



CUADERNOS DE DERECHO PROCESAL PENAL¹

Inconstitucionalidad COPP 2012 (II)

Violación del derecho de defensa y a ser oído

Serie Doctrina

No. 28

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.

¹ Este Cuaderno reproduce parcialmente y con las modificaciones propias de este tipo de publicación, la demanda de inconstitucionalidad contra el decreto con rango, valor y fuerza de Código Orgánico Procesal Penal, publicado en la Gaceta Oficial No 6 078 Extraordinario del 15 de junio de 2012, que interpuso, conjuntamente con Gladys Rodríguez de Bello, ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Sumario:

- 1.- Derecho de defensa
- 1.1. Bases normativas
- 1.2. Las disposiciones inconstitucionales
- 1.3.- La figura del contumaz
- 1.3.1.- Fundamentos de inconstitucionalidad
- 1.4.- Audiencia de imputación
- 2.- Derecho a ser oído
- 2.1. Bases normativas
- 2.2. Disposiciones inconstitucionales
- 2.3. Bases jurisprudenciales de la inconstitucionalidad

I.- DERECHO DE DEFENSA

1.1- Bases normativas

La Constitución venezolana en su artículo 49, al definir el contenido del debido proceso, establece, en primer término, el derecho de defensa en estos términos:

El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. *La defensa y la asistencia jurídica son **derechos inviolables** en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas **y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa.** (Hemos destacado)*

A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con jerarquía constitucional y con prevalencia en el orden interno, según lo dispone el artículo 23 constitucional, dispone en el artículo 8º:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) **derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor** proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.»
(Hemos destacado)

1.2.- Las disposiciones inconstitucionales

Las disposiciones del COPP viciadas de inconstitucionalidad por violación al derecho de defensa son las siguientes:

ARTÍCULO 111, numeral 18² (Atribuciones del Ministerio Público):

«Corresponde al Ministerio Público en el proceso penal:

1... (omissis)...

18.- Solicitar al tribunal competente declare la ausencia del evadido o prófugo sobre el que recaiga orden de aprehensión y que proceda a dictar medidas definitivas de disposición sobre los bienes relacionados con el hecho punible, propiedad del mismo o de sus interpuestas personas.»

Esta norma es violatoria del derecho de defensa (Art. 49,1º) constitucional y de la tutela judicial efectiva (Art. 26, único aparte), por las razones que siguen:

- No hay ningún hecho empíricamente verificable que compruebe la condición de “evadido o prófugo”. Por tanto, el ciudadano queda sujeto a la discrecionalidad judicial.

² Con vigencia anticipada

- No hay ningún hecho que establezca el límite entre la condición de tener sobre sí una orden de aprehensión y la condición de evadido o prófugo, por lo que parece suficiente para que el Estado pueda solicitar la declaratoria subsiguiente de que es “evadido o prófugo”, la emisión de la orden de aprehensión, sin ninguna posibilidad u oportunidad de defensa antes de esa declaratoria.
- Es propio de un orden jurídico garantista, como el que proclama la Constitución de 1999, que las normas penales se edifiquen sobre hechos empíricamente acreditables, pues sólo así pueden ser refutados en el debate propio y consustancial de un proceso penal respetuoso de los derechos fundamentales: «... una justicia penal no arbitraria debe ser en alguna medida “con verdad”, es decir, basada sobre juicios penales predominantemente cognoscitivos (de hechos) y reconocitivos (del derecho), sujetos como tales a verificación empírica.» (Conf. Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, P. 37).
- La tutela judicial efectiva supone una justicia “transparente” y la transparencia requiere el conocimiento de las razones del juzgador, y estas razones se insertan en un proceso que busca la justicia (artículo 257), la cual es imposible sin la verdad, y la verdad para que no sea una opinión del juzgador, se extrae de la prueba de los hechos.
- *Ergo*, cuando la norma penal escapa de hechos para su aplicación y se apoya exclusivamente en la decisión del operador de justicia, no hay límite objetivo a la arbitrariedad y violación de derechos fundamentales, violación cuanto más grave cuanto esos derechos son los propios del juicio penal.

Artículo 177 (Saneamiento):

Excepto los casos de nulidad absoluta, sólo se podrá solicitar el saneamiento del acto viciado mientras se realiza el acto o dentro de los tres días después de realizado. Si por las circunstancias del acto ha sido imposible advertir oportunamente su nulidad, el

interesado o interesada deberá reclamar dentro de las veinticuatro horas después de conocerla.

...(omissis)...

En ningún caso podrá reclamarse la nulidad de actuaciones verificadas durante la fase de investigación después de la audiencia preliminar.

(Destacados fuera del original).

Esta disposición, que reproduce lo dispuesto en el artículo 193, cuarto aparte, del Código derogado, violenta el derecho de defensa: le impide al imputado protestar contra nulidades acaecidas durante la fase preparatoria, no obstante que el mismo texto declare que las nulidades son absolutas cuando afectan «la intervención, asistencia y representación del imputado o imputada, en los casos y formas que este Código establezca, o las que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías fundamentales previstos en este Código, la Constitución de la República, las leyes y los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela», tal como lo consagra el artículo 175 del COPP.

