



CUADERNOS DE DERECHO PROCESAL PENAL

Acción penal y víctima

Serie Jurisprudencia

No. 1

Carlos Simón Bello Rengifo

Investigador docente Instituto de Ciencias Penales

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Universidad Central de Venezuela

2020

Los *Cuadernos Procesales* son una iniciativa de los miembros de la Sección de Derecho Procesal Penal del Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Central de Venezuela, que tienen por cometido ofrecer a los estudiantes de Derecho Procesal Penal, y al público en general que guarde interés por esta disciplina jurídica, exposiciones breves sobre tópicos o temas de esta área de la ciencia jurídica, sin pretensiones de exhaustividad, pero sí estimular al estudio y profundización de los asuntos tratados.

Carlos Simón Bello Rengifo

Coordinador de la Sección de Derecho Procesal Penal.

Sumario:

- 1.- Introducción
 - 2.- Marco normativo
 - 2.1. Titularidad de la acción penal
 - 3.- Regulación legal del acto fiscal de presentación de la acusación
 - 3.1 Procedimiento ordinario
 - 4.- Antecedentes de la decisión
 - 5.- Análisis de la decisión 902 del 14 de diciembre de 2018
 - 5.1. Fundamentos
- Referencias bibliográficas

I.- INTRODUCCIÓN

Este Cuaderno versa sobre la decisión 902, de carácter vinculante, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 14 de diciembre de 2018, con ponencia de Carmen Zuleta de Merchán, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.428 Extraordinario de fecha 1º de febrero de 2019, que establece con carácter vinculante que la víctima, tratándose del procedimiento ordinario o el de delitos menos graves, puede formular acusación particular propia, cuando, vencido el lapso para su presentación, el Ministerio Público omita la consignación del respectivo acto conclusivo.

En sus propias palabras:

... en el procedimiento penal ordinario y en el procedimiento especial por delitos menos graves, previstos en el Código Orgánico Procesal Penal, la víctima — directa o indirecta — de los hechos punibles investigados en dichos procesos, puede, con prescindencia del Ministerio Público, presentar acusación particular propia contra el imputado, cuando ese órgano fiscal no haya presentado el correspondiente acto conclusivo dentro: i) del lapso de ocho (8) meses, seguido del denominado plazo prudencial que fije el Tribunal en Funciones de Control en atención al tipo penal objeto del proceso, establecido en el artículo 295 eiusdem, en el procedimiento ordinario; ii)

del lapso de sesenta (60) días continuos, previsto en el artículo 363 ibídem, en el procedimiento especial por delitos menos graves. (He destacado)

El examen de la mencionada decisión consta de los siguientes puntos:

Marco normativo constitucional y subconstitucional.

Derechos de la víctima: constitucional y legal.

Regulación legal del acto fiscal de presentación del acto conclusivo.

Antecedentes de la decisión.

Análisis de la decisión 902 del 14 de diciembre de 2018.

Conclusiones

II.- MARCO NORMATIVO

2.1- Titularidad de la acción penal

Uno de los poderes fundamentales del Estado en la ordenación y regulación de la vida social radica en el establecimiento de quién ejerce la acción penal, y, en segundo lugar, cómo se ejerce, es decir, las condiciones que posibilitan dicho ejercicio, y sus requisitos de forma y tiempo. Es por ello que muchos textos constitucionales incluyen, como el venezolano, con mayor o menor extensión, disposiciones que incluyen esa materia como el conjunto de derechos y garantías procesales conforman un modelo o programa que comprende el penal.

MINISTERIO PÚBLICO Y CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

El artículo 285 constitucional, que se contrae a las atribuciones del Ministerio Público, señala en su numeral 4, que le corresponde «Ejercer en nombre del Estado la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla no fuere necesario instancia de parte, salvo las excepciones establecidas en la Ley.»

CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL Y LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

Por su parte, el Código Orgánico Procesal Penal, entre sus disposiciones iniciales que regulan los principios y garantías procesales, prevé, en su artículo 11, que «La acción penal corresponde al Estado a través del Ministerio Público, que está obligado a ejercerla, salvo las excepciones constitucionales y legales.»

El mismo Código, regula más detalladamente, en su artículo 111, las competencias del Ministerio Público. Ciertamente que en sus diecinueve numerales no hay una expresa atribución excluyente de titularidad de la acción penal, no obstante si hay preceptos atinentes a la dirección de la investigación (numeral 1); ordenar y supervisar las actuaciones policiales en materia de adquisición y conservación de elementos de convicción (numeral 2); formulación de la acusación (numeral 4); ordenar el archivo de los recaudos, si no hay elementos suficientes para proseguir investigando (numeral 5); solicitar la autorización al juez de control para prescindir del ejercicio de la acción penal (numeral 6); y en fin, otras atribuciones que solo tienen sentido en la medida en que se ejerce la acción penal, cuya titularidad le está atribuida por el predicho artículo 11.

La Ley Orgánica del Ministerio Público también refleja el marco constitucional y procesal, en su artículo 16, numeral 6, que establece entre sus competencias «Ejercer en nombre del Estado, la acción penal en los casos en que para intentarla o perseguirla no sea necesario instancia de parte, salvo las excepciones establecidas en el Código Orgánico Procesal Penal y demás leyes.»

DOCTRINA

La doctrina ha entendido que estas disposiciones le otorgan al Ministerio Público la titularidad exclusiva y excluyente, con excepciones constitucionales y legales, de la acción penal, pues de allí deriva la posibilidad de su ejercicio, en clara correspondencia con el modelo acusatorio formal.

La dificultad se presenta en el significado y alcance de dichas excepciones, si han de estar previstas expresamente por el derecho positivo, o si, **además**, también puede haber excepciones implícitas, es decir, obtenidas mediante la interpretación de las normas que regulan la materia.

DERECHOS DE LA VÍCTIMA

La víctima constituye uno de los sujetos procesales cuyos derechos han venido siendo progresivamente reconocidos tanto por el derecho positivo, como por la jurisprudencia y la doctrina, que han venido a rescatarla del anonimato a que estaba sometida en el modelo inquisitivo, derogado con la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, no obstante, las sucesivas reformas a que ha estado sometido desde su promulgación, la mayoría de ellas con inocultable propósito inquisitivo.

La perspectiva del modelo acusatorio implica el explícito reconocimiento de derechos y facultades, no solo del imputado, sino también de la víctima, y de los límites al poder punitivo del Estado, en una inseparable comprensión del proceso alimentada por la idea e imagen de una interrelación de diversos sujetos en los términos más claros y transparentes posibles, de tal manera que se conjuren los peligros de zancadillas procesales que irrespeten la dignidad de los sujetos intervinientes, sobre todo de aquellas que provengan del abuso del poder, cuya limitación ante los derechos del imputado es uno de los rasgos más importantes del modelo acusatorio.

El Código Orgánico Procesal constituyó un cambio genuino del proceso penal venezolano, que superó el modelo inquisitivo, en el cual los sujetos procesales no eran tratados como tales, bien porque se encapsulaban como objeto del proceso (el imputado), o eran silenciados o marginados (la víctima). En este último caso, porque predominaba la ficción de su amplia representación por el Ministerio Público que, con la excusa de evitar la venganza privada, la despojó de derechos y garantías procesales.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA Y LA VÍCTIMA

Hay dos disposiciones que expresamente reconocen derechos de la víctima.

Artículo 30:

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

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

El Estado protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados. (He destacado)

Artículo 46:

Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, en consecuencia:

1. Ninguna persona puede ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda víctima de tortura o trato cruel, inhumano o degradante practicado o tolerado por parte de agentes del Estado, tiene derecho a la rehabilitación.
(He destacado)

Como se observa, la Carta Magna reconoce “derechos pasivos” a la víctima, mas no derechos activos de contenido procesal:

- Derecho a indemnización, cuando se trate de violaciones de derechos humanos.
- Derecho a la reparación de daños, cuando se trate de delitos comunes.
- Derecho a la protección, cuando se trate de delitos comunes.
- Derecho a la rehabilitación, cuando se trate de tortura, trato cruel, inhumano o degradante practicado o tolerado por agentes del Estado.¹

CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL Y LA VÍCTIMA

Su artículo 120 fija como objetivos del proceso en cuanto a la víctima se refiere: su protección y reparación del daño que le fuere causado; y en cuanto a los órganos de administración de Justicia, correlativamente se les impone, al Ministerio Público, velar por sus intereses en todas las fases del proceso; y a los jueces, garantizar la vigencia de sus derechos, así como su respeto, protección y reparación. Asimismo, a los cuerpos policiales y auxiliares

El Código en cuestión no se limita a establecer derechos pasivos, sino que le concede a la víctima posibilidades de actuación, incluso sin haberse querellado, en cuanto la recusación (artículo 88); participación en la actividad de investigación (artículos 287 y 288); acceso a las actas durante la investigación (artículo 286); apelación del sobreseimiento (artículo 307); intervención en el debate oral y público (artículo 343); y, por supuesto, el derecho a interponer acusación particular propia o adherirse a la del Ministerio Público (artículo 309), entre otras muchas.

