiento del imputado, bajo la suposición de su culpabilidad, atentando de esta misma manera contra el principio que impone la presunción de inocencia y usando la privación de libertad como un anticipo de la pena, b) que además, por efecto de la acción de un

funcionario que no es parte del órgano jurisdiccional, se mantiene una medida de libertad ya revocada por un juez, lo que atenta contra la garantía de la reserva judicial, c) que al usar la privación de libertad como medio para evitar los efectos de una eventual corrupción de los funcionarios judiciales, se violenta el principio de que esta medida solo tiene como finalidad garantizar el proceso, por lo que solo en caso de peligro de fuga o de obstaculización del proceso es legalmente permitido privar de la libertad al imputado, regla esta que debe siempre interpretarse de forma restrictiva y d) que al darle preponderancia a la norma adjetiva penal por encima de lo dispuesto en la Carta Magna se afecta el principio de la supremacía Constitucional.

El principio de Doble Conformidad como limitación del derecho a impugnar.

Para abordar este tema es necesario analizar en primer lugar, el derecho a impugnar que consagra nuestra Constitución en el artículo 49 contentivo de las garantías procesales y que en su ordinal 1º dispone que toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en la propia Constitución y en la ley, de manera que del texto de la norma pareciera que en principio solo se concede este derecho a aquella persona que previamente ha sido condenada por los órganos jurisdiccionales. El llamado Pacto de San José, esto es la Convención Americana de Derechos Humanos concibe el derecho a impugnar de manera más amplia, al consagrarlo en su artículo 8, ordinal 2, letra h, pues al prever que toda persona tiene derecho a una serie de garantías mínimas que se aplican de manera igualitaria, establece entre esas garantías la de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior. Cabe anotar que si bien Venezuela denunció la Convención en fecha 10-9-12, por lo que se considera separada de su normativa a partir del 10-9-13, a tenor de lo establecido en el artículo 78 ordinal 2 de la Convención, " Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta

Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto."

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito por nuestra República y ratificado el 10 de Mayo de 1978, y con rango constitucional de conformidad con lo previsto en el artículo 23 de nuestra Carta Magna, consagra en su artículo 14 el derecho a apelar el fallo condenatorio y la pena impuesta ante un tribunal superior.

El derecho a impugnar las decisiones judiciales, aparece como un medio imprescindible para que las partes puedan participar en el proceso, colaborando y controlando a través del ejercicio de los recursos para que sea posible en el tiempo y en el espacio que se dicte una sentencia adaptada al derecho. Un proceso con todas las garantías no se concibe sin un derecho al recurso, sobre todo en la materia penal, porque su inexistencia comportaría necesariamente la indefensión. (Suau Morey. 1995)

De manera que si bien el derecho a apelar ante un tribunal superior inicialmente se concede al condenado, el principio de igualdad previsto en nuestra Constitución en el artículo 20 y en el Código Orgánico Procesal Penal, artículo 12, determina que el derecho a impugnar se extienda a todas las partes en el proceso, eso sí, su ejercicio está sometido a una condición necesaria, el agravio. Para que las partes puedan impugnar, es necesario que la decisión que se pretende atacar haya producido un efecto desfavorable en contra de quien pretende impugnarla, así lo establece el artículo 427 del citado Código, por eso los recursos tienen siempre un fin útil.

Como lo señala Vilela (2008), en su trabajo sobre el derecho al recurso y los medios de impugnación de la sentencia "La única manera de equiparar a una persona declarada culpable con quien no lo ha sido, y facultar a ambos para recurrir de un fallo, necesariamente pasa a través del agravio experimentado con el fallo dictado. Así, resulta perfectamente lógica y coherente la concesión del derecho al recurso." (p. 178). Por su

parte, la Sala Constitucional en sentencia 2299 del 21-8-03 estableció: “el perjuicio o gravamen es lo que mide el interés que se requiere como presupuesto esencial para apelar, el cual debe ser actual y no eventual. De allí, el rechazo de toda apelación contra resoluciones que no pueden causar agravio.”

Junto con el principio de igualdad, limitado por el agravio necesario, el derecho a la tutela judicial efectiva entendida como el derecho fundamental que tienen todos los que participan en un proceso a que los jueces les protejan reconociendo las garantías que les asisten y respetando y haciendo efectivos sus derechos, tiene en este punto, especial relevancia, porque la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia entiende el derecho al recurso como una derivación de aquella. En efecto, en la arriba citada sentencia 2299 del 21-8-03, la Sala interpreta la materia recursiva procesal penal y considera que los jueces que actúan en esa jurisdicción deben ser especialmente cuidadosos cuando examinen la procedencia del recurso de apelación en los casos en que la propia ley establece la no impugnabilidad de una determinada decisión, a fin de garantizar de ese modo la tutela judicial efectiva, en cuanto acceso a la justicia y debido proceso. Y en sentencia 562 del 14-4-2008, la Sala Constitucional a pesar de lo establecido en el artículo 421 del Código Orgánico Procesal Penal que no concede recurso contra las sentencias dictadas en el procedimiento especial para la reparación del daño y la indemnización del perjuicio, declara procedente el recurso y expresa: “ el principio de la doble instancia se sustenta en el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, previsto en el artículo 26 Constitucional, precisamente de acceso a una justicia imparcial, idónea, transparente y autónoma, y al carácter irrenunciable de los derechos fundamentales del justiciable…”

La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha desarrollado de este modo el derecho a la impugnación y la doble instancia en el proceso penal. Como lo afirma Vilela (2008) “Es decir, que la labor de interpretación del Tribunal Supremo de Justicia, ha permitido el avance en el reconocimiento y profundización del derecho a los medios de impugnación.” (p. 182)

Con la entrada en vigencia de la nueva legislación procesal penal la materia recursiva cambio totalmente, producto de que en un proceso acusatorio en el que impera el principio de inmediación y oralidad en la etapa de juicio, los recursos tienen una naturaleza diferente a aquella de la que gozan en un sistema inquisitivo escrito y en el que la delegación en funcionarios subalternos del trámite de producción de la prueba es lo usual. Cuando se exige que el juez presencie la producción de la prueba en una audiencia oral y cuando se establece que solo pueden fundamentar la sentencia aquellas pruebas cuya producción ha sido percibida directamente por el juez que dicta el pronunciamiento judicial, el recurso de apelación cambia diametralmente, pues si originalmente mediante este medio de impugnación era posible revisar tanto la cuestión fáctica como la jurídica, en el nuevo sistema no es posible la revisión total del fallo por parte del superior que decide la impugnación, ya que al no presenciar la producción de la prueba, no le es dado establecer los hechos y sus pronunciamiento está limitado al control de las cuestiones de derecho, aunque evidentemente el superior puede revisar la forma en que se analiza y evalúa la prueba en la sentencia impugnada a fin de verificar si el juez de juicio ha aplicado como corresponde las reglas de la apreciación de la prueba contenidas en el artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal y si efectivamente está debidamente fundamentado en el fallo el análisis de los medios probatorios.

Sin embargo, es evidente que en el actual sistema procesal penal, el recurso de apelación se asemeja más a un recurso de casación, de allí que el efecto usual de un recurso de apelación declarado con lugar es la anulación de la sentencia apelada y consecuencialmente la realización de un nuevo debate de juicio, en el que sea posible repetir la producción de la prueba frente a un juez distinto que dicte sentencia sin los vicios que dieron lugar a la repetición del juicio.

Para Maier (1989), las disposiciones del Pacto de San José no están en contra de una única instancia sobre el mérito de la prueba, siempre que exista en la legislación un recurso que permita controlar la sentencia en lo formal y material, con lo que en su criterio, la garantía de la doble instancia prevista en el sistema interamericano queda

satisfecha. Igualmente, el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (1989) tampoco incluye dentro de su articulado el recurso de apelación.

A este respecto es interesante comentar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Herrera Ulloa versus Costa Rica” del 2 de julio de 2004, en la que decidió entre otros puntos, que al demandante se le había violado su derecho a la doble instancia, ya que el recurso extraordinario de casación, único previsto en aquella época en Costa Rica, solo podía satisfacer los requisitos establecidos en el Pacto de San José cuando su regulación, interpretación y aplicación se realizaba sin un excesivo rigor formalista, En el caso en cuestión, la Corte consideró que no se permitió la revisión plena de la sentencia de primera instancia, razón por la cual se declaró con lugar la demanda y se condenó al Estado. Como consecuencia de ese veredicto, Costa Rica incluyó posteriormente dentro de su sistema procesal penal el recurso de apelación.

Por otra parte, establecido como se encuentra el principio de la doble instancia en nuestro proceso penal, la propia ley de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 423 del Código Orgánico Procesal Penal, establece además un sistema de impugnabilidad objetiva, según el cual, en el proceso penal solo se pueden impugnar las decisiones que la ley determine, por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley. Este sistema, igualmente impone una limitación referida a la posibilidad de impugnar una misma decisión en varias oportunidades, y lo hace a través de la llamada Doble Conformidad, prevista en el artículo 460 ejusdem, por medio del cual se dispone : “ Si se ordena la apertura de un nuevo proceso en contra de una acusado que haya sido absuelto por la sentencia de primera instancia, y obtiene una sentencia absolutoria, en contra de esta no será admisible recurso alguno”

El derecho a la doble instancia y la Doble Conformidad dentro del proceso penal vienen a ser complementarios, pues la segunda busca evitar que un proceso donde se ha verificado el control de la sentencia de primera instancia por parte de un tribunal superior, se prolongue indefinidamente a pesar de que en el curso del mismo se hayan dictado varias sentencias absolutorias. La Sala Constitucional, ha desarrollado una

interpretación de la llamada Doble Conformidad dando lugar a un criterio de carácter vinculante que establece de manera obligatoria como debe aplicarse esa institución en nuestros procesos penales.

La Sala a través de la resolución de varios recursos de amparo ha establecido una línea jurisprudencial que inicia en el año 2000 y cristaliza con una sentencia a la que le atribuye carácter vinculante en el año 2003, cuyo criterio ratifica en el año 2005. A través de esta línea jurisprudencial la Sala Constitucional restringe de manera evidente los casos en los cuales se puede aplicar la disposición legal referida a la Doble Conformidad. Así en sentencia No. 2298 del 21-8-03, comienza por admitir que la norma que contempla la institución tiene una redacción ambigua y que dada su ubicación dentro del texto del Código Orgánico Procesal Penal, que la coloca dentro de las normas referidas al recurso de casación se concluye que no ha lugar la Doble Conformidad si no se verifica dentro del proceso en cuestión un recurso de casación que ordene un nuevo juicio y que además, el recurso que no puede ser admitido contra la segunda sentencia absolutoria, no es otro que el recurso de casación.

> Dada su colocación en el Código Orgánico Procesal Penal y su conexión con el recurso de casación, la frase que impide que contra la sentencia absolutoria no sería admisible recurso alguno, a juicio de esta Sala, se refiere es al recurso de casación y no a otro recurso como lo sería la apelación.
>
> Dada esa interpretación, la doble conformidad sólo existe cuando se agota la doble instancia con dos sentencias absolutorias para el imputado, y siempre que las dos instancias no correspondan a la secuencia regular de un proceso, sino a una causa que juzgada en alzada fue repuesta a la primera instancia, para que de nuevo se realizara un nuevo juicio.
>
> Si en ese nuevo juicio (oral) el acusado resulta absuelto y obtiene de nuevo una sentencia absolutoria en ambas instancias (primera y segunda), no procede el recurso de casación.

> El nuevo proceso, a que se refiere el encabezamiento del artículo 468 del Código Orgánico Procesal Penal, no es sino un nuevo juicio con todas las instancias en que se desarrolla normalmente el proceso penal.
> A esta interpretación llega la Sala, al tener en cuenta que entre las garantías judiciales para los litigantes, consagradas en el artículo 8 de la Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, Pacto de San José, en su numeral 2, letra H, se garantiza la doble instancia a los litigantes, no sólo al imputado, y así lo ha sostenido esta Sala en sentencias de 15 de marzo de 2000 y 25 de octubre de 2002.

En el año 2005, por sentencia No. 3619 del 6-12-05, la Sala ratifica el criterio arriba transcrito y la interpretación vinculante de la norma que ya antes había hecho.

Resulta relevante señalar que si bien el criterio de la Sala Constitucional fue acatado por la Sala de Casación Penal, en vista de su carácter vinculante, sin embargo, con ocasión de varios casos en los que dicha Sala de Casación se ha pronunciado respecto al tema de la Doble Conformidad, se han estampado sendos votos salvados en los que la magistrado disidente explana las razones por las que no comparte la interpretación que se ha dado a dicha institución. Así se desprende de sentencia No. 382 de fecha 23- 7- 08, emanada de la Sala de Casación Penal, en la que la mayoría sentenciadora establece:

> En consecuencia, en el presente caso no procede la doble conformidad, por cuanto las dos (2) sentencias absolutorias dictadas en Primera Instancia, no fueron confirmadas por el Tribunal de Alzada, por el contrario han sido anuladas, además de que la primera decisión no fue casada por la Sala de Casación Penal.
> Visto lo anterior se observa que no se ha agotado la doble instancia, que es una condición fundamental, para que se pueda invocar la doble conformidad en un proceso penal.

Por su parte la magistrada disidente se expresa de la siguiente manera:

Como bien lo he indicado en otros votos, de la simple lectura del artículo 468 de la norma adjetiva penal, se puede apreciar que la intención del legislador fue garantizar una justicia oportuna, al **prohibirle a las partes la interposición de recurso alguno** cuando se verifican dos sentencias absolutorias, como consecuencia de una nulidad declarada **por la Corte de Apelaciones**, asegurando así la cosa juzgada que a su vez garantiza la doble instancia, y evita juicios interminables que conlleven a denegar la efectiva y justa aplicación de la ley.

En el presente caso, sin lugar a dudas, opera la doble conformidad, de manera que contra la segunda sentencia absolutoria dictada por el Tribunal de Juicio, no era ni es admisible recurso alguno, es decir, ni el de apelación, ni el de casación.

Como bien he señalado, no comparto la jurisprudencia de la Sala Constitucional citada en esta sentencia, donde se quiere entender que no procede únicamente el recurso de casación, **cuando el Código dice claramente que no será admitido recurso alguno, haciendo referencia a todos los recursos posibles y no específicamente al recurso de casación.**

El presente caso revela la infracción a la tutela judicial efectiva y la correcta aplicación en tiempo oportuno de las leyes, pues se trata de hechos cometidos en el año 1992, en un proceso que se ha prolongado por **más de 16 años** y fueron producidas dos sentencias absolutorias, verificándose así el supuesto previsto en el artículo 468 del Código Orgánico Procesal Penal.

Del análisis comparativo del criterio establecido por la Sala Constitucional y el expresado en el voto salvado arriba transcrito, se observa que en el primero, se exige que en un mismo proceso se celebren dos juicios, ordenado el segundo en virtud de sentencia de la Sala de Casación Penal, y que en ambos se haya dictado sentencia absolutoria, las que deben haber sido confirmadas por la Corte de Apelaciones en las dos oportunidades,

lo que entonces y solo entonces, determina la no admisión contra la segunda sentencia absolutoria del recurso de casación, con lo que consecuencialmente se considerará definitivamente firme la absolución. Interpretación está que como se desprende de la motivación expuesta por la Sala Constitucional está basada en la ubicación que tiene el artículo que contempla la doble conformidad dentro del texto del Código Orgánico Procesal Penal, en vista de que se encuentra contemplado dentro de las normas referidas al recurso de casación.

Por su parte, la magistrada disidente fundamenta su criterio en la interpretación de la tutela judicial efectiva, que en su opinión, no se satisface cuando se acoge la interpretación vinculante de la Sala Constitucional, pues estima que del texto de la norma se desprende que no será admisible ningún otro recurso y no específicamente el de casación, de allí que, considera que si ya se han dictado en un mismo proceso dos sentencias absolutorias cada una de las cuales corresponden a la celebración de sendos juicios, el segundo ordenado por la Corte de Apelaciones, es suficiente para que ya no pueda admitirse ningún otro recurso en contra se esa sentencia, sea un recurso de casación o de apelación. En virtud de su razonamiento, no es necesario que el segundo juicio sea ordenado por la Sala de Casación Penal, pues al someterse el caso al conocimiento de la Corte de Apelaciones se da cumplimiento al principio de la doble instancia. El fin que persigue la norma en su opinión, es “evitar juicios interminables que conlleven a denegar la efectiva y justa aplicación de la ley”.

Efectivamente, es ese el fin que persigue la institución de la Doble Conformidad, evitar que sobre la base de la interposición de sucesivos recursos se prolongue un proceso indefinidamente, sin que la administración de justicia pueda cumplir su cometido, que no es otro que dar respuesta oportuna y resolver de acuerdo con lo establecido en el orden jurídico los conflictos que se presentan en la sociedad, lo que en definitiva da lugar al principio de seguridad jurídica.

Cuando se consulta doctrina extranjera encontramos el concepto de “Doble Conforme”, que no debe confundirse con la Doble Conformidad, pues más bien alude a la

doble instancia, en el sentido de que toda fallo debe estar sometido a la posibilidad de impugnación a fin de su revisión por un tribunal superior, de manera que solo cuando ha sido considerado conforme puede entonces declararse firme la decisión. Así Paula Gorsd (2004), en su trabajo sobre el sistema de recursos en el procedimiento penal, al tratar la posibilidad de interponer recurso contra las sentencias condenatorias, expone: "…garantizar el derecho del condenado a obtener una doble conformidad con la condena, como condición de la aplicación de la pena estatal." (p.47)

En Costa Rica cuya legislación contempla la Doble Conformidad de manera muy parecida a la nuestra, se ha producido un proceso muy interesante que vale la pena referir en la presente investigación, porque también allí se ha discutido si la Doble Conformidad debe circunscribirse al ámbito del recurso de casación, aunque ha prevalecido el criterio de su aplicación en la apelación de sentencias, así lo explica José Luís Campos (2008) en su trabajo sobre El Derecho a la Doble Instancia y la Doble Conformidad.

En ese país se ha discutido en varias oportunidades la inconstitucionalidad de la doble conformidad, sobre la base de que la imposibilidad para los acusadores de impugnar la segunda sentencia absolutoria lesiona el principio de igualdad y el derecho a la doble instancia consagrado en la Constitución y en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos. Respecto al derecho a la defensa de la víctima, se alega que en el proceso penal es necesario matizar los derechos de las partes sobre la base del principio de igualdad procesal, continuar una cadena de juicios hasta que se produzca una condena no resulta válido ni razonable desde la perspectiva de la seguridad jurídica.