La frase inicial del segundo aparte, « en ningún caso», manifiesta el fin de la norma: sin excepción, incluso en caso de violación de derechos fundamentales, el de defensa en particular, cuando no debe admitirse que siga surtiendo efectos durante el desarrollo del *iter* procesal, pues de ser así, resulta convalidable, o al menos inimpugnabile por el transcurso del tiempo, cuando por su lesividad, el hecho que lo constituye no se puede convalidar ni impugnar por el curso del tiempo.

En tanto que contra tales vicios no pueda actuar el imputado, en la misma medida se menoscaba su derecho a defenderse, en tal modo inocultable que fractura lo dispuesto en la Constitución en su artículo 49 antes citado, según la cual la defensa es «inviolable en todo estado y grado de la investigación y del proceso.» Por tanto, el artículo 177, segundo aparte, es nulo por inconstitucionalidad y así solicitamos se declare.

1.3.- La figura del contumaz

El COPP del 2012 prevé varias disposiciones en los cuales inserta la figura del contumaz en nuestro proceso penal, categoría inexistente antes de su promulgación.

La doctrina ha insistido acerca de la importancia de la presencia del imputado en el proceso como condición necesaria para la realización del juicio:

... ha estimado Roxin que, en materia penal, la presencia de los acusados en el juicio oral es una necesidad fundamental (Grundsätzlich Notwendig) cuyos objetivos son, tan averiguación de la verdad material (Wahrheitsetforschung), como los propios intereses de los inculpados, y ello, porque a juicio del prestigioso autor alemán, el Juez no puede dictar una sentencia justa, sin interrogar personalmente al acusado y tampoco, del lado contrario, su ausencia supondrá la imposibilidad de ejercitar todas las posibilidades de defensa (Verteidigungsmöglichkeiten)» (Conf. José Garberí Llobregat, La ausencia del acusado en el proceso penal. Especial referencia al proceso penal abreviad. L.O. 7/1988, de 28 de diciembre. Pp. 75 y 76)

Si bien es verdad que la credibilidad en la justicia depende en buena parte de la realización de los procesos y que estos no deben quedar bajo la incondicional discrecionalidad de las partes, ni siquiera del acusado, lo cierto es que el interés público y social sobre la real actuación del sistema de justicia, debe ser compatible con la lesión mínima e indispensable para el derecho del justiciable, al menos en una concepción democrática y liberal del proceso, que es la predominante en la doctrina.

Los correctivos van por el orden del aseguramiento de la comparecencia mediante el uso de la fuerza pública, e incluso la detención preventiva, con fin eminentemente procesal, y de este modo también garantizar los derechos de la víctima, su protección, con lesión indispensable, necesaria y proporcional a los derechos del imputado.

No hay duda de que tales mecanismos procesales de aseguramiento implican un mayor esfuerzo del Poder Público, una mejor y más efectiva actividad para la realización de los procesos, pero es ese el costo de un Estado de Derecho que no sacrifica los derechos del individuo para aminorar la carga de los deberes públicos.

ARTÍCULO 310³ (Incomparecencia):

Corresponderá al juez o jueza de control realizar lo conducente para garantizar que se celebre la audiencia preliminar en el plazo establecido para ello. En caso de incomparecencia de alguno de los citados a la audiencia, se seguirán las siguientes reglas:

1.- La inasistencia de la víctima no impedirá la realización de la audiencia preliminar

*2.- En caso de inasistencia de la defensa privada, se diferirá la audiencia, por una sola vez, salvo solicitud del imputado para que se le designe un defensor público, en cuyo caso se hará la designación de inmediato, **y se realizará la audiencia en esa misma oportunidad.***

De no comparecer el defensor privado a la segunda convocatoria, si fuere el caso, se tendrá por abandonada la defensa y se procederá a designar un defensor público de inmediato, y se realizará la audiencia en esa misma oportunidad.

3.- Ante la incomparecencia injustificada del imputado o imputada que esté siendo juzgado o juzgada en libertad o bajo medida cautelar sustitutiva, el Juez o Jueza de Control, de oficio o a solicitud del Ministerio Público, librárá la correspondiente orden de aprehensión a los fines de asegurar su comparecencia, sin perjuicio de otorgar una vez realizada la audiencia, si lo estima necesario, una nueva medida cautelar sustitutiva a la privación judicial preventiva de libertad.

³ Con vigencia anticipada

En caso de que el imputado o imputada que se encuentre privado o privada de libertad en centro de reclusión u otro lugar acordado por el juez o jueza, se niegue a asistir a la audiencia preliminar y así conste en autos, se entenderá que no quiere hacer uso de su derecho a ser oído, ni a acogerse a las fórmulas alternativas a la prosecución del proceso ni al procedimiento por admisión de los hechos, en la oportunidad de la audiencia preliminar, por lo que se procederá a realizar el acto fijado con su defensor o defensora si asiste, o en su defecto con un defensor o defensora que se le designará a tal efecto.

... (omissis)...» (Destacados fuera del original)

Esta disposición, por reenvío del artículo 366, rige para el debate oral y público en el procedimiento de los delitos menos graves.

En la regulación del debate oral y público, el COPP prevé:

Artículo 327. Apertura. En el día y hora fijados, el Juez o Jueza se constituirá en el lugar señalado para la audiencia.

Después de verificar la presencia de las partes, expertos o expertas, intérpretes o testigos que deban intervenir, el Juez o Jueza declarará abierto el debate, advirtiendo al acusado o acusada y al público sobre la importancia y significado del acto.