En razón de estos derechos activos y pasivos de la víctima, el ordenamiento jurídico prevé medidas de prevención y protección, incluso en el

¹ Por interpretación progresiva, el derecho a la protección debe extenderse a los casos de violación de derechos humanos.

proceso penal ordinario, como, por ejemplo, las previsiones contenidas en los numerales 5 y 7 del artículo 242.

Igualmente, se prevé la aplicación de medidas cautelares destinadas a la indemnización o reparación del daño a la víctima, cuyo trámite es a través del Código de Procedimiento Civil, por remisión expresa del artículo 508 del Código Orgánico Procesal.

Asimismo, el Código Penal estatuye varias disposiciones destinadas a la reparación de la víctima de delitos contra la propiedad, así como la indemnización de los perjuicios, en sus artículos 121 y siguientes, y muy especialmente el artículo 126, según el cual en la misma sentencia condenatoria se ordenará la restitución de la cosa ajena o su valor.

En la Ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, hay una diferenciación del régimen cautelar, donde se especifican aquellas que están destinadas a la protección de la víctima, previstas en el artículo 87, y las medidas cautelares del artículo 92.

Por su parte, la Ley orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes, también prevé un régimen de medidas preventivas en los artículos 466 y siguientes, no del todo diferenciadas de las medidas cautelares propiamente dichas.

En síntesis, la legislación registra una dilatación de los derechos de la víctima que van más allá de la esfera económica — restitución, reparación e indemnización —, y que se entroncan con el derecho a la tutela judicial efectiva.

3.- REGULACIÓN LEGAL DEL ACTO FISCAL DE PRESENTACIÓN DE LA ACUSACIÓN

3.1 Procedimiento ordinario

En su condición de titular de la acción penal, le corresponde al Ministerio Público la formalización de la pretensión de enjuiciamiento y castigo al imputado mediante el acto conclusivo de acusación, cuyos requisitos están contenidos en el

artículo 308 del Código Orgánico Procesal, y respecto al cual corren dos lapsos, según la situación jurídica del imputado en cuanto el ejercicio y disfrute de su derecho a la libertad.

Si el imputado no se encuentra privado de su libertad, se extrae del artículo 295 que el Ministerio Público debe presentar su acto conclusivo dentro de los ocho meses siguientes a su individualización. Vencido este plazo, el imputado, al igual que la víctima, pueden requerir del juez de control que fije un lapso prudencial que no debe ser menos de treinta días, ni mayor de cuarenta y cinco días.

Ante este requerimiento, el juez de control, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la solicitud, debe fijar una audiencia que, a su vez, debe realizarse dentro de los diez días siguientes, a fin de oír al Ministerio Público, al imputado y a la defensa². El juez, para decidir, debe tomar en cuenta varios factores: a) magnitud del daño causado; b) complejidad de la investigación; c) cualquier otra circunstancia que, a su juicio, permita alcanzar la finalidad del proceso.

Si se tratare de alguno de los delitos contenidos en el elenco del tercer aparte del artículo 295, dicho plazo prudencial no podrá ser menor de un año ni mayor de dos años.

Vencidos los mencionados lapsos, sin que el Ministerio Público presentare el acto conclusivo, el juez debe decretar el archivo judicial, que implica el cese de todas las medidas de coerción personal, cautelares y de aseguramiento, así como de la condición de imputado, sin perjuicio de que la investigación sea reabierta «cuando surjan nuevos elementos que lo justifiquen, previa autorización del juez o jueza», según lo previsto por el artículo 296.

² El Código Orgánico Procesal Penal no incluye a la víctima, sin embargo, considero que no hay ningún obstáculo para su convocatoria y participación, pues si tiene el derecho a requerir la fijación de un plazo, con mayor razón a intervenir en la audiencia donde se decidirá acerca de dicho requerimiento. En caso de que haya sido la víctima, el sujeto procesal requirente, no hay duda de que deba ser convocada.

En caso de que el imputado se encuentre privado de su libertad, el lapso es menor: cuarenta y cinco días, según lo dispone el artículo 236. Este plazo es improrrogable, y de no presentarse el acto conclusivo, el imputado queda en libertad, aunque el juez de control podrá imponer una medida cautelar sustitutiva.

PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

DELITOS MENOS GRAVES

En el caso de los delitos menos graves, existen algunas diferencias.

Si el imputado no se hallare privado de su libertad, aunque puede estar sometido a una medida de suspensión condicional del proceso o haber celebrado acuerdo reparatorio, y haya habido incumplimiento, el Ministerio Público debe presentar el acto conclusivo que «estime prudente» en un lapso de sesenta días continuos, contados a partir de la notificación del juez de control sobre el incumplimiento, según lo regular el artículo 363 del Código Orgánico Procesal Penal.

Si no se tratare de estos supuestos, es decir, que el imputado estuviere privado de libertad, corre el mismo lapso, pero a partir de la fecha de la celebración de la audiencia de imputación: «el Ministerio Público deberá concluir la investigación dentro del lapso de sesenta días continuos siguientes a la celebración de dicha audiencia, de acuerdo a lo previsto en el artículo 358».

Entiendo que el mismo lapso rige para el caso en el cual el imputado se encontrare en libertad.

En cualquiera de estos supuestos, si el Ministerio Público no cumpliera con la presentación del acto conclusivo, el efecto es el archivo judicial de las actuaciones, el cese de todas las medidas de coerción personal, cautelares y de aseguramiento, así como el cese de la condición de imputado, tal como lo dispone el artículo 364.

DELITOS CONTRA EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA

El párrafo único del artículo 82 establece que si el Tribunal de Control, Audiencia y Medidas hubiese decretado la privación de libertad del imputado, el Ministerio Público cuenta con treinta días máximo para presentar el acto conclusivo, lapso prorrogable por un máximo de quince días, a solicitud debidamente fundamentada del fiscal del Ministerio Público con al menos cinco días de anticipación a su vencimiento. Ahora, si no consignare el acto conclusivo, entonces el tribunal ordenará la libertad del imputado o le impondrá medida cautelar o alguna de las de protección y seguridad.

En cuanto la duración de la investigación, el mismo artículo 82 reza:

El Ministerio Público dará término a la investigación en un plazo que no excederá de cuatro meses.

Si la complejidad del caso lo amerita, el Ministerio Público podrá solicitar fundadamente ante el Tribunal de Violencia Contra la Mujer con funciones de control, audiencia y medidas, competente, con al menos diez días de antelación al vencimiento de dicho lapso, una prórroga que no podrá ser menor de quince ni mayor de noventa días.

El artículo 106 regula la situación que se presenta cuando, vencido el lapso de la investigación, el Ministerio Público no presenta el acto conclusivo: a) el tribunal debe notificar al fiscal que actúa en el caso, o al Fiscal Superior, para exhortarlos «a la necesidad de que presente las conclusiones de la investigación, en un lapso extraordinario y definitivo, que no excederá de diez días continuos contados a partir de la notificación de la omisión al o la fiscal que conoce el caso.»

Si vencido este plazo, no hay consignación del acto conclusivo, procede la destitución o remoción del cargo, conforme al procedimiento disciplinario aplicable, y la víctima tiene derecho a interponer acusación.

El régimen es muy similar al penal ordinario, con algunas diferencias en cuanto los lapsos.