El derecho a recurrir del fallo no puede interpretarse como un ejercicio continuo y sin límites, tanto más teniendo en cuenta que en el caso de Costa Rica la Constitución no prevé y los instrumentos internacionales tampoco contemplan un recurso contra la segunda sentencia absolutoria, lo que deja en manos del legislador su previsión. A pesar de todos estos alegatos, eventualmente en Costa Rica el Poder Legislativo derogó la norma que contemplaba la Doble Conformidad, lo que generó una demanda por inconstitucionalidad del acto de derogatoria, que fue resuelta por los magistrados a favor

de la garantía de la Doble Conformidad, ordenando el restablecimiento en el ordenamiento procesal penal de la norma derogada.

El razonamiento para declarar la inconstitucionalidad de la derogatoria se basa en la necesidad de limitar el *ius puniendi*. El ejercicio de la potestad represiva del Estado debe ser razonable y proporcional, no puede mantenerse en el tiempo de manera indefinida hasta que la parte interesada finalmente logre una condena. Es de destacar que la Doble Conformidad se incluyó en el ordenamiento legal costarricense antes de la inclusión del recurso de apelación, además cuando se ordenó su reincorporación después de la derogatoria que fue declara inconstitucional, la norma se colocó dentro de aquellas que regulan la apelación, en razón de lo cual se ha interpretado que la Doble Conformidad aplica en el recurso de apelación tanto como en el de casación, lo que es el criterio actual de la jurisprudencia de los tribunales de apelación de sentencia de ese país.

La Sala Constitucional costarricense ha considerado que la Doble Conformidad se encuentra apegada a lo dispuesto en la Constitución. Sin embargo el autor advierte que existen opiniones encontradas al respecto, de manera que hay una corriente que quiere reducir dicha garantía procesal, con lo que en su criterio podría darse la absurda situación de que el imputado pueda ser juzgado hasta que se logre su condenatoria.

A este respecto es bueno recordar que "…en un modelo garantista la validez de la decisión debe estar fuertemente vinculada a la verdad de la motivación, solo una decisión basada en la verdad puede considerarse válida; si eso no es así el proceso debe dar lugar a la realización de la verdad a través de una nueva sentencia efectivamente apegada a lo realmente cierto." (Silva de Vilela. 2003). En consecuencia, solo una sentencia apegada a la verdad podrá cumplir el propósito de la justicia, restablecer la situación afectada y si ello no es posible, sancionar a quien haya afectado con su conducta el equilibrio y la paz de la sociedad. Desde esta perspectiva resulta lógico que se aspire a que los pronunciamientos judiciales le brinden a la sociedad certeza, de allí que se justifique que cuando sean impugnados, precisamente porque a alguna de las partes no le proporcionan

dicha certeza, sean revisados por un órgano superior, pero esta posibilidad de investigar y juzgar debe tener un límite, pues de lo contrario no habría nunca seguridad jurídica.

En todo caso no debemos olvidar cual es el origen del tema que nos ocupa, lo que en el fondo está en discusión es si es legítimo o no impugnar una sentencia absolutoria, si se justifica que habiendo sido declarada inocente una persona pueda sometérsela a un nuevo escrutinio judicial, si el Estado que ya determinó la inocencia del imputado puede nuevamente examinar su conducta. En legislaciones como la norteamericana, donde quien decide la inocencia o responsabilidad del encausado es un jurado, la sentencia absolutoria no puede ser impugnada, el Estado tiene una única oportunidad para juzgar, el poder punitivo que le otorga el orden jurídico está limitado.

En el caso de la Doble Conformidad contemplada en nuestro país, se requiere que si esa absolutoria es objeto de impugnación, sea confirmada en un nuevo juicio, pero la jurisprudencia de la Sala Constitucional va más allá y exige que se agoten todas las instancias y que el segundo juicio que se celebre sea ordenado por la Sala de Casación Penal. En definitiva, se requieren al menos cuatro sentencias absolutorias, dos correspondientes a sendos tribunales de juicio y dos correspondientes a dos Cortes de Apelaciones que confirmen las absolutorias de primera instancia, para que esta garantía efectivamente opere en favor del imputado considerado inocente, lo que a todas luces aparece como excesivo. Por otra parte, cuando se exige que el segundo juicio sea ordenado por la Casación, se excluyen de esta garantía todos aquellos casos que por el monto de la pena impuesta o solicitada por el acusador no son susceptibles de tramitarse ante la Casación Penal, lo que resultaría contradictorio, pues en los delitos graves se puede dar la garantía, mientras que para aquellos leves no estaría prevista.

Consideramos que en el presente caso, se presenta una restricción a la garantía que establece el derecho de los sometidos a un proceso penal, de que se les considere inocente hasta que se demuestre lo contrario a través de una sentencia condenatoria, esto es, la presunción de inocencia. A pesar de contar con una sentencia que declara la no responsabilidad del encausado, su situación debe nuevamente ser sometida a escrutinio,

ello a favor de la seguridad jurídica, en el sentido de que la sociedad considera que se debe revisar nuevamente el caso a fin de que se establezca con toda seguridad que efectivamente el encausado no cometió o participo en el delito que se le atribuye. Esta restricción se configura a través de la doble instancia.

Igualmente, estamos en presencia del enfrentamiento de los derechos del imputado y los de la víctima, así como de la igualdad que garantiza la Constitución y la ley y el derecho a impugnar los pronunciamientos judiciales adversos que en principio se reconocen solo para el condenado y que luego por vía legal y jurisprudencial se amplían a los afectados por el hecho punible.

Son las llamadas colisiones constitucionales, diferentes disposiciones previstas en la Constitución que atribuyen a los individuos derechos, que además son garantizados a través del mismo texto, pero que sin embargo, al momento de su aplicación práctica entran en conflicto. Aunque generalmente cada una de las normas en cuestión puede aplicarse sin problema, en ciertos supuestos de hecho estas entran en contradicción y se produce una situación práctica en la que se hace necesario para solventarla que se opte por alguna de ellas con cual se genera de hecho, la restricción de alguno de los derechos en conflicto. Al poseer cada una de las normas en conflicto la misma jerarquía, dado que son todas de rango constitucional, no existe la posibilidad de que se excluyan de manera natural, aunque en algunos casos, si una de las normas está prevista para un asunto específico, es posible que su especialidad le dé preeminencia en una determinada situación. Sin embargo, lo que generalmente ocurre es que se hace necesario la intervención bien sea de la jurisprudencia constitucional o del propio legislador para solventar el conflicto.

Casal (2010) cuando trata este tema en su tratado sobre “Los derechos fundamentales y sus restricciones”, afirma no solo que las colisiones constitucionales adquieren especial relevancia en la fase aplicativa del Derecho, lo que determinaría que solo en esa fase puede hablarse de colisiones constitucionales, aunque considera que el tema debe ser tratado de manera amplia para considerar no solo las colisiones concretas

sino igualmente las potenciales, sino que además, opina que “Una colisión constitucional no se produce solo porque la letra de algún precepto choque con lo dispuesto en otro, ya que antes de afirmar la existencia de la colisión debe realizarse una tarea interpretativa dirigida a determinar lo que aquel realmente establece, la cual no puede prescindir de la unidad de la interpretación” (p. 152). Este criterio que plantea la necesidad de una interpretación sistemática de las normas constitucionales es el que prevalece en la jurisprudencia constitucional.

Por su parte, el legislador cuando asume la tarea de dilucidar los conflictos entre normas constitucionales, estableciendo disposiciones que regulen las diferentes instituciones en conflicto, le toca decidir en qué situaciones particulares el derecho debe ser restringido, con lo que se pone en juego el compromiso que tiene el Estado frente a los ciudadanos de garantizar sus derechos. Es al legislador, o en su caso a la jurisprudencia, a los que les toca determinar los supuestos de hecho en los que debe prevalecer un derecho sobre otro, con lo que igualmente, se establecen los límites al goce de los derechos fundamentales. Cuando se realiza esta tarea como bien lo señala Casal (2010) el intérprete no puede excederse, pero tampoco ser deficiente en la protección, de manera que, resulta primordial analizar el caso a la luz de los criterios de la proporcionalidad, lo que permite asegurar un nivel suficiente de tutela del derecho frente a los eventuales abusos que pudieran suscitarse con el ejercicio excesivo del otro derecho en conflicto.

Estos conflictos entre normas de carácter constitucional pueden plantearse respecto al ejercicio de un derecho por parte de un particular frente al ejercicio de otro, por parte de otro individuo, pero también pueden plantearse en un ámbito relacionado con la autoridad del propio Estado, esto ocurre cuando lo que se contrapone es el derecho de un particular frente a un interés público o colectivo, particularmente en lo que se refiere a la seguridad del Estado, en este último caso la resolución del conflicto necesariamente estará influenciada por los criterios políticos que se manejen en la conducción de la sociedad y la importancia que se le atribuya a la corriente garantista de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Es indiscutible la obligación que tiene el Estado de imponer en ciertas situaciones restricciones a los derechos fundamentales, pues solo así será posible armonizar las relaciones sociales, eso sí, la tarea de dilucidar cuales son los derechos que deben prevalecer y cuales deben limitarse, debe siempre estar dirigida desde los principios fundamentales que regulan cada Estado, y en el caso de un Estado que aspire llamarse democrático, deben guiarse por aquellos criterios políticos que le dan base a esa corriente. Esta labor legislativa o jurisprudencial, según el caso, requiere del ejercicio de la ponderación como base necesaria para lograr la proporcionalidad.

El caso particular sometido a análisis, resulta particularmente interesante, ya que el legislador actúa en dos sentidos, por una parte, limita la posibilidad del acusador de impugnar una decisión en el caso de que se obtenga en un segundo juicio una nueva sentencia absolutoria, y por otra parte, limita el derecho del imputado de quedar en libertad plena al obtener un pronunciamiento que lo exonera de responsabilidad, para exigirle que obtenga en su favor dos sentencias absolutorias producidas en sendos juicios, como requisito para impedirle al acusador el ejercicio del derecho a la impugnación.

Respecto a la actuación de los jueces constitucionales, en el presente caso se observa, como frente a la norma legal, cuya redacción consideran ambigua, realizan una interpretación del más alto rango, pues le atribuyen a su criterio carácter vinculante, con lo que le confieren a su pronunciamiento indiscutible valor normativo, interpretación esta, mediante la cual restringen aún más el derecho del imputado a la presunción de inocencia, pues favorecen el derecho del acusador a agotar los medios para lograr un fallo condenatorio, al considerar que para que se haga efectiva la restricción legal, esto es la Doble Conformidad, es necesario el cumplimiento de una serie de requisitos procesales, que no solo no aparecen establecidos en la norma legal, sino que además pudieran considerarse excesivos, según se evidencia de los votos salvados emitidos en los fallos del Tribunal Supremo de Justicia, que se refieren a este tema y que ya arriba fueron reseñados.

En última instancia se trata de dos derechos en conflicto; el del acusado quien con base a una interpretación extensiva haría irrecurrible la sentencia absolutoria proferida en su favor y el derecho de las víctimas a recurrir de la sentencia absolutoria. Al optar por una importante y exigente restricción del derecho del imputado, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, asume una posición que privilegia los derechos del acusador, básicamente los del Estado a través del Ministerio Público. Frente a una norma que la propia Sala considera ambigua, abandona la interpretación restrictiva que la Constitución y la ley imponen cuando se trata de normas que restringen los derechos del imputado y establece el cumplimiento de numerosos y exigentes requisitos procesales que hacen prácticamente imposible en la práctica la aplicación de la Doble Conformidad.

Naturaleza de la fase intermedia del proceso penal, facultades del Juez de Control y de las partes.

La Sala Constitucional se ha pronunciado acerca de la naturaleza de la fase intermedia del proceso penal estableciendo a través de sentencia No. 1303 del 20-6-05, cual es la finalidad que se persigue en esta etapa del proceso.

> … esta segunda etapa del procedimiento penal, tiene por finalidades esenciales lograr la depuración del procedimiento, comunicar al imputado sobre la acusación interpuesta en su contra, y permitir que el Juez ejerza el control de la acusación. Esta última finalidad implica la realización de un análisis de los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan el escrito acusatorio, fungiendo esta fase procesal entonces como un filtro, a los fines de evitar la interposición de acusaciones infundadas y arbitrarias... existe un control formal y un control material de la acusación. En el primero, el Juez verifica que se hayan cumplido los requisitos formales para la admisibilidad de la acusación –los cuales tienden a lograr que la decisión judicial a dictar sea precisa-, a saber, identificación del o de los imputados, así como

> también que se haya delimitado y calificado el hecho punible imputado. El segundo, implica el examen de los requisitos de fondo en los cuales se fundamenta el Ministerio Público para presentar la acusación, en otras palabras, si dicho pedimento fiscal tiene basamentos serios que permitan vislumbrar un pronóstico de condena respecto del imputado, es decir, una alta probabilidad de que en la fase de juicio se dicte una sentencia condenatoria; y en el caso de no evidenciarse este pronóstico de condena, el Juez de Control no deberá dictar el auto de apertura a juicio, evitando de este modo lo que en doctrina se denomina la "pena del banquillo".

Esta sentencia, mediante la cual la Sala desarrolla una función orientadora respecto a las instituciones jurídicas, cumple una labor pedagógica, pues señala no solo a los que acuden ante los órganos de administración de justicia en solicitud de pronunciamiento judicial, sino de manera primordial a los funcionarios judiciales cual es la naturaleza y finalidad de los derechos y cargas de las partes, así como de los actos que se cumplen en la fase intermedia del proceso.

En cuanto a las actuaciones que se cumplen en esta fase del procedimiento, la Sala las clasifica en tres categorías; en primer lugar las actuaciones previas a la audiencia preliminar, constituidas en primer lugar por la acusación, cuya presentación es precisamente la que da inició a esta etapa, así como, el ejercicio de las facultades de las partes previas a la celebración de la audiencia preliminar. En segundo lugar la propia audiencia preliminar en la que las partes presentan sus alegatos ante el Juez de Control y en tercer lugar, los pronunciamientos del juez acerca de tales alegatos y solicitudes presentados previamente por las partes en el proceso.

Respecto a dichos pronunciamientos, la Sala en esta sentencia establece criterios acerca de cuáles de ellos están sujetos a impugnación. Al respecto, se destaca lo relativo al auto que admite la acusación y consecuencialmente ordena la apertura de juicio. La sentencia refiere como en jurisprudencia anterior de la propia Sala (sentencia No. 746 del 8-4-2002) se había sostenido que si bien el auto que ordena la apertura a juicio es

inimpugnable por disposición expresa del Código Orgánico Procesal Penal, si era posible impugnar el auto que admitía la acusación, con lo cual se planteaba una situación evidentemente contradictoria. En la sentencia que analizamos el magistrado ponente expresó:

> … el legislador no consagró el recurso de apelación contra la decisión por la cual el juez admite la acusación fiscal, por lo que las demás providencias que dicte el Juez en el auto que contiene la admisión de la acusación, forma parte de la materia propia de la apertura a juicio y en consecuencia no pueden ser impugnadas por la vía de la apelación, dado que se trata de una sola decisión que fue excluida expresamente del ejercicio de este recurso.

Para la Sala la norma del Código Orgánico Procesal Penal que expresamente dispone que el auto de apertura a juicio no es apelable.

> …está en perfecta armonía con lo dispuesto en el artículo 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que dicho auto no es un acto en el cual se declara la culpabilidad del acusado; al contrario, es un auto que simplemente denota un pronóstico de condena contra dicho acusado, pudiendo ser desvirtuado tal pronóstico en la fase de juicio, o ser convertido en una verdadera declaratoria de responsabilidad penal, dependiendo del caso.

Se corrige así, un criterio errado de la propia Sala, fundamentando tal corrección sobre la base de la doctrina en la materia procesal penal, con razonamientos y argumentos jurídicos aplicables al tema en concordancia con la norma constitucional. De esta manera se cumple con la exigencia ineludible de motivar suficientemente los cambios de criterios que sustentan su jurisprudencia, con lo que, le brinda a los justiciables y a toda la comunidad, seguridad jurídica, sobre todo cuando, como ocurre en el presente caso, a su pronunciamiento se le atribuye expresamente carácter vinculante.

Igualmente, en esta sentencia se pronuncia la Sala acerca de la impugnabilidad del auto que dicta el Juez de Control mediante el cual admite o inadmite las pruebas en el proceso. Al respecto en el texto de la sentencia se establece que solo en el caso de los autos que inadmiten las pruebas ofrecidas por las partes, será procedente el recurso de apelación, "… ya que tal inadmisibilidad podría constituir una violación del derecho a la defensa consagrado en el artículo 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al no permitirle llevar al juicio elementos que coadyuvarían, por una parte, a los fines de desvirtuar la imputación fiscal, y por la otra -y como consecuencia de la anterior-, a reafirmar su inocencia". Por lo contrario, respecto a los autos que admiten las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público, la Sala estima que estos no son apelables por el imputado, pues son parte del auto de apertura a juicio que como ya se declaró es inimpugnable.

Sin embargo, con ponencia de otro magistrado, en fecha 23-11-11 mediante sentencia No. 1768, la Sala cambia su criterio respecto a la posibilidad de impugnar el auto que admite una prueba, y considera que si debe concederse en ese caso la posibilidad de apelar dicho auto porque pudiera causar gravamen irreparable. Nuevamente la Sala confiere a su criterio carácter vinculante. Frente a este criterio salvaron su voto dos magistrados de la Sala, uno de ellos baso su disconformidad de la siguiente manera:

> … por cuanto, el Código Orgánico Procesal Penal establece en su artículo 331 que el Auto de Apertura a Juicio y todos los pronunciamientos que en él se emitan son inapelables e irrecurribles, y tratándose el caso que nos ocupa de la admisión de pruebas, también es inapelable por cuanto no causa un gravamen irreparable, es decir, si el legislador no consagró el recurso de apelación contra la decisión por la cual el juez admite la acusación fiscal, las demás providencias que dicte el Juez en el auto que contiene la admisión de la acusación –entre las que se encuentra la admisión de los medios de prueba-, forma parte de la materia propia de la apertura a juicio y en consecuencia no pueden ser impugnadas por la vía de la apelación, dado que se trata de una sola decisión que fue excluida

> expresamente del ejercicio de este recurso. El fundamento de esta afirmación estriba en que a través de dicho acto, se da apertura a la fase más garantista del proceso penal, a saber, la fase de juicio, en la cual las partes podrán rebatir los medios de prueba admitidos al final de la audiencia preliminar y reflejados en el mencionado auto, máxime si dichos medios de prueba no han sido evacuados ni menos aún valorados; de allí que pueda afirmarse que tal admisión no causa agravio constitucional alguno.