En caso que el acusado o acusada en estado contumaz se niegue a asistir al debate, se entenderá que no quiere hacer uso de su derecho a ser oído en el proceso, por lo que se procederá a realizar el debate fijado con su defensor o defensora, si asiste, o en su defecto con un defensor o defensora pública que se le designará a tal efecto; de igual manera se procederá en caso que el acusado o acusada que esté siendo juzgado o juzgada en libertad o bajo una medida cautelar sustitutiva, no asista al debate

injustificadamente, pudiendo el Juez o Jueza, de oficio o a solicitud del Ministerio Público, revocar la medida cautelar.

*Seguidamente, en forma sucinta, el o la Fiscal y el o la querellante expondrán sus acusaciones y el defensor o defensora su defensa.»*⁴(Destacados fuera del original)

El artículo 366 (Reglas para la Incomparecencia) establece:

Llegado el día y hora para la celebración del acto de audiencia preliminar, el Juez o Jueza de Instancia Municipal, una vez corroborada la inasistencia de alguna de las partes podrá diferir la audiencia en una única oportunidad.

En el acto de diferimiento y a los fines de la celebración de la audiencia preliminar que haya de fijarse nuevamente, se atenderán las reglas establecidas en el artículo 310 de este Código, en cuanto sean aplicables.

En todo caso, el lapso para la celebración de la nueva audiencia preliminar, deberá hacerse dentro de los diez días hábiles siguientes, a la fecha de diferimiento; salvo el supuesto de incomparecencia injustificada del imputado cuya audiencia preliminar se hará una vez ejecutada la orden de aprehensión librada en su contra.

En el acto de diferimiento, el Juez o Jueza de Instancia Municipal deberá dejar constancia en acta de la citación de las partes presentes, y ordenará la citación de los ausentes, para su asistencia en la nueva fecha fijada; salvo el supuesto de abandono tácito de la defensa privada, en cuyo caso se ordenará lo conducente para la designación de un defensor o defensora público penal.»
(Destacado fuera del original)

1.3.1.- FUNDAMENTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

⁴ Con vigencia anticipada.

Los artículos 111: 18; 177, segundo aparte; 310; 327 y 366 del COPP son inconstitucionales por lo siguiente:

- ◆ Se le priva al imputado de la posibilidad de reclamar contra la decisión que niegue la nulidad absoluta, con lo cual también se lesiona el derecho a recurrir que reconoce la Constitución en su artículo 49, 1º, *in fine*.
- ◆ En ninguno de sus supuestos, en los cuales se establece la designación oficiosa de defensor público, se le oye al imputado.
- ◆ Se le priva de la posibilidad de reclamar contra la decisión que niegue la nulidad absoluta, por lo que también se lesiona el derecho a recurrir que reconoce la Constitución en su artículo 49, 1º, *in fine*.
- ◆ Se le juzga en ausencia ante la “negativa a comparecer”.
- ◆ En consecuencia, queda privado del derecho pleno de defensa, o en todo caso, se le desmejora en su ejercicio respecto a la situación prevista en el código derogado en la cual no podía ser juzgado en ausencia.
- ◆ En materia del debate oral y público, tanto en el procedimiento ordinario como en el especial para delitos menos graves, no se reconoce el derecho a inasistencia justificada

1.4.- Audiencia de imputación

ARTÍCULO 356 (Audiencia de Imputación):

Quando el proceso se inicie mediante la interposición de una denuncia, querrela o de oficio, el Ministerio Público luego de la investigación preliminar y la práctica de las diligencias tendientes a investigar y hacer constar la comisión del delito, las circunstancias que permitan establecer la calificación y la responsabilidad de los autores y demás partícipes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración; solicitará al Tribunal de Instancia Municipal

proceda a convocar al imputado o imputada debidamente individualizado o individualizada para la celebración de una audiencia de presentación, la cual se hará dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su citación.

*En la audiencia de presentación, además de verificarse los extremos previstos en el artículo 236 de este Código, la legitimidad de la aprehensión, y la medida de coerción personal a imponer; el Ministerio Público realizará el acto de imputación, **informando al imputado o imputada del hecho delictivo que se le atribuye** con mención de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su comisión, incluyendo aquellas de importancia para la calificación jurídica y las disposiciones legales que resulten aplicables.*

En esta audiencia, el Juez o Jueza de Instancia Municipal, deberá imponer al imputado del precepto constitucional que le exime de declarar en causa propia, e igualmente le informará de las Fórmulas Alternativas a la Prosecución del Proceso, las cuales de ser solicitadas, podrán acordarse desde esa misma oportunidad procesal, con excepción del procedimiento especial por Admisión de los Hechos. La resolución de todo lo planteado se dictará al término de la audiencia de presentación.

Cuando el proceso se inicie con ocasión a la detención flagrante del imputado o imputada, la presentación del mismo se hará ante el Juez o Jueza de Instancia Municipal, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su detención, siguiéndose lo dispuesto en el primer y segundo aparte de este artículo.» (Destacado fuera del original)

Esta disposición violenta el derecho de defensa que consagra el artículo 49,1º, constitucional al compararlo con lo previsto en el mismo Código en su artículo 133 (Advertencia Preliminar):

*Antes de comenzar la declaración, se le impondrá al imputado o imputada del precepto constitucional que le exime de declarar en causa propia y, aun en caso de consentir a prestar declaración,, a no hacerlo bajo juramento **y se le comunicará detalladamente cuál es el hecho que se le atribuye** con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, incluyendo aquellas que son de importancia para la calificación jurídica , las disposiciones legales que resulten aplicables y los datos que la investigación arroja en su contra.*

Se le instruirá también que la declaración es un medio para su defensa,** y, por consiguiente, tiene derecho a explicar todo cuanto para sirva para desvirtuar las sospechas que sobre él o ella recaigan, **y a solicitar la práctica de diligencias que considere necesarias.