Se prevén estas situaciones:

Adolescente privado de su libertad: el Ministerio Público debe concluir la investigación y presentar el acto conclusivo en un plazo de diez días siguientes. Vencido dicho plazo, sin que el fiscal consignare, procede decretar por el juez de control una medida que no constituya privación de libertad. Artículo 560 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Adolescente no privado de su libertad e individualizado: pasados tres meses desde su individualización, el imputado, el defensor o la víctima pueden requerir del juez de control la fijación de un plazo prudencial, no menor de treinta días, para la conclusión de la investigación. Vencido este plazo sin que el Ministerio Público consigne el acto conclusivo, ni solicitada su prórroga, el juez de control debe decretar el sobreseimiento provisional, que acarrea el cese de todas las medidas de aseguramiento, cautelares y de coerción personal. La investigación solo se puede reabrir «cuando surjan nuevos elementos que lo justifiquen, previa autorización del juez o jueza de control.» Así lo dispone el artículo 561 *eiusdem*.

IV.- ANTECEDENTES DE LA DECISIÓN

La decisión que es objeto de estos comentarios, estuvo precedida, como ella misma lo atestigua, de otras decisiones en las cuales se le reconocía a la víctima, la facultad de acusar, si el Ministerio Público hubiese omitido la consignación del acto conclusivo en el lapso legal; sin embargo, se limitaba a los delitos contra el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

En la decisión comentada, se lee, luego de hacer referencia al artículo 30 constitucional, que antes reproducimos, lo siguiente:

Ahora bien, visto que la anterior disposición normativa no establece la posibilidad de que la víctima (directa o

*indirecta) de los delitos de violencia contra la mujer pueda presentar acusación particular propia, con prescindencia del Ministerio Público, una vez que precluya el lapso para concluir la investigación, más las prórrogas legales en caso de que se hayan acordado, se hace, por lo tanto, **necesario extender la doctrina señalada en la sentencia N° 3267, dictada el 20 de noviembre de 2003** (caso: Francesco Porco Gallina Pulice), que garantizan los derechos a la igualdad, acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de la víctima, aplicable mutatis mutandis, a los procesos de violencia contra la mujer, con el objeto de permitir que esta última pueda actuar, en forma directa, mediante la correspondiente presentación de una acusación particular propia, cuando el Ministerio Público no concluya la investigación bajo las condiciones establecidas en el citado artículo 103 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia, máxime cuando ese texto especial establece, en su artículo 1, como objeto principal, que se debe garantizar y promover el derecho a una vida libre de violencia, creando condiciones para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos. 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 esté conociendo la investigación, para que éste proceda a fijar la celebración de la audiencia preliminar, conforme a las disposiciones legales establecidas en los distintos sistemas penales procesales — de acuerdo a la materia —; permitiéndose asimismo, que el imputado ejerza su derecho a la defensa a través de la oposición de*

excepciones, medios de prueba, y descargos necesarios. Si el Ministerio Público presenta una acusación posteriormente a la interpuesta por la víctima, antes de la 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 pruebas 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 de los medios de pruebas ofrecidos por la víctima. Lo dispuesto en tal decisión fue ratificado por esta Sala en la sentencia n.º 1.550/2012 del 27 de noviembre (caso: María Cristina Vispo López y otros), mediante la cual se resolvió la solicitud de aclaratoria de la decisión n.º 1.268/2012 parcialmente transcrita ut supra. (He destacado)

Algunas conclusiones, se pueden extraer de los párrafos reproducidos:

- El anclaje constitucional: derecho a la tutela judicial efectiva, igualdad y acceso a la justicia.
- El reforzamiento de dicho derecho, con el establecimiento de los fines de la ley especial en la materia a que se contrae su artículo 1.
- El silencio de la norma de la ley especial con relación a los derechos de la víctima, cuando el fiscal omitiere la presentación del acto conclusivo, dentro del plazo legal.
- La posibilidad de que el Ministerio Público consigne igualmente su acto conclusivo.

- El reconocimiento de los derechos del imputado a contestar e impugnar la acusación de la víctima.
- En la acusación de la víctima, se deben incluir los medios de prueba a ventilar durante el juicio oral, junto a los del Ministerio Público, si este hubiese ofrecido también pruebas. Si no lo hubiere hecho, se tramitarán entonces las de la víctima acusadora.
- Se reconoce que el Ministerio Público puede, aunque no haya acusado, por su condición de parte de buena fe, coadyuvar en la actividad probatoria impulsada por la víctima.

Es de subrayarse que, con ocasión de la reforma de la mencionada ley sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, en el año 2014, se reformó el artículo 103, que pasó a ser el 106, en el cual se reconoce el derecho de la mujer a acusar, aun cuando el fiscal del Ministerio Público no hubiere consignado el acto conclusivo en el lapso legal.

Estos fundamentos y derivaciones se reproducen en la sentencia 902, que sistematizamos a continuación, en aras de una mayor claridad de su estructura.

V.- ANÁLISIS DE LA DECISIÓN 902 DEL 14 DE DICIEMBRE DE 2018

5.1. Fundamentos

La sentencia desprende su conclusión del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 26 constitucional, según el cual todos tenemos derecho a acceder a los órganos de justicia para hacer valer nuestros derechos e intereses, incluso los colectivos, a una tutela efectiva de los mismos y obtener «con prontitud la decisión correspondiente.»

Este precepto contiene el reconocimiento de los siguientes derechos:

- Acceder a los órganos de justicia
- Tutela judicial efectiva

- Obtención célere de la decisión

El dispositivo constitucional ha sido entendido básicamente, de dos maneras.

Una sostiene que es la suma de todos los derechos constitucionales que se consignan en los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, posición que ha mantenido en algunos de sus fallos el Tribunal Supremo de Justicia.

La segunda tesis sostiene la especificidad de la tutela judicial efectiva frente al debido proceso, aun cuando en la misma hay quienes consideran que este último comprende la primera, pero sin que se confundan.

Sin entrar en mayores detalles, puede afirmarse que alrededor de la posición favorable a la especificidad de su contenido, se encuentran Humberto E.T. Bello Tabares y Dorgi D. Jiménez Ramos, quienes además citan a otros autores como exponentes de la misma tendencia: Ramón Escovar León, Rodrigo Rivera Morales, Luis Ortiz Álvarez y René Molina Galicia, entre los nacionales; y a Picó I Junoy y

Alex Caroca Pérez, entre los extranjeros. Igualmente, invocan sentencias del Tribunal Constitucional Español.³

Según Bello Tabares, el artículo 26 constitucional no es la suma de los derechos y garantías constitucionales de índole procesal, sino que, por el contrario, involucra lo siguiente:

El derecho de acceso a los tribunales de justicia

El derecho a obtener una sentencia «fundada, razonada, motivada, justa, correcta, congruente y que no sea jurídicamente errónea.»

³ Conf. Humberto E.T. Bello Tabares y Dorgi D. Jiménez Ramos, *Tutela Judicial Efectiva y otras garantías constitucionales procesales*. Pp.47 y ss.

El derecho a ejercer los recursos legales contra las decisiones perjudiciales

El derecho a ejecutar las decisiones judiciales⁴

Jurisprudencia constitucional venezolana también ha definido el contenido el derecho a la tutela judicial efectiva en términos análogos:

la sentencia núm. 708 del diez (10) de mayo de 2001, dictada por la Sala Constitucional, referida al principio de la Tutela Judicial Efectiva y el deber de los órganos judiciales de dar respuesta a las pretensiones que le han sido planteadas, en los términos siguientes:

“...El derecho a la tutela judicial efectiva (...) comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido (...) En un Estado social de derecho y de justicia (...) la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida

⁴ Id. P. 54.

lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaure”.

En tal sentido, la motivación es una garantía final de un proceso realizado correctamente y que la misma emana de un razonamiento lógico y jurídico, donde queda plasmado el análisis y la conclusión del fallo emitido, para que tanto el justiciable como la colectividad, conozcan las razones que llevaron a tomar la decisión. En este contexto, la falta de verificación de los mencionados requisitos, y la imprecisión de la firmeza de la sentencia, auto o providencia que causo el agravio; comporta una grave violación al principio general del debido proceso, en cuanto al deber de motivar las decisiones emitidas y del conocimiento que deben tener las partes en el proceso, del razonamiento que llevó a la conclusión dictada en el fallo.⁵

Varias son las razones a favor de la tesis de la especificidad.

El texto constitucional distingue entre las disposiciones más generales, es decir, las que tienen vocación más amplia que las específicas. Entre las primeras se encuentran aquellos derechos y garantías de mayor extensión y aplicación, son aquellas que consideran al destinatario de las normas en su acepción más amplia, como ser humano. Entre esas disposiciones está el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, destinado a salvaguardar los derechos que allí se reconocen, sin una cualidad procesal especial, como la de imputado, por ejemplo.