Por su parte, el otro magistrado disidente no solo expresó las razones de tipo jurídico en las que apoya su disidencia sino que además hace una observación muy importante, relativa a los cambios en la jurisprudencia de la Sala Constitucional y que a los fines de este trabajo resulta de la mayor relevancia:

> Como colofón, quien suscribe el presente voto debe advertir que el cambio de criterio adoptado por la mayoría sentenciadora, no resulta cónsono con la estabilidad y uniformidad que necesariamente debe tener el cuerpo de jurisprudencia de esta Sala (máximo intérprete de la Constitución). De este modo, los virajes interpretativos como el que se ha efectuado en el fallo del cual se discrepa, podrían generar repercusiones negativas en la seguridad jurídica.

Ese es en definitiva el punto a destacar, la Sala Constitucional no ha mantenido una posición coherente en cuanto a las interpretaciones que realiza, por el contrario su actividad se ha caracterizado por su inestabilidad. No pareciera recomendable que el más alto intérprete de la Constitución haya hecho un uso tan profuso de la facultad de conferir carácter vinculante a sus criterios, algunos de ellos, por lo menos en lo que se refiere a la materia procesal penal, de carácter más bien legal que constitucional. Por otra parte, teniendo en consideración los efectos que su jurisprudencia tiene en la aplicación del derecho para todos y cada uno de los tribunales de la República debería procurar que en los casos en los que se realiza el cambio de un criterio vinculante, por otro totalmente

contrario, se contara con el acuerdo de todos los magistrados que conforman la Sala y no como ocurre en el presente caso, con la disidencia de varios magistrados, procurando que los cambios se produzcan una vez que se logra el consenso dentro de los integrantes del tribunal, eso como apunta el voto salvado al que nos referimos en último lugar brindaría a la jurisprudencia de aquel al que se le confiere tan alta responsabilidad, estabilidad y uniformidad, bases sobre las que se asienta el principio de seguridad jurídica.

Monroy Cabra (2002), en su obra sobre La Interpretación Constitucional, se refiere justamente a la necesidad de respetar el precedente constitucional y de explicar las razones de un cambio o modificación de la línea jurisprudencial. Al respecto opina que el juez constitucional debe ser consistente con sus decisiones previas, porque ello incide en la seguridad jurídica y en la coherencia del sistema jurídico. Agrega que las decisiones judiciales deben ser en cierta medida previsibles como característica de un sistema estable, ya que cuando a una sociedad se le brinda seguridad jurídica se propicia el desarrollo económico y se protege la libertad de los ciudadanos. Igualmente, resalta la necesidad de la argumentación cuando el tribunal se aparta de un criterio anterior, debe consignar las razones jurídicas que dan sustento a su pronunciamiento con argumentos de peso y bien fundamentados, eso es lo que determina que la decisión se justifique y no sea una arbitrariedad.

El valor del precedente reside en que garantiza la igualdad ante la ley, pues evita que casos iguales se decidan de manera diferente, brindando uniformidad y coherencia al sistema. El autor cita la sentencia de la Corte Constitucional colombiana No. C-400 de 1998, en la que dicho tribunal deja sentado "… para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no solo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado, sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de Derecho" (p. 137)

Cabe entonces, preguntarse si la manera como la Sala Constitucional venezolana ha hecho uso del precedente y del carácter vinculante de sus criterios se ajusta a esos parámetros, o si más bien, es ejemplo de una jurisprudencia excesivamente cambiante y ajustada a los casos particulares, sobre todo si estos tienen relevancia política.

También en lo que se refiere a la fase intermedia del proceso, puesto que trata de quienes están legitimados para ejercer la acción penal o lo que es lo mismo, están facultados para presentar la acusación, actuación mediante la cual se da lugar al inicio de esta etapa del proceso penal, hemos considerado de gran importancia tratar en esta tesis, una corriente jurisprudencial de la Sala Constitucional que se encuentra actualmente en desarrollo y que de prosperar en la práctica, tendrá muy determinantes consecuencias en lo relativo a las facultades de las partes dentro del proceso penal, muy especialmente la víctima, específicamente en lo que se refiere a la facultad de ejercer la acción penal de manera autónoma y consecuencialmente dar la pauta para el inicio de la fase intermedia del proceso.

En un sistema mixto con preponderancia acusatoria como el nuestro, solo si se presenta acusación el proceso puede continuar, esta facultad de presentar acusación está atribuida a distintos sujetos según la naturaleza del delito que se investiga. En los delitos de acción privada le corresponde a la víctima ejercer la acción penal, por el contrario, en los delitos de acción pública, en los que se afecta no solo aquel que ha sufrido de manera directa los efectos del delito, sino que igualmente se afecta la paz y la seguridad de la sociedad, la acción para perseguirlos se confiere prioritariamente al Estado a través del Ministerio Público, al que no solo se le establece la facultad-deber de investigar el hecho objeto del proceso como sujeto imparcial dentro del proceso, sino que además tiene la obligación de poner en movimiento la acción de la justicia para que el órgano jurisdiccional establezca las responsabilidades en la comisión del delito, dejándole a la víctima la posibilidad de participar en la investigación, así como de querellarse y acusar si lo considera procedente, a pesar de cual, la continuidad del proceso depende del ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, quien tiene la responsabilidad de

actuar, aun cuando a la víctima no le sea posible participar en el proceso o no tenga interés en hacerlo.

De manera que, es la presentación de la acusación la que da inicio a la fase intermedia, a partir de la cual, en el procedimiento ordinario para el juzgamiento de los delitos de acción pública, el órgano jurisdiccional asume la conducción del proceso que hasta ese momento estaba a cargo del Fiscal del Ministerio Público, dando lugar al ejercicio de una serie de facultades por parte del juez y de las partes en el proceso.

El criterio que ya se ha explanado en varias sentencias de la Sala Constitucional, sostiene que en los delitos de acción pública la víctima puede acusar de manera autónoma con prescindencia del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, con lo que se le confiere a la víctima la iniciativa en el proceso y se despoja al Ministerio Público del llamado monopolio del ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública. De manera que con la sola acusación de la víctima, el juez puede dar continuidad al proceso.

En fecha 14-8-12, mediante sentencia No. 1268, la Sala Constitucional, dictó pronunciamiento en un caso relacionado con Violencia de Género y declaró que la víctima puede acusar con prescindencia de la actuación fiscal. Para dictar su pronunciamiento, la Sala se apoyó en una sentencia previa del año 2003 en la que se ampliaban las facultades de la víctima y se le concedía el derecho de solicitar al Juez de Control la fijación de un lapso para que el Ministerio Público actuara, en el caso de que instruyera una investigación penal sin que hubiera presentado un acto conclusivo, criterio este, que con posterioridad fue incorporado a la reforma del Código Orgánico Procesal Penal efectuada en el año 2009.

Posteriormente, en fecha 14-8-12, por sentencia 908, se ratifica el criterio antes expuesto, pero en esa oportunidad, el pronunciamiento se refiere a un caso en que los delitos contemplados son los de Estafa y Forjamiento de Citación. En esta sentencia se

deja constancia de que para tomar su decisión la Sala aplica la doctrina vinculante establecida en las sentencias 3267 del 2-11-03 y 1268 del 14-8-12.

Resulta pertinente examinar el asunto de manera detallada, pues se refiere al desarrollo por parte de la Sala Constitucional de las facultades de la víctima dentro del proceso penal.

En fecha 20-6-02, la Sala Constitucional, mediante sentencia 1331, estableció que la víctima de un hecho punible puede actuar y solicitar el antejuicio de mérito contra el Presidente de la República y altos funcionarios del Estado. Por vía de amparo la Sala estableció que en el procedimiento especial previsto en la normativa procesal penal para el caso de los delitos cometidos por quien se desempeñe como Presidente de la República o sea una de los altos funcionarios especificados en la Constitución y la ley, las víctimas de tales hechos punibles pueden querellarse y solicitar el antejuicio de mérito contra los funcionarios, aportando las pruebas que hagan verosímil los hechos imputados, dicha solicitud se presentará ante el Juzgado de Sustanciación de la Sala Plena que admitirá o negara la solicitud para su tramitación, de considerarla admisible se enviará al Ministerio Público, que sobre la base de su investigación le corresponderá la proposición formal del antejuicio de mérito contra el funcionario señalado de la comisión de un delito, o si fuere el caso, la presentación de cualquier otro acto conclusivo que corresponda. Dentro del texto de la sentencia, vale la pena resaltar a los fines del tema que tratamos, lo expuesto por la Sala en relación a la actuación del Ministerio Público frente a la querella de la víctima:

> Ahora bien, si el antejuicio que incoen los particulares es declarado sin lugar, ello no implica que el Ministerio Público no pueda volver a proponerlo por los mismos delitos, ya que a este no pueden los particulares obligarlo a actuar contra su voluntad, debido a que considere que para ese momento no existe el delito o no hay pruebas suficientes del mismo y de quienes son sus autores y participes.

Posteriormente en fecha 20-11-03, en sentencia 3267 la Sala Constitucional también en un proceso de amparo decidió ampliar las facultades de la víctima, confiriéndole la posibilidad de acudir en la fase preparatoria del proceso penal ante el Juez de Control a fin de solicitarle la fijación de un lapso para que el Fiscal del Ministerio Público actué dentro de la investigación que adelanta respecto al delito por el cual resulto afectado el solicitante. El Código Orgánico Procesal Penal no establecía esta posibilidad de manera que la Sala con su pronunciamiento amplia los derechos de la víctima, criterio este que posteriormente fue acogido por el legislador quien lo incluyo en la reforma del Código Orgánico Procesal Penal realizada en el año 2009, publicada en Gaceta Oficial No. 5930 extraordinaria del 4-9-09. En el texto de la referida sentencia se expresa: "… dicha falta de previsión legal del Código Orgánico Procesal Penal –que es preconstitucional- estaría limitando los derechos constitucionales consagrados a las víctimas de delitos, a quienes igualmente debe tutelarse el derecho del ejercicio de la acción penal.".

Igualmente, expresa dicha sentencia que la víctima puede instar y controlar el ejercicio de la acción por parte de su titular que es el Ministerio Público, de allí la posibilidad que pueda solicitar la fijación del lapso antes mencionado y agrega "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.". Sin embargo, esta última conclusión que extrae el sentenciador del asunto sometido a su conocimiento no se acompaña de una fundamentación particular que la respalde, lo que resulta en nuestro criterio inexplicable, vistas las consecuencias de esta parte del pronunciamiento, que luego se analizarán.

En fecha 14-8-12, la Sala Constitucional dicta sentencia 1268 en un caso relacionado con un amparo en el cual el delito contemplado es el de Violencia de Género, en la causa entre otras cosas se observa retraso por parte del Ministerio Público en actuar. Allí se expresa que la celeridad en el proceso es parte integrante de la tutela judicial efectiva y que la justicia expedita conlleva a la pronta protección de las mujeres victimizadas por el efecto de la comisión de ese tipo de hechos punibles, se afirma que

como premisa fundamental para la resolución del caso en cuestión, que en este procedimiento especial no se pueden aplicar normas jurídicas que se opongan a la brevedad característica prevista para los casos relacionados con este tipo de delitos.

En esta sentencia bajo el título *obiter dictum* la Sala hace una serie de consideraciones: en primer lugar se refiere a la existencia de un problema respecto al tiempo que se emplea en realizar los exámenes médico-legales necesarios en estos casos que impiden que el Ministerio Público concluya a tiempo su investigación, de allí y sobre la base de un sistema de prueba libre, se afirma que la víctima de un delito de Violencia de Género puede presentar un examen médico realizado por médicos de instituciones públicas o en ejercicio privado.

En segundo lugar, la Sala expresa que si bien la Constitución en el artículo 285, atribuye al Ministerio Público la función de ejercer la acción penal en los casos en los que no fuere necesaria instancia de parte, ello no menoscaba el ejercicio de los derechos y acciones que correspondan a los particulares, así mismo, el artículo 30 dela Constitución establece la obligación de proteger a las víctimas. De lo expuesto la Sala Constitucional concluye la necesidad de proveer a la víctima de esta clase de delitos "… de facultades que le permitan excepcionalmente acceder y actuar en el procedimiento especial de violencia contra la mujer, con prescindencia del Ministerio Público, por cuanto es un hecho notorio el alto cúmulo de denuncias que recibe el organismo …".

> Además la Sala precisa que, para el efectivo cumplimiento de la doctrina asentada en el presente fallo, que la víctima podrá presentar la acusación particular propia ante el Juez de Control, con el respectivo ofrecimiento de medios de pruebas, que este conociendo de la investigación, para que este proceda a fijar la celebración de la audiencia preliminar…Si el Ministerio Público presenta una acusación posteriormente a la interpuesta por la víctima, antes dela celebración de la audiencia preliminar, el Juez de control conocerá de las mismas y decidirá sobre su admisión en dicha audiencia. En el caso de que sea admitida la acusación particular propia

> presentada solamente por la víctima, y los medios de prueba ofrecidos, la causa será enviada al respectivo Juez de Juicio para la celebración de la audiencia de juicio con prescindencia del Ministerio Público. Sin embargo, dicho órgano fiscal, como parte de buena fe, podrá coadyuvar con los intereses de la víctima, facilitando, entre otros aspectos, la evacuación delos medios de pruebas ofrecidos por la víctima.

Finalmente la Sala atribuye carácter vinculante a esta sentencia y ordena su publicación en la Gaceta Oficial.

Conjuntamente con esta sentencia, se presentan dos votos concurrentes de sendos magistrados de la Sala, el primero expresa que la afirmación del representante del Ministerio Público en el sentido de que los procesos se retrasan por la tardanza en enviar los exámenes medico legales practicados a las víctimas no es suficiente para dictar una doctrina de carácter vinculante, en su criterio por mandato constitucional el Ministerio Público es el responsable de la oportuna conclusión de la investigación, por lo que considera que la solución que presenta la Sala no es la adecuada, "… en el presente caso, estamos en presencia de un incumplimiento de las obligaciones constitucionales dadas al Ministerio Público y al indebido uso delas facultades dela Sala para resguardar dicha actuación omisiva del referido organismo en velar por la correcta aplicación de la Constitución."

Igualmente, el Magistrado concurrente, señala que la Sala al establecer este nuevo trámite no establece como requisito la previa imputación del agresor, ni la obligación de que el Juez oiga al imputado y al Ministerio Público en relación a la eventual omisión de comunicación de la investigación, tampoco se señala quien realizará y controlará la investigación de los hechos. Concluye el magistrado afirmando que la solución de la Sala no resuelve el problema y solo crea un procedimiento de acusación particular propia que se aparta de los principios y garantías constitucionales que establecen el monopolio de la acción pública en manos del Ministerio Público, por lo que en su criterio, ha debido omitirse el capítulo de *obiter dictum* y en su lugar instar a los organismos competentes a

aportar soluciones efectivas a la problemática, creando una división especial dentro del cuerpo de investigaciones encargada de realizar los peritajes y exámenes necesarios para la investigación de los delitos de violencia contra la mujer.

A este voto concurrente se suma otro, en el que el magistrado expone las razones que le llevan a diferir del criterio mayoritario de la Sala. Al respecto considera que la atribución conferida por la Constitución al Ministerio Público es la consagración de los principios de oficialidad y de legalidad procesal, que permiten controlar la persecución penal a través de los órganos estadales y obligan al Ministerio Público a ejercer la acción penal en todos aquellos casos en que el hecho revista carácter punible, principios que no se contraponen al derecho de la víctima de lograr la tutela de sus intereses, su interés debe en criterio del magistrado ajustarse a los intereses públicos referidos a la racionalización del sistema penal que evita arbitrariedades y condenas desproporcionadas, la víctima se encuentra en una posición subalterna al Ministerio Público respecto al cual solo tiene poderes de estímulo e impulso.

En un sistema procesal penal que no es acusatorio puro, considera el Magistrado, que las víctimas no tienen un derecho autónomo a la investigación y al juicio penal, lo que no obsta que puedan colaborar en el proceso, mas no arrogarse en exclusividad el enjuiciamiento criminal. Para concluir, expresa que frente al problema planteado "… lo correcto sería establecer un mecanismo que permita exigir la responsabilidad del Órgano acusador en cuanto al cumplimiento de sus atribuciones legales."

La anterior sentencia dio lugar a una solicitud de aclaratoria por parte del Ministerio Público, en razón de la cual la Sala Constitucional dictó en fecha 27-11-12 sentencia 1550. El Ministerio Público plantea a la Sala una serie de interrogantes relativas al trámite procesal que corresponde realizarse en los casos en que sean las víctimas quienes ejerzan la acción penal y basa su solicitud de la siguiente manera:

> … el Ministerio Público con el debido respeto, que dicho pronunciamiento es dudoso, toda vez, que si bien es cierto el Estado esta (sic) en la

> obligación de proteger a las víctimas procurando que los culpables reparen los daños ocasionados, también es cierto que dicho objetivo no se cumple otorgándole a las mismas la facultad de presentar una acusación propia, con prescindencia del Ministerio Público, por cuanto, se desvirtúa el carácter de titular de la acción penal pública que tiene el Fiscal del Ministerio Público, por mandato constitucional, y limitándole la atribución que ostenta, de ordenar, dirigir y supervisar la investigación y acción penal, con el fin de demostrar la perpetración de los actos punibles, hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y establecer la responsabilidad de los autores o las autoras y demás partícipes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración,…

Por su parte la Sala declara parcialmente con lugar la solicitud de aclaratoria interpuesta por el Ministerio Público y procede a establecer una serie de trámites aplicables según las diferentes situaciones que pudieran presentarse dentro del procedimiento especial previsto en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y que no aparecen previstos en ese texto normativo. De manera que al establecer una forma distinta para el ejercicio de la acción para este tipo de delitos la Sala se ve precisada a dictar normas de carácter procedimental a fin de poder hacer posible en la práctica el criterio con carácter vinculante establecido en la sentencia 1268.