(Destacado fuera del original)

En pocas palabras, el imputado por delitos menos graves en su declaración en el acto de imputación tiene menos derecho de defensa que en el procedimiento ordinario:

- Es suficiente, según el decreto del Ejecutivo, con que se le **informe** sobre el hecho. Que se “mencionen” todas las demás circunstancias del hecho, no incrementa la extensión de la defensa. No es lo mismo “comunicar detalladamente el hecho y las circunstancias” que “informar sobre el hecho y las circunstancias”. El deber de exhaustividad en este último supuesto es indudablemente inferior en su alcance que en el caso del procedimiento ordinario.
- Al imputado en el procedimiento por delito menos grave no se le debe informar que su declaración es un medio de defensa, por lo cual se le trata como objeto y no como sujeto procesal.
- Al imputado por delito menos grave no se le reconoce el derecho a que se le informe que puede solicitar diligencias que considere necesarias. Si el órgano judicial no lo hace, no incumple ningún deber específico.

En consecuencia, solicitamos se declare la inconstitucionalidad del artículo 356 por ser violatorio del derecho de defensa que consagra el artículo 49,1º, constitucional, así como del derecho de igualdad que también reconoce nuestra Constitución en su artículo 21.

II.- DERECHO A SER OÍDO

2.1. Bases normativas

La Constitución en su artículo 49,3º, pauta:

El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales o administrativas; en consecuencia:

1...

2...

2. *Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano, o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.*

Este derecho está muy vinculado al de defensa, como ha advertido esta Sala en su sentencia del 15 de marzo de 2000, citado por el autor Ángel Zerpa:

De la existencia de un proceso debido se desprende la posibilidad de que las partes puedan hacer uso de los medios o recursos previstos en el ordenamiento para la defensa de sus derechos e intereses. En consecuencia, siempre que de la inobservancia de las reglas procesales surja la imposibilidad para las partes de hacer uso de los mecanismos que garantizan el derecho a ser oído en el juicio, se producirá indefensión y la violación de la garantía de un debido proceso y el derecho de defensa de las partes. (Conf. Ángel Zerpa Aponte, Revisión de algunos de los derechos consagrados en la garantía del “debido proceso” en su relación con el proceso penal

venezolano. En X Jornadas de Derecho Procesal Penal, Debido Proceso y Medidas de Coerción Personal, UCAB, 2010, P. 137).

2.2. Disposiciones inconstitucionales

Precedentemente, señalamos, entre otros, como inconstitucionales por violar el derecho de defensa los artículos: 310, 327, 356 y 366.

El primero dice en el único aparte de su numeral 2o:

*De no comparecer el defensor privado a la segunda convocatoria, si fuere el caso, **se tendrá por abandonada la defensa y se procederá a designar un defensor público de inmediato, y se realizará la audiencia en esa misma oportunidad.*** (Destacado fuera del original)

En el primero se regula la incomparecencia del defensor a la segunda convocatoria, lo que acarrea la designación de defensor público, e igual disposición rige para la audiencia preliminar en el procedimiento especial para delitos menos graves (artículo 366, primer aparte):

*En el acto de diferimiento y a los fines de la celebración de la audiencia preliminar que haya de fijarse nuevamente, **se atenderán las reglas establecidas en el artículo 310 de este Código, en cuanto sean aplicables.*** (Destacado fuera del original)

El artículo 327 rige para el debate oral y público en procedimiento ordinario: y se aplica en el procedimiento especial para delitos menos graves, por mandato del artículo 370:

... (omissis)...

*En caso que el acusado o acusada en estado contumaz se niegue a asistir al debate, se entenderá **que no quiere hacer uso de su derecho a ser oído en el proceso, por lo que se procederá a realizar el debate fijado con su defensor o defensora, si asiste, o en su defecto con***

un defensor o defensora pública que se le designará a tal efecto...» (Destacados fuera del original)

A su vez, el artículo 370 reza en su único aparte: «La celebración del juicio oral y público, se hará siguiendo las normas previstas para la fase de juicio en el procedimiento ordinario.»

Queremos puntualizar ahora que en el caso de que el defensor privado no asista a la segunda convocatoria — la disposición no distingue si es o no justificada, lo que hace más grave el perjuicio —, el imputado no solo queda despojado del derecho de designar otro defensor privado — la norma es imperativa: **«se procederá a designar un defensor público de inmediato»** —, sino que además, se le impone que la audiencia se **«realizará la audiencia en la misma oportunidad »**.

Realizarla en la misma oportunidad significa que el defensor público impuesto (el imputado no tiene la opción de designar otro defensor), por razón de un hecho que no depende de la voluntad del imputado (la inasistencia del defensor privado), carece de la posibilidad de contar con un tiempo adecuado, tal como lo ordena el artículo 49,1º, constitucional.

La lesión al derecho a ser oído, componente del derecho a la defensa se revela cuando no se establece, antes por el contrario, se niega, el derecho del imputado respecto a decidir si cambia o no de defensor privado. Aunque se invocara la tesis de admitir la licitud de la figura del “abandono de la defensa”, ello no necesariamente lleva tras de sí que el imputado no sea oído para designar nuevo defensor, sea público o privado.

En segundo término, la “negativa”, en el caso del imputado privado de libertad, a asistir a la audiencia, sin darle la oportunidad de exponer las razones de la misma, sin establecer cómo y cuándo queda demostrada tal “negativa” y la posterior celebración de la audiencia preliminar sin su presencia, es una inculcable transgresión al derecho a ser oído, al derecho a la audiencia, que entraña también el menoscabo del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 26 constitucional, tal y como reiteradamente lo ha reconocido la misma Sala Constitucional.

En materia de procedimientos especiales, específicamente respecto al de los “delitos menos graves”, se tiene una disposición que afecta el ejercicio del derecho de ser oído con ocasión del pronunciamiento sobre medidas de coerción personal.

Otra disposición viciada es la prevista en el artículo 335 (Medida de coerción personal):

Salvo los casos de comprobada contumacia o rebeldía, a los procesados y procesadas por delitos menos graves, conforme a lo previsto en el artículo anterior, se les podrá decretar medidas cautelares sustitutivas a la privación judicial preventiva de libertad, de acuerdo a lo previsto en el artículo 242 de este Código.

Se entiende por contumacia o rebeldía del procesado o procesada, cualquiera de los siguientes hechos:

*1.- **La falta de comparecencia injustificada** del procesado o procesada, de acudir al llamado del órgano jurisdiccional o del Ministerio Público;*

2.- La conducta violenta o intimidatoria, debidamente acreditada, del imputado o imputada durante el proceso hacia la víctima o testigos;

3.- El incumplimiento de las medidas cautelares sustitutivas a la privación judicial preventiva de libertad;

4.- El encontrarse incurso en un nuevo hecho punible.

En estos casos, el Juez o Jueza de Instancia Municipal de oficio o a solicitud del Ministerio Público, previa comprobación del hecho, podrá revocar la medida o medidas cautelares sustitutivas a la privación judicial preventiva de libertad, que hayan sido previamente acordadas sin perjuicio de volver a otorgarlas.

La falta de comparecencia “injustificada” también ocurre sin oír al imputado, pues dicha cualidad (“injustificada”) de su incomparecencia opera según los criterios del juzgador, sin ningún referente material que signifique

elemento de hecho sobre cuya comprobación sea posible discutir o disentir. Es un juicio valorativo del operador de justicia a espaldas del imputado que carece de un mínimo de garantías para asegurar que la decisión del juzgador corresponde a la “verdad” de algún hecho. Tal hecho está ausente de la norma, más bien parece darse por satisfecha con la sola incomparecencia, pues su condición de “injustificada” queda absolutamente indeterminada como materia de comprobación y, por tanto, exenta de refutación cierta y segura.

Nuevamente, el vicio se hace presente, ahora en el artículo 362 (Incumplimiento):

Cuando de la verificación a que se refiere el artículo anterior ,se compruebe el incumplimiento del acuerdo reparatorio en el plazo fijado, o de las condiciones impuestas para la Suspensión Condicional del Proceso, así como de las medidas cautelares sustitutivas a la privación judicial preventiva de libertad que se hayan decretado en la audiencia de presentación, con posterioridad a ésta o que se decretaron en la audiencia preliminar ; el Juez o Jueza de Instancia Municipal, procederá de la siguiente manera:

1.- (omissis)

*2.- Si el acuerdo reparatorio cuyo cumplimiento se ha ofertado a plazos, o la Suspensión Condicional del Proceso, se ha solicitado y acordado en la oportunidad de celebrarse la audiencia preliminar, el Juez o Jueza de Instancia Municipal, notificará del incumplimiento al Ministerio Público **y pasará a dictar sentencia de condena**, conforme al procedimiento especial por admisión de los hechos, previsto en la parte final del numeral 1 del artículo 371 del presente Código.*

Disposición análoga existe en el procedimiento ordinario, tal como se extrae de la lectura del segundo aparte del artículo 42 (Plazos para la reparación. Incumplimiento):« En caso de que el acuerdo se hubiere realizado después de admitida la acusación o antes de la apertura del debate, si se trata

de un procedimiento abreviado, el Juez o Jueza procederá a dictar la sentencia condenatoria correspondiente, fundamentada en la admisión de los hechos realizada por el imputado o imputada, conforme al procedimiento por admisión de los hechos.»

El solo incumplimiento del acuerdo reparatorio celebrado en la audiencia preliminar no puede, dentro de un sistema acusatorio y garantista, convertirse en el fundamento único y exclusivo de una decisión condenatoria, sobre todo cuando dicha condena es consecuencia de un incumplimiento posterior de un acuerdo que colorea la sanción de castigo por el incumplimiento, que no por la admisión.

Apelando a los contundentes conceptos del profesor Ángel Zerpa: «... lo que enseña el Numeral 1 del artículo 49 Constitucional, es que la demostración para convencer no se estructura sobre la simple prueba aportada, sino sobre la prueba criticada: el ejercicio pleno del contradictorio como tamiz necesario por donde deberá pasar la prueba evacuada en juicio.» (Conf. Op. Cit. P. 131)

Es una disposición que, por una parte, priva al imputado del ejercicio de los derechos de defensa y de ser oído, tanto por lo que se refiere a las causas del incumplimiento, como por la sustracción al juez del ejercicio de su facultad juzgadora en tanto que tendrá que emitir sentencia condenatoria sin juicio, es decir, sin la realización de un debate oral y público que le permita recibir y ponderar las pruebas integralmente consideradas, de tal modo que el ciudadano se expone a ser condenado sin juicio, con lo que resulta ultrajado el derecho a una tutela judicial efectiva.

Este último punto es por demás relevante, incluso desde la perspectiva de la Sala Constitucional que, en distintas decisiones, ha subrayado la relevancia constitucional del derecho a prueba, y de modo singular en la decisión No. 3332, donde ratificó la emanada de la Sala Político-Administrativa que desaplicó el aparte 11 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por resultar violatoria de los artículos 26 y 49 de la Constitución al limitar los medios de prueba. Si es inconstitucional una norma

por limitar los medios de prueba, con mayor razón aquella que suprime la actividad probatoria, que es propia del derecho a ser oído.

De las disposiciones antes reproducidas, particularmente aquellos párrafos o líneas destacados, se extrae lo siguiente:

- Cuando no asista el defensor privado a la segunda convocatoria de la audiencia preliminar, el juez designa un defensor público, con quien se celebrará la misma, en esa misma oportunidad. Es decir, en la misma audiencia en la cual es designado el defensor público.
- Cuando el imputado se encuentre privado de libertad y no comparece (se niegue) a la audiencia preliminar, se entiende que renuncia a su derecho a ser oído, y si no se encontrare su defensor, se le designará un defensor público, con quien se celebrará la audiencia en esa misma oportunidad. Esta disposición rige tanto para el juicio ordinario como para el procedimiento especial para delitos menos graves.
- El incumplimiento del acuerdo reparatorio lleva, sin más, sin pruebas y sin juicio, a una condena.

Lo anterior se traduce en que los derechos a la tutela judicial efectiva (artículo 26, único aparte, constitucional), de defensa (artículo 49,1, constitucional) y el de ser oído (artículo 49, 3º) se violentan de distintos modos.

2.3. Bases jurisprudenciales de la inconstitucionalidad

Sobre la condición constitucional del tiempo adecuado para la defensa, que conforma la plenitud de tal derecho, la Sala Constitucional se ha pronunciado anteriormente:

De todo lo anterior se desprende, que la declaratoria de extemporaneidad del escrito de contestación a la acusación fiscal ciertamente violentó el derecho a la defensa de la accionante; ya que, para respetarse tal

derecho del procesado, al mismo debe dársele el tiempo mínimo indispensable para que elabore y presente sus escritos de descargos; pues — tal como ocurrió en el presente caso — pretender que los mismos sean realizados en cuestión de escasas horas, pone en duda la existencia de un debido proceso, de un proceso justo. Así se declara.» (Sala Constitucional, 313-7-11. No. 1094. Ponencia de Francisco Carrasquero. Sentencia vinculante)

La Sala de Casación Penal también ha expresado que la afectación al tiempo adecuado para el ejercicio del derecho de defensa implica una violación al mismo:

Así, en fecha 10 de octubre de 2008, la Fiscal Auxiliar Vigésima Quinta del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Lara, realizó el acto de imputación y el 30 de octubre de 2008 presentó el escrito formal de acusación.

La Sala observa, que efectivamente la Fiscal del Ministerio Público realizó el acto de imputación ordenado por el Tribunal de Primera Instancia y recibió la declaración del imputado, sin tener las actuaciones originales que conformaban la causa penal puesto que el expediente se encontraba en el Tribunal Especial de Violencia contra la Mujer en Funciones de Control, Audiencia y Medidas N°1 del Circuito Judicial del Estado Lara, cumpliendo con las formalidades procesales de notificación y trámites respectivos cónsono con el pronunciamiento judicial.

Por esta razón, el acto de imputación se efectuó como si se tratase de una mera formalidad y contrariando el sentido y razón fundamental de la imputación fiscal que radica en el ejercicio real y efectivo del Derecho a la Defensa al conocer detalladamente los hechos y circunstancias que motivan la investigación penal y se

deduce igualmente su limitación, al haber presentado nuevamente el ministerio Público el acto conclusivo en fecha 30 de octubre de 2008, es decir, a solo pocos días de haberse materializado en las condiciones expuestas en la presente decisión (sin el expediente) el acto de imputación.

Tal actuación vulneró los derechos fundamentales del encausado, por cuanto el referido acto fiscal, cumple una función motivadora, indiciaria y garantizadora del derecho a la defensa y del debido proceso, permitiéndole al ciudadano objeto de ese acto, que una vez informado e imputado de los hechos por los cuales se le acusa formalmente (con sus respectivos elementos de convicción), pueda ejercer su derecho de acceder formalmente a las pruebas y a disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa, como establece el numeral 1° del artículo 49 del Texto Fundamental.

Siendo esto así, en el presente caso, el ciudadano CARLOS ANDRÉS PÉREZ OCHOA, al momento de la audiencia preliminar, no disponía de los medios adecuados para defenderse y desvirtuar la acusación fiscal presentada en su contra, encontrándose en una situación de desigualdad que vulneró flagrantemente principios de orden constitucional y legal.

Al respecto, la Sala de Casación Penal, ha señalado lo siguiente:

“... la naturaleza del proceso penal acusatorio, dispone como garantía máxima la presunción de inocencia, y en este orden, el Código Orgánico Procesal Penal dispone una serie de actos de estricto cumplimiento, necesarios para garantizar el debido proceso, el derecho a la defensa y la igualdad entre las partes...”. (Sentencia 568,

del 18 de diciembre de 2006).» (Sentencia No. 237, del 2-7-10. Ponencia de Miriam Morandy Mijares)

Es de observarse que, en este caso, la sentencia se apoya en que el modelo acusatorio que rige el proceso penal por imperio constitucional, aseveración que formalmente no rechaza el nuevo COPP, por lo que, continuando la vigencia del modelo, se mantiene la exigencia constitucional del tiempo adecuado para la defensa como contenido material de tal derecho. Luego, la consecuencia no puede ser distinta cuando al imputado se le cercena el tiempo adecuado para defenderse en la audiencia preliminar.

Con relación al derecho a ser consultado, vale decir, ser oído, la Sala Constitucional ha reconocido el derecho del imputado ser consultado para que proceda la sustitución del defensor, lo que ciertamente no ocurre, cuando dicho cambio es *ope legis*:

El recurso de casación de oficio que fue admitido, por el Juzgado Superior, el 18 de marzo de 1997; obviamente, sin conocimiento del penado –por razón de la emisión, fuera de lapso, de la decisión de segunda instancia y la omisión de notificación de la misma-, trajo como consecuencia que se le hubiera designado a aquél un Defensor de oficio, con lo cual se transgredió el derecho fundamental del quejoso a la asistencia jurídica, que expresamente reconoce el artículo 49.1 de la Constitución vigente y era implícito en el derecho a la defensa que recogía el artículo de la de 1961; ello, porque se le designó inaudita parte un Defensor público, con la circunstancia agravante de que dicha provisión significó el cese del Defensor privado que tenía el quejoso, sin que aparezca acreditado en autos, que éste hubiera revocado el nombramiento de dicho representante judicial ni que hubiera solicitado el nombramiento de un Defensor público.»(Sent. No. 09, 7-2-08. Ponente: Pedro Rondón Haaz)

Aún más, en la decisión que declara el abandono de la defensa, esta Sala ha expresado que es recurrible por nulidad porque se refiere a la intervención, asistencia y representación del acusado, posibilidad ahora inexistente, pues *ope legis* se le priva al imputado de su defensor privado, *inaudita parte* (Sent. No. 1249, 5-10-09. Ponente: Francisco Carrasquero).

En cuanto el repudio de nuestro sistema jurídico al juicio en ausencia, también ha habido decisiones inequívocas.

Sentencia de la Sala de Casación Penal, de fecha 13-7-10, distinguida con el No. 261, que si bien se refiere específicamente al sistema de notificaciones, asienta con toda contundencia la inviabilidad del juicio en ausencia, lo que determina que las notificaciones sean personales:

Así mismo, el artículo 125 del Código Orgánico Procesal Penal, establece a favor del imputado la prohibición de juzgarlo en ausencia y este derecho no puede entenderse solamente a la representación procesal, sino a la posibilidad de ser escuchado y de expresar los argumentos que sostenga el acusado.

En el presente caso, si bien el acusado estuvo representado en los actos del proceso, este ha estado sustraído del proceso y no ha podido ser escuchado ante los tribunales de primera y segunda instancia, quienes han conocido del caso.

En este orden, sobre la importancia de las notificaciones en el proceso la Sala de Casación Penal ha señalado lo siguiente:

“...las notificaciones de las partes de los actos procesales, interesan al orden público constitucional y legal, por cuanto el propósito del legislador fue el aseguramiento de que las mismas fueran practicadas de tal suerte que quedara inequívocamente acreditado en los autos, que las partes adquirieron conocimiento de la decisión tomada por el órgano jurisdiccional así como de sus consecuencias jurídicas, como garantía no sólo de

que el proceso no sufra demoras indebidas, ni contravenciones a los derechos fundamentales de las partes...”. (**Sentencia Nº 343 de Sala de Casación Penal, Expediente Nº C08-122 de fecha 07/07/2008**)

Así mismo, la Sala ha referido :

“...El Tribunal ordene notificar a las partes a pesar de no estar obligado legalmente a hacerlo, si el acusado se encuentra detenido, la forma en que se hace efectiva esa notificación es ordenando el traslado del penado a la sede del Tribunal para imponerlo del texto íntegro del fallo; por lo que, al darse estas circunstancias, el lapso para interponer el recurso de apelación, deberá comenzar a computarse a partir de la notificación efectiva del acusado...”. (**Sentencia Nº 410 de Sala de Casación Penal, Expediente Nº C05-0253 de fecha 28/06/2005**)

En el mismo orden, la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en un caso análogo al anteriormente planteado resolvió:

“...En cuanto al juzgamiento en ausencia, la Sala observa: El Ministerio Público le atribuyó al acusado un concurso de delitos, (...) previsto en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, motivo por el cual la competencia para conocer correspondía a los Tribunales de Salvaguarda (artículo 90). Una vez en vigencia el Código Orgánico Procesal Penal, que derogó los procedimientos previstos en la Ley Orgánica últimamente mencionada, el citado fuero atrayente cesó, haciéndose necesaria la presencia personal del imputado para la continuación del proceso (artículo 509 del Código Orgánico Procesal Penal derogado).

Resulta pertinente señalar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, nada dice sobre el procedimiento en ausencia y, por su parte, el Código Orgánico Procesal Penal, establece, como un derecho

del imputado, no poder ser juzgado por este procedimiento (artículo 125, numeral 12). Por consiguiente, de acuerdo a lo expresado en la Carta Fundamental (artículo 49, numerales 1 y 2), **la notificación personal al encausado, de los actos realizados en el juicio, es un derecho cuya inobservancia afecta la validez del proceso.** En el caso concreto, el juicio contra el ciudadano (...) continuó (después de la apelación del Ministerio Público) y se concluyó, **sin haberse cumplido con el requisito esencial de la notificación personal del imputado** para el acto de informes, de conformidad con lo previsto en el artículo 524 del Código Orgánico Procesal Penal (que presenta idéntica redacción al artículo 509 del vigente).

Por las anteriores consideraciones y tomando en cuenta la infracción de la norma que contenía el artículo 122, numeral 12, hoy 125, del Código Orgánico Procesal Penal y la garantía constitucional del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, (artículo 49, ordinales 1º y 3º), procede declarar con lugar la primera denuncia (...) En consecuencia, **esta Sala estima procedente la reposición parcial de la presente causa al estado de notificar** al encausado Gustavo Caricote Starszy para el acto de informes, oyéndose el recurso de apelación y la consulta obligatoria a la cual estaba sometida la decisión absolutoria del Juzgado Vigésimo Cuarto de Primera Instancia en lo Penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público, de fecha 20 de noviembre de 1998, en lo que respecta al delito de aprovechamiento y distracción continuada de dinero perteneciente a la administración pública...". (Sentencia N° 198 del 25 de abril de 2002. Magistrado Ponente Doctor Rafael Pérez Perdomo). »
(Destacados en el original)

Otro pronunciamiento muy diáfano de la Sala Constitucional enmarca la prohibición del juicio en ausencia en el modelo constitucional vigente:

En efecto, en el proceso penal actual, que es predominantemente acusatorio, es necesario que la persona imputada o acusada se ponga a derecho, todo ello en virtud de que en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 no está permitido el juicio en ausencia, como sí lo establecía la derogada Constitución de 1961, en su artículo 60.5, que preveía: "...Los reos de delito contra la cosa pública podrán ser juzgados en ausencia, con las garantías y en la forma que determine la ley". Así pues, tomando en consideración que bajo la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no está en absoluto permitido el enjuiciamiento en ausencia, todo proceso penal se suspende cuando el imputado o acusado evada la estadía a derecho, máxime cuando en su contra se haya librado una orden de aprehensión; y la misma no se haya hecho efectiva. Además, para que el imputado pueda beneficiarse de todos los derechos y garantías que ofrece el sistema procesal penal, es necesario que afronte el proceso penal, para poder ejercer, en el mismo, su derecho a la defensa. Así lo asentó la Sala, en sentencia N° 365, del 10 de mayo de 2010, caso: José Pérez Amado, en los siguientes términos:

"Cabe destacar además que en el proceso penal contemplado en la legislación penal vigente el ejercicio de los derechos y garantías contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela operan para el imputado una vez que éste ha cumplido con el deber de comparecer a juicio y, por ende, ponerse a derecho, en aras de permitir el ejercicio de la acción penal mediante el debido proceso. Así se declara.

...

Llegado a este punto, la Sala considera precisar que en el proceso penal actual, de corte acusatorio, regido por los principios de publicidad, inmediación y

concentración –inherente este último al derecho a la defensa- la presencia del procesado requerido judicialmente es esencial, pues con ella se consolida la aplicación del principio de oportunidad, por lo que la no comparecencia a juicio por parte del imputado constituye una suerte de desobediencia específica al mandato judicial, quien enterado de su obligación de comparecer al juicio incumple con una obligación derivada del mandato constitucional; siendo considerado ante esta conducta como procesado contumaz.

...

Aunado a ello, es preciso destacar que **en el proceso penal actual es imprescindible la estadía a derecho del procesado** para dirimir en audiencia pública y en presencia de todas las partes cualquier solicitud que efectúe el procesado y respecto de la cual pretenda favorecerse invocando sus derechos; **aceptar lo contrario implicaría desconocer la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela** y trastocar los principios que informan el Código Orgánico Procesal Penal, convalidando así, en este caso, la conducta evasiva y contumaz del procesado Fernando Pérez Amado (solicitante de la revisión) quien ha rehusado someterse a la justicia venezolana, y no obstante, pretende entonces invocar derechos y garantías a su favor, los cuales derivarían –según afirma- de sentencias absolutorias.” (Sentencia No. 710, 9-7-10, ponencia de Carmen Zuleta de Merchán)

En consecuencia, son inconstitucionales los artículos 111: 18; 177, segundo aparte; 310; 327; 355; 356; 362, numeral segundo aparte; y 366.

Decisiones citadas del Tribunal Supremo de Justicia

Sala Constitucional:

No. 09, de fecha 7-2-08. Ponente: Pedro Rondón Haaz

No. 1249, 5-10-09. Ponente: Francisco Carrasquero.

No. 710, 9-7-10, Ponente: Carmen Zuleta de Merchán.

No. 313-7-11. No. 1094. Ponente: Francisco Carrasquero. Sentencia vinculante.

Sala de Casación Penal:

No. 237, de fecha 2-7-10. Ponente: Miriam Morandy Mijares

No. 261, de fecha 13-7-10. Ponente: Eladio Aponte Aponte