Hay una condición general que también funciona como precondition del debido proceso. Es decir, que, por ejemplo, el derecho a la presunción de

⁵ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/mayo/211883-147-31518-2018-C18-56.HTML>. Sentencia No. 147, Expediente C18-56. 31 de mayo de 2018.

inocencia, presupone que previamente se ha accedido a los tribunales de justicia, en los cuales se han hecho valer derechos e intereses. Carece de sentido, o sea, de aplicación dicha presunción, si no el titular del derecho no está inserto en una determinada relación procesal.

El cumplimiento de los requisitos de la sentencia, y vaya este otro ejemplo, es una violación a la tutela judicial efectiva en tanto en cuanto hay un proceso que debe garantizar decisiones céleres⁶.

En pocas palabras, se está ante un derecho que corresponde a toda persona, sea cual fuere la condición y posición que represente en una relación procesal, que llama a la operatividad de los derechos y garantías que abstractamente se formulan respecto a relaciones procesales específicas, concretamente las del imputado ante el poder punitivo del Estado⁷.

La sistemática constitucional, el sentido general y la función operativa del derecho a la tutela judicial efectiva me permite concluir que es un derecho complejo que comprende derechos propios que se desempeñan como precondiciones y garantías del cumplimiento del debido proceso que, por supuesto, cuenta con otras garantías de reforzamiento operativo y conceptual, que no viene al caso detallar.

El derecho a la tutela judicial efectiva actúa igualmente como máxima de principio hermenéutico respecto al orden que del mismo se deriva, vale decir, de los preceptos del debido proceso y de aquellos aun más concretos, sin llegar a ser específicos, en una escala jerárquica decreciente.

El modelo normativo que rige los plazos procesales y sus efectos puede ser examinado como una derivación en un nivel más concreto de los derechos y

⁶ No es casual que la doctrina jurisprudencial venezolana considere que la afrenta por inmotivación viola el derecho a la tutela judicial efectiva.

⁷ La condición y posición de la víctima le confiere derechos y garantías correlativos gracias a la fórmula de los atributos, especialmente los de imparcialidad e idoneidad, que también reconoce el único aparte del varias veces mencionado artículo 26 constitucional.

garantías del debido proceso, y este a su vez, de la tutela judicial efectiva. De este modo, el establecimiento de un plazo para la presentación de la acusación fiscal responde a la satisfacción del derecho de defensa que se vería mutilado si el Ministerio Público no tuviese el deber de presentación en un determinado plazo que el legislador ha considerado justo y razonable para mantener el equilibrio entre los derechos del imputado y la necesidad social de investigación y sanción de los hechos punibles. Dicho plazo debe tomar en cuenta, la condición del derecho de libertad del imputado, por lo que varía en razón de la restricción previa o no, de dicho derecho, e igualmente toma en consideración exigencias sociales y políticas, es decir, de política criminal, que se asocian a las características del hecho, tan estrechamente unidas a las condiciones de su investigación.

El derecho de la víctima a una tutela judicial efectiva que le concede igualdad de armas ante el imputado y el Estado, también se vería lesionado si el Ministerio Público no tuviese el deber de presentar el acto conclusivo en un determinado plazo.

Es por ello que el Código Orgánico Procesal Penal varía los lapsos para la presentación del acto conclusivo, según la condición de privación o no de libertad, y de la naturaleza de los delitos, dicho sea, con independencia de la crítica que pueda merecer tales previsiones, desde el punto de vista de la cuantía temporal establecida, asunto que escapa al objetivo de este comentario.

Estos preceptos sobre el lapso de presentación del acto conclusivo, sin embargo, serían de escasa o nula efectividad, si la Ley no previera una determinada consecuencia al incumplimiento fiscal del lapso para presentar su acto conclusivo.

Grosso modo expuesto, la consecuencia es la aplicación de la figura procesal del archivo judicial, que, en cuanto al imputado, significa el cese de su detención, si fuere el caso, así como de su condición de imputado, y de todas las medidas de coerción, prevención o aseguramiento adoptadas durante la

investigación, tal como lo disponen los artículos 236, 296, 364 del Código Orgánico Procesal Penal.

La invocación del derecho a la tutela judicial efectiva, la complementa la decisión con un argumento sustentado en el último aparte del artículo 285 constitucional, según el cual, las atribuciones del Ministerio Público no menoscaban el ejercicio de los derechos de los particulares y de otros funcionarios públicos:

...el último aparte del artículo 285 constitucional indica que la atribución de competencias al Ministerio Público contenidas en esa norma, no menoscaban el ejercicio de los derechos y actuaciones que corresponden a los o las particulares, ello aunado a la garantía de la tutela judicial efectiva, que incluye el derecho de los particulares de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, en el contexto del proceso concebido como un “instrumento fundamental para la realización de la justicia”, así como la garantía de reparación de los daños a las víctimas de delitos comunes, dispuestos en los artículos 26, 256 y 30 eiusdem, respectivamente, faculta suficientemente a la víctima para ejercer directamente la acción penal en los casos que sea necesario, con el objeto de evitar la impunidad y lograr la justicia sustancial, como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, establecido en el artículo 2 ibídem.

El tercer fundamento, tal como se desprende del párrafo precedente, es el fin de «justicia sustancial», ante la cual sacrifica expresas disposiciones legales.

Antes de expresar nuestra opinión acerca de la pertinencia o no, del derecho a la tutela judicial efectiva como fundamento válido de la decisión,

precisamos algunas consideraciones más específicas, de tipo procedimental, que establece dentro de sus pronunciamientos finales.

CONSIDERACIONES ESPECIALES

Tal como señalamos anteriormente, hay consideraciones particulares que introduce la decisión 902 en procura de su mejor aplicación. Ellas tampoco están exentas de problemas específicos.

Presentada la acusación de la víctima, el juez debe requerir del fiscal del Ministerio Público el envío de sus actuaciones y fijar la audiencia preliminar.

La decisión no resuelve cuál es el lapso del imputado para oponerse a la acusación de la víctima. Supóngase, sin embargo, que es el previsto en el artículo 311, lo que parece lo más razonable. Sin embargo, estamos ante una acusación que, en principio, no cuenta con los elementos que constan en la investigación fiscal, lo que de suyo trae para la víctima la carga de acusar sin disponer de los elementos de convicción a los que pudo arribar el fiscal, salvo que el Ministerio Público, ante el requerimiento judicial, remita sus actuaciones al tribunal y puedan ser consultadas por la víctima en un tiempo oportuno antes del vencimiento del lapso con que cuenta para acusar.

También es factible que dichas actuaciones lleguen a las actas **después** que la víctima acusó, y dentro de los mismas puede haber algunos elementos que la víctima no conociere, y cuya ausencia debilita su acción. Suponer que la víctima cuente con una segunda oportunidad para una segunda acusación, basada en la circunstancia de que el envío de las actuaciones le ha suministrado nuevos elementos, trastorna por completo el orden procesal.

Se prevé que la víctima no cuente con elementos suficientes para acusar, caso en el cual podrá recurrir a la figura del auxilio judicial, prevista en el artículo 393 para los delitos de acción dependiente de instancia de parte. En una situación de esta naturaleza, muy probablemente el Ministerio Público presentará su acto conclusivo, antes de que la víctima acuse; pero ello sería una circunstancia menor

ante el problema antes planteado del mantenimiento o no, de la privación de libertad, si ella hubiese sido decretada, si se tratara de delito menos grave, materia que no resuelve la decisión 902.

También se establece que el Ministerio Público, caso de que no hubiese acusado, debe colaborar con la víctima durante la actividad probatoria, mas no se aclara el alcance de dicha colaboración. ¿Puede el fiscal del Ministerio Público participar activamente durante el debate oral: repreguntar, recurrir, entre otras? ¿Puede el Ministerio Público solicitar pruebas nuevas al inicio del debate, aun cuando las mismas no “colaboren” con la pretensión de enjuiciamiento y castigo que ha hecho suya la víctima? ¿No puede el fiscal del Ministerio Público, como “parte de buena fe” actuar en favor de una verdad que sea adversa a los intereses de la víctima?