Pero la Sala va más allá y posteriormente, con fecha 15-7-13 dicta sentencia No. 908, mediante la cual aplica nuevamente el criterio que en anterior sentencia y sobre la base de la especialidad, había limitado a los procedimientos relacionados con delitos previstos en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y lo extiende al procedimiento ordinario contemplado en el Código Orgánico Procesal Penal y previsto para los delitos de acción pública. Así, con ocasión de una apelación en un recurso de amparo relativo a los delitos de Estafa y Forjamiento de

Citación, la Sala visto el retraso que se ha operado en el trámite del proceso penal sin que el Ministerio Público haya culminado la investigación considera pertinente precisar:

> Esta Sala, dentro de su función de exhaustividad constitucional y como garante de la administración de Justicia que es pilar fundamental de la tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo 26 de la Constitución, y sin que ello implique ninguna opinión sobre el fondo del asunto, considera propicio traer a colación el criterio establecido en la sentencia N° 3267/2003, según el cual ante la ausencia de acusación por parte del Fiscal, la víctima tiene la potestad de presentar directamente su acusación, criterio este que fue reiterado mediante sentencia vinculante N° 1268/2012…. Más recientemente, la referida Doctrina fue reiterada y extendida con carácter vinculante a los procesos iniciados con ocasión a los delitos previstos en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, mediante sentencia N° 1268/2012 del 14 de agosto, caso: *Yaxmira Elvira Legrand*, en la cual se estableció que la víctima -directa o indirecta- de los hechos punibles investigados en dichos procesos, puede, con prescindencia del Ministerio Público, presentar una acusación particular propia contra el imputado, cuando ese órgano fiscal no haya concluido la investigación dentro de los lapsos establecidos en la ley especial para hacerlo.

Tal pronunciamiento en la práctica significa que para la Sala Constitucional la posibilidad de que la víctima ejerza la acción penal con prescindencia de la actuación del Ministerio Público, existe no solo en el procedimiento especial previsto en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, sino que igualmente lo considera aplicable en el caso de que se trate de hechos punibles de acción pública para los que corresponde el procedimiento ordinario contemplado en el Código Orgánico Procesal Penal, que dentro de su normativa no solo no contempla dicha posibilidad, sino que, establece un trámite procesal totalmente diferente a aquel que

eventualmente debería verificarse en el caso de que se aplicará el criterio de la Sala Constitucional.

También en este caso se presentó un voto concurrente en el que uno de los magistrados de la Sala insiste en sus planteamientos ya explanados con ocasión de la sentencia 1268, arriba reseñada. En esta ocasión expone que es el Ministerio Público, como titular de la acción penal, el responsable de la oportuna conclusión de la investigación dentro de los plazos establecidos en la ley, de manera que permitir que sea la víctima quien interponga la acusación, con el único requisito de que el Ministerio Público no concluya la investigación en el lapso legal correspondiente, contrapone garantías y principios procesales, a saber, juicio previo y debido proceso, presunción de inocencia y protección a la víctima. Agrega el magistrado concurrente, que en el fallo no se señala quien ha de realizar la investigación, ni quien la controla, por lo que concluye que lejos de solventa la situación, lo que hace es crear un procedimiento de acusación particular propia que se aparta de los principios y garantías previstos en la legislación.

Frente a esta corriente jurisprudencial, cabe preguntarse si lo que trata de hacer la Sala Constitucional es ampliar la acusatoriedad del sistema procesal penal venezolano confiriendo a la víctima mayor poder y autonomía, o si más bien, dada la deficiente actuación del Ministerio Público en el cumplimiento de sus funciones, trata de relevarlo de una responsabilidad de rango constitucional, con lo que consecuencialmente disminuye su potestad.

En el orden práctico habría que plantearse si se favorece de esta manera a la víctima o por lo contrario se le perjudica colocando en sus manos, sin los poderes y herramientas con los que cuenta el Estado, la responsabilidad de recabar los elementos necesarios para fundamentar la acusación y lograr que se administre justicia.

Igualmente, cabe preguntarse si cuando quien investiga es el particular, podrá hacerse efectivo el control del Ministerio Público sobre las diligencias y los elementos de convicción propios de la etapa preparatoria del proceso y que fundamentan la imputación

y el ejercicio de la acción. ¿Contribuirá este criterio a la efectiva protección de la víctima o más bien dará lugar a mayor impunidad?. En cuanto a lo jurídico, también cabe plantearse interrogantes relacionadas con la vigencia y respeto de los principios que sustentan el sistema de administración de la justicia penal y si es posible que por vía de la jurisprudencia de la Sala Constitucional pueda cambiarse la base que sustenta el proceso penal, y si más bien es esta una labor que de acuerdo a la Constitución corresponde al Poder Legislativo.

Respecto a lo jurídico, es necesario recordar los principios de oficialidad y de legalidad procesal que rigen nuestro sistema procesal penal y que en capitulo anterior de esta tesis fueron analizados. El primero determina que corresponde a un órgano oficial del Estado, en nuestro caso al Ministerio Público, la investigación y persecución de los delitos. El segundo establece la obligación que tiene el Estado de perseguir todos los delitos, con la sola limitación de los casos expresamente exceptuados por la ley.

Estos principios tienen su origen en el desarrollo y organización del Estado. Cuando las civilizaciones se organizan y el Estado asume de manera más efectiva el control, los individuos renuncian a la venganza privada que impera en las sociedades primitivas y coloca en el Estado, la función de administrar justicia, a cambio el Estado se compromete frente a los individuos en el sentido de perseguir todos los hechos punibles, así se renuncia al ojo por ojo y diente por diente que genera una espiral de violencia, pero a cambio surge un compromiso por parte del Estado de no dejar sin castigo los delitos que afectan a los miembros de la sociedad. Por eso es que no solo es facultad del Ministerio Público perseguir los delitos, sino que es además un deber, se trata de la justa contraprestación a la renuncia que hace el individuo a la venganza. Cuando el Estado falla e incumple su compromiso se produce la impunidad y renace entonces la violencia.

Roxin (2000), cuando estudia los principios que rigen el proceso penal incluye el principio de oficialidad dentro de aquellos relativos al inicio del proceso, pues este determina que la persecución penal la realiza el Estado, en nuestro caso lo hace el Ministerio Público de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Código Orgánico

Procesal Penal. Igualmente, refiere que este principio no puede hallarse en el derecho antiguo pues corresponde al fortalecimiento del concepto de Estado, cuando nace un interés público en la prevención y castigo de los delitos, el Estado no solo tiene la pretensión penal material, sino igualmente el derecho y la obligación de perseguir los delitos, sin que importe la voluntad del ofendido, quien puede o no presentarse en el proceso lo que resulta irrelevante para su realización, lo que se busca es que los delitos no queden sin persecución, con la sola exclusión de los delitos que solo afectan al ofendido los que se designan como de instancia privada y constituyen una excepción dentro del ordenamiento jurídico penal.

Respecto al principio de legalidad procesal Roxin (2000) explica que enuncia por una parte, que la Fiscalía debe realizar la investigación cuando se sospeche la comisión de un hecho punible y por otra parte, que tiene la obligación de formular la acusación cuando concluida la investigación sigue vigente la sospecha de que se ha cometido un delito, con la única excepción del llamado principio de oportunidad que permite que el Fiscal prescinda de la acusación en algunos casos predeterminados por la ley por razones de necesidad social y conveniencia. Agrega el tratadista alemán respecto al principio de oportunidad que en democracia y en un Estado de Derecho, de acuerdo al principio de certeza y de igualdad no se deja en manos de las autoridades de persecución penal la decisión de determinar cuáles son los casos en los que debe actuar y en cuáles no. El principio de proporcionalidad y su regulación legal resulta entonces íntimamente relacionado con el principio constitucional de proporcionalidad que indica en que caso particular el Estado puede renunciar a aplicar el castigo, ello de acuerdo a las exigencias de los motivos de prevención.

Esto quiere decir que el criterio formulado por la Sala Constitucional se contrapone de manera frontal con dos principios que podríamos calificar como esenciales a la forma en la que se ha conformado en nuestro país el proceso penal, pero además, establece una excepción peligrosa a una norma de carácter constitucional que atribuye al Ministerio Público la atribución-deber de ordenar y dirigir la investigación penal y ejercer en nombre del Estado la acción penal, contemplada en los ordinales 3 y 4 del artículo 285

de la Constitución, disposición esta que desarrolla el legislador en el Código Orgánico Procesal Penal en el que se organiza el proceso de acuerdo a tales principios.

En este punto, es conveniente abordar el tema del Ministerio Público como institución encargada de perseguir los delitos, y de los cuerpos de investigación penal como encargados de su esclarecimiento, cuya existencia se justifica precisamente por el cumplimiento de tales funciones. El Ministerio Público es una institución del Estado organizada de manera vertical y jerárquica, pues de acuerdo a lo previsto en la Ley Orgánica del Ministerio Público se caracteriza por su unidad e indivisibilidad. Está dirigida por un funcionario del más alto rango, el Fiscal General, que imparte las ordenes e instrucciones a todos los funcionarios que conforman la institución, los que actúan por delegación o representación de aquel. Institución a la que le corresponde investigar y hacer efectiva la responsabilidad de los autores del delito, tiene pues el compromiso de hacer efectivos precisamente los principios arriba analizados. El incumplimiento de sus obligaciones resulta muy grave y afecta la paz, el equilibrio y la armonía de la sociedad pues coloca a los individuos en estado de indefensión frente al delito, generando una situación de impunidad que produce violencia y frustración, así como actos gravemente reprobables desde el punto de vista ético y legal cuando las personas toman la justicia por su propia mano.

De allí que, si lo que origina este criterio de la Sala Constitucional, como ella misma lo expresa en el texto de las decisiones antes comentadas, es el incumplimiento por parte del Ministerio Público de su obligación de realizar las investigaciones de manera oportuna y producir los actos conclusivos a que hubiere lugar según el resultado de dicha investigación, todo ello, de acuerdo al principio de celeridad que es parte esencial de la garantía de la tutela judicial efectiva a la que tienen derecho los individuos, pareciera que más bien lo procedente en la situación bajo análisis es que la Sala exigiera al Ministerio Público que cumpliera con su obligación, en lugar de cambiar el proceso para colocar en manos de la víctima el ejercicio de las funciones atribuidas a esa institución.

Y si la razón que movió a la Sala fue la de que los órganos de investigación obligados por la ley a colaborar con el Ministerio Público en el esclarecimiento de los delitos, no cumplen oportunamente con los requerimientos que ese organismo les hace, lo procedente era exigirles el correcto cumplimiento de sus funciones, y si la razón de su incumplimiento era la inexistencia de despachos y funcionarios encargados de cumplir con las funciones propias de su naturaleza, en el caso particular de los delitos de violencia de género, para realizar los exámenes médicos destinados a establecer las lesiones sufridas por las víctimas, como ya lo señalara un magistrado de la Sala en su voto concurrente, lo procedente era crear un despacho dedicado a este fin, en ningún caso relevar a los órganos del Estado del cumplimiento de sus funciones.

Respecto a cómo debe actuar el particular ante el retardo del Ministerio Público en el cumplimiento de sus obligaciones, la Sala de Casación Penal ha sido clara y directa, en sentencia 353 del 14-7-09 expuso:

> La Sala informa al referido ciudadano que el Ministerio Público es el encargado de la principal defensa de los derechos de las víctimas (artículo 108 numeral 14 del Código Orgánico Procesal Penal), y en tal virtud debe dirigirse a dicha entidad a fin de verificar el estado de la denuncia por él presentada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120.2 del Código Orgánico Procesal Penal y 34.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, y en caso de mora injustificada, acudir a los superiores correspondientes dentro de dicho organismo, en este caso, el fiscal superior de la jurisdicción.

Cuando acudimos al test constitucional para someter las limitaciones y restricciones de los derechos fundamentales al análisis que permita establecer la constitucionalidad de tales limitaciones y restricciones, dentro de la llamada proporcionalidad en sentido amplio se distinguen tres aspectos fundamentales; la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

Respecto a la idoneidad se trata de establecer si la medida, en este caso, el criterio de la Sala es apto para alcanzar el fin perseguido, cuando analizamos las consecuencias prácticas en cuanto a la reforma del proceso y la posible impunidad que pudiera generarse al colocar en las manos de la víctima la responsabilidad de actuar cuando el Ministerio Público no lo haga en forma oportuna, relevando a este último de sus obligaciones constitucionales, en nuestro criterio la medida no parece ser la más idónea.

En cuanto a la necesidad como lo explica Casal (2006) este requerimiento se satisface cuando no existe otra medida menos gravosa que pueda alcanzar el objeto que se busca con la restricción, en este caso, la Sala ha debido plantearse si podía lograrse el cometido que se proponía mediante una medida que afectará de manera menos severa los principios y garantías del proceso penal, en este caso es claro que esa medida existía y que la Sala Constitucional no ha debido trastocar esos principios y garantías para relevar o solapar el incumplimiento de sus obligaciones por parte de los órganos de persecución penal. Definitivamente se podían dar otras alternativas, que ya arriba se señalaron, para solucionar el problema, de hecho mucho menos complicadas, que no afectan los principios, ni relevan de su responsabilidad a las instituciones del Estado.

En lo que respecta a los aspectos prácticos, ya lo señalaron los representantes del Ministerio Público con ocasión de la aclaratoria solicitada a la Sala Constitucional que dio lugar a la sentencia No. 1268 del 14-8-12, en esa oportunidad, plantearon una numerosa lista de interrogantes acerca de cómo debería realizarse el trámite procesal en el caso de que fuera la víctima la que ejerciera la acción penal con prescindencia de la actuación del Ministerio Público. La Sala frente a la solicitud se vio precisada a crear un nuevo trámite procesal ajeno a las disposiciones establecidas en el Código Orgánico Procesal Penal, asumiendo, en nuestro criterio, un papel que no le correspondía, ya que una cosa es interpretar la Constitución y otra reformar y crear procedimientos y trámites legales. Sin duda, es posible hacer cambios en los sistemas procesales, cuando estos representan un avance a favor de los derechos de los justiciables, pero cuando estos cambios se relacionan con los principios que sustentan el sistema de justicia, pareciera más conveniente que se realicen a través del Poder Legislativo, donde se encuentran

representadas la mayoría y las minorías que integran la sociedad, ello vincula esos cambios con los principios democráticos.

Por otra parte, resulta preocupante que en todo este tema, los derechos del imputado no han sido considerados por la Sala, aun cuando constituyen un punto principal dentro del esquema de la justicia procesal penal pues es sobre el imputado que recae todo el peso del poder punitivo del Estado, sin embargo, del texto de las sentencias arriba analizadas no se evidencia que este sujeto procesal y sus derechos hayan sido tomados en cuenta para decidir, sobre todo teniendo en cuenta que cuando la Constitución y la ley colocan la persecución penal en un órgano independiente como se aspira que sea el Ministerio Público, lo que se busca es garantizar al imputado la imparcialidad como elemento esencial en el proceso penal.

Resulta llamativo que la propia Sala en una de las sentencias precursoras del criterio que nos ocupa, la sentencia 1331 del 20-6-02, en la que trata las facultades de la víctima para solicitar antejuicios contra el Presidente y demás altos funcionarios declara:

> Ahora bien, si el antejuicio que incoen los particulares es declarado sin lugar, ello no implica que el Ministerio Público no pueda volver a proponerlo por los mismos delitos, ya que **a este no pueden los particulares obligarlo a actuar contra su voluntad**, debido a que considere que para ese momento no existe el delito o no hay pruebas suficientes del mismo y de quienes son sus autores y participes. (resaltado nuestro)

De manera que, en los casos en los que se encuentran comprometidos los intereses de los altos funcionarios del Gobierno la Sala Constitucional declara que no puede obligarse al Ministerio Público a actuar en contra de su voluntad, mientras que en la práctica si estaría eventualmente obligado a actuar en contra de su voluntad en aquellos procedimientos relacionados con la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una

Vida Libre de Violencia y con el procedimiento ordinario por delitos de acción pública, en los cuales no se encuentra generalmente comprometida la responsabilidad de los funcionarios que ejercen altos cargos públicos, pues de conformidad con el procedimiento creado por la Sala, el Ministerio Público, una vez admitida la acusación de la víctima, debería necesariamente participar en el proceso.

Los criterios de la Sala deben ser coherentes, de manera que a una posición que aspira presentarse como de avanzada en razón de que amplía los derechos de la víctima, debe corresponder un criterio similar en otros casos, ello de acuerdo al principio de igualdad que debe privar en los procesos. Sin embargo, resulta paradójico que la misma Sala Constitucional haya sostenido en otros casos criterios que representan un retroceso hacia los principios del sistema inquisitivo ya superado, por ejemplo, en sentencias 245 del 9-4-14 y 263 del 10-4-14, en procedimientos abiertos en contra de los alcaldes de San Diego, Estado Carabobo y San Cristóbal, Estado Táchira, dio inició a sendos procedimientos de naturaleza evidentemente penal, ya que tenían por finalidad aplicar penas contra los presuntos autores de la comisión de desacato al mandamiento de amparo constitucional cautelar, conducta sancionada con privación de libertad, actuando *motu propio* con prescindencia del ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, en estos casos con evidente relevancia política, la Sala se retrotrajo a los postulados del sistema inquisitivo en el que se confunden en el órgano judicial la facultad de perseguir los hechos ilícitos y de juzgar, sistema superado ya que evidentemente no garantiza al imputado la imparcialidad, pues el mismo sujeto que investiga y acusa, es el que decide. Estas diferencias de criterio, en un caso más acusatorio y en otro marcadamente inquisitivo, parecieran indicar un contenido político en la motivación de las decisiones de la Sala.