También la decisión prevé que el Ministerio Público solicite el sobreseimiento de la causa, hecho que, según ella asienta, no priva a la víctima del derecho de acusar. En tal caso, agrega, el juez debe convocar a una audiencia en los términos previstos en los artículos 309 y 365 del Código Orgánico Procesal Penal.

Con este mandato, la decisión 902 modifica el procedimiento previsto en materia de sobreseimiento, previsto en los artículos 302 y siguientes, y se generan contradicciones. No resulta claro si ambos procedimientos deben coexistir, ni qué consecuencias trae la aceptación del juez de la solicitud, o qué secuela procesal se abre con la consulta al fiscal superior, si el juez disiente de la opinión fiscal. Tampoco están delineadas las consecuencias procesales si otro fiscal acusa, por disentir el fiscal superior de la opinión del “primer” fiscal.

La solicitud fiscal de sobreseimiento y las eventualidades de su trámite coexistiendo con la vida procesal de un juicio instado por la acusación de la víctima, es fuente de muchas interrogantes, no solo las antes expuestas, sino también acerca de si el juez de control debe “suspender” el curso del juicio hasta tanto se decida la incidencia del sobreseimiento y cómo tal “suspensión” gravita

sobre el estado de libertad del imputado y el derecho a la celeridad que la víctima invocare en contra de tal hipotética “suspensión”.

Igualmente, la decisión se pronuncia sobre el supuesto de que el fiscal dictare el archivo fiscal.

Para aquellos casos en que se decrete el archivo fiscal, el Ministerio Público deberá notificar al Juez o Jueza en Funciones de Control, así como a la víctima, a fin de que esta última pueda presentar acusación particular propia en los términos antes establecidos, o solicitar en cualquier momento, el examen y revisión de los fundamentos que motivaron el archivo; y si el tribunal estima procedente la solicitud de la víctima ordenará el envío de las actuaciones a la Fiscalía Superior para que ordene a otro u otra Fiscal que continúe con la investigación, todo ello sin perjuicio de que la víctima pueda presentar la acusación particular propia, si el Ministerio Público no concluye la investigación dentro de los lapsos establecidos en la ley.

Nuevamente, la Sala modifica el procedimiento legalmente previsto.

Según el artículo 297 del Código Orgánico Procesal Penal, una vez que el fiscal del Ministerio Público decreta el archivo fiscal, el procedimiento a seguir es el siguiente:

- Notificación a la víctima que haya intervenido en el proceso.
- Cesación de toda medida cautelar
- La facultad de la víctima, en cualquier momento, de solicitar la reapertura con indicación de las diligencias conducentes.

La decisión 902 coincide con la regulación legal en cuanto la notificación de la víctima, nada expresa sobre la cesación de las medidas cautelares, pero tal consecuencia debe aplicarse, en razón de principios generales; la variación reside en el derecho adicional de la víctima de constituirse en parte querellante.

Según el Código Orgánico Procesal Penal lo que procede es que la víctima solicite diligencias. Si el fiscal del Ministerio Público no las procesa, la víctima podrá dirigirse al juez de control en tutela de sus derechos⁸ e incluso, si se dan otros requisitos, intentar acción de amparo si la violación de sus derechos es confirmada por los órganos jurisdiccionales.⁹

La atribución del ejercicio positivo de la acción penal de la víctima en este supuesto, conduce a los mismos problemas y consideraciones que fueron precedentemente examinados cuando se trataba de omisión fiscal de presentación del acto conclusivo en el lapso legal.

CONTEXTO

La emisión de la decisión comentada, para su mejor entendimiento, debe ser enmarcada en la situación fáctica y jurídica que la originó.

Se trataba de una acción de amparo constitucional interpuesto por el apoderado de la víctima contra el Ministerio Público (Fiscal Superior del Estado Zulia), en un delito contra la propiedad, en razón de que este último ratificó la solicitud fiscal de sobreseimiento de la causa sin haberse llevado a cabo una investigación exhaustiva.

En el curso del proceso, hubo diversas irregularidades procesales, tales como la violación de la cosa juzgada formal por parte del tribunal, la aplicación de la parte final del artículo 305 del Código Orgánico Procesal Penal, suspendido por

⁸ En mi opinión, el control jurisdiccional sobre la decisión fiscal procede aun cuando esté motivada, con mayor razón si no lo está. Un razonamiento similar al que procede con ocasión del control formal y material de la acusación fiscal en la audiencia preliminar.

⁹ Cabe sin duda, apelación contra la decisión violatoria que emanase del tribunal de control.

acción de inconstitucionalidad por decisión de la Sala Constitucional de fecha 12 de julio de 2017, en razón de que violenta las atribuciones judiciales, al obligar al juez a decretar el sobreseimiento solicitado por el Ministerio Público, aun en contra de su criterio discrepante.

En sus consideraciones iniciales, el fallo comentado expresa:

Inicialmente, encuentra esta Sala necesario indicar que, la decisión n.º 1702-16, dictada el 18 de octubre de 2016 por el Quinto Itinerante de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, con sede en Maracaibo, estableció por un lado, la declaratoria sin lugar de la solicitud de sobreseimiento formulada por el Ministerio Público, por encontrar que la misma no llena los requisitos exigidos por la norma adjetiva penal y, por otro lado, ordenó la remisión de las actuaciones del expediente penal primigenio a la Fiscalía Superior del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, con fundamento en el único aparte del artículo 305 del Código Orgánico Procesal Penal.¹⁰

En este sentido, observa la Sala que, acertadamente el órgano judicial en funciones de control, sobre la base de la autonomía judicial, mediante un análisis exhaustivo de la solicitud fiscal, así como los resultados de las actuaciones ordenadas y las diligencias practicadas en la fase de investigación, a la luz de los postulados constitucionales y legales, en armonía con la doctrina desarrollada por este Máximo Tribunal, negó la solicitud de sobreseimiento formulada por el Ministerio Público.

En efecto, el mencionado juzgado de primera instancia penal, declaró sin lugar el pedimento fiscal al evidenciar en su motivación, la conducta omisiva por parte del director de la investigación con relación a dos aspectos.

El primero de ellos, relativo a las diligencias de investigación que ese mismo despacho ordenó, por haberlas considerados útiles, pertinentes y necesarias

¹⁰ El mismo tribunal, a cargo de un juez itinerante, decretó luego el sobreseimiento.

en el contexto de esa investigación, y de las cuales no hizo ningún señalamiento expreso sobre sus resultados.

De manera que, la decisión n.º 1702-16, dictada el 18 de octubre de 2016 por el Juzgado Quinto Itinerante de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, con sede en Maracaibo, se ajusta a la doctrina jurisprudencial desarrollada por esta Sala, al considerar la falta de práctica de las diligencias de investigación ordenadas por el Ministerio Público, como un obstáculo que impide decretar el sobreseimiento. En atención a lo cual, para la procedencia de la solicitud de sobreseimiento formulada por el Ministerio Público, es necesario que las labores investigativas se hayan desarrollado suficientemente, conllevando así a la conclusión inequívoca y sin lugar a dudas, que ese era el acto conclusivo correspondiente en el caso en concreto y no otro de los previstos en la norma adjetiva penal (vid. sentencia n.º 991/2008 del 27 de junio; caso: Miguel Soler Anierte y Otros).

Y el otro aspecto con relación al cual el Ministerio Público desplegó una conducta omisiva, se vincula al deber constitucional y legal de responder motivadamente, ya sea en forma positiva o negativa, la solicitud de diligencias de investigación formulada por el apoderado de la víctima en ese proceso penal primigenio. Ello, con el fin de garantizar el postulado del artículo 51 constitucional, tiene asignado el deber de dar oportuna y adecuada respuesta a las solicitudes formuladas por quienes funjan como víctimas en las investigaciones que estos adelanten, que en el proceso penal primigenio se trata una petición de diligencias de investigación orientadas a demostrar el acaecimiento del hecho punible denunciado, así como de identificar a los autores o partícipes; con relación a lo cual, el órgano fiscal debió ordenar la práctica de las diligencias solicitadas o, en caso de considerar improcedente la realización de tales pesquisas, informarle a la víctima en forma motivada las razones por las cuales negaba su práctica.

De esta manera, la omisión del Ministerio Público de atender los planteamientos formulados por la víctima, como sujeto procesal con importante interés en los resultados de la investigación penal, se traduce a la

vez en el incumplimiento en el deber de ordenar y dirigir esa incipiente fase del proceso, tal como lo establece el numeral 3 del artículo 285 de la norma fundamental.

Aunado a lo anterior, esta Sala Constitucional estableció en sentencia n.º 1335/2011 del 4 de agosto (caso: Mercedes Josefina Ramírez), lo siguiente:

A tal efecto, la Sala observa que el Juez encargado del referido Juzgado de Control, debió, dentro de su autonomía para decidir, constatar si los actos de investigación plasmados en el expediente penal, permitían llegar a la conclusión de que,(sic) fueron agotadas todas las diligencias necesarias para concluir la investigación y que no existía ninguna otra posibilidad de incorporar otras, para poder aplicar el artículo 318.4 del referido Texto Penal Adjetivo. Así pues, era imprescindible verificar si, durante más de dos años que duró la investigación, se había realizado todas las actuaciones pertinentes, entre otras, la citación de la ciudadana que suscribió el examen psiquiátrico, para que acudiera a la sede del Ministerio Público y manifestase, ya sea en calidad de investigada o bien de imputada, lo ocurrido en el Centro Hospital de Neuro Psiquiatría 'Dr. Jesús Mata de Gregorio' Sebuacán-Área Metropolitana de Caracas. Esa declaración era fundamental para la investigación, por cuanto de su contenido el Ministerio Público podía elegir algún otro acto para la conclusión de la misma, amén de que igualmente, era necesario requerir otro testimonio de distintos profesionales de la medicina adscritos al referido Centro Hospital de Neuro Psiquiatría.

... (Omissis)...

Lo anterior, concluye esta Sala, demuestra, a ciencia cierta, que la Fiscalía Centésima Vigésima Segunda del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, ni la Fiscalía Novena del Ministerio Público de esa misma Circunscripción Judicial — que conoció inicialmente la investigación —, cumplieron con su deber contenido en el artículo 285.3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esto es, ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión, toda vez que, al ostentar el monopolio de la acción penal, tenían la obligación de ejercerla (como lo establece el artículo 11 del Código Orgánico Procesal Penal) y realizar una investigación exhaustiva con el objeto de corroborar si lo denunciado por la ciudadana Mercedes Josefina Ramírez podía subsumirse en el delito de falsa certificación médica o en algún otro injusto típico.

En efecto, a esta Sala le llama la atención que el Ministerio Público sin motivación y sin consideración sobre su pertinencia ordenó a los médicos adscritos al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas que se le practicara a la denunciante, ciudadana Mercedes Josefina Ramírez y en la misma oportunidad en que dio inicio a la investigación, un “...Examen Psicológico y Psiquiátrico...”; cuando precisamente era ella la denunciante del presunto hecho punible, y cuando lo propio era, en el ejercicio pleno de la acción penal y en aras de verificar si, realmente, los hechos denunciados se correspondían con el tipo penal de falsa certificación médica, que ese órgano fiscal ordenara la realización todos aquellos actos de investigación que correspondían

para la obtención de la verdad de lo narrado por la ciudadana Mercedes Josefina Ramírez y velar que los mismos se cumplieran a cabalidad, esto es, que se practicaran de manera efectiva con la ayuda de todos los auxiliares de justicia adecuados, incluso con el ejercicio de la fuerza pública, a través de una orden judicial, como se lo permitía el artículo 310 del Código Orgánico Procesal Penal. De manera que, al no existir una investigación exhaustiva por parte del Ministerio Público, la Sala precisa que la misma fue concluida indebidamente con base a la afirmación legal de que no existía razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la misma.

... (Omissis)...

Por lo tanto, se incumplió el contenido del artículo 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece que el Estado está en la obligación de proteger a las víctimas de delitos comunes y de procurar que los culpables reparen los daños causados, el cual ha sido reseñado por esta máxima instancia constitucional en la sentencia N° 265, del 16 de abril de 2010 (caso: Rodolfo Barráez Sánchez) (...).

Conforme al precedente transcrito, el órgano judicial al momento de evaluar la solicitud fiscal de sobreseimiento, debe verificar que se demuestre suficientemente en actas, la realización efectiva, por parte del Ministerio Público, de una labor exhaustiva en la fase de investigación, que refleje la práctica de las actividades requisitorias de carácter científico, que el personal adscrito a los órganos de investigación criminalística tiene la plena capacidad de hacer. Esto así, garantizaría el mencionado derecho a la víctima preceptuado en el artículo 30 constitucional, y, lo contrario sólo constituiría el incumplimiento del órgano encargado de dirigir la investigación en satisfacer

con el cometido dispuesto en el numeral 3 del artículo 285 constitucional ya señalado anteriormente.

De modo que, la Carta Magna le impone al Ministerio Público el deber de investigar, de manera suficiente o exhaustiva, todos aquellos hechos que pudieran tener consecuencias penales, esto es, la obligación de establecer en la fase de investigación del proceso penal el esclarecimiento sobre la existencia de un hecho punible con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores o autoras y demás participantes del delito que investiga, así como lograr el aseguramiento previo de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración delictiva.

Como se desprende de todo lo anterior, y de aún otros detalles que se pueden leer en el texto de la decisión, se trató de un caso en el cual fueron afectados los derechos de la víctima y, en general de la sociedad, para la investigación y, de ser el caso, el enjuiciamiento.

Otra circunstancia a tomar en cuenta, es que la acción de amparo había decaído por falta de impulso procesal, de acuerdo con jurisprudencia reiterada de la misma Sala.¹¹

Por tanto, ante el dilema de corregir las violaciones a los derechos de la víctima con una declaratoria con lugar de una acción de amparo decaída, o corregirlas aun declarando el decaimiento de la acción de amparo, la Sala optó por esta última solución, mediante un *obiter dictum*, en ejercicio de la facultad revisora.¹²

PROBLEMAS Y SOLUCIONES

¹¹ El decaimiento de la acción de amparo por pérdida de interés en razón de la falta de impulso procesal nos resulta una figura altamente cuestionable.

¹² El alcance y razón de la facultad revisora fueron expuestas fundamentalmente en la sentencia 93/2001 del 6 de febrero (caso: CORPOTURISMO), que en lo esencial cita la decisión comentada.

La fundamentación axiológica de la decisión en la tutela judicial efectiva y la justicia sustancial¹³, obliga a examinar si el sistema procesal modificado atenta contra dichos valores, o si, por el contrario, resulta violentado. De ser lo primero, no debe haber duda acerca de la plausibilidad de dicha decisión; pero, de ser lo último, al menos en un Estado de Derecho, no es plausible una tutela judicial efectiva *contra legem*.

El primero de los asuntos claves a considerar es si la decisión 902 es coherente con el modelo acusatorio formal que acoge el Código Orgánico Procesal Penal.

Un modelo procesal representa las interacciones procesales, que, a su vez, significan las respectivas posiciones de unos frente a otros, lo que implica el conjunto de derechos-deberes que los vinculan. El contenido de esos vínculos normativos se expresa en una determinada estructura conceptual, que se condensa en una formulación modélica que responde no solo a un entramado conceptual, sino también a fines y condiciones de carácter ético-político que se normativizan en los preceptos jurídico-procesales.

Las interrelaciones del modelo acusatorio formal se traducen en una serie de características, entre las cuales cabe destacar la separación de roles, la igualdad de armas procesales, la institucionalización de la titularidad de la acción y ejercicio de la investigación, y básicamente el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales.¹⁴

En términos similares, Teresa Armenta Deu caracteriza el modelo acusatorio en función de determinados principios propios, además, del Estado de

¹³ La invocación del último aparte del artículo 285 constitucional es un fundamento técnico constitucional que puede ser considerado como involucrado en las premisas más generales de tipo valorativo.

¹⁴ Conf. Moisés Sabogal Quintero y Jorge Enrique Carvajal Hernández, *El juicio oral en el sistema penal acusatorio colombiano. Normas receptoras procesales, acusación preparatoria y juicio*. P. 13.

Derecho: igualdad de las partes, audiencia o contradicción, principio acusatorio y derecho de defensa, en su máxima extensión.¹⁵

Como se puede extraer, la mencionada autora diferencia entre el modelo acusatorio y el principio acusatorio, este como componente del primero. Dicho principio «ciñe su contenido a la necesidad de que exista acusación y que quien acuse no juzgue, lo que en términos del proceso supone conocer de la acusación formulada, la existencia de correlación entre acusación y sentencia, y la prohibición de *reformatio in peius*»¹⁶

En el caso de la legislación venezolana, la adopción de los principios del debido proceso, con anclaje constitucional, la separación de roles, la institucionalización de la acción penal en el Ministerio Público, determinan que, al menos desde el punto de vista normativo, permite afirmar que en Venezuela rige el modelo acusatorio formal.