Por último y para ser objetivo, debemos señalar que en la Doctrina, Cafferata Nores (2005) expresa un criterio que pudiera considerarse como proclive al de la Sala Constitucional en este tema. En su trabajo sobre el proceso penal y los derechos humanos, considera la sanción al culpable como un derecho de la víctima, por tanto el derecho debe ser protector, prevenir los daños y en caso de que estos se produzcan

proveer a los afectados un remedio institucional, de manera que, el Ministerio Público debe ubicarse del lado de la víctima, representándola. El autor opina que la persecución penal pública no debe desentenderse de la víctima, lo que influye sobre el concepto de exclusividad del Ministerio Público en el ejercicio de la acción, actividad que no puede ser obstaculizada por el ofendido, pero si compartida, e incluso puede desarrollarse autónomamente en los casos en que el Fiscal no inicie la persecución o la concluya de manera discriminatoria. Sin embargo, en nuestro criterio es menester señalar que Cafferata pone el acento en la responsabilidad del Ministerio Público y habla de autonomía de la víctima cuando este no cumpla con su obligación y no para relevarlo de ella por su omisión. Por otra parte, en cuanto a la posibilidad de que la víctima actúe cuando el Fiscal no inicia la investigación o la concluye de manera discriminatoria perjudicial para la víctima, nuestro ordenamiento procesal penal ya prevé la posibilidad para la víctima de querellarse y de impugnar las decisiones que le perjudiquen.

Necesidad del acto formal de imputación.

Nos proponemos analizar en este punto, un tema interesante, se trata de una verdadera creación jurisprudencial, la Sala Constitucional ha establecido la necesidad de la celebración de un acto no previsto dentro del articulado del Código Orgánico Procesal Penal, cuya verificación ha considerado hasta tal punto esencial en la dinámica procesal, que su incumplimiento genera la nulidad de los actos posteriores y aquellos que dependen de él. Se trata del llamado acto formal de imputación.

Como se afirmó, el Código no prevé la celebración de un acto formal de imputación, establece en cambio en su artículo 126 que se denominará imputado a la persona señalada como autor o partícipe de un hecho punible y que ese señalamiento debe efectuarse por un acto de procedimiento ejecutado por alguna de las autoridades que están encargadas de la persecución penal de acuerdo a lo establecido en el Código. De manera pues, que hace falta que se realice un acto de los previstos en la ley dentro del procedimiento penal y que ese acto, sea realizado por un funcionario que tenga autoridad

para ejecutarlo. No es cualquier acontecimiento o actuación la que le puede atribuir el carácter de imputado a un individuo, debe ser un acto del procedimiento establecido en la ley adjetiva penal y debe además ser ejecutado por un funcionario encargado por la ley para la persecución penal, ósea los órganos de investigación y el Ministerio Público.

Ahora bien, hay que preguntarse porque es tan importante que se precise con claridad en que momento una persona asume el carácter de imputado, y la respuesta es que su importancia radica en que una vez que esto ocurra, nacen para ese individuo una serie de derechos y garantías consagrados en la Constitución y las leyes, el más importante en esta etapa inicial del proceso, sin duda, el acceso a las actuaciones que se realizan en la investigación en la cual se ve implicado, pero además, la posibilidad de solicitar al Ministerio Público la práctica de diligencias a fin de esclarecer su situación y el uso de todos los medios de defensa que el imputado considere conducentes a demostrar su inocencia.

Cuando se habla de cualquier acto, la ley no especifica ninguno en particular, la única condición es que sea de los previstos en el procedimiento penal y que sea ejecutado por aquel que tenga competencia para hacerlo. En la práctica puede tratarse de la citación por parte del Ministerio Público para comparecer a rendir declaración en calidad de imputado, esto es, en una condición especial, amparado por el precepto constitucional contemplado en el artículo 49, ordinal 5 de nuestra Constitución, que lo exime de declarar en causa propia y en caso de decidir hacerlo, rendir declaración sin juramento. Cuando el imputado comparece a rendir declaración, el artículo 133 del Código Orgánico Procesal Penal establece que antes de iniciarse su deposición se le debe explicar que su declaración es un medio de defensa, que puede exponer lo que considere conveniente, que se le debe imponer del precepto constitucional que lo exime de declarar en causa propia e igualmente advertirle cuál es el hecho o hechos que se le atribuyen, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar relevantes respecto a la comisión del delito y aquellas que lo sean respecto a la calificación fiscal, las disposiciones legales aplicables al caso y cuáles son los elementos que obran en su contra y que determinan que se le haya imputado por la comisión del hecho punible. Igualmente, cuando el imputado

comparece a declarar ante el Ministerio Público puede pedir que se practiquen en la investigación las diligencias que considere necesarias.

Pero de acuerdo al texto legal, también es posible que el individuo resulte imputado por cualquier otro acto procesal ejecutado por un funcionario con autoridad para ello, por ejemplo, cuando se practica un registro domiciliario en su residencia para tratar de ubicar allí objetos, elementos de convicción o personas relacionadas con el hecho punible, o cuando se acude a una institución bancaria para investigar acerca de las cuentas o inversiones del imputado o cuando se incautan en la institución bancaria, bienes o documentos del señalado que se presumen relacionados con un delito.

El Código Orgánico Procesal Penal en ningún momento habla de un acto formal de imputación, sino de cualquier acto procesal del cual se evidencie que el individuo está siendo investigado. Sin embargo, la Sala Constitucional ha considerado que es necesaria la celebración de un acto formal a fin de garantizar con toda seguridad que el imputado va conocer no solo los derechos que lo asisten sino igualmente cual es el hecho o hechos que se le atribuyen, con todas las circunstancias que lo rodean, las figuras penales que los califican y los elementos de convicción que lo señalan como autor o participe del delito, todo ello con el fin de garantizar su derecho a la defensa, por eso el representante del Ministerio Público debe imponer personalmente al imputado de todas estas circunstancias pues ciertamente solo si efectivamente las conoce podrá desarrollar debidamente su defensa.

Por otra parte, este desarrollo jurisprudencial lo fundamenta la Sala Constitucional, como ya se verá en las sentencias que vamos a analizar, en la garantía procesal contenida en el artículo 49, ordinal 1 de la Constitución, que determina que toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y los medios adecuados para ejercer su defensa. Sin embargo, también sería válido preguntarse si la exigencia de la celebración de un acto no previsto por el Código Orgánico Procesal Penal, eventualmente pudiera atentar contra el principio del debido proceso.

Ahora bien, no ha sido un camino siempre claro el que la Sala Constitucional ha recorrido para definir con toda claridad la oportunidad, los requisitos y las situaciones en las que debe cumplirse el referido acto de imputación formal, ello se evidencia del análisis de los diferentes pronunciamientos emitidos por la Sala en relación a este tema que viene desarrollando jurisprudencialmente desde el año 2002.

El requerimiento de que se celebre este acto, si bien busca garantizar que el imputado este en capacidad de desarrollar plenamente su defensa, sin embargo, en algunos casos se ha convertido en un medio para lograr precisamente lo contrario, pues se ha utilizado ese requisito para retrasar el acceso de la persona señalada como autor o participe de un delito a las actas del proceso y consecuencialmente demorar el ejercicio de su derecho a solicitar diligencias dentro de la investigación.

Efectivamente, se utiliza un razonamiento inverso, que privilegia la formalidad por sobre la justicia, en contra de lo establecido en el artículo 257 de la Constitución, de modo que si la celebración del acto formal de imputación es necesario, entonces no se adquiere la condición de imputado si este no se realiza, por tanto, mientras el acto no se realice no nacen para la persona imputada los derechos y garantías propios de su condición. Se retrasa la realización del acto según los intereses de quien maneja la investigación y con ello se perjudica a quien se aspiraba proteger. Así, una circunstancia de hecho se rodea de formalidades para garantizar derechos, pero esas mismas formalidades sirven para dilatar el acceso al ejercicio de tales derechos.

Igualmente cabe señalar, que si bien en lo que respecta al procedimiento ordinario, el Código Orgánico Procesal Penal no contempla la celebración del acto de imputación al cual nos estamos refiriendo, sin embargo, en el procedimiento especial para los delitos menos graves que se introdujo en la reforma de 2012, se prevé de conformidad con lo previsto en el artículo 356, primer aparte, que en la audiencia de presentación del imputado, que ha sido citado a comparecer ante el tribunal de control municipal que es el competente para conocer de este procedimiento, debe realizarse el acto de imputación.

Si bien son abundantes las sentencias de la Sala Constitucional que se pronuncian en relación a este tema, hemos seleccionado aquellas más representativas del criterio que guía la consagración por vía jurisprudencial del llamado acto formal de imputación.

En el año 2002, la Sala Constitucional, mediante sentencia No. 1636 del 17-7-02 deja sentado que en la fase investigativa del proceso, la imputación puede provenir de la presentación de una querella o de actos de investigación que de manera inequívoca señalen como autor o partícipe a una persona. "No se requiere de un auto declarativo de la condición de imputado, sino de cualquier actividad de investigación criminal, donde a una persona se la trata como presunto autor o partícipe."

En esta sentencia la Sala se refiere al caso en el que una persona solicite ser investigada, en virtud de que públicamente ha sido señalado como autor o participe de un delito, en este caso el criterio de la Sala es que salvo en el caso de una querella presentada por una persona que se considera víctima ante el órgano competente, solo la autoridad encargada de la pesquisa determina la condición de imputado, de manera que la solicitud personal de ser investigado no le confiere al solicitante la condición de imputado. Y aunque la ley no establece de manera expresa el derecho a solicitar al Ministerio Público que declare si se es o no imputado, para la Sala este derecho existe como una derivación del derecho a la defensa. "A juicio de esta Sala, cuando hay hechos concretos contra alguien, a pesar de que se estén investigando, la persona tiene el derecho de solicitar conocerlos, y la existencia de tales hechos, de la misma naturaleza que los de las denuncias, equivalen a imputaciones."

La conclusión es que una persona puede considerarse imputada cuando el órgano de investigación le reconoce esa condición, pero también cuando no le responde de manera concreta y definida sobre cual es su condición en la investigación, ya que en esa situación tácitamente está admitiendo que se le está investigando, dado el derecho que tiene todo individuo de que se le informe de los cargos en su contra.

Posteriormente, en el año 2008, por sentencia No. 1901 del 1-12-08 la Sala Constitucional establece que en los casos de flagrancia, esto es cuando la persona ha sido sorprendida cometiendo el delito o a poco de cometerlo, la imputación se cumple en el acto de presentación del detenido ante el Juez de Control, pero si a raíz de este acto se acuerda seguir el procedimiento ordinario en lugar del especial previsto para los casos de flagrancia, es necesario que el Ministerio Público celebre un nuevo acto en el que nuevamente se cumpla con los requisitos de la imputación.

En el caso en cuestión, el imputado fue aprehendido en flagrancia y presentado ante el juez de control donde se le informó de sus derechos y acerca del delito que se le atribuía con todas las circunstancias relevantes y las evidencias que obraban en su contra, sin embargo, el Fiscal solicitó que en lugar de continuar con el procedimiento abreviado de la flagrancia se aplicara el procedimiento ordinario que permite seguir investigando para recabar elementos suficientes para esclarecer los hechos, vez concluida la investigación el Fiscal procedió a acusar al imputado sin que antes lo hubiera llamado para cumplir nuevamente con las formalidades del acto de imputación.

En criterio de la Sala era obligación del Ministerio Público volver a llamar al imputado antes de presentar la acusación en su contra para que declarara como tal en su presencia y cumplir con los requisitos del llamado acto de imputación, al no hacerlo violó sus derechos y garantías constitucionales. Ósea que en un procedimiento tramitado de acuerdo a la normativa prevista para los casos de flagrancia, el acto de imputación se cumple en la audiencia de presentación ante el juez de control una vez aprehendido el imputado, mientras que en el procedimiento ordinario, el acto debe celebrarlo el Fiscal del Ministerio Público durante la etapa de investigación antes de presentar el acto conclusivo de la acusación.

Luego en el año 2009 en sentencia con carácter vinculante No. 276 del 20-3-09 la Sala Constitucional se pronuncia acerca de la forma en que debe cumplirse el acto de imputación, el cual implica atribuirle a una determinada persona física la comisión de un

hecho punible, siendo el presupuesto necesario para ello, que existan indicios racionales de criminalidad contra tal persona.

> …el acto de imputación tiene las siguientes funciones: *a)* determinar el elemento subjetivo del proceso; *b)* determinar el presupuesto de la acusación, por lo cual, no podrá ejercerse acusación contra una persona si ésta no ha sido previamente imputada; y *c)* ocasiona el surgimiento del derecho a la defensa en cabeza del encartado, es decir, la práctica de la imputación posibilita un ejercicio eficaz del derecho a la defensa.

La Sala actúa sobre la base de que solo si el imputado conoce los cargos puede dar contestación a la imputación presentada en su contra. Este acto en criterio del órgano judicial, no necesariamente debe celebrarse en la sede del Ministerio Publico, en el caso en cuestión, se había celebrado en el tribunal de control en la oportunidad de la audiencia de presentación en razón de una aprehensión en flagrancia. Esa audiencia ante un juez encargado dentro del proceso de velar por el cumplimiento de los derechos y garantías en la fase de investigación, resulta un acto de procedimiento idóneo para imputar al detenido, de manera que surte los mismos efectos que si se celebrara en la sede del Ministerio Público.

> Visto ello, esta Sala considera, y así se establece con carácter vinculante, que la atribución -al aprehendido- de uno o varios hechos punibles por el Ministerio Público en la audiencia de presentación prevista en el artículo 373 del Código Orgánico Procesal Penal, constituye un acto de imputación que surte, de forma plena, todos los efectos constitucionales y legales correspondientes, todo ello con base en una sana interpretación del artículo 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se establece.

También en el año 2009, se dictó sentencia No. 1381 de fecha 30-10-09, nuevamente la Sala Constitucional le atribuye carácter vinculante a su pronunciamiento,

en este caso, la materia a la que se refiere la sentencia es la audiencia de presentación que se efectúa ante un Juez de Control una vez que un individuo es aprehendido no en virtud de una situación de flagrancia, sino en virtud de orden judicial de detención emitida en su contra. La Sala considera que en este acto se cumplen los requisitos necesarios del acto de imputación y además que, el Ministerio Público puede solicitar la aprehensión del sospecho sin que sea necesario que previamente se haya celebrado el acto de imputación formal.

La Sala explica de qué distintas maneras en el procedimiento penal ordinario puede verificarse el acto formal de imputación. Ante el Fiscal del Ministerio Público o ante el Juez de Control con la presencia del Fiscal. En el primer caso, se puede dar, bien porque el sospechoso es citado a declarar ante el Ministerio Público o porque se presenta espontáneamente. En el segundo caso, se verifica el acto de imputación cuando la persona detenida en virtud de orden judicial es presentada ante el juez a tenor de lo establecido en el artículo 44 ordinal 1 de la Constitución, en el acto previsto antes en el artículo 250, actualmente en el 236 del Código Orgánico Procesal Penal, en este caso, el Fiscal debe comunicarle al detenido en ese mismo acto el hecho que se le atribuye e imponerlo de sus derechos.

> Visto lo anterior, esta Sala considera, y así se establece con carácter vinculante, que la atribución de uno o varios hechos punibles por el Ministerio Público en la audiencia de presentación prevista en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, constituye un acto de imputación que surte, de forma plena, todos los efectos constitucionales y legales correspondientes, todo ello con base en una sana interpretación del artículo 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; igualmente el Ministerio Público puede solicitar una orden de aprehensión contra una persona, sin que previamente ésta haya sido imputada por dicho órgano de persecución penal.

Vale igualmente la pena referirnos a la sentencia No. 207 de la Sala Constitucional, con fecha 9419, en la que se destaca la necesidad de que en el acto de imputación este presente el defensor del imputado y en la que resulta muy importante el voto concurrente que allí se estampa en el que el magistrado ratifica un criterio ya antes expresado en sentencia 652 del 24-4-08. En ese voto concurrente el magistrado resalta la necesidad de que se notifique al imputado inmediatamente que aparezca señalado en la investigación para que ejerza efectiva e inmediatamente su derecho a la defensa, de manera que el Fiscal debe imputar desde el inicio de la investigación y no esperar que esta culmine para hacerlo Igualmente expresa el concurrente que no es necesario solicitar la detención del imputado cuando este no comparece, ya que se puede hacer uso del mandato de conducción previsto en el artículo 292 del Código Orgánico Procesal Penal, que permite a las autoridades policiales conducir hasta por ocho horas a la persona requerida hasta la sede del Ministerio Público, para quedar en libertad una vez rinda declaración.

De manera que tenemos una línea jurisprudencial que establece la necesidad indeclinable de celebrar en el proceso penal un acto de imputación formal que no esta contemplado en la ley, acto que tiene la finalidad de garantizarle al imputado el conocimiento de los hechos que se le atribuyen con todas las circunstancias relevantes en cuanto tiempo, modo y lugar, así como los elementos que lo inculpan en la ejecución de dicho delito y calificación jurídica de los hechos, así mismo, conocer todos los derechos que lo asisten dentro del proceso y las alternativas procesales que prevé la ley. Igualmente establece la jurisprudencia que este acto puede verificarse de diferente manera según se trate de un procedimiento en flagrancia o un procedimiento ordinario y que puede celebrarse tanto en la sede el Ministerio Público como en el despacho del Juez de Control, siempre que estén presentes el Fiscal del Ministerio Público y el defensor del imputado.

El problema es que al someterse a la celebración de un acto formal de imputación la asunción de la condición de imputado, se condiciona el acceso a las actas del proceso y por tanto el ejercicio al derecho a la defensa, de forma que se retrasa el conocimiento de las actas de la investigación que se le sigue en contra del imputado.

Esta jurisprudencia que evidencia una finalidad positiva ya que lo que se busca es que el imputado este suficientemente informado de los hechos que se le imputan y de los elementos que lo señalan como autor o participe del delito, además de conocer plenamente los derechos que lo asisten, puede sin embargo, usarse para manipular la situación en perjuicio de aquel al que se quería favorecer. De manera que, si en la residencia de alguno se realiza un allanamiento en busca de objetos activos o pasivos relacionados con el delito, con lo que evidentemente puede sentirse imputado de la comisión de una conducta punible, sin embargo, hasta tanto el Ministerio Público no lo cite a declarar en su despacho para cumplir con los requisitos establecidos en la ley, esa persona no podrá tener acceso a las actas de la investigación, ni conocer los detalles del delito por el que se le investiga, con lo que evidentemente se causa un grave perjuicio a la persona del imputado.

Este asunto, referido a la oportunidad en que debe celebrarse el acto de imputación, al inicio de la investigación, una vez que aparezcan elementos en contra del sospechoso, y no esperar para hacerlo ya cuando este cercano el momento de emitirse el acto conclusivo, con lo que se retrasa el ejercicio del derecho a la defensa del imputado, si bien no ha sido objeto de un criterio mayoritario y concluyente de la Sala Constitucional, si ha sido tratado en votos concurrentes, que señalan la obligatoriedad del representante del Ministerio Público de hacerlo inmediatamente al iniciarse la investigación en contra del individuo.

Tan real es el problema, que el propio Despacho del Fiscal General de la República a través de su Dirección de Revisión y Doctrina, se ha pronunciado al respecto. En efecto, en la Doctrina del Ministerio Público del año 2011, específicamente, con fecha 15-3-11, produjo dictamen con ocasión de la actuación de un Fiscal que emitió boletas de citación a varios imputados en fecha 23 de julio de 2008 para que se verificará el acto de imputación en fecha 15 de octubre de 2008, esto es tres meses después de la citación y no solo eso, sino que no habiéndose celebrado efectivamente el acto en la fecha fijada por el representante fiscal, difirió su celebración librando nuevas boletas de citación seis meses

después, el día 2 de abril de 2009, fijando entonces para el día 23 de mayo de 2009, una vez transcurridos dos meses, la celebración del acto, eso quiere decir que en total transcurrieron diez meses para que los imputados fueran impuestos de la imputación fiscal, lo que llevó a la Dirección de Revisión y Doctrina a considerar que la actuación fiscal resultaba incongruente con la finalidad que persigue el acto de imputación. Emitiendo entonces la siguiente máxima:

> Una vez que el Ministerio Público advierte que existen suficientes elementos de convicción que señalan a una persona como autora o partícipe de un hecho punible, está en la obligación de celebrar de modo oportuno el acto formal de imputación, pues se entiende que dicha formalidad no solo busca garantizar la idoneidad en el desarrollo de la fase investigativa del sistema penal acusatorio, sino que brinda la oportunidad al imputado de solicitar la práctica de cualquier diligencia probatoria que desvirtúe su supuesta participación en la comisión del hecho criminal.

Ello quiere decir que durante todo ese lapso de tiempo los imputados no solo no tuvieron acceso a las actas de la investigación que se realizaba en su contra, sino que igualmente les estuvo vedado solicitar la práctica de diligencias, con lo que simplemente se les impidió ejercer el derecho a la defensa consagrado en la Constitución y todo ello, sobre la base de que debía celebrarse un acto formal que estaba destinado a garantizar ese derecho, pero que por el contrario, en la práctica sirvió para impedirlo.

Analizando los requisitos formales que deben cumplir las restricciones de un derecho, encontramos que la regulación debe ser precisa y clara, de manera que aquellos a los que afecta la disposición, en este caso el criterio jurisprudencial, puedan tener certeza acerca del modo y condiciones de su realización, con lo que se permite el control adecuado de su verificación por parte de los funcionarios encargados de su ejecución.

Ello, como lo señala Casal (2006) “hace previsibles las medidas que pueden adoptar las autoridades judiciales o administrativas” sobre la esfera de libertad de los

afectados. En el caso que nos ocupa, el criterio de la Sala Constitucional pareciera no haber sido lo suficientemente claro y preciso, lo que ha dado lugar a que se haga uso de su regulación en un sentido contrario a aquel para el cual fue concebido.

Debemos concluir entonces, que si bien este desarrollo del derecho a la defensa del imputado en el proceso penal, a través de los criterios interpretativos de la Sala Constitucional pudo tener su fundamento en una pretendida ampliación para su garantía, sin embargo, dada la forma en que se ha aplicado en la práctica, el resultado, más bien ha sido el de una restricción por vía jurisprudencial al pleno ejercicio de la defensa del imputado en el proceso penal, todo ello en base a una insuficiente por imprecisa regulación del derecho fundamental por parte de la Sala Constitucional.

Capítulo V

Valoración de la actuación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la configuración de los principios y garantías constitucionales del proceso penal venezolano

No debe sorprendernos que la Sala Constitucional haya sido tan prolífica emitiendo criterios en la materia procesal penal, varias son las circunstancias que lo justifican. En primer lugar, el proceso penal viene a ser la más poderosa herramienta con la que cuenta el Estado para controlar a los ciudadanos, como acertadamente lo han señalado Maier (1998) y Binder (1999), el poder punitivo del Estado representa la más temible de las amenazas para los individuos porque eventualmente podría comprometer uno de sus bienes más preciados, la libertad. Este carácter del proceso penal puede incluso dar lugar a que el Gobierno lo convierta en un arma para controlar a sus adversarios políticos, lo que resulta definitivamente reprobable y despoja de legitimidad la justicia penal.

Este carácter de control eficaz, es lo que definitivamente vincula al derecho procesal penal con la política, tanto es así, que el proceso penal siempre será el reflejo del tipo de gobierno con el que cuenta un país. En un régimen democrático el proceso penal será primordialmente garantista, en un régimen autoritario será represivo.

Por otra parte, no debe olvidarse que nuestro actual sistema procesal penal tiene su origen en una profunda reforma que sustituyó un sistema preponderantemente inquisitivo, en el que lo importante era garantizar el poder del Estado, y se impuso uno predominantemente acusatorio, que coloca en primer lugar los derechos de las personas implicadas en el proceso, sea el imputado, la víctima o los terceros que aportan sus conocimientos a la búsqueda de la verdad. Esta reforma legislativa es preconstitucional, pues el nuevo Código Orgánico procesal Penal se promulgó en el año 1998, antes que se operara un cambio político en el país, que propició la aprobación de una nueva Constitución. Esta circunstancia, pareciera haber provocado desconfianza y sospecha en los nuevos operadores de justicia respecto al novedoso sistema procesal penal, ello a

pesar de que, desde el año 2000, el Código Orgánico Procesal Penal ha sufrido numerosas reformas, la última del año 2012, incluso efectuada por el propio Poder Ejecutivo, mediante Decreto Ley, dictado en base a ley habilitante conferida al Presidente de la República por el Poder Legislativo.

El nuevo proceso penal impone un sistema sobre la base del respeto a los derechos fundamentales que trata de adecuar la realidad venezolana al modelo que corresponde a un moderno estado democrático y que por esa misma razón, ha recibido críticas de aquellos que se resisten al cambio por considerarlo excesivamente garantista, lo que se ha materializado en sucesivas reformas todas estas dirigidas a recortar las garantías que allí se consagran. En efecto, habiéndose aprobado en el año 1998 y entrado en vigencia en 1999, el código ha sido reformado en 2000, 2001, 2006, 2008, 2009 y 2012, con lo cual podría pensarse que ya se encuentra adecuado a los criterios jurídicos que se manejan dentro de la tendencia política que actualmente detenta el poder. A pesar de ello la Sala sigue considerándolo preconstitucional.

La reforma buscó entre otras cosas democratizar el proceso penal, por una parte distribuyó entre los distintos sujetos del proceso los poderes que en él se desarrollan, el poder de juzgar se le atribuye al juez, el de acusar al fiscal y el de defender al imputado, con lo que se buscó propiciar el control reciproco. Por otra parte, el legislador le imprimió democracia al proceso mediante la participación ciudadana. Si la Constitución en su artículo 6 establece que en Venezuela el gobierno es participativo, esa participación se hace realidad en el proceso penal mediante la constitución de tribunales mixtos que permiten que los ciudadanos concurran a la administración de justicia. No podemos perder de vista que la definitiva eliminación de esta forma de participación ciudadana la propició la jurisprudencia de propia Sala Constitucional, y que ella significaba en la práctica, que el proceso penal como poderosa arma de control, ya no estaba exclusivamente en manos del Poder, sino que este se veía obligado a compartirla con los ciudadanos, con lo que indudablemente la intensidad de su control se reducía.

La distribución entre los diversos sujetos procesales de los poderes de juzgar, acusar y defender, constituye una de las más marcadas diferencias con el sistema inquisitivo que se sustituyó, pues determinó un cambio muy importante que todavía parece no haber sido asimilado por algunos funcionarios del Estado. En este sistema los jueces no tienen iniciativa para ordenar la apertura de un proceso, solo intervienen cuando son requeridos por las partes en el proceso, no les toca ejercer la acción penal que se deposita en otro órgano del Estado, el Ministerio Público, que en razón de las atribuciones que la propia Constitución de confiere, debería contar con la más absoluta imparcialidad e independencia.

En nuestro criterio, la descentralización del poder que propicia el nuevo sistema y que se opone de manera tan frontal a los principios que privaban en el sistema inquisitivo que imperaba en el país antes de la reforma, junto con las razones arriba señaladas, entre otras, ha sido motivo para la intervención tan intensa y frecuente de la jurisdicción constitucional en la materia procesal penal, la Sala Constitucional además ha hecho un uso excesivo del carácter vinculante de sus criterios para restringir los derechos e interferir en los trámites procesales, a veces desdibujando los principios rectores de nuestro actual sistema procesal penal.

El protagonismo que la propia Constitución le atribuye a la Sala Constitucional debe reconocerse y respetarse, sin embargo, la labor que desarrolla, requiere un uso prudente del poder, entre otras cosas, porque la sociedad demanda de la administración de justicia seguridad y estabilidad y sus frecuentes cambios de criterio, a veces contradictorios, no se la proporcionan. Así lo manifestó en una oportunidad, incluso uno de los magistrados de la Sala, quien lo dejó sentado en un voto salvado:

> Como colofón, quien suscribe el presente voto debe advertir que el cambio de criterio adoptado por la mayoría sentenciadora, no resulta cónsono con la estabilidad y uniformidad que necesariamente debe tener el cuerpo de jurisprudencia de esta Sala (máximo intérprete de la Constitución). De este modo, los virajes interpretativos como el que se ha efectuado en el fallo

> del cual se discrepa, podrían generar repercusiones negativas en la seguridad jurídica. (Sentencia de la Sala Constitucional No 1768 del 23-11-11)

Para abundar en nuestras conclusiones, resulta conveniente acudir a la opinión de los más reconocidos tratadistas en la materia procesal penal, por ejemplo Roxin (2000) afirma que el proceso penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado y se explica:

> De todas las intervenciones estatales en el ámbito de libertad del individuo, la pena representa la medida más grave y, por ello también la más problemática. A menudo, su imposición significa un menoscabo total del interés por la libertad del autor penal en favor del interés de seguridad de la generalidad. Dado que, por ello, en el procedimiento penal entran en conflicto los intereses colectivos e individuales entre sí con más intensidad que en ningún otro ámbito, la ponderación de esos intereses establecida por la ley, resulta sintomática para establecer la relación entre Estado e individuo genéricamente vigente en una comunidad: ¡el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado! Reside en ello su actualidad política, la cual significa, al mismo tiempo, que cada cambio esencial en la estructura política (sobre todo una modificación de la estructura del Estado) también conduce a transformaciones del procedimiento penal. (p. 10)

Por eso es, que resulta tan importante que los funcionarios que ejercen la jurisdicción penal estén dotados de especiales características ya que están en una muy particular y delicada posición, dada la jerarquía de los valores y principios que manejan en el desempeño de sus funciones. No debemos olvidar que cuando los magistrados que conforman la Sala Constitucional se ocupan de la materia penal asumen una función que requiere de esas especiales características, por tanto, no les es permitido dejarse llevar por sus particulares creencias o valores, así lo afirma el maestro Luigi Ferrajoli (1998) en su teoría del garantismo penal, cuando se refiere al tema de la obediencia a las leyes:

> Los jueces penales, en particular, no son libres de orientarse en las decisiones según sus personales convicciones morales, sino que, por el contrario, deben someterse a las leyes aun cuando pudieran hallarse en contraste con tales convicciones. Al menos en principio, la ética formalista es precisamente su ética profesional, que les impide anteponer o superponer al derecho su moralidad sustancial y subjetiva en cuanto ésta, al exteriorizarse en el ejercicio de un poder, es arbitrio y abuso para quien la padece.

En nuestra investigación se tocan cinco temas de vital importancia dentro del proceso penal en los que la Sala Constitucional ha producido criterios de tal relevancia, que en algunos casos su criterio ha sido acogido por el legislador, lo que ha dado lugar a la reforma del Código Orgánico Procesal Penal. El valor de la jurisprudencia de la Sala como fuente de derecho en el proceso penal venezolano es indiscutible, otra cosa sin embargo, es el resultado que la valoración de sus intervenciones en esta materia merece.

En cuanto al principio de la Participación Ciudadana hay que dejar constancia de que la Sala Constitucional eliminó una de las más importantes instituciones incorporadas en la reforma del proceso penal, la posibilidad de que los ciudadanos participaran en la conformación de los tribunales estaba destinada a democratizar la administración de justicia, así como a contribuir a su transparencia y legitimidad. Como quedo detalladamente explicitado en el punto correspondiente, este cambio no fue entendido ni aceptado por los miembros del Supremo Tribunal, que ya desde la presentación del proyecto del nuevo Código Orgánico Procesal Penal criticaron la institución. El criterio de la Sala fue acogido por el legislador quien reformó la ley y hoy en día, la participación ciudadana dentro del proceso quedo limitada al seguimiento por parte de los consejos comunales del cumplimiento de alguna de las alternativas a la prosecución del proceso y el cumplimiento de la pena.

En lo que respecta al Derecho a la Libertad, la Sala Constitucional en sucesivas sentencias amplió los motivos por los cuales la duración de la privación de libertad durante el proceso, que de acuerdo a la propia Constitución debería ser excepcional, no está sometida a límites temporales, contrariando así el principio de progresividad de los derechos humanos. Igualmente la Sala respaldó, por no considerarla inconstitucional, la reforma legislativa que confiere efecto suspensivo a la impugnación de la orden de libertad decretada por el juez de control, ello en franca y clara violación de la norma constitucional que determina que ninguna persona puede continuar detenida después de dictada una orden de excarcelación por la autoridad competente.

En relación a la llamada Doble Conformidad, que determina que no puede admitirse recuso alguno contra la segunda sentencia absolutoria dictada en un nuevo juicio verificado en el proceso penal. Como arriba en este trabajo se analizó en detalle, la Sala Constitucional intervino para establecer un criterio al que le confirió efecto vinculante, para exigir que para que esta institución proceda, se hace necesario el cumplimiento de un cúmulo de requisitos procesales, que incluso según la opinión de un magistrado de la Sala de Casación Penal son excesivos, con lo que eventualmente pudiera lesionarse la presunción de inocencia, principio de rango constitucional. Frente a la norma legal que establece la Doble Conformidad y que la propia Sala considera ambigua, se deja de lado la interpretación restrictiva de las normas que restringen la libertad y se asume una posición que privilegia los derechos del acusador, básicamente los del Estado representado por el Ministerio Público.

La naturaleza de la fase intermedia del proceso y las facultades de los sujetos procesales en esta etapa del proceso, también ha sido tratada por la Sala, que al respecto ha emitido con carácter vinculante varios criterios contradictorios y está actualmente desarrollando una línea jurisprudencial que desnaturaliza el principio de oficialidad y legalidad procesal que rigen el proceso penal al considerar que la víctima puede ejercer la acción penal en los delitos de acción pública con prescindencia de la actuación del Ministerio Público. Ello a pesar de que la propia Constitución le confiere al Ministerio Público la facultad-deber de ejercer la acción en los procesos penales cuando se

relacionan con la comisión de delitos de acción pública, y que debido a esta jurisprudencia, pareciera que queda relevado de su responsabilidad. Ello a pesar de que el fin que según la propia Sala Constitucional persigue en este caso, es evitar la impunidad generada por al retraso de los procesos y que esta injustificada dilación puede evitarse mediante la implementación de medidas menos gravosas y que no afectan los principios rectores del proceso. De manera pues, que en este caso en particular, el criterio de la Sala no cumple con el requisito de necesidad de la medida, pues sometida a ponderación la decisión tomada no guarda proporcionalidad con la afectación que se hace de los principios que fundamentan el sistema procesal penal venezolano.

Igualmente, la Sala Constitucional ha establecido mediante una abundante jurisprudencia el criterio según el cual es obligatorio que en el proceso penal se celebre un acto formal de imputación, que no está previsto en la ley, y en el cual, al sospechoso de la comisión de un delito se le impone de los hechos que se le imputan, de los derechos que le asisten y las alternativas procesales con las que cuenta, ello con el fin de garantizarle el ejercicio de su derecho a la defensa. Este, criterio indudablemente representa un importante y positivo aporte dentro de la dinámica procesal penal ya que está destinado a garantizar de manera efectiva el desarrollo del derecho a la defensa por parte del imputado, sin embargo, la necesidad de celebración de este acto ha sido utilizada por el Ministerio Público como una herramienta para retrasar el acceso del imputado y su defensor a las actas del proceso y consecuencialmente y contrario al fin perseguido por la jurisprudencia de la Sala, entorpecer el ejercicio del derecho a la defensa del imputado, ello debido a una insuficiente precisión de la regulación por parte de la Sala Constitucional que no establece la obligatoriedad por parte del Fiscal de una pronta y oportuna celebración de dicho acto, cuya realización se retarda, entorpeciendo de ese modo la defensa del imputado.

Todas estas situaciones han sido analizadas detalladamente en el presente trabajo y arrojan una valoración poco satisfactoria de la actuación de la Sala Constitucional en la configuración de los principios y garantías constitucionales del proceso penal, lo que no quiere decir que se pretenda desconocer su papel de creadora de derecho, por lo contrario

afirmamos que la jurisdicción constitucional es la más clara garantía del efectivo respeto de la normativa constitucional en el ámbito del derecho procesal penal, pero como ya lo hemos expresado, se trata de una labor que demanda objetividad y prudencia y que debe realizarse sobre la base de criterios de interpretación jurídicos sin dejarse llevar por criterios políticos o ideológicos.

Como claramente lo señala Zagrebelsky (2000) al referirse a como las transacciones que se dan dentro de los procesos políticos pueden dejar de lado los valores de la Constitución.

> Eso no contribuye sino a subrayar aún más claramente las responsabilidades indeclinables de la jurisprudencia y, particularmente, de la constitucional, en la obra de defensa y actualización de la Constitución: un empeño posible, con la condición de que se sustraigan a la tendencia general de la mediación de los intereses, cuando están en juego los valores constitucionales. (p.92)

Cuando la justicia constitucional asume el reto de darle vigencia y efectividad a los valores y principios fundamentales dentro del proceso penal, se enfrenta a la necesidad de lograr un equilibrio entre la efectividad del orden jurídico y las garantías de los ciudadanos, para ello se hace indispensable fijarle límites al poder. Esta labor es compleja y demanda un uso prudente de las facultades que la Constitución le confiere en nuestro país a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, pero sobre todo le impone una premisa fundamental como lo afirma Binder (1999) ”impedir un uso arbitrario o desmedido de la coerción penal”

Conclusiones

En el presente trabajo hemos procurado realizar una investigación exhaustiva de la teoría de la Constitución y de la justicia constitucional para profundizar en la doctrina a través de los más respetados tratadistas dedicados a estos temas, en el área del derecho comparado hemos estudiado los más importantes sistemas de justicia constitucional, todo ello con el fin de hacernos con una importante y sólida base teórica y conceptual que nos sirva de fundamento para el análisis del problema que nos hemos planteado como objeto del presente trabajo, la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como fuente de derecho en el proceso penal.

Hemos indagado acerca de la naturaleza de la norma constitucional, resaltando su supremacía y apertura como valores esenciales del estado democrático, también hemos estudiado las fuentes de la Constitución y a ella misma, como fuente de Derecho Constitucional. En cuanto a la jurisdicción constitucional, nuestra investigación nos ha afirmado en la idea esencial de que a ella le corresponde garantizar la supremacía constitucional, mediante el control de los órganos del Estado, pero también mantener un orden abierto que le permita a la norma fundamental adaptarse a la cambiante realidad haciendo posible su permanencia. En este mismo sentido, la Constitución debe ser un escenario abierto para desarrollar las legítimas aspiraciones de los individuos y la afirmación de su carácter normativo se constituye en la base del constitucionalismo moderno. De manera que la Constitución es la base del ordenamiento jurídico y a la vez, la medida de la interpretación de todas las normas que lo conforman.

Hemos analizado los más importantes sistemas de justicia constitucional y constatamos sus diferencias y similitudes, estableciendo como en cada uno de ellos se valora la jurisprudencia de los tribunales constitucionales. Hemos comprobado como el sistema norteamericano se caracteriza por un control difuso de la constitucionalidad que corresponde a todos los jueces que integran el sistema judicial, quienes se pronuncian acerca de la constitucionalidad de las normas cuando les toca conocer los casos particulares, sin que estén previstos procedimientos especiales para el trámite de estos

asuntos, en cuanto a las decisiones de los jueces verificamos que tienen efecto entre las partes del caso en cuestión, pero adquieren el rango de precedente, lo que determina que el criterio en ellas contenido debe aplicarse a todos los casos que presenten las mismas características. Respecto a las funciones de la Corte Suprema en este sistema, ha quedado evidenciado que le corresponde garantizar la integridad de las normas, así como la de las leyes federales y los tratados celebrados por la Nación, igualmente que tiene la potestad de elegir discrecionalmente los casos en los que interviene, basando su selección en aquellos que se refieren a cuestiones cuya resolución trasciende los hechos y las personas involucradas.

Igualmente hemos constatado como cuando nos referimos al sistema europeo continental de justicia constitucional no podemos hablar de un solo modelo judicial, sino que por lo contrario nos encontramos con diferentes modos de ejercicio del control constitucional por parte de los tribunales, en primer lugar al modelo kelseniano que funcionó en Austria de 1920 a 1933, y que aún continua vigente en Francia donde se instauró en 1958 y en segundo lugar, al modelo actual que impera en la mayoría de los estados europeos y que representa al moderno constitucionalismo que se basa en el reconocimiento de que el poder está limitado y la libertad personal reconocida y que si bien surge después de la Segunda Guerra Mundial, acoge el modelo kelseniano en cuanto crea un tribunal constitucional dotado de autonomía e independencia respecto de los demás poderes incluso del judicial, al que le corresponde en exclusiva el control constitucional, existiendo en algunas legislaciones un trámite que hace posible que los jueces ordinarios al observar alguna situación que pudiera comprometer la constitucionalidad del asunto, puedan dirigirse al órgano especializado para que se pronuncie al respecto.

En lo referente al sistema venezolano de justicia constitucional hemos estudiado como su actual conformación que contempla tanto el control difuso como el concentrado de constitucionalidad, si bien representa una novedad en cuanto a la creación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como máximo y último interprete de la Constitución, sin embargo, tiene en nuestro país interesantes precedentes históricos.

Además, estudiamos como dentro de los países iberoamericanos podemos encontrar un modelo de justicia constitucional con una serie de peculiaridades que le dan identidad propia, lo que ha llevado a algunos a hablar de un modelo iberoamericano autónomo de justicia constitucional, mientras que otros piensan que se trata simplemente de la mezcla de los modelos norteamericano y kelseniano.

Examinamos el moderno concepto de Bloque de Constitucionalidad, cuyo contenido aún no se encuentra definitivamente definido, pero que en todo caso, hace referencia a ciertas normas que aun cuando no están incluidas en la Constitución, tienen tal jerarquía que su violación tiene como consecuencia la nulidad de las leyes que las contrarían por inconstitucionalidad.

En el tema referente a la configuración de los criterios orientadores de la jurisprudencia constitucional, conocimos y estudiamos diferentes métodos interpretativos aplicados a esta disciplina que se encarga de completar a la norma jurídica, lo que convierte al intérprete en un verdadero creador del derecho. La particularidad de las normas constitucionales y las características de la labor que realiza la justicia constitucional impone actuar de manera racional y alejarse de la arbitrariedad, haciendo uso de criterios estrictamente jurídicos.

En el mismo tema de la interpretación profundizamos en el Principio de Proporcionalidad y constatamos su indiscutible relevancia en la labor que realiza el Tribunal Constitucional, lo que convierte su aplicación en exigencia necesaria para el análisis de las limitaciones y restricciones de los valores y principios constitucionales. Conocimos las discusiones surgidas en la doctrina en relación a las críticas que se le hacen a la ponderación, ya que hay quien estima que dentro de su naturaleza hay una gran carga de discrecionalidad, por lo que existe el peligro de que los juicios pueden verse afectados por criterios extrajurídicos, por concepciones particulares o por intereses políticos o de un determinado grupo de la sociedad, de allí que, el juez que hace uso de este método debe abandonar el exceso de subjetivismo y actuar de manera imparcial dejando a un lado sus propios intereses o los de los grupos que le son afines, para

comportarse como un verdadero árbitro que pone por delante los intereses superiores del bien común y la justicia, dejando sentado no solo las razones por las que da preeminencia a un principio, sino igualmente justificando las razones por las cuales es legítimo dejar a un lado otro u otros principios constitucionales

En cuanto al tema de los derechos fundamentales cuyo reconocimiento es el rasgo distintivo del estado democrático moderno, investigamos lo que dice la doctrina acerca de su ámbito protegido y la posibilidad de su intervención, y como para determinar la legitimidad de dichas intervenciones, se han sistematizado los requisitos formales y materiales que debe cumplir toda restricción que afecte derechos fundamentales. Igualmente, estudiamos como la interpretación que se hace en esta materia tiene límites infranqueables para los órganos del Poder Público que la realizan, pues no puede estar guiada por los solos criterios personales del intérprete. Llegamos a la conclusión de que los límites más determinantes para el intérprete son los principios y valores que sirven de base a la Constitución, ya que si afirmamos su supremacía, entonces, en el plano jurídico toda interpretación debe estar sometida a su normativa, de allí que no puede pretender el intérprete darle una significación que desconozca los valores y principios que sustentan la norma constitucional sin traicionarla. Igualmente afirmamos que el intérprete no puede ignorar los límites que representan el principio democrático y la igualdad, de manera que toda interpretación que los desconozca debe reputarse ilegítima y consecuencialmente viciada de nulidad.

Examinamos el carácter vinculante que se atribuye a las interpretaciones que realiza la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia respecto a los valores y principios constitucionales, como un rasgo que deriva de su jerarquía y que está destinada a brindar seguridad jurídica e igualdad dentro del sistema de administración de justicia. Además, como este efecto vinculante resulta requisito indispensable para que los criterios de la Sala Constitucional puedan convertirse en normas de derecho. Constatamos que este efecto vinculante se desprende de la propia Constitución y verificamos como lo concibe y circunscribe nuestro texto constitucional, así mismo investigamos cuál ha sido la tendencia de la Sala Constitucional al considerarlo y aplicarlo, concluyendo que ha hecho

del mismo un uso excesivo, confiriéndoselo a asuntos y criterios a los que no le corresponde, con la consecuencia de que la Sala ha fijado conceptos preestablecidos que se imponen por encima de la realidad de los hechos objeto del proceso.

Una vez concluida esta primera parte de la investigación, que constituye la base conceptual que nos permite realizar un objetivo y debidamente fundamentado análisis de la labor del máximo intérprete de la Constitución en lo que respecta al área específica del derecho procesal penal, hemos pasado al estudio de los principios y garantías que sustentan al proceso penal.

Analizamos el proceso penal como la más poderosa herramienta con la que cuenta el Estado para controlar a los ciudadanos, así como su íntima relación con la política. En efecto, la conformación del proceso penal responde a los caracteres que distinguen al Estado que le da vigencia y todo cambio que se realice dentro de la dinámica política de un país determina también cambios en la manera cono se tramita y se dirige el proceso penal, de allí que, las normas que lo regulan están estrechamente vinculadas con el Derecho Constitucional, pues en el curso del proceso penal se aplican y debaten los más importantes valores y principios que configuran el sistema constitucional.

Los principios y garantías constitucionales en el proceso penal se analizaron detallada e individualmente desde una triple perspectiva, como los ve la doctrina, como están previstos en la Constitución y como los desarrolla el Código Orgánico Procesal Penal. Este análisis nos lleva a concluir que la Constitución y la ley hacen una muy completa y actualizada previsión de los derechos fundamentales relacionados con la justicia penal, ello proporciona al interprete una muy completa base, de indiscutible valor para el examen y aplicación práctica de dichos principios en el proceso penal.

Como método para establecer la manera en que la Sala Constitucional ha tratado los principios y garantías constitucionales en el proceso penal, se seleccionaron cinco situaciones que han sido objeto de pronunciamientos de la Sala; esta selección se basó en la importancia que esos particulares temas tienen para la configuración de la dinámica

procesal, la originalidad de los criterios plasmados por la Sala y sus determinantes efectos para los sujetos procesales en la aplicación práctica de la justicia penal, a través de ellos, hemos querido dejar constancia de las tendencias que se observan en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Una a una y con todo detalle se analizaron estas situaciones y los criterios de la Sala en cada caso, las conclusiones que se extrajeron de ese análisis fueron plasmadas en el punto anterior en el que se valoró la actuación del máximo intérprete de la Constitución respecto a la configuración de los principios y garantías constitucionales en el proceso penal venezolano. La labor de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha representado indudablemente una importante fuente de derecho en la materia procesal penal, sus interpretaciones y criterios han impactado determinantemente la manera como se tramita y aplica la justicia penal en nuestro país. Ello en principio, es totalmente legítimo porque la Constitución necesita de la interpretación que realizan los jueces para hacerse eficaz, en el ejercicio de esa facultad el órgano jurisdiccional debe tender a garantizar una sociedad en la que las personas tengan la posibilidad de gozar y disfrutar de sus derechos.

Sin embargo, esa labor interpretativa de la Sala, como ha quedado evidenciado en esta investigación, en algunas ocasiones, ha sobrepasado los límites que le impone el texto constitucional y ha invadido la esfera de actuación de los jueces ordinarios, confiriendo carácter vinculante a interpretaciones referidas a normas de rango legal, echando mano para ello, a la relación que puede establecerse a nivel teórico entre cualquier norma y la Constitución, dado que los preceptos constitucionales configuran todo el ordenamiento jurídico.

Por otra parte se observa que si bien en algunos casos, la jurisprudencia de la Sala aparece orientada a ampliar y garantizar los derechos del imputado y la víctima dentro del proceso penal, a veces por lo contrario, parece retroceder a los principios propios del sistema inquisitivo, aplicado en nuestro país hasta la promulgación en el año 1998 del Código Orgánico Procesal Penal, que entró en vigencia en el año 1999, y que lo

sustituyo por un sistema mixto con preponderancia acusatoria. Así mismo, se ha observado como en casos con relevancia política o que representan la posibilidad de fortalecer la centralización del poder, las interpretaciones de la Sala Constitucional parecieran ignorar u obviar los principios constitucionales aplicables en el proceso penal y responder más a criterios ideológicos que a un estricto sistema jurídico de interpretación.

Cuando a la Sala Constitucional le toca interpretar las normas relativas al proceso penal, debe tener especial cuidado, teniendo como norte el principio democrático, no puede perder de vista que es en el ámbito penal que más frecuentemente el ciudadano común efectivamente se relaciona con el derecho, lo que hace que los individuos sean especialmente sensibles a los cambios que como consecuencia de tales interpretaciones se producen, porque no hay duda que eventualmente pueden afectarles de manera personal.

La normativa procesal penal más que un compendió de artículos que regulan la dinámica del proceso penal, se reconoce hoy como un verdadero estatuto de garantías que se encarga de limitar el poder punitivo del Estado y de proteger a las personas de los eventuales abusos en los que los órganos de investigación y de la administración de justicia pudieran incurrir.

No hay usurpación de funciones cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia interpreta la Constitución y consecuencialmente sus criterios resultan de obligatorio cumplimiento, pero en la ejecución de esta labor no puede caer en excesos, sino que más bien sus miembros tienen que hacer gala de neutralidad, parcializándose solo con los valores y principios constitucionales. Tampoco pueden aspirar que los otros poderes del Estado se sometan dócilmente cuando sus sentencias los despojan de las funciones que les confieren la Constitución y la ley, porque eso representaría una eventual e inaceptable dictadura del Tribunal Constitucional.

Esta labor tan delicada y de tan importantes efectos en la realidad jurídica demanda jueces no solo especialmente preparados en la disciplina jurídica, sino

igualmente dotados de virtudes éticas y personales que los conviertan en verdaderos árbitros y garantes de los valores y principios constitucionales. Así lo afirma Haro (1999) siguiendo a Marc Carrillo: el éxito de los Tribunales Constitucionales depende de la prudencia y el rigor con las que actúen, lo que viene a ser una consecuencia de la forma en que son elegidos sus miembros, si se hace con criterios de honestidad y preparación, alejados de intereses subalternos, individuos de probada capacidad e integridad, capaces de actuar a través de métodos jurídicos para dejar plasmado el espíritu que anima la Constitución y las aspiraciones de los ciudadanos, convirtiéndose en un verdadero limite al poder desmedido como tentación de aquellos que lo ejercen y garantía de los derechos fundamentales de los seres humanos.

Por otra parte, como ya antes se anotó, hay que tener muy en cuenta que cuando analizamos la idoneidad de los jueces a los que les corresponde ejercer la jurisdicción penal, estos están en una muy particular y delicada posición, dada la jerarquía de los valores y principios que manejan en el desempeño de sus funciones, no pueden dejarse llevar por sus particulares creencias o valores pues ello resultaría, como lo afirma Ferrajoli (1998), cuando se refiere al tema de la obediencia a las leyes; arbitrario y abusivo para quien está sometido al poder punitivo del Estado.

La interpretación constitucional es efectivamente fuente de derecho, lo que significa que tiene una extraordinaria relevancia e importancia para la sociedad, pues si de ella nacen normas, la labor que realizan los jueces constitucionales debe estar guiada no solo por los principios y valores que configuran el texto constitucional sino que debe tener como guía esencial los principios que rigen un estado democrático.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional no puede surgir de intereses particulares ni tener por objeto satisfacer los deseos de un determinado grupo, sea este político, económico o social, sino que debe tener como meta satisfacer las justas aspiraciones de una sociedad que se ha dado a sí misma una identidad como estado democrático, social y de derecho. La Sala debe garantizar los derechos de las mayorías, pero también los de las minorías, actuando con prudencia, con seriedad para encontrar el

equilibrio que permita que la sociedad en su conjunto se vea representada en los pronunciamientos de la justicia constitucional, evitando la tentación de las figuraciones personales o grupales, los impulsos, las particulares creencias y las ideologías, porque ella debe ser, al mismo tiempo portavoz y defensora de los derechos de los individuos y de las aspiraciones de la sociedad.

Referencias

Alexy. R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, R. (2008). La fórmula del peso. (Trad. Bernal Pulido, C). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. 13 – 42. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/tablas/25613.pdf

Aragón, M. (1998). *Estudios de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Aragón, M. (2000a). La constitución como paradigma. *Teoría de la constitución, Ensayos escogidos.* 109-122. México: Editorial Porrúa.

Aragón, M. (2000b). Constitución y derechos fundamentales. *Teoría de la constitución Ensayos escogidos.* 217-233. México: Editorial Porrúa.

Armenta Deu, T. (1995). *Principio Acusatorio y derecho penal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor. S. A.

Ávila, R. (2008) El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad (Reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol de los parlamentos y los jueces). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. 307-349. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/tablas/25613.pdf

Ayala, C. (2001). Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional. *Estudios de derecho público. Libro homenaje a Humberto J. La Roche.* Vol I. 153 – 224. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. (Colección Libro Homenaje. No. 3).

Bernal Pulido, C. (2007). *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Bernal Pulido, C. (2009*). El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Berrios, J. (2011). Bases para la comprensión de la politización de la justicia constitucional en Venezuela (2000-2010) ensayo de aproximación. *Defender la Constitución*. 81-89. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Bidart Campos, G. (1995). *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar.

Binder, A. (1999). *Introducción al derecho procesal penal.* 2º. Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Binder, A. (2000). *El incumplimiento de las formas procesales*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Bockenförde, E. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales.* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.

Borrego, C. (2002). *La Constitución y el Proceso Penal*. Caracas: Livrosca.

Bovino, A. (1998). *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Brewer-Carias, A. (2000). *La Constitución de 1999*. (2da. Ed. Rev) Caracas: Arte.

Brewer-Carias, A. (2004). *Los procesos y procedimientos constitucionales ante la jurisdicción constitucional en Venezuela*. Recuperado: http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II,%204,%20478.pdf

Cafferata Nores, J. (2005). *Proceso penal y derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto

Campos, J. (2016). El derecho a la doble instancia y el principio de doble conformidad: una contradicción inexistente. *Revista Judicial, Costa Rica, Nº 118 enero, 2016.* 147 – 172. Recuperado: http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/documentos/revs_juds/Revista_118/PDFs/08_archivo.pdf

Canova, A. (2002). Rasgos generales de los modelos de justicia constitucional en derecho comparado: Estados Unidos de América. En *Temas de derecho administrativo: Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani,* (vol 1). (p. 373–411); Caracas: Editorial Torino.

Canova, A. (2003a). Rasgos generales de los modelos de justicia constitucional en Derecho Comparado: (2) Kelsen. *Revista de Derecho Constitucional, Nº 6*, enero–diciembre 2002, (p. 65-88). Caracas: Editorial Sherwood,

Canova, A. (2003b). Rasgos generales de los modelos de justicia constitucional en Derecho Comparado: (3) Europa Actual. *Revista de Derecho Constitucional, Nº 7*, enero–junio 2003, 75-114. Caracas: Editorial Sherwood.

Canova, A. (2012). *El modelo iberoamericano de justicia constitucional.* Caracas: Ediciones Paredes.

Carbonell, M. (2008). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. 9 - 12. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/tablas/25613.pdf

Casal, J. (2000). *Constitución y justicia constitucional*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Casal, J. (2003). Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales. *El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI*. (T. III). Madrid: Editorial Civitas.

Casal, J. (2005). Algunos cometidos de la jurisdicción constitucional en la democracia. *La jurisdicción constitucional, democracia y estado de derecho*. 103-140. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Casal, J. (2006). *Los derechos humanos y su protección.* Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Casal, J. (2010). *Los derechos fundamentales y sus restricciones.* Caracas: Legis.

Casal, J. (2011). Proceso constituyente, Constitución y justicia constitucional. *Defender la Constitución*. 21-45. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Carrió, G. (1990). *Notas sobre derecho y lenguaje*. (4ta. Ed). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Chacón, A. (2007) Las Condiciones de validez de las limitaciones o restricciones legislativas y la racionalidad de la ley. *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional*. Tomo II. 65- 84. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello.

Claria Olmedo, J. (1998). *Derecho Procesal Penal*. Tomo 1. (Actualizado por Vásquez Rossi, J). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Comanducci, P. Modelos e interpretación de la constitución. *Teoría de la constitución ensayos escogidos.* 123-154. México: Editorial Porrúa.

Código Orgánico Procesal Penal. (1998). Gaceta Oficial No- 5208. (Extraordinario). enero, 23, 1998. Exposición de Motivos.

Código Orgánico Procesal Penal. (2001). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* No- 5558. (Extraordinario). Noviembre, 14, 2001.

Código Orgánico Procesal Penal. (2009). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana*

de Venezuela. No- 5930. (Extraordinario). Septiembre, 4, 2009..

Código Orgánico Procesal Penal. (2012). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.* 6.078 (Extraordinario). Junio, 15, 2012.

Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. (1989). Recuperado: http://www.comisionreformapenal.com/wp-content/uploads/2014/06/CODIGO-PROCESAL-PENAL-MODELO-PARA-IBEROAMERICA.pdf

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.453 (Extraordinario). Marzo, 24, 2000.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica. (1969). Recuperado: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). Sentencia Herrera Ulloa & Costa Rica. Julio, 2, 2004. Recuperada: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. (1999). Sentencia Exp: 1002. Mayo, 11, 1999.

Creus, C. (1996). *Derecho procesal penal.* Buenos Aires: Astrea.

De Vega, P. (2000). Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX. *Teoría de la constitución. Ensayos escogidos.* 3-44. México: Editorial Porrúa.

Delgado, R. (2004). *Las pruebas en el proceso penal venezolano*. Caracas: Vadell Hermanos.

Díaz Revorio, F. (1997). *La Constitución como orden abierto*. Madrid: McGraw-Hill.

Díaz Revorio, F. (2000). Tribunal constitucional y creación de derechos "no escritos". *La justicia constitucional en el estado democrático.* 231-259. Valencia: Tirant lo Blanch.

De Otto, I. (1998). *Derecho constitucional*. (6ta. Reimp). Barcelona: Ariel.

Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. (1789). Recuperado: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf

Doctrina del Ministerio Público (2011). Escrito No. DRD-037-2011. 11-02-2011. Recuperado:http://www.mp.gob.ve/doctrina_2011/Other/imagemenu_acta/PDF%20doctrinas%202011/Derecho%20Penal%20Adjetivo/EL%20ACTO%20DE%20IMPUTACI%C3%93N.pdf

Duque Corredor, R. (2002). La Interpretación Vinculante de la Jurisdicción Constitucional y los Poderes Correctivos de los Jueces. *Orientaciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia XXVII Jornadas "J.M. Domínguez Escovar".1 – 10.* Barquisimeto: ARS.

Duque Corredor, R. (2007). El sistema de justicia. *Tendencias actuales del derecho constitucional.* (Tomo II). 87 – 112. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello.

Duque Corredor, R. (2008). Los poderes del juez y el control de la actividad judicial. Serie Estudios No 72. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Duque Corredor, R. (2014). *Sistema de fuentes de derecho constitucional y técnica de Interpretación constitucional.* Caracas: Ediciones Homero.

Escovar, R. (2005). El precedente constitucional: definición y límites. *El derecho constitucional y el derecho administrativo en Venezuela.* 321-350. Caracas: Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela.

Esguerra, J. (2006). Nuestro control de constitucionalidad no tiene controles, pero ciertamente tiene límites. *Justicia constitucional. El rol de la corte constitucional en el estado contemporáneo.* 81-89. Bogota: Legis.

Fernández Segado, F. (2006). Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina. *Pensamiento Constitucional. 12.* 119-190. Recuperado: http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=zbh&AN=32616813&lang=es&site=ehost-live

Ferrajoli, L. (1998). *Derecho y Razón.* Tercera Edición. Madrid: Editorial Trotta.

Ferrajoli, L. (2000). Más allá de la ciudadanía y de la soberanía. (Trad.G. Pisarello). *Teoría de la constitución. Ensayos escogidos.* 247-303. México: Editorial Porrúa.

Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Editorial Trotta.

Ferrer Mac-Gregor, E. (2009). Mauro Cappelletti y el derecho procesal constitucional comparado. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional.* Num. 13. 267-306. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Ferreres, V. (2000). Justicia constitucional y democracia. *Teoría de la constitución. Ensayos escogidos.* (2da. Reimp.) 247-303. México: Editorial Porrúa.

Figueruelo, A. (2007). Nuevas tendencias del derecho constitucional en Europa. *Tendencias actuales del derecho constitucional.* (Tomo I). 195-226. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello.

Friedman, L. (1988). *Introducción al derecho norteamericano.* (Trad, Verge i Grau) (pp. 211-235). Zaragoza: Librería Bosch.

García, A. (2002). Orientaciones jurisprudenciales de la Sala Constitucional. *Orientaciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia XXVII Jornadas "J. M. Domínguez Escovar".* 11 - 49. Barquisimeto: ARS.

García Amado, J. (2006). El juicio de ponderación y sus partes. *Justicia constitucional. El rol de la corte constitucional en el estado contemporáneo.* 119- 163 Bogotá: Legis.

García De Enterría, E. (1994). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional.* Madrid: Civitas.

Gómez Colomer, J. (1985). El proceso penal alemán introducción y normas básicas. Barcelona: Bosch.

González, J. (2007). La noción de juez natural en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Español. *Tendencias Actuales de Derecho Constitucional.* (Tomo II). 213 – 252. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello.

Gorsd. Paula. (2004). El sistema de recursos en el procedimiento penal. *Los recursos en el procedimiento penal.* 19 – 51. Comp. Maier, J. Bovino, A. Díaz, F. (2da. ed. act.). Buenos Aires: Editores del Puerto.

Guastini, R. (2000), Sobre el concepto de constitución. *Teoría de la constitución ensayos Escogidos.* 93-107. México: Editorial Porrúa.

Guariglia, F. (2004) Régimen general de los recursos en el código procesal penal de la nación. *Los recursos en el procedimiento penal*. 1-18. Comp. Maier, J. Bovino, A. Díaz, F. (2da. ed. act.) Buenos Aires: Editores del Puerto.

Gui, T. (1997). *Jurisprudencia Constitucional 1981-1995*. Madrid: Editorial Civitas.

Haberle, P. (2002). *Constitución como cultura*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.

Haddad, B. (2001). Formas directas de participación ciudadana en el acto de juzgar. *Algunos aspectos en la evaluación de la aplicación del COPP. Cuartas jornadas de derecho procesal penal.* 39-58. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Haro, J. (1999). La justicia constitucional en Venezuela y la necesidad de un tribunal federal constitucional. *Revista de Derecho Administrativo,* No. 6. 51-113. Mayo-Agosto 1999. Caracas: Sherwood.

Haro, J. (2007). El control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: el estado actual de la cuestión. *Tendencias actuales del derecho constitucional.* (Tomo II). 129-155. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello

Hart, H. (1998). *El Concepto de Derecho*. (Trad. Genaro R. Carrió). Buenos Aires. Abeledo-Perrot.

Hassemer, W. (2005). Jurisdicción constitucional en una democracia. *La jurisdicción constitucional, democracia y estado de derecho*. 14-52. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Herdegen, M. (2006). La corte constitucional en la relojería del estado de derecho. *Justicia constitucional. El rol de la corte constitucional en el estado contemporáneo.* 65-80. Bogota: Legis.

Hesse, K. (1992). *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Jauchen, E. (2002). Tratado de la prueba en materia penal. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

La Roche, H. (2001). Consideraciones generales sobre la interpretación constitucional. *Estudios de derecho público. Libro homenaje a Humberto J. La Roche.* Vol I. 3 – 20. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. (Colección Libro Homenaje No. 3)

Landa, C. (2002). Teorías de los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales.* Revista Mexicana de Derecho Constitucional. No.6 Enero-Junio 2002. 49 – 71. México: UNAM

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. (2010*). Gaceta Oficial de la República de Venezuela.* 39.522. Octubre, 1,2010.

Lopera, G, (2008). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. 269-306. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado: http://www.corteidh.or.cr/tablas/25613.pdf

Losing, N. (2005). La jurisdicción constitucional como contribución al estado de derecho. *La jurisdicción constitucional, democracia y estado de derecho*. 53-104. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Maier, J. (1989). *Derecho procesal penal argentino*. Vol. 1a y 1b. Buenos Aires: Hammurabi.

Monroy, M. (2002). *La interpretación constitucional*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Monroy, M. (2005). Concepto de Constitución. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005.* Tomo I. 13 – 42. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.

Montero Aroca, J. (1997). *Principios del proceso penal.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Moras Mom, J. (1999). *Manual de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Mouriño, C. (2001). Participación Ciudadana. *Estudios de Derecho Público. Libro homenaje a Humberto J. La Roche*. (Vol. II). 1 – 37. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. (Colección Libros Homenaje, No. 3).

Peces-Barba, G. (1999). *Curso de derechos fundamentales*. Teoría general. Primera Reimpresión. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado.

Pérez Luño, A. (1998). *Los Derechos Fundamentales*. Séptima Edición. Madrid: Editorial Tecnos.

Prieto Sanchís, L. (2000). Tribunal constitucional y positivismo jurídico. *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos.* 155-176. México: Editorial Porrúa.

Rodríguez, C. (1997). *La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Rodríguez, N. (2007). La interpretación de la constitución: fundamento y límites del recurso de interpretación o acción extraordinaria de inconstitucionalidad. *Tendencias actuales del derecho constitucional.* (Tomo II). 285-317. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Trad. Córdova G, y Pastor, D de la 25º. edición alemana. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Rubio Llorente, F. (1988). La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional. 22.* Enero-abril 1988. 9-51. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Rubio Llorente, F. (1997). *La Forma del Poder*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Rubio Llorente, F. (2000). La constitución como fuente de derecho. *Teoría de la Constitución, Ensayos escogidos.* 155-176. México: Editorial Porrúa.

Ruggieri, P. (1944). Derecho constitucional venezolano. Caracas: Impresores Unidos.

Roxin, C., Arzt, G. y Tiedemann, K. (1989). *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal.* (Trad. Arroyo, L y Gómez, J.). Barcelona: Editorial Ariel, S.A.

Sanín Restrepo, R. (2006). Stare decisis: variaciones sobre un tema inconcluso. *Justicia constitucional. El rol de la corte constitucional en el estado contemporáneo.* 91-118. Bogotá: Legis.

Schneider, H. (1991). *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Silva de Vilela, M. (2003), El recurso de revisión contemplado en el Código Orgánico Procesal Penal venezolano. *Ciencias penales: temas actuales.* 389 – 441. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Silva de Vilela, M. (2006), El derecho a la libertad y el efecto suspensivo del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la orden de excarcelación del imputado. *IX Jornadas de derecho procesal penal.* 195 – 238. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Silva de Vilela, M. (2013). El principio del juez natural, las jurisdicciones especiales y la participación ciudadana. *Consideraciones sobre el Código Orgánico Procesal Penal Modificaciones de la estructura original ¿vuelta al sistema inquisitivo?.* 75–96. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Suau Morey, J. (1995). Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal. Barcelona: J. M. Bosch Editor. S. A.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2000). Sentencia No. 01. Enero, 1, 2000. Recuperado: http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2010/enero/1973-26-FH01-X-2010-000003-PJ0182010000033.html

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2001). Sentencia No. 33. Enero, 25, 2001. Recuperado: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/33-250101-00- 1712.htm

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2001). Sentencia No. 77. Marzo, 2000. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/77-090300-00-0126%20.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2001). Sentencia No. 833. Mayo, 25, 2001. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/833-250501-00-2106%20.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2001). Sentencia No 899. Mayo, 31, 2001. Recuperado: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/899-310501-00- 3309.htm

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Penal. (2001). Sentencia No. 0585. Julio, 10, 2001. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/julio/0585-100701-C010292.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2001). Sentencia No. 1712 . Septiembre, 12, 2001. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/1712-120901-01-1016.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2002). Sentencia No. 85. Enero, 24, 2002. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2002). Sentencia No. 1636. Julio, 17, 2002. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1636-170702-02-1205-02-1255%20.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2002). Sentencia No 02-2413. Octubre, 16, 2002. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/2573-161002-02-2413.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2002). Sentencia No 1331. Junio, 20, 2002. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1331-200602-02-1015%20.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2003). Sentencia No.416. Febrero, 27, 2003. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/416-270203-02-1002%20.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2003). Sentencia No 1942. Julio, 15, 2003. Recuperada: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1942-150703-01-0415.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2003). Sentencia No 2298. Agosto, 21, 2003. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/2298-210803-03-1406%20.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2003). Sentencia No 2299. Agosto, 21, 2003. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/2299-210803-03-0038%20.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2003). Sentencia No 3267. Noviembre, 20, 2003. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/3267-201103-01-2901.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2003). Sentencia No.3744. Diciembre, 22, 2003. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/3744-221203-02-1809.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2004). Sentencia No. 397. Marzo, 19, 2004. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/397-190304-03-1757.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2004). Sentencia No. 2598. Noviembre, 16, 2004. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/2598-161104-02-1809%20.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2005) Sentencia No. 1303. junio, 23,2005. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1303-200605-04-2599.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2005) Sentencia No. 2684. Agosto, 12, 2005. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/2584-120805-03-1646.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2005). Sentencia No. 3619. Diciembre, 6, 2005. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/3619-061205-04-3315.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2006). Sentencia N0 2144.Diciembre 1, 2006. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/2144-011206-05-0378.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2007). Sentencia No.626. Abril, 13. 2007. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/626-130407-05-1899.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia No. 370. Julio, 4, 2007. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/julio/370-4707-2007-A07-0086.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2007). Sentencia N0 1744. Agosto, 9, 2007. Recuperado:http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1744-090807-04-2149.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2007). Sentencia No. 1918. Octubre, 19, 2007. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1918-191007-07-0682.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Penal. (2007) Sentencia Nº 744. Diciembre, 18, 2007. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/diciembre/744-181207-2007-A07-0414.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2008). Sentencia No. 562. Abril, 14, 2008. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/562-140408-08-0131.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2008). Sentencia No. 652. Abril, 24, 2008. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/652-240408-08-0223.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Penal. (2008). Sentencia No. 382. Julio, 23, 2008. *Recuperado*: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/julio/382-23708-2008-C08-93.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2008). Sentencia No. 1901. Diciembre, 1, 2008. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1901-11208-2008-08-0015.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2009). Sentencia No. 276. Marzo. 20, 2009. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/276-20309-2009-08-1478.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Penal. (2009). Sentencia No. 353. Julio, 14, 2009. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/julio/353-14709-2009-C09-190.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2009). Sentencia No. 1381. Octubre, 30, 2009. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1381-301009-2009-08-0439.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2010). Sentencia No. 207. Abril, 9, 2010. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/207-9410-2010-09-0836.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2011). Sentencia No. 1768. Noviembre, 23, 2011. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1768-231111-2011-09-0253.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2012). Sentencia N0 795 junio 15, 2012. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/795-15612-2012-12-0700.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2012). Sentencia No 1268. agosto, 14, 2012. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1268-14812-2012-11-0652.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2012). Sentencia No 1550. Noviembre, 27, 2012. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1550-271112-2012-11-0652.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2013). Sentencia No 908. julio, 15, 2013. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/908-15713-2013-11-1498.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2014). Sentencia No. 245. Abril, 9, 2014. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/162860-245-9414-2014-14-0205.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2014). Sentencia No. 263. Abril, 10, 2014. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/162992-263-10414-2014-14-0194.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. (2016). Sentencia N0 225 marzo, 29, 2016. Recuperado: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/186523-225-29316-2016-16-0042.HTML

Troncoso Reigada, A. (2000). Método jurídico, interpretación constitucional y principio democrático. *La justicia constitucional en el estado democrático*. 399 – 454. Valencia: Tirant lo Blanch.

Urdaneta, A. (2011). Constitución de 1999 régimen político: a diez años de dificultosa vigencia. *Defender la Constitución*. 11-20. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Vilela, H. (2008). Derecho al recurso y medios de impugnación de la sentencia. *De nuevo sobre los principios. XI jornadas de derecho procesal penal*. 175 – 202. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Zagrebelsky, G. (2000). La Constitución y sus normas. *Teoría de la constitución. Ensayos escogidos.* 67-92. México: Editorial Porrúa.