La decisión comentada no altera el primer momento de la titularidad de la acción penal, pues la apertura de la investigación continúa correspondiendo al Ministerio Público, pero sí introduce una modificación importante en el segundo momento del ejercicio de la acción, que es, precisamente, aquel en que la acción adviene con su pretensión de enjuiciamiento y castigo, ausente en el primer momento (la apertura de la investigación).

La cuestión a plantearse, entonces, es si la sustitución del ejercicio pleno de la acción penal del Ministerio Público por parte de la víctima, cuando el primero incumple con su deber de presentación oportuna del acto conclusivo, significa una alteración del sistema procesal. Esta cuestión es equivalente a plantear si la decisión 902 significó no un cambio de interpretación, sino un cambio del referente de la interpretación, que no es otro que el precepto legal. De ser lo

¹⁵ Conf. Teresa Armenta Deu, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. P. 43. En sentido similar, Gimeno Sendra et al, *Derecho Procesal Penal*. P. 83.

¹⁶ Id.

último, la decisión traspasaría los límites de la interpretación para invadir los de la legislación, como en efecto ocurrió.

Ciertamente que la decisión fractura lo dispuesto en los artículos 236, 296, 364 del Código Orgánico Procesal Penal, pues de acuerdo con estas disposiciones hay un efecto procesal claramente delimitado: el archivo judicial, sin solución de continuidad. A *contrario sensu* la decisión introduce un nuevo efecto que antecede al eventual archivo judicial: el derecho de la víctima a acusar.

¿Ambos efectos son incompatibles entre sí?

En mi opinión, sí lo son.

El archivo judicial supone el cese de la condición de imputado, en tanto que la acusación supone su persistencia.

Por otra parte, la decisión 902 deja pendiente una pregunta fundamental en el Estado de Derecho: ¿*quid* con el estado de privación de libertad?

En el procedimiento penal ordinario, no hay mayores dificultades, pues se trata del supuesto de individualización del imputado, que no de su sujeción a medida de coerción. En este caso, el Ministerio Público cuenta con un plazo de ocho meses, prorrogables dentro de los cánones previstos por el Código Orgánico Procesal Penal, y cuyo incumplimiento da lugar al archivo judicial que resultó modificado por la decisión 902.

Sin embargo, en el caso de los delitos menos graves, la situación es diferente, y al parecer no tal diferencia no fue debidamente observada por la Sala Constitucional.

En efecto, en el procedimiento de estos delitos, el Código Orgánico Procesal Penal no prevé ninguna regulación en cuanto la duración de la fase de investigación e individualización del imputado, por lo cual se deben aplicar las reglas del procedimiento ordinario.

El artículo 364 se refiere a dos situaciones: a) imputado que, en la audiencia de imputación, hizo uso de las formas alternativas de prosecución del proceso y que, en consecuencia, se encuentra en libertad¹⁷ ;b) imputado que no hizo uso de dichas fórmulas y que, en consecuencia, puede encontrarse privado de libertad.

De acuerdo con las normas del debido proceso recogidas por el Código Orgánico Procesal Penal, el legitimado para solicitar la privación judicial preventiva de libertad es el Ministerio Público, a tenor del artículo 236, condición que se mantiene en el caso especial de la privación ordenada por el juez de juicio, que solo declina ante el caso de delito en audiencia, según la letra del artículo 328 del mismo Código.

Luego, si la víctima solicita la detención en su acusación, y el juez la acuerda, se altera el contenido y sentido de lo dispuesto en materia de privación judicial preventiva de libertad, y e marco garantista del proceso.

Ahora, si la víctima no solicita la detención, es claro que el juez no la puede decretar de oficio.

Otro asunto es si la decisión 902 autoriza la consignación de la acusación de la víctima **después** que el tribunal hubiese acordado el archivo.

Establece la mencionada decisión lo siguiente:

... el Tribunal de Primera Instancia Penal Municipal en Funciones de Control deberá conceder a la víctima la oportunidad para que presente la acusación particular propia en los términos antes expuestos; y de no presentarse la acusación, el órgano judicial podrá decretar el archivo judicial previsto en el artículo 364 eiusdem. Así se establece.

¹⁷ La medida cautelar sustitutiva de detención domiciliaria no parece compatible con dichas fórmulas alternativas.

De esta manera, la víctima podrá interponer su acusación particular propia en el lapso de treinta (30) días calendarios consecutivos (similar al lapso mínimo previsto para el Ministerio Público en el primer aparte del artículo 295 del Código Orgánico Procesal Penal) contados a partir desde la oportunidad en que el respectivo Juzgado en Funciones de Control notifique a la víctima sobre el incumplimiento por parte de Ministerio Público de la conclusión de la investigación, dentro del lapso de sesenta (60) días establecido en el artículo 363 de la norma adjetiva penal, en el procedimiento especial para los delitos menos graves, o dentro del plazo prudencial establecido en el artículo 295 eiusdem, en el procedimiento ordinario

De lo reproducido, se extrae que la acusación de la víctima no puede ser ejercida si el tribunal de control ha decretado el archivo, pues este queda supeditado a que la víctima no haya acusado en el plazo establecido en la decisión.

El efecto de la decisión comentada es que, por vía de interpretación, se ha alterado el sistema procesal en esta materia, ya que se modifican expresos dispositivos legales al incorporar a sus supuestos y consecuencias, fundamentos fácticos y efectos normativos que los mismos no prevén.

Uno de los fundamentos argumentativos de la decisión es el derecho a la tutela judicial efectiva, de allí que haya que detenerse en su examen.

Cierto que la tutela judicial efectiva opera como principio de legislación y como principio de interpretación, y en tal orden de ideas, vincula al legislador, al intérprete y al juez, a los fines de extraer contenido semántico y extensión a los preceptos legales, y en caso de incompatibilidad, valida la sanción de inconstitucionalidad de las normas que lo contradigan, pero otra cosa es que en su nombre el juez-intérprete modifique el contenido y alcance de las disposiciones

legales, tarea que solo le corresponde al legislador, pues a lo sumo, el control jurisdiccional sobre el ordenamiento es negativo, en cuanto su declaratoria de inconstitucionalidad, y en lo positivo se mantiene en el contexto de la norma interpretada, que le establece límites lingüísticos y normativos que no debe traspasar, so pena de irracionalidad o inconstitucionalidad.

Los derechos, constitucionales incluidos, se ejercen y disfrutan dentro de los límites que el legislador establece, y en la materia que nos ocupa, la tutela judicial efectiva cuando el fiscal del Ministerio Público incumple con su deber de consignación oportuna, ha considerado que dicha tutela se satisface con el reconocimiento del derecho de la víctima de solicitar diligencias de investigación ante el fiscal, y en caso de que este la desoiga, puede dirigirse al juez de control para que se reabra la investigación, según se extrae del Código Orgánico Procesal Penal en sus artículos 122, numerales 2 y 7; 287 y 297, incluso por vía de interpretación analógica.¹⁸

Los derechos humanos procesales, incluyendo el derecho a la tutela judicial efectiva, gozan, por su naturaleza, de un alto nivel de abstracción y

¹⁸ En el derecho comparado, tenemos el caso del proceso penal colombiano, que acogió el modelo acusatorio, y cuyo Código de Procedimiento Penal dispone, a partir de la titularidad de la acción penal en manos de la Fiscalía General de la Nación (artículo 66) que la libertad de imputado procede cuando hayan transcurrido 60 días desde la fecha de la formulación de la imputación, y no se hubiere presentado la acusación o la solicitud de preclusión, e igualmente si transcurrido el mismo lapso a partir de la fecha de la acusación, y no se hubiere iniciado la audiencia de juzgamiento (artículo 317, numerales 4 y 5). Similarmente, el Código Procesal Penal de Uruguay de 1999, prevé que si no se hubiere presentado el requerimiento del inicio de las actividades procesales dentro de los treinta días siguientes a partir de la recepción de la noticia del presunto delito, la víctima o quien tenga interés legítimo, puede, dentro de los veinte días subsiguientes, solicitar el reexamen al fiscal interviniente, y en caso de que persista en su postura, las actuaciones deben ser pasada a fiscal subrogante para que revise, dentro de los treinta días siguientes (artículo 243.3). Si hubiere requerimiento, hay un plazo de ciento veinte días a contar de la audiencia que resolvió sobre la situación del imputado, para las pruebas, a cuya finalización se convocará a una audiencia de conclusión de la causa en un plazo no mayor de treinta días (artículo 259). En este Código también se consagra la titularidad de la acción penal en el Ministerio Público, artículo 46. Como se puede extraer, la omisión fiscal recibe un tratamiento similar en la legislación colombiana a la prevista en el Código Orgánico Procesal Penal, y en la uruguaya hay también reconocimiento de los derechos de la víctima ante la omisión fiscal, sin la consecuencia de concederle a la víctima una titularidad subrogante.

universalidad, de allí que pudieran ser aplicados prácticamente para cualquier situación fáctica o normativa, pero, para evitar su desnaturalización por exceso, que a la postre es igual al capricho del poderoso, existen los límites que impone el derecho positivo.

En la medida en que las condiciones sociales y políticas, y en general, culturales de la sociedad, van exigiendo su dilatación, primordialmente por la injusticia que significan su falta de aplicación, por extensión o por vacíos legales, dichos derechos van dando lugar a nuevas soluciones e interpretaciones, pero siempre dentro del marco del Estado de Derecho, que supone la división de poderes y el mantenimiento de cada poder dentro de la esfera de sus potestades.

Otro de los argumentos de la decisión 902 se apoya en la disposición final del artículo 285 constitucional, según el cual las facultades que el mismo precepto concede al Ministerio Público «no menoscaban el ejercicio de los derechos y atribuciones que corresponden a los o las particulares o a otros funcionarios o funcionarias de acuerdo con esta Constitución y la ley.»

Este precepto constitucional envía un mandato al legislador, en el sentido de que lo que disponga sobre las funciones del Ministerio Público tienen como frontera los derechos de los particulares y de otros funcionarios.

El equilibrio necesario entre esas interrelaciones es tarea del legislador, que solo puede ser sancionado cuando rompa tal equilibrio, pero en modo alguno, en preservación del Estado de Derecho, debe ser leído en el sentido de una autorización al juzgador para que más allá del control negativo ejerza un control positivo sustitutivo de las funciones legislativas que no le corresponden.

Distinto hubiese sido el caso, si la decisión 902 hubiere declarado la inconstitucionalidad de lo dispuesto en los preceptos legales que regulan los efectos de la omisión de presentación oportuna del acto conclusivo, pero ello no ha ocurrido, por lo que la modificación de efectos y contenido de disposiciones

legales que no son contrarias a los principios constitucionales solo puede operar por vía de reforma legislativa.

Tal declaratoria de inconstitucionalidad hubiese dejado sin efecto los preceptos constitucionales y hubiese abierto las puertas al juzgador para aplicar disposiciones por vía analógica, hasta tanto el legislador satisficiera la tarea por cumplir, sin negar que tal conclusión también está impregnada de graves dudas e inconvenientes, cuyo desarrollo va más allá de los límites propios de unos comentarios jurisprudenciales.

En cuanto al criterio de la “justicia sustancial”, expresión que se enrama con la infortunada definición del Estado contenida en la Constitución del 99, que permite, sobre todo si priva un talante autoritario, alcanzar todo lo contrario: la injusticia que proviene de la violación de la Ley.

El marco racional de la justicia en una sociedad organizada democráticamente es la Ley, la premisa contraria, la suposición de que la Ley es injusta o susceptible de ser tal, trastoca los fundamentos de la vida regular y ordinaria de la sociedad. Por supuesto que la Ley puede ser injusta, pero presuponer que es la regla de la organización del Estado, es presuponer que se basa en una patología ética y jurídica.

La afirmación de que el Estado venezolano, además de democrático y social, y de Derecho, es presuponer que es un Estado justo; pero, cuando se le añade como cualidad que es además justo, implica paradójicamente dos posibles modos de entender tal fórmula:

A) Que por ser de democrático, social y de Derecho, es necesariamente justo.

B) Que no por ser democrático, social y de Derecho, no es necesariamente justo.

La justicia es un valor que por su propia condición es de índole abstracta y general, sujeta a interpretaciones y desarrollos teóricos diversos. Ahora, el Estado

de Derecho trata de colocar vallas al autoritarismo, entre ellos la arbitrariedad del legislador y del juez, y para ello la mejor fórmula es el Derecho. Así que el Derecho es la mejor garantía de justicia en la organización democrática de la sociedad. Entonces, existe una necesidad ética-política de que el Estado de Derecho sea un Estado justo, porque, precisamente el Derecho inhibe la manifestación suprema de la injusticia en el orden político: la arbitrariedad, que se filtra si la fórmula es perfundida por el término de justicia.

No hay una necesidad material entre el Estado de Derecho y el Estado Justo, pues puede haber condiciones de injusticia en la sociedad jurídicamente organizada, pero el destierro absoluto de la injusticia en las relaciones humanas es un ideal, una idea a realizar que condiciona la perfectibilidad del orden real de organización. Ello es posible mediante el Derecho. Es el Derecho el que puede desterrar del ordenamiento jurídico las condiciones de injusticia, es el que puede **contribuir** a suprimir las condiciones reales de injusticia, pero ni lo uno ni lo otro queda fortalecido cuando se infiltra en la fórmula definitoria del Estado, conceptos propicios a la arbitrariedad.

A lo anterior hay que agregar que la inclusión del calificativo de “justicia” en la fórmula del Estado permite a los jueces desaplicar la ley porque a su criterio resulte injusta, con lo cual se fractura el dique de la división de poderes, como lo ha establecido jurisprudencia argentina citada por Oderigo:

... si los tribunales pudieran juzgar el mérito intrínseco de las leyes y su justicia en abstracto, saliendo de sus atribuciones que son ius dicere y no ius condere, según las leyes y no de las leyes, quedarían sobrepuestos al poder legislativo, cuyas resoluciones podrían diariamente invalidar , a pretexto de que no eran ellas conforme a justicia, viniendo a tener al fin, contra las disposiciones expresas de la constitución (sic) que consagra la recíproca independencia de los poderes , la parte más importante en la sanción de las leyes, que necesitarían

*obtener, en tal caso, la final aprobación de los jueces para adquirir su fuerza obligatoria; id., Fallos, 68, 238; id., Fallos. 93, 113.*¹⁹

La “justicia” en manos del poder ha sido y seguirá siendo en manos del poder un eufemismo que pretende ocultar su perversión.

6.- Conclusiones

La decisión 902 surge de un contexto de caso concreto cargado de irregularidades procesales que afectaban la justicia del caso concreto.

La Sala Constitucional a fin de ser coherente con su criterio reiterado sobre la pérdida de interés en materia de amparo, optó por legislar mediante el argumento de la interpretación.

Tal interpretación se fundamentó en el derecho a la tutela judicial efectiva, la extensión relativa del poder de acusar del Ministerio Público, y la justicia sustancial.

Estos fundamentos no son plausibles ante el principio rector de la división de poderes.

La ruptura del procedimiento aplicable en materia de omisión de presentación oportuna del acto conclusivo fiscal genera graves dificultades para su aplicación, en el marco garantista del proceso penal.

La ruptura del procedimiento aplicable no se sustentó en la inconstitucionalidad de los preceptos alterados.

Referencias bibliográficas

Armenta Deu, Teresa (2004): *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

¹⁹ Conf. Mario A. Oderigo, *Derecho Procesal Penal*. P. 126.

Bello Tabares, Humberto E.T., y Jiménez Ramos, Dorgi C. (2006): Caracas, Ediciones Paredes, 2da edición ampliada y puesta al día.

Gimeno Sendra, Vicente et al. (1997): Derecho Procesal Penal. Madrid. Editorial Colex.

Oderigo, Mario (1980): *Derecho Procesal Penal*. Tomos I y II. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 2da edición actualizada. Reimpresión inalterada.

Sabogal Quintero, Moisés y Carvajal Hernández, Jorge Enrique (2013): *El juicio oral en el sistema penal acusatorio colombiano. Normas receptoras procesales, acusación preparatoria y juicio*. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez.