

MEDIDAS CAUTELARES SUSTITUTIVAS DE LA PRIVACIÓN JUDICIAL DE LA LIBERTAD

Postulados del derecho penal
garantista en Venezuela

Fernando
Silva



Ediciones Clío



Fernando Silva

MEDIDAS CAUTELARES
SUSTITUTIVAS DE LA PRIVACIÓN
JUDICIAL DE LA LIBERTAD

Postulados del derecho penal garantista en Venezuela



Ediciones Clío

Medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial de la libertad: Postulados del derecho penal garantista en Venezuela.

2022, Fernando Silva.

2da. Edición: mayo de 2022

Hecho el depósito de ley:

ISBN: 978-980-7984-24-9

Depósito legal: ZU2022000145



Ediciones Clío / Fundación Difusión Científica

Director: Jorge Fyrmark Vidovic López

Esta obra está avalada y catalogada en:



Portada: Julio García Delgado

Diagramación: Julio García Delgado

Maracaibo estado Zulia, Venezuela.

Esta obra está bajo licencia: [Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/)



Medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial de la libertad: Postulados del derecho penal garantista en Venezuela. / Fernando Silva (autor). Alberto Jurado (prólogo)

—1era edición digital— Maracaibo (Venezuela): Ediciones Clío. 2022

174 p.; 22 cm

ISBN: 978-980-7984-24-9

1. Derecho penal garantista. 2. Privación judicial de la libertad. 3. Sistema judicial venezolano. 4. Sistema de justicia penal.

Fundación Ediciones Clío

La Fundación Ediciones Clío constituye una institución sin fines de lucro que procura la promoción de la Ciencia, la Cultura y la Formación Integral dirigida a grupos y colectivos de investigación. Nuestro principal objetivo es el de difundir contenido científico, humanístico, pedagógico y cultural con la intención de Fomentar el desarrollo académico, mediante la creación de espacios adecuados que faciliten la promoción y divulgación de nuestros textos en formato digital. La Fundación, muy especialmente se abocará a la vigilancia de la implementación de los beneficios sociales emanados de los entes públicos y privados, asimismo, podrá realizar cualquier tipo de consorciado, alianza, convenios y acuerdos con entes privados y públicos tanto de carácter local, municipal, regional e internacional.

En *Medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial de la libertad: Postulados del derecho penal garantista en Venezuela* se evalúa las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de la libertad y el acogimiento de los postulados del derecho penal garantista en el sistema judicial venezolano. En este sentido, se debe articular el Sistema de Justicia Penal, en especial los operadores legislativos, judiciales, penitenciarios, para atender las demandas de los privados de libertad que al final de cuentas debe soportar tan onerosa carga, sin descuidar los derechos y la debida protección de la víctima del delito y de la sociedad que reclama acciones puntuales que impidan la impunidad.

Atentamente;

Dr. Jorge Fyrmark Vidovic López

<https://orcid.org/0000-0001-8148-4403>

Director Editorial

<https://www.edicionesclio.com/>

Dedicatoria

Dedico esta obra con todo mi amor a mí amada Madre quien con tanto sacrificio y esfuerzo me brindo una educación excelente para poder obtener una carrera profesional para mi futuro, a la vez por inculcarme los valores y principios que hoy me gobiernan.

La dedico igualmente a mi amada esposa y a mis hijas por ser mi fuente de motivación e inspiración para superarme cada día más profesional y espiritualmente y así poder luchar para que la vida nos depare un futuro mejor.

A mis compañeros de trabajo y estudio presentes y pasados, quienes sin esperar nada a cambio compartieron su conocimiento, alegrías y tristezas y a todas aquellas personas que durante mi formación profesional han estado a mi lado apoyándome para lograr que esta meta se haga realidad.

Agradecimientos

Quiero expresar mi gratitud a Dios, quien con su bendición llena siempre mi vida y a toda mi familia por estar siempre presente.

Mi profundo agradecimiento a todas las autoridades y el personal que hacen vida en la universidad del Zulia, Alma Mater que me ha visto crecer profesionalmente y la cual me abrió sus puertas para realizar el proceso investigativo, a todos mis profesores durante todos estos años quienes con la enseñanza de sus valiosos conocimientos hicieron posible mi crecimiento profesional, gracias a cada uno de ustedes por su paciencia, dedicación, apoyo incondicional y por su amistad.

Finalmente quiero expresar mi más grande y sincero agradecimiento a la Dra Gyomar Pérez Cobo, principal colaboradora del presente trabajo de investigación, quien con su dirección, conocimiento y enseñanza permitió su desarrollo exitoso.

Índice general

Prólogo a la primera edición	13
Introducción	15
Capítulo I. Criterios políticos criminales para la promulgación del código orgánico procesal penal: principios del sistema de corte acusatorio en Venezuela	19
Criterios políticos criminales del Estado Venezolano para la implementación del Sistema Acusatorio	19
Criterios políticos criminales que han privado en las reformas del Código Orgánico Procesal Penal venezolano.....	26
Principios que fundamentan la aplicación del Código Orgánico Procesal Penal	35
Capítulo II. Alcance del principio de afirmación de libertad como garantía del reconocimiento del valor axiológico de la libertad.....	60
La Libertad y su consagración como derecho fundamental en los textos legales de orden internacional	61
Reconocimiento del Derecho a la Libertad en el Sistema Universal de Derechos Humanos.....	66
Capítulo III. Medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de la libertad como forma de privilegiar el principio de afirmación de libertad	89
Aspectos filosóficos-jurídicos sobre la necesidad de aplicación de medidas cautelares en el proceso penal	89

Principios generales de aplicación de las medidas cautelares sustitutivas según el ordenamiento jurídico venezolano.....104

Capítulo IV. La privación de libertad preventiva como medida de coerción personal bajo la mirada del principio de afirmación de libertad .116

La privación de libertad preventiva o provisional como medida de coerción personal116

Principios generales de aplicación de la privación judicial preventiva de libertad120

Modalidades que admite la detención preventiva.....124

Requisitos o condiciones de aplicación de la privación judicial preventiva de la libertad o prisión preventiva.....126

La nueva dirección garantista en la aplicación de las normas protectoras de la libertad131

Capítulo V. Porcentaje de aplicación de las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de libertad en los Juzgados de Control Del Estado Zulia137

Aspectos preliminares sobre el análisis e interpretación de los datos recogidos en los Juzgados en Funciones de Control del Circuito Judicial del Estado Zulia.....138

Registro y sistematización de los datos colectados141

Imputados presentados ante los Juzgados Primero, Segundo, Tercero y Cuarto de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia141

Aplicación de medidas cautelares sustitutivas a la privación de libertad en los Juzgado Primero, Segundo, Tercero y Cuarto en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia.....143

Aplicación de la medida cautelar de privación judicial preventiva de libertad en los Juzgado Primero, Segundo, Tercero y Cuarto en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia.....146

Relación entre las medidas cautelares sustitutivas a la privación de libertad y los delitos imputados en los Juzgado Primero, Segundo, Tercero y Cuarto en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia148

Discusión de los resultados	150
Conclusiones.....	156
Índice bibliográfico.....	163

Prólogo a la primera edición

Es una muy grata misión realizar la presentación de la presente obra de Fernando Silva intitulada *Las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial de la libertad y los postulados del derecho penal garantista en Venezuela*. Conocí a Fernando el 1 de julio de 1999 en ocasión a la entrada en vigor plena del novel Código Orgánico Procesal Penal, en ese momento era un prolijo joven, que dejaba ver sus aptitudes como líder dentro de la administración de justicia penal.

Pasados 20 años vuelvo a encontrarme con él, de manera telemática en medio de la pandemia, para conocer su obra, la cual ha esculpido desde la experiencia obtenida en su trayectoria profesional como defensor público, juez y Fiscal, dejando un grato resultado para el lector. Esta publicación es el reflejo de dos ejes principales sobre la consideración de la aplicación de las medidas de coerción personal por parte del Estado Venezolano en la implementación del Código Orgánico Procesal Penal:

El primero, versa sobre las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de la libertad como forma de privilegiar el principio de afirmación de libertad y, el segundo, la privación de libertad preventiva como medida de coerción personal bajo la mirada del principio de afirmación de libertad.

Podríamos pensar, prima facie, que en Venezuela donde la justicia penal ha tenido que incrementar su intervención, ante el auge especialmente de la delincuencia económica y el fracaso del derecho administrativo sancionador, que la aplicación de la medida de coerción personal que restringe la libertad del imputado es la regla y no como lo establece el Código Orgánico Procesal Penal, la excepción.

Esa tendencia la hace palmaria al autor, por medio de gráficos y tablas de los datos recogidos acerca de la aplicación de las medidas cautelares

sustitutiva de la Privación Judicial Preventiva en los Juzgados en Funciones de Control del Circuito Judicial del Estado Zulia.

Así pues, en la obra se destaca el reconocimiento al derecho a la libertad y especialmente a la libertad personal, como valor intrínseco del ser humano, desde el sistema jurídico universal y Venezolano de Derechos Humanos. Estos temas tienen absoluta vigencia y su estudio permite interesantes y necesarios desarrollos en la materia dentro de la comunidad jurídica venezolana, que se encuentra ávida de doctrina actualizada para mejorar su desempeño en el ámbito forense.

Para Santo Tomás de Aquino (1224-1274), derecho es el “arte por el cual se conoce lo que es justo”, esta acepción según el profesor Soaje Ramos puede entenderse como el conjunto de conocimientos propios del jurista, dicha idea nos lleva a resaltar la importancia que debemos atribuir a la presente obra como instrumento pedagógico, ya que no se trata solo de escribir sobre Derecho Procesal Penal, sino orientarnos a saber cómo éste se aplica en la práctica diaria.

Por tanto, se ha de notar el esfuerzo en presentar trabajos como el que ahora tenemos a nuestra disposición, que abarcan no solo el aspecto teórico, sino también la comprensión de carácter práctico, con la finalidad de presentar realidades que distan de especulaciones sin ninguna rigurosidad jurídica. Así pues, cerramos esta presentación con las palabras de Santo Tomás de Aquino, en la que valora el poder de las personas que dedican su vida al estudio ya que resuenan en los demás: “El estudioso es el que lleva a los demás a lo que él ha comprendido: la verdad”.

Dr. Alberto Jurado

Maracaibo, mayo de 2022.

Introducción

El objetivo general del estudio se centró en evaluar la incidencia de la aplicación de las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de la libertad en el contexto legal venezolano estimando el reconocimiento por parte del estado venezolano de los postulados del derecho penal garantista. Así, los objetivos específicos del estudio permitieron establecer los criterios políticos criminales del Estado para la promulgación del Código Orgánico Procesal Penal que dio origen a la implementación del Sistema de corte Acusatorio en Venezuela, como también para identificar los principios, derechos y garantías que fundamentan la aplicación del texto adjetivo penal, precisando con posterioridad, a nivel legal y doctrinal, el alcance del Principio de Afirmación de Libertad como garantía del reconocimiento del valor constitucional de la libertad.

De igual modo, fue necesario evaluar las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de la libertad, como formas de privilegiar el principio de afirmación de libertad, lo que permitió además determinar el porcentaje de aplicación en los Juzgados de Control del Estado Zulia con sede en la Ciudad de Maracaibo, todo esto dentro de un contexto ético científico.

Respecto de la estructura de la investigación, es menester advertir que la misma se divide en cuatro capítulos que desarrollan los contenidos supra expuestos, en efecto, el Capítulo I, que se titula «Criterios Políticos Criminales para la promulgación del Código Orgánico Procesal Penal: Principios del Sistema de corte Acusatorio en Venezuela», contiene las razones de política criminal que esbozó el gobierno venezolano al momento que adoptó el Sistema Acusatorio como postulado para el juzgamiento de la conducta humana, el cual se erige en el Código Orgánico

Procesal Penal de 1998, así como aquellos argumentos que sirvieron de fundamento para llevar a cabo cada una de las reformas que ha soportado el texto adjetivo penal hasta el año 2012, texto que sirve de guía para la identificación de los principios, derechos y garantías que valen como verdaderos escudos protectores de las partes que integran el conflicto social: imputado y víctima, y sobre los cuales girará la temática relativa a la visión garantista del Estado al momento de imponer las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de libertad.

En el Capítulo II que lleva por título «Alcance del principio de afirmación de libertad como garantía del reconocimiento del valor axiológico de la libertad», se identifica el reconocimiento legislativo del derecho a la libertad desde su génesis, para lo cual se incorpora un breve análisis de su acogimiento en el Sistema Universal y Americano de Derechos Humanos, y la concreción de este preciado valor en el ámbito constitucional venezolano.

En el Capítulo III sobre las “Medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de la libertad como forma de privilegiar el principio de afirmación de libertad”, se aborda la *ratio escendi* y la *ratio legis* de la imposición de las medidas cautelares en el contexto jurídico penal venezolano, destacando la necesidad de que el poder punitivo del Estado se sustente en criterios humanistas y legales que legitimen el ejercicio de la violencia estatal.

En el Capítulo IV se analiza «La privación de libertad preventiva como medida de coerción personal bajo la mirada del principio de afirmación de libertad», utilizando el mismo esquema planteado en el capítulo que le antecede, para lo cual fue necesario identificar los principios sobre los cuales descansa la privación de libertad, modalidades y requisitos o condiciones de aplicación, destacando en el estudio, la nueva dirección garantista en la aplicación de las normas protectores de la libertad.

Seguidamente, el Capítulo V contiene el estudio de la praxis judicial respecto del porcentaje de medidas que han sido adoptadas lo que llevo al autor a estimar el verdadero carácter garantista del Estado venezolano en esta materia.

En consecuencia, la presente investigación, pretende proporcionar una información precisa sobre este importante aspecto en el ámbito de derecho procesal penal y, porque no admitirlo, en el ámbito de lo social. Resulta pertinente indicar que los derechos humanos fundamentales y su materialización suponen una correlación de fuerzas que buscan legitimarse en la práctica forense, a través del que hacer, bien de los legisladores, de los administradores de justicia penal y operadores de justicia en general, entre los cuales incluimos a los penitenciaritas.

El estudio se convierte en un aporte en el área del conocimiento del derecho público, desde la percepción del derecho penal, puesto que conforma una compilación de múltiples postulados legales, opiniones doctrinarias y jurisprudenciales que se contrasta con la praxis judicial, los cuales se orientaran a develar los desafíos contemporáneos de la política criminal en Venezuela en relación con la aplicación de las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de la libertad, como formas de privilegiar el principio de afirmación de libertad en el reconocimiento por parte del Estado venezolano de los postulados del derecho penal garantista.

Interesa referir que se realizó un análisis exhaustivo sobre la actual política criminal venezolana, sus pros y sus contras, así como los resultados obtenidos y materializados en la protección del derecho a la libertad, por un lado, y por el otro, sobre la imposición de las medidas cautelares en el proceso penal, como garantía del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia.

Por las razones expuestas, esta indagación está provista de valor científico, profesional y educativo, como instrumento ilustrativo para universidades, jueces, fiscales, defensores públicos y privados, docentes y abogados litigantes en « ejercicio del derecho penal, que bien pretendan ilustrar sus conocimientos a través de la consulta de la investigación, y en especial, será una valiosa herramienta para los estudiantes de derecho en los diversos niveles de la educación superior.

La relevancia metodológica de la investigación se asocia con el estudio descriptivo propuesto, el cual contiene un interesante diseño de campo en

su modalidad transversal, que permitió la recolección de los datos empíricos por medio de la hoja de registro realizada por el autor, que fueron tomados directamente de cuatro Juzgados en Funciones de Control de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, con sede en la Ciudad de Maracaibo, en el mes de enero del año 2017 hasta enero de 2018, a través del Sistema de Presentación de Imputados, adscrito al Departamento de Alguacilazgo, aplicación desarrollada por la Oficina de Apoyo Técnico Informático de la Dirección Administrativa Regional del Estado Zulia, bajo los lineamientos de la Oficina de Desarrollo Informático de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia, implementado en este Circuito Judicial Penal, en virtud del permiso concedido por las máximas autoridades de la región, para obtener la data y procesarla con fines académicos.

CAPÍTULO I

Criterios políticos criminales para la promulgación del código orgánico procesal penal: principios del sistema de corte acusatorio en Venezuela

Criterios políticos criminales del Estado Venezolano para la implementación del Sistema Acusatorio

La reforma del Código de Enjuiciamiento Criminal se debió en gran medida a la política adoptada por el Estado que se vio, a su vez, claramente influenciada por la era de los derechos humanos. En este orden de ideas, se considera que el garantismo admite: «Un control racional, justo y legítimo de la intervención punitiva del Estado» (Rosell, 2003: 44), cuya racionalidad se explica, porque debe estar atento a que el sistema corresponda con su “operatividad real”, distinguiendo los dos niveles que deben integrarse para que el discurso jurídico penal sea socialmente verdadero, tales son: el nivel de verdad abstracto, conformado por la planificación criminalizante como la forma adecuada para obtener los fines propuestos; y, el nivel concreto, referido a que: «Los grupos humanos efectivamente operen conforme a las pautas planificadas y señaladas en el discurso jurídico-penal» (Zaffaroni, 1989); en virtud de lo cual, una norma debe estar en concordancia con la realidad antropológica sobre la cual está llamada a influir, para ser racional y aplicable (Rosell, 2003).

Partiendo de lo expuesto, el ordenamiento procesal penal que regía bajo la égida del Código de Enjuiciamiento Criminal, analizándolo desde su normatividad (legalidad) y desde su efectividad, (realidad), violentaba

los principios procesales básicos que el Estado venezolano estaba obligado a garantizar, lo cual ponía en duda la misma existencia del Estado de derecho y de Justicia, que propugnaba para este tiempo la Constitución Nacional de 1961, y que fuera recogido como valores fundantes bajo la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, con única enmienda en el año 2009.

Dentro de este marco de ideas, el Código de Enjuiciamiento Criminal, de corte mixto en su origen, se distorsionó (de instrucción judicial a instrucción policial y posibilidad de valorar como prueba los datos adquiridos en el sumario) hasta convertirse en un proceso penal de corte inquisitivo casi puro. El sumario, que era una fase preparatoria del juicio plenario, pasó a ser la fase principal; donde la policía era la que elaboraba el expediente, detenía al «presunto» autor del delito y, por añadidura, violaba expresas disposiciones legales, al condenarlo públicamente a través de los medios de comunicación; y el plenario, privado de todo contenido sustancial, se transformó en un ritual sin sentido: «El proceso penal terminaba, materialmente, con el auto de detención» (Rosell, 2003: 59).

Esto llevó a autores a expresar que, si existía una tarea urgente que realizar para devolver a la justicia penal su sentido democrático, esta consistía en limitar esas facultades instructoras a la policía, ya que esta potestad era una degeneración del proceso penal. Ilustrando, como parte emblemática de este sistema que, los jueces no pasaban de ser los realizadores de los designios policíacos, lo cual termina por degradar: «Al Poder Judicial republicano a mero auxiliar del Poder Ejecutivo representado por los órganos policiales» (Zaffaroni, 1989: 16), de acuerdo con este aserto, los jueces en Venezuela, sin duda alguna, no desempeñaban las funciones que le habían sido encomendadas, lo que traía aparejado la violación sistemática de los derechos humanos del justiciable.

Parafraseando al autor, se puede sintetizar al sistema de enjuiciamiento criminal, como una justicia de expediente, en la que el ser humano, que se decía juzgar, se perdía debajo de centenares de folios que destilan burocracia. La mirada del juez no iba más allá de las piezas del expediente; no conocía el rostro del reo; jamás veía el gesto ni oía la voz de un testigo o experto. Sólo leía las actas elaboradas por funcionarios policiales que

recreaban, a su modo, los dichos de imputados y testigos. La sentencia, proferida por el mismo juez responsable de la investigación que, como tal, dictó el auto de detención, no pasaba de ser, y no podría adoptar otra forma, que una glosa de las actuaciones policiales, con escuetas referencias a la defensa y a la acusación fiscal, que eran actores enteramente secundarios en el escenario inquisitivo, en el cual policías y jueces copaban la escena.

Respecto del recurso de apelación en este sistema, se convertía simplemente en una segunda lectura del expediente, más alejada aún del ser humano; lectura que muchas veces hacia el propio juez que confirmaba el auto de detención. La casación, con reenvío, artillada detrás de formalismos, no llegaba a conocer de la sustancialidad del caso para poder impartir justicia; no superaba lo procedimental. Todo este proceso penal desembocaba en la ejecución de la pena, y ello implicaba escribir una historia de horror, en donde se hacía patente la distancia abismal que separaba la normativa penitenciaria de su efectividad (Zaffaroni, 1989).

Además, exponen los autores consultados que, en una sociedad democrática, el proceso penal no debería constituir un simple instrumento de represión, sino un conjunto de reglas que, preservando las garantías procesales de los involucrados, le permita al juez conocer la verdad de los hechos y, en conciencia, aplicar la norma que corresponda según la ley y el derecho. Lo justo es encontrar el camino entre la necesidad de la investigación para la realización del derecho penal material y la protección de los derechos del imputado: «Esa es la misión del derecho procesal penal» (Horst Schönbohm y Norbert Lösing, 1998: 128).

Debido a lo expuesto, se observó con horror todas aquellas prácticas que ocurrían bajo la vigencia del Código de Enjuiciamiento Criminal, derogado a finales del siglo veinte, precisando un claro distanciamiento entre lo contemplado en estas normas y la praxis, a partir de la evidente violación de los derechos humanos fundamentales de las personas sometidas al proceso, entre estos las víctimas.

Por ende, la práctica común de tal potestad del Estado desencadenó que los ciudadanos que se enfrentaban al Sistema de Administración de Justicia Penal fueran eternas víctimas de atropellos y prácticas malsanas

(Binder, 2009). Paralelamente, surge una corriente más humanista, cuyo epicentro es el hombre y su dignidad, dándole un nuevo enfoque a la justicia, donde el Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, pretende garantizar los derechos de sus administrados.

Todo lo señalado, gira en torno a una de las conquistas más importantes de la humanidad, es la dignidad del ser humano, por tal razón, para que un sistema de justicia pueda concebirse como tal, se debe hacer un esfuerzo inobjetablemente por desmotar todos aquellos subterfugios que impiden este trato.

Atendiendo a los valores sociales y de justicia, es que se puede entender el mecanismo de actuación del Poder Judicial, el cual debe estar interconectado, no sólo con todas las estructuras democráticas sino que debe actuar conforme los valores contenidos en el texto fundamental patrio, para que éstos en el ejercicio pleno de sus atribuciones ejecuten todas aquellas políticas que en materia legal se hayan puesto en marcha, es decir, que hace falta una organización comprometida con tales principios, para materializar los planes que en ejecución de las garantías se hayan dispuestos, sin descuidar en este recorrido que la aprobación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del año 1999, es posterior a la promulgación del Código Orgánico Procesal Penal que data de 1998.

Así pues, los Estados que conforman la América Latina, inspirados en estos postulados de corte humanista, para la década del 90, incluso a inicios de este siglo XXI, efectuaron una serie de reformas en el ámbito legal y en la propia organización judicial, buscando en todo momento garantizar los derechos reconocidos por la comunidad internacional y, en consecuencia, su respeto por los órganos que conforman los poderes públicos nacionales.

En referencia a lo manifestado, las naciones que conforman el continente americano han hecho un enorme esfuerzo para garantizar los derechos reconocidos por gran parte de la población mundial, a todo ciudadano que participa en la administración de justicia, buscando humanizar y democratizar el rostro material de la justicia, y rescatar la confianza de las personas respecto de su actuación, generando la preciada seguridad jurí-

dica, aspectos que sirvieron de inspiración a los legisladores venezolanos en su momento.

Ahora bien, cada una de las violaciones denunciadas, bajo el régimen inquisitivo, encuentran su freno en el sistema de garantías que surgen luego de las arduas luchas ideológicas que despiertan inquietudes hacia cambios políticos profundos, procesos que se gestan en el Iluminismo y se decantan en la Revolución Francesa, que definitivamente consiguen producir transformaciones jurídicas que enaltecen los derechos del individuo (Binder, 2009). En consecuencia, las distintas declaraciones, convenciones y pactos de derechos humanos, se convierten en:

(...) un catecismo filosófico y político que se extendió a todos los confines del universo.

(Omissis) al lado de ese carácter eminentemente filosófico, el susodicho documento, no deja de tener un matiz práctico contenido en la afirmación tendiente a controlar todos los abusos y todos los privilegios: *La loidoitêtre la même pour tous, soit qu'elle protèges oit qu'elle punisse*, es decir que la ley debe ser la misma para todos, bien que ella proteja, bien que ella castigue (La Roche, 1991: 169).

A pesar de lo expuesto con antelación, es necesario recordar que dichas normas, en su conjunto, inciden en la transformación de los sistemas políticos-jurídicos del mundo, y particularmente los latinoamericanos, iniciando con las reformas napoleónicas y los ideales de Montesquieu, donde toma cuerpo la primera teoría existencialista de los derechos del hombre sobre la base de un contrato social que comporta el consentimiento de cada individuo en procura del bien común.

Partiendo de la idea del pacto social, y de las conquistas revolucionarias del siglo XVIII, se deslastró un poco el pensamiento segregacionista que enmarcaba a la justicia como un instrumento garantista para unos pocos, a los cuales se le permitía el debido proceso y el derecho a la defensa, frente a las indefensas masas de la plebe, a las cuales se les juzgaba a veces sin ningún procedimiento previo (La Roche, 1991).

Como un claro aporte de estas conquistas, aparecen en el escenario jurídico universal e interamericano, la Declaración Universal de los Dere-

chos Humanos de 1948, la Carta de la Organización de Naciones Unidas de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, por sólo nombrar los textos más importantes, que imponen que el trato que de alguna manera discrimina el ejercicio de cualquier derecho protegido, es incompatible con el régimen legal universal, interamericano y el interno de mucho de los países que se han comprometido en su reconocimiento, entre estos, Venezuela.

De lo cual, es propicio colegir que, se articulan una serie de acciones que propenden al resguardo de todos los derechos enunciados en estos textos jurídicos internacionales, como atributos de la persona humana, razón por la cual justifican dicha protección, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos, que guarda gran relación con lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. En consecuencia, cada uno de estos postulados constituyen para los pueblos y gobiernos del mundo un reto jurídico-social de relevancia universal, por cuanto cambian radicalmente el rumbo doctrinario seguido por las legislaciones respecto al juzgamiento de la conducta humana.

Es así como aparecen nuevas formas de organización política y social, creciendo el interés por cambiar las estructuras políticas pasando con el tiempo de un sistema inquisitivo, cuya herencia deja cinco siglos de opresión y denigración del ser humano, a uno de corte acusatorio (Ferrajoli, 2011).

En Venezuela, todas estas acciones quedan plasmadas en el Código Orgánico Procesal Penal de 1998 y en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en 1999, generando una labor de revisión de la organización, procedimientos y mecanismos de funcionamiento del Poder Judicial, permitiendo con ello orientar adecuadamente el presente y futuro de este órgano del poder público. Este proceso de cambio y transformación facilitó en mayor medida el establecimiento de los objetivos y retos de su proceso de modernización (Molina, 2002).

En atención a lo reseñado, es fácil colegir que, con la promulgación del Código Orgánico Procesal Penal en 1998, se abandonan definitivamente los contenidos y estructuras del viejo paradigma inquisitivo, que regía bajo el Código de Enjuiciamiento Criminal, asumiendo Venezuela por vez primera, el sistema de corte acusatorio. Fue así entonces que surge el Código Orgánico Procesal Penal, el cual establecía en la Exposición de Motivos la génesis de la reformulación del proceso penal venezolano hoy acusatorio, en los términos que siguen:

De la misma manera, el proceso penal no es un puro dispositivo técnico (Cappelletti), un iter para llegar a una decisión: es también «un barómetro de los elementos autoritarios y corporativos de la Constitución» (Goldschmidt); «un sismógrafo de la Constitución» (Roxin); «la piedra de toque de la civilidad» (Carnelutti); «un indicador de la cultura jurídica y política de un pueblo» (Hassemer); «derecho constitucional aplicado» (H. Henkel). (Exposición de Motivos del Código Orgánico Procesal Penal, 1998)

Por ello, insisten los legisladores patrios en advertir, en la Exposición de Motivos del texto adjetivo penal, que la pena estatal es la máxima injerencia del Estado en la esfera del individuo, razón por la cual el ser humano, a través de su historia, ha creado una serie de barreras contra la arbitrariedad en la imposición de una pena, barrera que no es otra que la del derecho y el proceso, debido a lo cual:

Se impide actuar la pena estatal sin juicio previo del juez natural (Maier). Se formulan reglas para mediar en la antítesis histórica entre poder y libertad (Bobbio), entre el derecho de castigar del Estado, para proteger a la comunidad de los delitos, y el derecho a la libertad del ser humano (Leone) (Exposición de Motivos del Código Orgánico Procesal Penal, 1998).

La consideración de esta situación hizo surgir la necesidad de actualizar la legislación procesal venezolana y sustituir un sistema de enjuiciamiento, que se consideró como “mixto”, pero que en la concreción de sus normas era fundamentalmente inquisitivo (sistema característico de los Estados Absolutos), por otro en el cual las partes se situaran en condiciones de igualdad, y el juez actuase como un tercero imparcial.

En síntesis, el cambio propuesto en el procedimiento penal, tuvo como propósito promover una profunda transformación del sistema judicial ve-

nezolano, puesto de manifiesto a través de los estudios y discusiones realizados por la Comisión Legislativa, que la condujeron a la aprobación del Proyecto de Código Orgánico Procesal Penal en el año 1998, empero en estos 20 años de vigencia, se han realizado sustanciales reformas que serán objeto de especial atención en el acápite que sigue por los efectos que se desencadenan en el ámbito de protección de los Derechos Humanos.

Críterios políticos criminales que han privado en las reformas del Código Orgánico Procesal Penal venezolano

Desde la promulgación del Código Orgánico Procesal Penal en el año 1998, y su posterior puesta en vigencia en el mes de julio de 1999, este ha sido objeto de profundas reformas, partiendo de la que ocurrió a escasos meses de su aprobación en el año 2000, hasta la que se produce en el año 2012. Todas estas, modifican de forma determinante los principios que sedimentan el Sistema de Administración de Justicia patrio, dispuestos en el texto constitucional y adjetivo penal, como parte fundamental del reconocimiento del sistema acusatorio.

Debido a esto, será necesario atender únicamente a los criterios políticos esgrimidos desde el Estado para concretar cada una de estas modificaciones, y si las mismas se consustancian con lo previsto en el texto constitucional y adjetivo penal que diera origen a la implementación del sistema acusatorio en el ámbito patrio.

sí las cosas, la primera reforma del Código Orgánico Procesal Penal se produce en el año 2000, modificando apenas cinco artículos, que, de acuerdo con los legisladores, habían generado algunos problemas en la praxis penal, el primero de ellos, es el artículo 34, que hacía referencia al acuerdo reparatorio, restringiendo a algunos casos muy puntuales su aplicación.

El segundo de los artículos objeto de reforma es el 257, que contenía la definición de la flagrancia, en este sentido se amplían las causales para la consideración de un acto flagrante, permitiendo detenciones que, conforme los postulados del primigenio texto, hubiesen sido consideradas arbitrarias por la afectación del bien jurídico de la libertad, consustanciando esta modificación con el contenido del artículo 259 *eiusdem*, el cual incorpora entre otros elementos para el decreto de la prisión preventiva, como

medida extrema que se puede adoptar bajo la consideración de un sistema de corte acusatorio, la fijación de una audiencia entre las partes, para que el juez proceda a decretar la misma.

Los artículos 374 y 376 del Código Orgánico Procesal Penal de 1998, son modificados buscando, de acuerdo con la exposición de los reformistas, aliviar los embates de la criminalidad desbordada, en consecuencia, se incorporan algunos criterios para la aplicación del procedimiento por flagrancia, entre estos la procedencia de la admisión de los hechos.

La segunda reforma del Código Orgánico Procesal Penal de 2000, acontece un año después, en efecto, el 14 de noviembre del año 2001, son modificadas las alternativas a la persecución penal, entre estas, el supuesto especial de delación, el cual ahora no produce la exculpación sino una atenuante de pena; los acuerdos reparatorios, para lo cual se fija un tiempo de 3 años como mínimo para optar nuevamente a este, procurando el establecimiento de un registro que permitiera controlar la aplicación de esta institución, la reducción del lapso para el cumplimiento del acuerdo de 6 a 3 meses y la necesidad de admisión de los hechos, en caso de que se optara a esta alternativa una vez que fuera presentada la acusación.

De igual modo ocurre con la institución de la suspensión condicional del proceso, cuya procedencia se limita a la comisión de hechos punibles que no excedieran los 3 años en su límite máximo, adicionando que esta solicitud había estar acompañada de una propuesta de reparación a la víctima, y el imputado debía acreditar buena conducta pre delictual, subrayando como parte sustancial de la reforma que el incumplimiento de las condiciones impuestas produciría la imposición inmediata de la pena en virtud de estar precedida por la admisión de los hechos, lo que llevo a algunos autores a considerar que se trataba de una suspensión de la ejecución de la pena y no del proceso.

En cuanto al tema que ocupa la atención del estudio, es importante señalar que en las medidas de coerción personal, se incorporan los numerales 1 y 2 al artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, disponiendo expresamente que serían susceptibles de imposición de la medida de coerción personal más gravosa cuando el delito presuntamente realizado

ameritara tres años o más de privación de libertad como sanción, además el juez al momento de la aplicación de estas medidas podía verificar los antecedentes penales del imputado. Así se desprende de la Exposición de Motivos que reza:

Venezuela ha venido padeciendo un recrudecimiento de la violencia delictiva desde la década pasada, tal como lo demuestran las cifras oficiales disponibles respecto de los homicidios, atracos, secuestros, terrorismo, linchamientos y otras diversas manifestaciones de la delincuencia. De otra parte, diversos sectores de la población se han pronunciado por varias vías acerca de la necesidad de reformar el Código Orgánico Procesal Penal, con la esperanza de que esta reforma sea la solución al fenómeno de la delincuencia violenta (Asamblea Nacional, 2001: 93).

Estas reformas se realizaron bajo el argumento falaz de la impunidad y del aumento de los índices de criminalidad, sin embargo, los legisladores no ofrecen datos estadísticos que permitan corroborar dicha situación.

Transcurren, cinco años, después de la última reforma para que se produzca una nueva modificación del texto adjetivo penal, en efecto, el 04 de octubre del año 2006, se altera toda la estructura de la Fase de Ejecución de la Sentencia, en la cual ocurre la derogación del artículo 493, y se reforman sustancialmente los artículos 500 y 508 *eiusdem*, sin que los legisladores indiquen los argumentos para justificar estos cambios.

Otra de las reformas parciales a la que es sometido el Código Orgánico Procesal Penal, ocurre el 26 de agosto del año 2008, en este momento se modifican quince de sus artículos, bajo los razonamientos que se transcriben a continuación:

El actual Estado venezolano requiere adecuar las instituciones procesales penales a la realidad, ya que es un principio del Estado Socialista el que la realidad prele sobre las formas jurídicas, trascendiendo así el paradigma liberal en el cual fue concebido originariamente el Código Orgánico Procesal Penal. Si bien es cierto que el código adjetivo venezolano incorporó en nuestra cultura jurídica las tesis garantistas y los postulados del sistema acusatorio, no es menos cierto que el país requiere una normativa que permita agilizar los procesos penales, configurando así un marco cierto que coadyuve eficazmente a impartir justicia de manera cónsona con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia.” (Asamblea Nacional, 2008).

Se colige de lo expuesto, que el argumento esbozado mira hacia la agilización del proceso, siendo contradictorio el criterio de que las formas dispuestas en el texto adjetivo penal atentan contra la eficacia de la justicia, ya que la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, dispone de un mecanismo que permite salvar la justicia de las formas, o de las formalidades no esenciales, verbigracia lo dispuesto en el artículo 257 *eiusdem*. Así las cosas, las modificaciones realizadas recayeron en las siguientes instituciones:

Se ha extendido el principio de oportunidad a los casos de delitos con penas menores de cinco años, lo cual permite descongestionar los tribunales y resolver anticipadamente casos.

También se agiliza la actividad investigativa del Ministerio Público permitiéndole de manera directa realizar experticias, lo cual ayudará a la prosecución de las investigaciones penales en la fase preparatoria.

Cuando se verifica en el proceso la ausencia injustificada del defensor, sea público o privado, se prevé su reemplazo dentro de las próximas 24 horas, para garantizar la permanencia en el goce y ejercicio del derecho a la defensa de todos los ciudadanos privados y ciudadanas privadas de libertad.

En cuanto a la designación de los tribunales mixtos, se reducen los lapsos para la realización del sorteo y se concretan las notificaciones para la conformación de los escabinos y escabinas a 2 convocatorias.

Dentro de esta reforma el recurso de apelación contra la decisión que niegue la solicitud de nulidad se oirá a un sólo efecto, por lo cual no se producirán retardos procesales por el uso indiscriminado de la acción de amparo constitucional.

Se faculta al Ministerio Público a realizar solicitudes de asistencia mutua, conforme a las previsiones de la legislación venezolana y con base en el principio de reciprocidad.

Una de las innovaciones importantes es la incorporación de la institución de la Cadena de Custodia, para la colección, preservación y resguardo de evidencias físicas, otorgando así seguridad jurídica en la fase probatoria del proceso penal.

Otra innovación trascendental, especialmente adecuada a nuevas modalidades de delitos que sufre la sociedad venezolana, consiste en la obligación

de las empresas de telecomunicaciones, bancarias y financieras de suministrar, en tiempo real, las informaciones requeridas por el Ministerio Público para identificar y ubicar a autores y demás perpetradores de hechos punibles, asegurar objetos activos y pasivos relacionados con la comisión de los delitos y la ubicación de las víctimas que se encuentren en eminente peligro.

Constituye una tercera innovación la facultad otorgada al Ministerio Público para realizar experticias, dentro del plazo que la misma institución indique. Por otra parte, se amplía de 30 a 45 días el plazo para la presentación del acto conclusivo, omitiendo la solicitud de prórroga, con la finalidad de otorgarle mayor celeridad al proceso.

Para facilitar la audiencia preliminar se incorpora a la acusación el deber de señalar los datos que permitan ubicar al imputado, así como los datos que permitan la identificación y la ubicación de la víctima.

Se reduce el lapso para la audiencia preliminar entre 10 y 15 días hábiles. Igualmente se establece un término preciso, hasta el quinto día antes del vencimiento del plazo para la referida audiencia para la oposición o presentación en el proceso, de las actuaciones preliminares al juicio. Asimismo, se reduce el lapso para la realización del juicio oral público entre 5 y 10 días hábiles.

Otro aspecto a destacar es la incorporación en el artículo relacionado con la extradición activa en cuanto a que corresponderá al Juez de Juicio en caso de fuga del acusado el trámite por ante el Tribunal Supremo de Justicia.

En cuanto a la reparación o indemnización se incorpora el contenido del criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional en el cual se excluyó a los terceros civilmente responsables de la posibilidad de ser demandados en vía penal. (Asamblea Nacional, 2008: 96).

Este listado obedece de manera fiel y exacta a los propósitos del reformador cuando inicia la exposición de motivos, contrariando olímpicamente los principios y garantistas que aparecen prefijados en el título preliminar del texto adjetivo penal, que sirve de asiento a los postulados del sistema acusatorio que reconoce la Constitución y demás leyes de la República.

La penúltima reforma del texto adjetivo penal se produce el 4 de septiembre del año 2009, modificando cuatro artículos de los 23 que conforman el Título Preliminar del Código Orgánico Procesal Penal, respecto

de los principios y garantías de las personas que se enfrentan a la administración de justicia, motivando la misma de este modo:

Con el supremo compromiso y voluntad de lograr la mayor eficiencia política y calidad revolucionaria en la construcción del Socialismo y la refundación de la República, basada en principios humanistas y sustentada en los principios morales y éticos Bolivarianos que persiguen el progreso de la patria y el colectivo (Asamblea Nacional, 2009: 98).

En efecto, se entiende que muchas de las instituciones, propias del modelo acusatorio adoptado en Venezuela, tras la promulgación del Código Orgánico Procesal en el año 1998, se contradicen con los valores morales y éticos de la doctrina de Simón Bolívar, como padre fundador, entre estas, la que sufre con mayor rigor es la figura de la participación ciudadana, regulada en el artículo 3 *eiusdem*, la cual queda redactada del siguiente modo:

En ejercicio de la democracia participativa que consagra el artículo 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se garantiza la participación de todo ciudadano o ciudadana en la administración de justicia penal.

Los ciudadanos y ciudadanas participarán en la administración de la justicia penal conforme a lo previsto en este Código y en el reglamento correspondiente.

La participación ciudadana en la administración de justicia se ejerce a través de los mecanismos de control social previstos en el ordenamiento jurídico, para la selección y designación de los jueces y juezas, así como la asistencia y contraloría social, en los juicios orales, y seguimiento para la aplicación de fórmulas alternativas a la prosecución del proceso y cumplimiento de pena.” (Asamblea Nacional, 2009: 93).

Denota de la transcripción que antecede que, la participación ciudadana se ejercerá a través de la selección de los jueces y seguimientos de los procesos y cumplimiento de las penas, contrariando una vez más lo dispuesto en el texto constitucional patrio, específicamente en su artículo 253, que dispone que la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos.

En relación con el artículo 23 del Código Orgánico Procesal Penal del año 2012, se impone una especial protección de las víctimas en el proceso, cuando se señala expresamente:

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

Los funcionarios o funcionarias que no procesen las denuncias de las víctimas de forma oportuna y diligente, y que de cualquier forma afecte su derecho de acceso a la justicia, serán sancionados conforme al ordenamiento jurídico (Asamblea Nacional, 2009: 115).

En este caso en particular, se admite una correcta correlación entre las disposiciones de orden constitucional, que reconocen el rol primordial de la víctima en el proceso penal y la necesidad de protección de estas, y lo aportado bajo esta modificación del texto adjetivo penal.

Finalmente, el 15 de junio de 2012, se produce una reforma sustancial del Código Orgánico Procesal Penal, la cual termina por dismantelar toda la estructura del Sistema Acusatorio, que Venezuela acoge por conducto de la reforma del texto adjetivo penal y de la propia constitución, alegando la imposibilidad de resolver los problemas que siempre han estado vigentes desde la promulgación de este texto en el año 1998, entre estos: el retardo procesal, el hacinamiento carcelario y el incremento de la delincuencia. La aludida reforma, se puede sintetizar en la abolición de la participación ciudadana, la incorporación del procedimiento especial para el juzgamiento de los delitos menos graves de conformidad con lo dispuesto en los artículos 354 al 371 *eiusdem*, entre otros.

Se reitera, después de este breve recorrido que en el ámbito nacional, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 y el Código Orgánico Procesal Penal de 2012, y todos aquellos instrumentos jurídicos internacionales que consagran de forma específica los derechos y garantías reconocidos integralmente a las personas que se encuentran inmersos en un conflicto penal para lo cual es necesario acudir al Sistema de Administración de Justicia, precisamente, dichos cuerpos legales, regulan la aplicación de las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de la libertad, que es el objeto puntual del estudio, entre otras tantas figuras procesales, a partir de los postulados del Sistema Acusatorio, que encuentra

su asiento en las normas contenidas en el texto fundamental, específicamente, en el Título III, De los Derechos Humanos y garantías, y de los deberes, Capítulo I, marcando el derrotero a seguir en esta materia.

Entre estos, es de superlativa importancia para los fines del estudio, lo previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, que dispone el debido proceso, en los términos que siguen:

Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

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

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

8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas (Asamblea Nacional Constituyente, 1999).

Del contenido del artículo que antecede se extraen cada una de las condiciones que deben estar presentes en el juzgamiento de la conducta humana, por expreso mandato constitucional, obligación de categórico cumplimiento, cuya omisión acarrearía, una vuelta a las retrógradas políticas de intervención penal, violatoria de los postulados del sistema acusatorio.

Íntimamente relacionado con lo reseñado aparece el contenido del artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, que establece que, el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia, y a este fin tributa el artículo 285, numeral 3, al atribuirle al Ministerio Público, el ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores o las autoras y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración del hecho punible.

Los aspectos constitucionales antes expuestos, representan el marco normativo que sirve de sustento para la comprensión del Sistema Acusatorio, y de la vigencia de sus postulados al momento de la aplicación de las medidas cautelares sustitutivas de la privación de libertad, en virtud de que estas instituciones deben contar con amplias garantías a fin de no hacer nugatorio derechos fundamentales como el de la libertad, dignidad, integridad, el debido proceso, la presunción de inocencia, entre otros, lo que amerita por parte del Estado venezolano, la adopción de medidas de toda índole, tanto en el orden político, jurídico y administrativo, para prevenir este tipo de acciones, en consonancia con los tratados internacionales sobre la materia, atendiendo a los valores explanados en el texto

constitucional, donde reviste vital importancia, el diseño y despliegue de herramientas o estrategias de política criminal eficaces e idóneas, para enfrentar el fenómeno de la delincuencia en Venezuela, sin ningún atisbo de arbitrariedad, en razón de lo planteado será necesario a continuación realizar un estudio detenido de cada uno de estos principios y garantías que aún están vigentes en el contexto patrio.

Principios que fundamentan la aplicación del Código Orgánico Procesal Penal

El Código Orgánico Procesal Penal, desde su promulgación hasta la actualidad, en su Título Preliminar, ha desarrollado la mayoría de los principios reconocidos en los instrumentos jurídicos internacionales y nacionales, y aún aquellos reseñados por la doctrina, en efecto, de la clasificación propuesta por Gimeno Sendra (1988), sólo se excluye los principios relativos al régimen de los recursos, en tanto que de la aportada por Claus Roxin (2000), apenas se omite el principio de *in dubio pro reo* y la garantía de la doble instancia. No obstante, ambas forman parte del ordenamiento procesal penal interno al estar contempladas, no sólo en el cuerpo adjetivo penal, sino en el texto constitucional y en las normas internacionales contenidas en los convenios y pactos de Derechos Humanos ratificados por Venezuela.

En este contexto se procederá a realizar una referencia a los principios y garantías procesales, así como a los enunciados contenidos bajo el Título Preliminar del Código Orgánico Procesal Penal del 2012, en el mismo orden indicado en el texto en análisis, acogiendo el autor del estudio ese esquema, sin pretender entrar en la discusión, aun latente, sobre la división de los principios, derechos y garantías.

En este particular, se subraya que si bien el proceso penal tiene por finalidad la búsqueda de la verdad material, esa verdad no puede obtenerse a toda costa, de allí la necesidad de plasmar positivamente una serie de garantías para los sujetos procesales intervinientes, y entre ellos, fundamentalmente para el imputado, es este el argumento de la recepción en el Título Preliminar del Código Orgánico Procesal Penal, vigente desde 1999 hasta la actualidad, de una serie de principios y garantías procesales, que concita a la aplicación del Sistema Acusatorio que le sirve de sustrato.

La recepción de esos principios y garantías procesales en el Título Preliminar, tal como se asienta en la Exposición de Motivos del texto adjetivo penal, suministran una idea del sistema que se pretendió implantar. Esas garantías procesales, constituyen una serie de escudos protectores de los individuos para que el ejercicio del poder penal del Estado no se convierta en una aplicación arbitraria de la pura fuerza y termine siendo un elemento avasallador, tiránico, dentro de la sociedad (Binder, 2009).

Empero, se puede adelantar que tal y como ocurría en el sistema inquisitivo, estas garantías procesales que han significado un triunfo de la humanidad en la historia política de occidente son hoy, completa y sistemáticamente, abiertamente desconocidas en la praxis, perfilando a algunos de los sistemas procesales latinoamericanos como inquisitivos. Tales principios aparecen desarrollados en los términos y bajo las condiciones, que se plasmaran a continuación.

Juicio previo y el debido proceso

En el artículo 1 del Código Orgánico Procesal Penal de 2012, se consagran las garantías del juicio previo y debido proceso, de la siguiente manera:

Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, oral y público, realizado, sin dilaciones indebidas, sin formalismos, ni reposiciones inútiles, ante un Juez o Jueza, o tribunal imparcial, conforme a las disposiciones de este Código y con salvaguarda de todos los derechos y garantías del debido proceso, consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República (Presidencia de la República, 2012: 19)

El sólo hecho de que, las anteriores garantías aparezcan contempladas en el primer artículo del texto adjetivo, proporciona una idea de la importancia que el legislador les ha dado. En efecto, así como el principio de legalidad material establece la necesidad de que el delito y la pena estén descritos previamente en la ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Código Penal vigente, y el ordinal 7 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la necesidad del juicio previo se erige como una garantía procesal en la que descansa el sistema predominantemente acusatorio que desarrolla el Código Orgánico Procesal Penal.

En este sentido se afirma que la garantía del juicio previo y debido proceso, indica que debe existir necesariamente “un proceso” y que ese proceso se rige por la ley anterior al hecho que es su objeto y que, además, así como el juicio termina necesariamente en la sentencia, el «proceso» debe preceder, también necesariamente, al juicio (Binder, 2009). Señala este autor que los principios limitadores del juicio previo extienden sus efectos a la totalidad del proceso. En consecuencia, el juicio debe ser preparado y controlado. Su preparación, esto es, la investigación preliminar y la fase intermedia o de control de la acusación, así como el control de la sentencia (recursos), conforman, junto con el juicio, la totalidad del procedimiento en sentido estricto. En sentido amplio también forma parte de ese proceso la fase de ejecución.

Sintetiza el autor la garantía del juicio previo, considerándola como una fórmula contentiva de una limitación objetiva al poder penal del Estado y una limitación subjetiva al ejercicio de ese poder, a través del juez, como único funcionario habilitado para desarrollar el juicio. Desde otro ángulo, el derecho a un juicio previo representa el punto de máxima eficacia de todas las garantías procesales, a saber, derecho de defensa, presunción de inocencia, inmediación, publicidad, entre otras. Pareciera que la trascendencia de esta garantía justifica el que el legislador venezolano la haya plasmado como primer artículo del Código Orgánico Procesal Penal.

Del mismo modo, el derecho a un juicio previo que supone la necesaria intervención de un juez (independiente) junto con la garantía del juez natural, conforman el derecho al debido proceso (*due process of law*), derecho cuyo origen se remonta a la Carta Magna Inglesa de Juan Sin Tierra del Año 1215 (Pérez, 2007).

En esa Carta, ilustra el autor que se reconocían una serie de derechos feudales en respuesta a las demandas de los barones de Runnymede e inicialmente constaba de sesenta y tres capítulos y en el número 39 el Rey Juan prometió: «*Nullus liber capitur, velim prisonetur, autdissaisiatur, aututlagetur, autexultetur, autaliquo modo destruat, necsuperumibimus, necsuperummittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*», el cual se traduce en la afirmación de que ningún hombre libre será aprehendido, hecho prisionero, puesto fuera de la ley o exiliado ni en forma alguna arruinado, ni iremos ni mandaremos a nadie contra él,

excepto mediante el juicio de sus pares o por la ley de la tierra (Couture, citado por Pérez, 2007).

De acuerdo con el autor del texto anterior se desprenden dos garantías procesales fundamentales, la garantía del juez competente (*legale iudicium parium sourum*) y la de la ley preexistente (*legem tērrēa*). Al mismo tiempo se deduce la garantía o derecho a ser juzgado por sus iguales lo que vendría a ser el antecedente directo de la participación ciudadana en la administración de justicia.

Ejercicio de la Jurisdicción

El ejercicio de la jurisdicción como principio se reitera en el artículo 2 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), en los siguientes términos: «La potestad de administrar justicia penal emana de los ciudadanos y ciudadanas, y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley. Corresponde a los tribunales juzgar y ejecutar, o hacer ejecutar lo juzgado» (Presidencia de la República, 2012: 149).

Si a los jueces corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, estos no pueden desentenderse de las consecuencias de sus decisiones, de allí que en la previsión citada se puede igualmente ubicar el fundamento de la fase de ejecución penal como una etapa jurisdiccional -no administrativa- del proceso.

Participación ciudadana

Igualmente, la participación de ciudadanos no profesionales del derecho o de la abogacía, en el acto de administrar justicia fue un principio recogido por el Código Orgánico Procesal Penal de 1998, hasta el año 2012, no obstante, en la última reforma que sufriera dicho texto se modifican las condiciones de la participación en los términos contenidos en el artículo 3 *eiusdem*, que es del tenor siguiente:

En ejercicio de la democracia participativa que consagra el artículo 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se garantiza la participación de todo ciudadano o ciudadana en la administración de justicia penal.

Los ciudadanos y ciudadanas participarán en la administración de la justicia penal conforme a lo previsto en este Código y en el reglamento correspondiente.

La participación ciudadana en la administración de justicia se ejerce a través de los mecanismos de control social previstos en el ordenamiento jurídico, para la selección y designación de los jueces y juezas, magistrados y magistradas, así como la asistencia y contraloría social, en los juicios orales, y seguimiento para la aplicación de fórmulas alternativas a la prosecución del proceso y cumplimiento de pena.

Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, la ley podrá establecer otros mecanismos de participación ciudadana ante los tribunales con competencia especiales (Presidencia de la República, 2012: 39).

A pesar de la reforma, es fácil entender que la participación ciudadana en la administración de justicia se constituye en una institución fundamental del proceso penal.

En desarrollo de este principio, el Código Orgánico Procesal Penal de 1998, inicialmente incorporó las dos modalidades de jurado, a saber, el clásico o tradicional, integrado en el ámbito nacional, por nueve ciudadanos que debían carecer de formación jurídica y que emitían un veredicto de culpabilidad o no culpabilidad, correspondiendo al juez profesional la calificación jurídica del hecho y la determinación de la pena si la sentencia fuese condenatoria; y el denominado «escabino», modelo adoptado por las más influyentes naciones europeas, entre ellas Alemania, que se caracterizaba por la integración del tribunal con jueces populares, en un número menor, y jueces profesionales, quienes decidían conjuntamente sobre la culpabilidad o no culpabilidad del acusado, pero la calificación jurídica del hecho y eventual determinación de la pena correspondían al Juez Profesional.

Tal y como se advirtiera con antelación, la modalidad de Tribunal con Jurados fue suprimida en la reforma al Código Orgánico Procesal Penal que aconteciera en el año 2001, y el escabinado en la reforma de 2012, desapareciendo del contexto legal patrio dichas figuras legendarias de participación ciudadana.

En este sentido, se observa una grave irregularidad respecto de la última reforma del texto adjetivo patrio, ya que este principio adquirió rango constitucional, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, que es posterior a la promulgación del texto adjetivo penal en 1998, declarando en su artículo 253, que el Sistema

de Justicia está constituido, entre otros, por los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley, circunstancia esta que deberá ser atendida en una futura modificación del Código Orgánico Procesal Penal, a fin de no contrariar lo dispuesto en la Carta Política, donde se considera vital dicha participación para la consecución de los objetivos de justicia y libertad que reconocen los artículos 1 y 2 del texto fundamental.

Autonomía e independencia de los Jueces y Juezas

Se reitera en el artículo 4 del Código Orgánico Procesal Penal del año 2012, el principio constitucional de autonomía e independencia de los jueces, al prescribir la norma taxativamente:

En el ejercicio de sus funciones los jueces y juezas son autónomos e independientes de los órganos del Poder Público y sólo deben obediencia a la ley, al derecho y a la justicia.

En caso de interferencia en el ejercicio de sus funciones, los jueces y juezas deberán informar al Tribunal Supremo de Justicia sobre los hechos que afecten su independencia, a los fines de que la haga cesar (Presidencia de la República, 2012: 93).

La autonomía e independencia de los jueces, es una garantía consecuencia del principio de separación de los poderes públicos que juntamente con la competencia, constituyen los tres atributos del juez natural.

Entonces, debe garantizarse la autonomía e independencia del Poder Judicial respecto del Ejecutivo y del Legislativo, a fin de que la colaboración armónica prevista en la Carta Política no se vaya a convertir en una peligrosa injerencia en cuanto a la nominación de los miembros de la judicatura, a la estabilidad en el desempeño de sus cargos, en cuanto a las limitaciones que pudieran imponerse respecto de la capacidad decisoria de los jueces o sobre la competencia para intervenir en determinados aspectos del proceso.

Íntimamente relacionado con lo anterior está la obligación del juez de someterse sólo al imperio de la ley y del derecho, pero esta sujeción a la ley no supone una subordinación al Poder Legislativo, máxime si de conformidad con lo previsto en el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal vigente, el juez debe aplicar preferentemente la norma constitucional en detrimento de la norma legal que colidiere con aquella, entendido como el principio de Supremacía

Constitucional. Por otra parte, rompe el legislador adjetivo, bajo esta norma, con el criterio positivista que reduce el derecho sólo a la ley, cuando se le permite al juez que pueda hacer invocar otras fuentes al fundar su decisión.

Autoridad del Juez o Jueza

Se estatuye en el artículo 5 del Código Orgánico Procesal Penal del año 2012, el principio de la autoridad del juez. Es este principio la otra cara de la obligación de decidir, pues de nada valdría forzar a los jueces a pronunciarse si no se establece de manera imperativa el cumplimiento de tales decisiones.

De la misma manera debe garantizarse a los jueces el contar con el auxilio de las demás autoridades de la República para el cumplimiento de esa y sus otras funciones. Tal principio es recogido de la siguiente manera:

Los jueces y juezas cumplirán y harán cumplir las sentencias y autos dictados en ejercicio de sus atribuciones legales.

Para el mejor cumplimiento de las funciones de los jueces y juezas, y tribunales, las demás autoridades de la República están obligadas a prestarles la colaboración que les requieran en el desarrollo del proceso.

En caso de desacato, desobediencia a la autoridad o incumplimiento de la orden judicial, el juez o jueza tomara las medidas y acciones que considere necesarias, conforme la ley, para hacer respetar y cumplir sus decisiones.

Cuando el juez o jueza aprecie u observe la comisión de algún hecho punible con ocasión al incumplimiento de la orden, está obligado u obligada a notificar inmediatamente al Ministerio Público, a los efectos legales correspondientes (Presidencia de la República, 2012: 154)

Es imperioso acotar que bajo la promulgación del primigenio texto adjetivo penal se coloca al Juez como un tercero imparcial que sólo está llamado a resolver el conflicto planteado entre acusador y acusado, por lo cual se dispone su carácter de sujeto imparcial, debiendo únicamente garantizar a las partes que sus respectivas pretensiones obtendrán respuesta oportuna y motivada.

Obligación de decidir

En el artículo 6 del texto adjetivo penal vigente, se reitera un principio ya consagrado en el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 19,

como lo es la obligación de decidir: “Los jueces y juezas no podrán abstenerse de decidir so pretexto de silencio, contradicción, deficiencia, oscuridad o ambigüedad en los términos de las leyes, ni retardar indebidamente alguna decisión. Si lo hicieren, incurrirán en denegación de justicia” (Presidencia de la República, 2012: 75). Esta previsión se consustancia con los principios ya analizados, y con el deber del juez de decidir, dando respuesta oportuna a las pretensiones de las partes.

Juez o Jueza natural

En el artículo 7 del Código Orgánico Procesal Penal del año 2012, se desarrolla la garantía de ser juzgado por los jueces naturales, en los términos que siguen:

Toda persona debe ser juzgada por sus jueces o juezas naturales y, en consecuencia, nadie puede ser procesado ni juzgado por jueces o juezas, o tribunales ad hoc. La potestad de aplicar la ley en los procesos penales corresponde, exclusivamente, a los jueces y juezas, y tribunales ordinarios o especializados establecidos por las leyes, con anterioridad al hecho objeto del proceso (Presidencia de la República, 2012)

Al igual que el delito y la pena deben estar previamente establecidos por la ley (*nullum crimen nulla poena sine lege previa*), el juez que habrá de juzgar ese hecho e imponer la pena respectiva, también debe haber sido fijado por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho prohibido, así lo dispone expresamente la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, cuando en su artículo 49 prevé: «Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la Ley» (Asamblea Nacional Constituyente, 1999).

La exigencia de que el juez que habrá de conocer haya sido instituido con anterioridad al hecho, es una garantía de su imparcialidad. Explican los doctrinarios consultados que:

La imparcialidad como requisito indispensable de la concepción del juez natural debe mirarse desde una doble perspectiva: a) La situación subjetiva del juez que puede sentirse en incapacidad de administrar justicia de manera imparcial porque recae alguna de aquellas circunstancias que

pueden colocarlo en posibilidad de decidir de conformidad a los intereses que sobre él confluyen, antes que de conformidad con la ley y con el acervo probatorio existente, y b) La situación social de credibilidad del medio en relación con una correcta administración de justicia y que nos haría recordar el viejo proverbio popular según el cual, no sólo hay que ser la mujer del César, sino que debe parecerlo, y que significa que no sólo el juez debe ser imparcial, sino que sus comportamientos oficiales deben brindar la suficiente objetividad en cuanto a su imparcialidad, que el medio comunitario crea en la justicia que administra (Rosell, 2003).

El juez es imparcial cuando llega al proceso con el solo interés de administrar justicia, función que llevará a cabo con base en el resultado del debate probatorio y con respeto a los principios de oralidad, publicidad, concentración e intermediación.

Presunción de Inocencia

El principio de la presunción de inocencia implica que hasta tanto medie una sentencia condenatoria, el imputado debe recibir un trato acorde con tal carácter, esta garantía aparece regulada en el artículo 8 *eiusdem*, en los términos que siguen:

Cualquiera a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y a que se le trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme (Presidencia de la República, 2012: 114)

El principio en cuestión trae importantes consecuencias jurídicas, entre estas, releva al imputado de la obligación de demostrar su inculpabilidad, por tanto, será el órgano encargado de la persecución penal, es decir, el Fiscal del Ministerio Público, quien deberá demostrar su responsabilidad en el hecho que se le imputa. En caso de que esa responsabilidad no llegue a acreditarse, con base en el *principio in dubio pro reo* que rige en materia probatoria, deberá absolverse. Al dictarse un pronunciamiento definitivo sobre su responsabilidad, el imputado no podrá ser perseguido nuevamente por ese mismo hecho (*no bis in idem*).

Pero el legislador no se conformó con reiterar que ese estado de inocencia rige mientras una sentencia condenatoria no lo desvirtúe, sino que, además dispone el «trato» como inocente para la persona objeto del

proceso. Este principio constituye pues el fundamento de la previsión del ordinal 4° del artículo 119 del Código Orgánico Procesal Penal del año 2012, donde se fija como una regla para la actuación policial, la no presentación de los detenidos a ningún medio de comunicación social. Con ello se protege, además, el principio de respeto a la dignidad humana, tal y como se analizará con más detalle en el capítulo que sigue.

Afirmación de Libertad

Vital para los fines del estudio propuesto, es el artículo 9 del Código Orgánico Procesal Penal del año 2012, que recuerda el principio conforme al cual la libertad durante el proceso es la regla y su privación la excepción. A tal efecto, la norma aludida trata la afirmación de la libertad, en los siguientes términos:

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

Las únicas medidas preventivas en contra del imputado son las que este Código autoriza.

Las únicas medidas preventivas en contra del imputado son las que este Código autoriza conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Presidencia de la República, 2012: 19)

Esta norma jurídica será objeto de un estudio detallado, en los subsiguientes capítulos, por ser parte fundamental del análisis, por lo que basta con señalar en este acápite que como principio orientador del enjuiciamiento aparece la afirmación de libertad como garantía del imputado y procesado, el cual se relaciona con el contenido del artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), que dispone la finalidad del proceso penal, destacando que es la búsqueda de la verdad, sin embargo, tal objetivo no puede obtenerse a cualquier precio, de allí la necesidad de regular cuidadosamente la mayor injerencia que el derecho puede reconocer al Juez, al decidir sobre la restricción o limitación de algunos de sus derechos constitucionales y, entre ellos, fundamentalmente, su libertad.

En este sentido, el Código Orgánico Procesal Penal (2012), después de ratificar el principio universal según el cual la libertad es la regla, dispone lo excepcional de las medidas que pueden limitarla, medidas que además deberán ser proporcionales y necesarias.

Con sustento en lo expuesto, la garantía de la libertad durante el proceso adquirió con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, una mayor concreción al restringirse la privación de la libertad a sólo dos hipótesis de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44: los casos de flagrancia y la detención por orden judicial.

Respeto a la Dignidad Humana

El reconocimiento de quien presuntamente ha transgredido la ley no obstaculiza el reconocimiento de una serie de derechos que el ordenamiento jurídico ha prescrito, entre estos surge la previsión del artículo 10 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), intitulado respeto a la dignidad humana, que a la letra dispone:

En el proceso penal toda persona debe ser tratada con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano, con protección de los derechos que de ella derivan, y podrá exigir a la autoridad que le requiera su comparecencia el derecho de estar acompañada de un abogado de su confianza.

El abogado requerido, en esta circunstancia, sólo podrá intervenir para garantizar el cumplimiento de lo previsto en el artículo 1 de este Código (Presidencia de la República, 2012: 152)

Esta garantía, aun cuando está dirigida fundamentalmente a la protección del imputado, es indudable que también tendría aplicación en el caso de la víctima, a fin de evitar la posible victimización secundaria que esta pudiera sufrir por parte de algún operador del sistema de administración de justicia.

Titularidad de la Acción Penal

En el artículo 11, se reitera el carácter público de la acción penal al declararse: “La acción penal corresponde al Estado a través del Ministerio Público, quien está obligado a ejercerla, salvo las excepciones constitucionales y legales” (Presidencia de la República, 2012: 116).

En esta disposición se recogen además de la titularidad de la acción penal, los principios de oficialidad, legalidad procesal y oportunidad, contemplados en el artículo 285, ordinal 4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

Conforme a lo expuesto, la acción penal es oficial pues pertenece al Estado, y este como su titular puede ejercerla a través de distintos órganos. En un sistema inquisitivo la ejerce a través del juez, sujeto procesal en quien se concentran las funciones básicas del proceso (acusar, defender y decidir). En un sistema acusatorio -o predominantemente acusatorio- como es el caso del que desarrolla el Código Orgánico Procesal Penal, la ejerce a través del Ministerio Público.

El principio de legalidad en cuanto máxima inherente al concepto de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, hace relación a la obligación de todos los órganos de las ramas del poder público de dirigir sus actuaciones conforme al derecho vigente (Perdomo, citado por Tamayo, 2001).

A esta obligación no escapa el Ministerio Público, órgano integrante, según el texto constitucional, del sistema de justicia, en quien el Estado ha delegado el ejercicio de la acción penal, atribución que debe ejercer ante toda noticia de delito (de acción pública), por ello a partir del conocimiento de la presunta comisión de un delito debe ordenar la práctica de las diligencias de investigación tendentes a demostrar el hecho cometido y a identificar a quienes hayan sido sus autores o partícipes, con ello se persigue el resguardo de la víctima y el restablecimiento del orden social quebrantado por el delito.

Con la secularización del Derecho Penal, el Estado se ha arrogado la facultad de perseguir la comisión de hechos punibles, y con ello, ha asumido el deber de hacerlo. El principio de legalidad es, entonces, la consecuencia necesaria de la potestad punitiva del Estado que implica una renuncia por parte de los ciudadanos a la defensa privada de sus intereses y, en consecuencia, con muy pocas excepciones, sólo el Estado está legitimado para la persecución penal de oficio (Perdomo, citado por Tamayo, 2001).

Como una excepción al principio de la legalidad procesal, se establece

en el Código Orgánico Procesal Penal de 2012, la posibilidad de que el llamado a ejercer la acción penal pueda prescindir de su ejercicio o limitarla a alguno o algunos de los imputados, excepción perfectamente reglada en los supuestos taxativos de los artículos 38 al 40, ya que su aprobación queda sometida a la autorización previa del juez de control.

Tales supuestos de oportunidad ratifican el contenido del principio de legalidad, en la medida en que la ley previamente determina el ámbito de discrecionalidad del Ministerio Público para prescindir del ejercicio de la acción, pues al tratarse de una oportunidad reglada el fiscal no puede dejar de cumplir con su obligación sino en los casos taxativamente señalados por la norma.

Defensa e Igualdad entre las partes

La dualidad de partes, característica fundamental de un sistema acusatorio, supone reconocer a ambas las mismas cargas, pero también los mismos derechos, destacándose entre éstos últimos la defensa e igualdad. En tal sentido, dispone el artículo 12 del Código Orgánico Procesal Penal de 2012:

La defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso. Corresponde a los jueces y juezas garantizarlo sin preferencias ni desigualdades.

Los jueces y juezas, y demás funcionarios judiciales no podrán mantener, directa o indirectamente, ninguna clase de comunicación con alguna de las partes o sus abogados o abogadas, sobre los asuntos sometidos a su conocimiento, salvo con la presencia de todas ellas (Presidencia de la República, 2012: 114).

Hoy día, se reconoce la bilateralidad del derecho de defensa, es decir, este no corresponde únicamente al demandado o acusado sino también a quien demanda o acusa. Tal garantía tiene, además, carácter operativo, a diferencia de las otras que tienen carácter estático (legalidad, juicio previo, presunción de inocencia, entre otras), pues al defensor ponerlas en marcha las torna reales y se convierte en vigilante de que se cumplan las reglas del juego (Binder, 2009).

Es tal el celo que el legislador ha puesto en el resguardo de estas garantías que prevé consecuencias muy graves para el juez que mantenga

comunicación por separado con una sola de las partes, tal hecho configura no sólo una causal de recusación, de conformidad con el ordinal 6 del artículo 89 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), sino que además podría provocar, previo el proceso respectivo, la destitución del funcionario, y así lo estipula el artículo 88 *eiusdem*.

Finalidad del proceso

Tal y como se refiriera con antelación, el fin primordial del proceso penal es la búsqueda de la verdad material; a ese fin deberá dirigirse la actuación de todos los sujetos procesales que intervienen en él, correspondiendo a los jueces, al momento de decidir, atenerse a esa verdad. De esa finalidad del proceso trata el artículo 13 del texto adjetivo penal, en los términos que siguen: “El proceso debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho, y a esta finalidad deberá atenerse el juez o jueza al adoptar su decisión” (Presidencia de la República, 2012: 45).

Ciertamente el juez debe dirigir su acción a la búsqueda de la verdad, sin embargo, ello no puede justificar el que este asuma facultades investigativas o probatorias, tal posibilidad comprometería su imparcialidad afectando seriamente los principios del sistema acusatorio.

Oralidad

En el artículo 14 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), se enuncia uno de los principios del procedimiento que lucen como característicos del sistema de corte acusatorio: la oralidad. Precisa la norma en cuestión que: «El juicio será oral y sólo se apreciarán las pruebas incorporadas en la audiencia, conforme a las disposiciones de este Código» (Presidencia de la República, 2012).

Sólo la oralidad garantiza que cada individuo involucrado y presente en la sala del juzgado conozca sobre lo que decide el juez. Tal exigencia también se aplica a los hechos evidentes, pues aun siendo evidentes, deben ser objeto de la vista penal. De manera que, en la medida en que haya que introducir documentos en el proceso penal, se requiere que los mismos sean leídos en voz alta cada uno en particular.

La oralidad impide además una burocracia exagerada. Haciéndose prácticamente imposible al juez delegar a terceros, funciones que le corresponden a él exclusivamente, como, por ejemplo, el interrogatorio del acusado, la práctica de pruebas, el interrogatorio de los testigos, entre otros. Sólo la audiencia oral y la publicidad que allí se establece pueden asegurar que el acusado y su defensor estén participando en todo aquello que se hace para que se dictamine el fallo. Este es un principio que no sólo sirve para la defensa y el resguardo de los derechos del acusado, sino también para la búsqueda de la verdad, como fin o meta del procedimiento penal.

Publicidad

Otro principio del procedimiento lo es la publicidad, el mismo aparece previsto en el artículo 15 del Código Orgánico Procesal Penal de 2012: “El juicio oral tendrá lugar en forma pública, salvo las excepciones de la ley” (Presidencia de la República, 2012). La sola publicidad de la sentencia no traduce el cumplimiento de esta garantía, pues ello no refleja el curso del proceso y no permite que se conozca lo acaecido en la audiencia. La publicidad de la vista principal garantiza la posibilidad de que eventuales oyentes puedan participar en la misma, y así se colige de la siguiente cita:

La publicidad de la vista principal pertenece a las instituciones fundamentales del Estado de Derecho. Las disposiciones sobre ella deben garantizar que en caso de que no esté previsto forzosamente por la ley un tratamiento en audiencia no pública, o exista un motivo previsto legalmente que pida la exclusión de la publicidad en la vista principal o de una parte de ella, o al menos lo admita, tenga lugar el juicio de forma completamente pública y no a puerta cerrada (Perdomo, citado por Tamayo, 2001).

Un juez que dirige audiencias ante la vista del público y posiblemente incluso con participación de la prensa es un juez que debe generar sus argumentos ante los involucrados, o sea el Ministerio Público, el acusado y el defensor, por lo que después del pronunciamiento de la sentencia dicho sujeto procesal se ve obligado a entregar una fundamentación de la sentencia, por lo menos en forma resumida, con lo cual le será mucho más difícil dejarse influenciar en su decisión.

Otra consecuencia que trae aparejada la publicidad es que, sería muy evidente si, por ejemplo, en contraste con los argumentos del juicio oral, pronunciara una sentencia con otra fundamentación y otro contenido, de allí que el principio de publicidad constituye, en la medida en que supone una participación pasiva de la ciudadanía en la administración de justicia, una manera de controlar popularmente tal actividad; sin embargo, contrasta con lo expuesto, la derogación que en este particular se realiza bajo la reforma del Código Orgánico Procesal Penal de 2012.

Este principio también encuentra importantes límites. Si bien es cierto que, el derecho a la libertad de información es un derecho individual y como tal fundamental se encuentra regulado bajo el artículo 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), no por ello goza de supremacía respecto de otros derechos, como es el caso del derecho al honor, la reputación y vida privada según lo previsto en el artículo 60 *eiusdem*, por el contrario, tal derecho no es absoluto y de allí que en ocasiones tenga que ceder ante otros de igual importancia.

Dado que el Código Orgánico Procesal Penal (2012), establece la publicidad del juicio es preciso establecer ciertas reglas del juego para impedir que los medios de comunicación impresos o audiovisuales puedan transmitir algunos hechos que lesionen las garantías señaladas, ya que en muchos casos su presencia contribuirá a la formación y cultura de la ciudadanía en la celebración de juicios orales, cuestión de particular importancia por tratarse del establecimiento de un sistema procesal penal diametralmente distinto en Venezuela a partir del año 1999.

En este marco de análisis, el Tribunal Constitucional español en la sentencia 30/1982 del 1° de junio, ha considerado que no existe dificultad alguna en la admisión de los medios de comunicación social, teniendo en cuenta que la publicidad de los juicios implica que puedan ser conocidos más allá del círculo de los presentes y esta proyección general no puede hacerse efectiva más allá que con la asistencia de estos medios.

En criterio del investigador, y con el fin de garantizar los intereses que se encuentren en juego debería el Tribunal previa consulta a las partes, distinguir entre publicidad y publicabilidad en orden a autorizar previamente

te cualquier registro o filmación limitando al mismo tiempo su número y ubicación. Estas limitaciones, podrían imponerse:

- a) Ya sea porque constituyen un estorbo en el normal desarrollo del juicio, dificultando o impidiendo su finalidad inmediata; b) Ya sea porque se busca proteger la seguridad física de los imputados o testigos; c) Ya sea porque una difusión de sonido e imágenes más amplia por la publicidad mediata afecta derechos de la personalidad del imputado, la víctima o los testigos; d) O bien porque deba resolverse la concurrencia antagónica de intereses de más de un medio de prensa (García, 1995: 32).

Por otra parte, debe considerarse que en atención a lo dispuesto en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, norma aplicable en Venezuela por mandato constitucional, los medios de comunicación social pueden ser excluidos de la sala de audiencias, cuando su presencia pueda entorpecer el curso del juicio.

Inmediación

Como consecuencia de la oralidad, el tribunal llamado a decidir deberá presenciar la práctica de todas las pruebas en las cuales fundamentará su decisión. Así, el artículo 16 del Código Orgánico Procesal Penal de 2012, establece la obligatoriedad de la inmediación en los términos que siguen: «Los jueces o juezas que han de pronunciar la sentencia deben presenciar, ininterrumpidamente, el debate y la incorporación de las pruebas de las cuales obtienen su convencimiento» (Presidencia de la República, 2012)

Este principio, que como se señaló, es consecuencia de la oralidad, supone el contacto directo y personal del juez llamado a decidir, no sólo con las partes, sino, básicamente, con los órganos y medios de prueba. Por otra parte, está relacionado con la identidad física del juzgador pues solo aquel juez que presencia el debate estará en condiciones de decidir.

Indudablemente que la escritura del sistema inquisitivo limitaba la inmediación pues, de ordinario, eran funcionarios distintos al juez quienes practicaban o recibían las pruebas, ante lo cual aquél debía conformarse para decidir, con la constancia escrita de tales actuaciones.

De igual modo, la inmediación está referida a la actividad probatoria, pues permite una impresión fresca y directa en la recepción de la prueba

que contribuirá a formar una opinión en el Tribunal. Es indudable que, en ningún caso, surtirá el mismo efecto en los jueces llamados a decidir, la lectura de la declaración de un testigo, que su exposición rendida en su presencia, en la cual pueda resultar en extremo indicativo u orientador, su expresión, tono de voz, gestos, seguridad en sus afirmaciones, entre otros.

Este principio ha sido interpretado por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia bajo Sentencia No. 423, del 2 de diciembre de 2003, de la siguiente manera: “El juez llamado a sentenciar es aquel que haya asistido y presenciado el debate y, por consiguiente, el que haya podido formarse convicción por haber estado en relación directa con las partes” (Tribunal Supremo de Justicia, 2003: 202).

El criterio reiterado de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia venezolano consiste en que los jueces que presencian la audiencia pública y oral deben ser los mismos que suscriben la sentencia, ello en atención al principio de inmediación.

Concentración

Por cuanto el proceso penal y, básicamente, la fase del juicio deberá desarrollarse con celeridad y el tribunal está vinculado por las pruebas practicadas en su presencia (salvo el caso excepcional de las pruebas anticipadas), es necesario, para garantizar la fidelidad de la apreciación probatoria, que entre la práctica de esas pruebas y la decisión no transcurra un tiempo demasiado amplio.

A tal efecto, el Código Orgánico Procesal Penal (2012), en el artículo 17 consagra el principio de la concentración: “Iniciado el debate, éste debe concluir sin interrupciones en el menor número de días consecutivos posibles” (Presidencia de la República, 2012).

Íntimamente relacionado con el principio de inmediación está el de concentración o continuidad del juicio pues, si al juez le interesa obtener una impresión directa debe establecer la posibilidad de intervenir en forma permanente en el proceso. Todo esto puede producir el resultado deseado si no existen entre las distintas partes del debate periodos de tiempo excesivamente prolongados.

En consecuencia, si el juez debe decidir con base en las pruebas practicadas en su presencia, necesariamente deberá existir proximidad temporal entre la recepción de esa prueba y el momento en que debe sentenciar (de allí la relación con la continuidad).

Resulta fundamental señalar que, en un procedimiento informado por el principio de concentración, existe una fijación legal de momentos y oportunidades para hacer uso de los medios de ataque y defensa y para realizar las diversas actuaciones procesales, pues concentración no quiere decir, en absoluto, desorden de los actos, ni ausencia de las facultades en el órgano jurisdiccional para conducir adecuadamente los debates y evitar alegaciones y pruebas con ánimo dilatorio (Berzosa, citado por García, 1995).

En este sentido, el Código Orgánico Procesal Penal de 2012, regula las oportunidades para hacer uso de tales medios de ataque y defensa, como es el caso de las excepciones, y por esta vía procurar la depuración del proceso en orden a evitar la suspensión del juicio.

Contradicción

En el artículo 18 se garantiza el principio de contradicción, ello no es más que una consecuencia de la dualidad de partes que caracteriza el nuevo proceso penal, regulándolo sucintamente bajo los siguientes términos: «El proceso tendrá carácter contradictorio» (Presidencia de la República, 2012). En la fase del juicio la garantía de la contradicción del proceso supone la posibilidad de que los medios de prueba en que se funde la sentencia deben haber sido controlados por la parte contra quien obran y en las demás fases del proceso constituye una garantía de las partes en el sentido de poder oponerse o controlar las actuaciones de la contraparte.

Tal como está organizado el proceso y, específicamente, el procedimiento ordinario, queda claro que la fase del juicio es sólo una de las etapas del proceso, solo que está precedido por las fases preparatoria e intermedia, entendiendo que la fase impugnativa (en caso de sentencia definitiva) y de ejecución, le suceden temporalmente; ello implica que, si el proceso se concibe como un todo, en cada una de sus partes debe estar presente la garantía de la contradicción.

Control de la Constitucionalidad

Dentro de esa labor pedagógica que supone la enunciación de todos esos principios y garantías procesales en el Título Preliminar del Código Orgánico Procesal Penal (2012), el legislador ha querido recordar en el artículo 19, la supremacía del texto constitucional y la posibilidad de su aplicación directa, cuando la ley vulnerare alguno de sus preceptos; tal posibilidad resulta particularmente importante dentro del proceso penal dado los intereses en juego y la posible limitación, con ocasión del desarrollo de algún derecho individual: «Corresponde a los jueces y juezas velar por la incolumidad de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Cuando la ley cuya aplicación se pida colidiere con ella, los tribunales deberán atenerse a la norma constitucional» (Presidencia de la República, 2012).

Persecución

Consagra el Código Orgánico Procesal Penal (2012), en el artículo 20, la posibilidad de una nueva persecución penal en casos excepcionales, tal previsión en modo alguno vulnera el principio de cosa juzgada pues, los casos en los que se admite tal persecución son claros: la conclusión del primer procedimiento obedeció a defectos formales o fue interpuesto ante un tribunal incompetente, razón por la cual ninguna adquirió la autoridad de cosa juzgada. Dispone textualmente la norma:

Nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho.

Será admisible una nueva persecución penal:

1° Cuando la primera fue intentada ante un Tribunal incompetente, que por este motivo concluyó el procedimiento.

2° Cuando la primera fue desestimada por defectos en su promoción o en su ejercicio (Presidencia de la República, 2012: 19).

La norma precedente fue interpretada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia mediante decisión 329, de fecha 27 de Julio de 2006, en los siguientes términos:

Cuando la primera persecución ha sido desestimada por defectos en su promoción o en su ejercicio, el Ministerio Público como titular de la acción penal, tiene sólo una nueva oportunidad para volver a intentarla, por lo que no puede realizar persecuciones indefinidas hasta tanto logre su pretensión punitiva. Es por ello, que el Ministerio Público tiene que ser cuidadoso al momento de formular la acusación, toda vez que ese es el documento fundamental del proceso penal del cual depende el desarrollo del juicio oral y público, por lo que no debe presentarla sin cumplir con las formalidades establecidas en la ley, ya que se vulneraría el debido proceso.

De manera que, el artículo 20, ordinal 2° del Código Orgánico Procesal Penal, le concede al Ministerio Público o al acusador privado, si fuere el caso, la oportunidad para subsanar, mediante la presentación de una nueva acusación, los vicios que dieron origen a la desestimación de la primera, razón por la cual el proceso se suspende hasta tanto se interponga nuevamente la misma, por lo que interpuesta la acusación sin corregir los errores, lo procedente es que el Juez de Control decrete el sobreseimiento de la causa, conforme a lo establecido en el Artículo 28, ordinal 4°, en concordancia con los artículos 33, ordinal 4° y 318 ordinal 4°, todos del Código Orgánico Procesal Penal, por no existir bases para solicitar fundamentalmente el enjuiciamiento del imputado (Tribunal Supremo de Justicia, 2006: 165).

Este es el criterio que se ha mantenido vigente en la actualidad, considerando cada uno de los tribunales de la República cada uno de los presupuestos explanados en la sentencia.

Cosa Juzgada

En desarrollo del principio constitucional el ordinal 7 artículo 49, se reconoce la inmutabilidad de la cosa juzgada en el artículo 21, salvo que opere en beneficio del reo, cual es el caso del recurso de revisión: «Concluido el juicio por sentencia firme no podrá ser reabierto, excepto en el caso de revisión conforme a lo previsto en este Código» (Presidencia de la República, 2012). Del principio *no bis in ídem* surgen las garantías de única persecución y cosa juzgada.

En efecto, no es posible que una persona sea perseguida penalmente más de una vez por el mismo hecho, ello no obsta para que sea nuevamente procesada, si el objeto de ese nuevo proceso es la revisión de la sentencia

a fin de declarar su nulidad o de mejorar la situación del penado con base en el principio de favor imprevisto en la ley penal. Por tanto, el principio está referido no sólo a los procesos concluidos sino también a los que se encuentran en marcha.

Lo que supone la garantía del *no bis in ídem*, no es la imposibilidad de repetir el proceso sino una doble condena o el riesgo de afrontarla (Binder, 2009). En tal virtud en una decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal Argentina se sostuvo:

La garantía del non bis in ídem no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien antes lo ha sufrido por el mismo hecho, ya que el solo desarrollo del proceso desvirtuaría el derecho invocado, dado que el gravamen que es materia de agravio no se dispararía ni aun con el dictado de una ulterior condena absolutoria. Lo que la ley argentina pretende es proteger a cualquier imputado del riesgo de una nueva persecución penal, simultánea o sucesiva, por la misma realidad histórica atribuida, toda vez que las garantías sólo juegan a favor y no en disfavor de quien sufre el poder penal del Estado...

- a) Identidad en la persona. Esta exigencia fáctica simplemente supone la labor de constatación, a través de la identificación del imputado de que se trata de “la misma persona”.
- b) Identidad del hecho. Debe tratarse de la misma hipótesis fáctica planteada con prescindencia de su calificación jurídica.

Para la determinación de la identidad del hecho, es imprescindible remitirse a su significado jurídico. Los procesos de subsunción son un camino de ida y vuelta, en los que se transita de la información fáctica a la norma jurídica y de ésta a los hechos otra vez. Siempre que, según el orden jurídico, se trate de una misma entidad fáctica, con similar significado jurídico en términos generales y aquí similar debe ser entendido del modo más amplio posible, debe entonces operar el principio no bis in ídem.

- c) Identidad de causa. Debe tratarse del mismo motivo de persecución, la misma razón jurídica y política de persecución penal, el mismo objetivo final del proceso (Binder, 2009: 114).

Son muchas las miradas que se posan encima de estas instituciones, algunas con mayor perspicacia, en virtud de que la múltiple persecución penal provocada por el Estado se convierte en un múltiple riesgo respecto de las consecuencias jurídicas que trae aparejada.

Apreciación de las pruebas

Declara el Código Orgánico Procesal Penal (2012), en su artículo 22, que las pruebas deben ser apreciadas libremente por el tribunal, con ello pone fin al sistema legal o tarifado que caracterizó el proceso penal tradicional venezolano, disponiendo textualmente que: «Las pruebas se apreciarán por el tribunal según la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia» (Presidencia de la República, 2012).

La apreciación libre de las pruebas no implica que el juez no deberá motivar la decisión. Tal exigencia, según lo declaró la extinta Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 18 de abril de 1988, garantiza al ciudadano la existencia de fallos justos y lo protege contra la arbitrariedad de los jueces, puesto que la ausencia de motivación fue en el pasado, y lo es en la actualidad, el boquete abierto para que el juez pueda decidir conforme a sus caprichos o a sus intereses, conculcando los derechos de las partes procesales y ocasionando grave ofensa a la administración pública.

El reconocimiento del principio de la libre apreciación de la prueba es juntamente con el de participación de los jueces legos en la administración de justicia, una muestra de la confianza que el legislador deposita en la ciudadanía en general. Confianza que ha sido amenazada con las reformas que ha sufrido el texto adjetivo penal.

Protección de las Víctimas

Finalmente, el principio de protección de las víctimas se impone bajo el artículo 23 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), en los términos que siguen a continuación:

Las víctimas de hechos punibles tienen el derecho de acceder a los órganos de administración de justicia penal de forma gratuita, expedita, sin dilaciones

indebidas o formalismos inútiles, sin menoscabo de los derechos de los imputados o imputadas o acusados o acusadas. La protección de la víctima y la reparación del daño a la que tengan derecho serán objetivos del proceso penal.

Los funcionarios o funcionarias que no procesen las denuncias de las víctimas de forma oportuna y diligente, y que de cualquier forma afecte su derecho de acceso a la justicia, serán sancionados conforme al ordenamiento jurídico (Presidencia de la República, 2012).

Es fácil colegir un amplio conglomerado de principios que buscan blindar el proceso penal de las arbitrariedades propias del sistema de corte inquisitivo que marcó toda una era del juzgamiento de la conducta humana, entre estos se ubican una serie de prerrogativas en favor de la víctima, quien al igual que el imputado se había convertido en un convidado de piedra en el conflicto que la aquejaba.

De lo expuesto puede extraerse que el Sistema Acusatorio, acogido en el contexto patrio, implica el reconocimiento y, por demás, el respeto por los derechos de las partes en el proceso, bajo una visión garantista y constitucional, aglutinando las acciones de cada uno de los órganos del Poder Público en el cumplimiento de estos fines.

Obviamente, bajo el paradigma Sistema Acusatorio, y tomando como fundamento el contenido de los distintos instrumentos jurídicos de carácter internacional y nacional, que la conforman, se encuentran claramente definidos los derechos humanos, que permiten una importante aproximación al proyecto social de protección de estos, que propone y reconoce, como obligación el texto fundamental venezolano.

Ahora bien, para el logro de un sistema judicial garantista como el propuesto bajo la promulgación del Código Orgánico Procesal Penal de 1998, y muy a pesar de las reformas realizadas, hace falta que exista una verdadera voluntad política por parte de los operadores del Sistema de Administración de Justicia Penal, a fin de deslastrar las viejas prácticas inquisitivas, lo cual contribuiría en gran medida a alcanzar las metas y objetivos que impone el Sistema de Corte Acusatorio. Sin embargo:

(...) el funcionamiento, organización y estructuras de los sistemas penales latinoamericanos se caracterizan por su actuación segmentada, disgre-

gada y autónoma entre las partes, de manera que los sistemas policiales, fiscalía, procesales y de ejecución penal pareciera que respondieran a sí mismos, como si el acto de hacer justicia correspondiera a varias esferas independiente y autónomas entre sí y no como un acto cuya culminación final deviene de una cadena sucesiva de procesos cuya resultante tiene una conexión indisoluble y continua (Jiménez, 1991: 114).

A partir de esta afirmación, y tomando como punto de referencia el Sistema Acusatorio, a la luz de los principios que conforman el Código Orgánico Procesal Penal de 2012, se emprenderá el estudio de las medidas cautelares sustitutivas de la privación de libertad, atendiendo especialmente a la precisión a nivel legal, doctrinal y jurisprudencial respecto al alcance del principio de afirmación de libertad previsto en el texto adjetivo, como garantía del reconocimiento del valor constitucional de la Libertad.

CAPÍTULO II

Alcance del principio de afirmación de libertad como garantía del reconocimiento del valor axiológico de la libertad

En el presente capítulo se precisará el núcleo fundamental del valor axiológico Libertad y su consagración como derecho fundamental en los textos legales de orden internacional e interno, atendiendo a su reconocimiento como una manifestación concreta del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, el cual vincula a todos los órganos que integran el poder público, en su ejercicio, quienes deben promoverlos y respetarlos, tal y como lo prescribe la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con última enmienda en el año 2009, el Código Orgánico Procesal Penal (2012) y demás leyes de la Nación, sin obviar en esta dinámica el papel de los tratados, convenios y acuerdos internacionales que, de acuerdo con el texto fundamental, prevalecen en el orden interno, mientras contengan condiciones más favorables para su ejercicio y goce.

Así, una vez que se materialice el ejercicio teórico-jurídico, supra señalado, será indispensable, reconocer el alcance y límites del principio de Afirmación de Libertad, que dispone el texto adjetivo penal, el cual conjuntamente con el principio del estado de libertad, la proporcionalidad e interpretación restrictiva, se erigen --al menos en la doctrina-- en el ámbito venezolano, como verdaderos escudos protectores del Derecho a la Libertad personal frente a los potenciales abusos del Estado, todo lo cual permitirá allanar el camino para el análisis de las medidas cautelares sustitutivas de la privación de libertad, como formas de privilegiar estos

principios, y su correspondencia con la práctica judicial mediante el estudio empírico que se desarrolla en esta investigación.

La Libertad y su consagración como derecho fundamental en los textos legales de orden internacional

Reconocimiento del Derecho a la Libertad

En relación con el derecho a la libertad, son pocos los autores que han referido su origen en la edad antigua, algunos se atreven a afirmar que en Roma se reguló jurídicamente, bajo la Ley de las XII Tablas (Richani, 1999). De igual modo se advierten algunos vestigios en la época Después de Cristo, entre estos, sugiere las acciones del emperador Trajano (98 al 117 D.C), y del emperador Valentino (98 al 117 D.C), quienes buscaron a su modo poner límites a los abusos de los poderosos contra los débiles.

En este escenario, aparecen las ideas de los Filósofos Séneca, Cicerón y Marco Aurelio, quienes propugnaron la igualdad de todos los hombres, sumándosele a estas declaraciones, la visión del pensamiento cristiano, que abogaba por la dignidad humana, imponiéndose la visión iusnaturalista de Santo Tomás, quien llega a expresar: «Que las leyes injustas no tienen validez moral» (citado por: Richani, 1999: 112), configurándose todo un movimiento que apuesta por el reconocimiento de los derechos, entre estos la libertad.

Ahora bien, la libertad y su real concreción como derecho, según los autores consultados, fue inicialmente registrada en la Carta Magna del año 1215, conocida como la Carta de Juan sin Tierra, que aun cuando no fue una ley, sino un pacto entre el rey y los barones libres (*liberi homines*), ha sido el documento de mayor transcendencia de estos siglos, llegándose a considerar el texto constitucional de mayor fama universal, de allí que reconozca: «De forma pactada una serie de heterogénicas reglas casuísticas que se ocupan de los asuntos más pintorescos» (Universidad Autónoma de México, S/F: 29), entre estos destaca el artículo 54, que prescribía: «Nadie será detenido o encarcelado, por acusación de una mujer, por la muerte de otro que no sea su marido» (Universidad Autónoma de México, S/F: 30).

Empero, ya desde este texto, hay un reconocimiento sin parangón, al derecho a la libertad, en todas sus dimensiones, y en particular a la libertad personal, en consecuencia, el artículo 58 del texto original, regula todo lo concerniente a la administración de justicia, del que destaca la célebre cláusula que impone que:

Ningún hombre libre será detenido o encarcelado o privado de su tierra o derechos o declarado fuera de la ley o en algún otro modo destruido, ni contra el iremos, ni contra el enviaremos a otros, excepto por un juicio justo de pares o por el derecho del país (Universidad Autónoma de México, S/F).

Se extrae de la cita, el reconocimiento del derecho a la libertad personal, el cual sólo puede ser conculcado previo juicio justo, lo que ha llevado a algunos autores a señalar que aquí se consolida el derecho al debido proceso o el llamado *due process of law*, del cual se imponen una serie de garantías adicionales para su cumplimiento.

Es fácil colegir de dicho texto que, hay un interés real por brindar protección a las libertades humanas, debido a lo cual se extreman una serie de medidas que terminan por imponerse bajo la Carta Magna de 1689, única Constitución escrita y rígida en Inglaterra, y primera en el mundo, donde desde el Preámbulo se impone:

Que ningún hombre libre será detenido ni encarcelado ni destituido de su posición libre ni de sus libertades ni libres costumbres ni será proscrito ni desterrado ni de ninguna otra forma destruido y que el Rey no lo juzgará ni lo condenará sino por el legítimo juicio de sus iguales o por el derecho del país.... (Universidad Autónoma de México, S/F).

Se desprende del contenido que antecede, que se ratifican los criterios vertidos en la Carta Magna de 1215, y las sucesivas normas que surgieron en esta materia, respecto de las libertades humanas, destacando la prohibición de detenciones arbitrarias y prolongadas, que se impone como mandato al referir, en su artículo 31:

(...) toda persona... privada de su libertad, ... a instancia de su abogado u otra persona empleada por él..., recibirá sin dilación una orden de Habeas Corpus mandada en general a todos y cada uno de los sheriffs carceleros servidores oficiales u otras personas en cuya custodia ...estuviera y el sheriff, carcelero... al recibo de la dicha orden... traerá o hará que sea traído

el cuerpo de la dicha parte... ante los jueces o justicia... y por consiguiente el tribunal dentro de los tres días judiciales... procederá a examinar o determinar si la causa de tal auto de prisión... es justa y conforme al derecho legal o no... (Universidad Autónoma de México, S/F).

Es importante destacar, que esta norma fue complementada por la Ley de Habeas Corpus (*Amendment Act* de 1679), buscando atender con efectividad los problemas que originaban las detenciones arbitrarias y prolongadas, en relación con la conculcación del derecho a la libertad personal y ambulatoria.

De igual modo, la Declaración de Derechos Inglesa redactada por el Parlamento en 1689, termina por convertirse en el texto más moderno y relevante del siglo, en él se recogen claras limitaciones al poder, y se auspician las libertades ciudadanas, incluso hoy muchas de estas cláusulas están en vigor, verbigracia, aquellas relacionadas con las diez primeras enmiendas de la Constitución Norteamericana, cuyo origen data de 1787.

Por otra parte, se constata en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea General Constituyente Francesa del 20 al 26 de agosto de 1789, y aceptada por el Rey de Francia, el 5 de octubre de este mismo año, desde su preámbulo el reconocimiento del derecho a la libertad, al preceptuar:

Los representantes del pueblo francés, que han formado una Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, la negligencia o el desprecio de los derechos humanos son las únicas causas de calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer en una declaración solemne estos derechos naturales, imprescriptibles e inalienables; para que, estando esta declaración continuamente presente en la mente de los miembros de la corporación social, puedan mostrarse siempre atentos a sus derechos y a sus deberes; para que los actos de los poderes legislativo y ejecutivo del gobierno, pudiendo ser confrontados en todo momento para los fines de las instituciones políticas, puedan ser más respetados, y también para que las aspiraciones futuras de los ciudadanos, al ser dirigidas por principios sencillos e incontestables, puedan tender siempre a mantener la Constitución y la felicidad general.

Por estas razones, la Asamblea Nacional, en presencia del Ser Supremo y con la esperanza de su bendición y favor, reconoce y declara los siguientes sagrados derechos del hombre y del ciudadano:

I. Los hombres han nacido, y continúan siendo, libres e iguales en cuanto a sus derechos. Por lo tanto, las distinciones civiles sólo podrán fundarse en la utilidad pública.

II. La finalidad de todas las asociaciones políticas es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre; y esos derechos son libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión... (Asamblea General Constituyente Francesa, 1789).

Todo indica que, los valores reconocidos en la aludida declaración se sustentan en la libertad, la igualdad, y la seguridad, y no podría ser de otro modo atendiendo a los pilares básicos que impulsaron la Revolución Francesa, al punto de ser incorporado todo el preámbulo de este texto en la Constitución de 1791.

Es menester destacar que, para la Asamblea General Constituyente de Francia, a cuyo cargo queda la redacción de la Declaración, estos derechos son inherentes al ser humano, debido a lo cual sólo se hace un reconocimiento de estos, es decir, ninguna autoridad los ha creado ni otorgado, son preexistentes a su proclamación, de ahí su carácter de inalienable, lo que genera una clara necesidad de protección y respeto, pues son esenciales al hombre.

En franca armonía con lo delatado, la Declaración hace expresa referencia en su artículo 7 a la libertad personal, objeto del presente estudio, al prescribir:

Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido sino en los casos determinados por la ley, y según las formas que ella prescribe. Los que solicitan, expidan, ejecutan o hagan ejecutar ordenes arbitrarias deben ser castigados; pero, todo ciudadano llamado u obligado por la ley debe obedecer en el acto: si no se hace culpable por la resistencia (Asamblea General Constituyente Francesa, 1789).

En concordancia con este contenido, se insiste en señalar que la libertad como valor intrínseco del ser humano, no puede concebirse sin las garantías de seguridad, lo cual busca evitar las actuaciones arbitrarias que puedan alzarse contra ella, entre estas destacan, la determinación de las responsabilidades respecto de aquellos que hayan lesionado o conculcado este derecho, y el establecimiento de algunas vías o acciones para restituir la situación jurídica infringida como el Amparo o *Habeas Corpus*.

Del mismo tenor, el artículo 9 de la norma *in comento*, hace referencia a la libertad individual, al regular la presunción de inocencia, en los términos que sigue: «Considerándose inocente a todo hombre mientras no sea declarado culpable, en los casos en que se estima indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para asegurarse de su detención debe ser severamente reprimido por la ley» (Asamblea General Constituyente Francesa, 1789).

Dichos artículos se imponen como claras limitaciones al poder del Estado, en su afán por derribar estas barreras, ubicando como el primer eslabón de esta cadena la libertad personal, que aún hoy día, y a pesar de los avances que se han producido en esta materia, se presenta como el más frágil de todos los derechos o atributos del ser humano, será simplemente cuestión de evaluar conscientemente las estadísticas patrias para arribar a esta conclusión.

Dentro de este marco de ideas, es palpable la condena que trae implícita la norma en examen, respecto de los abusos y arbitrariedades contra los cuales se alzaron las ideas del iluminismo, procurando acabar con tantos siglos de oscurantismo, dejando asentado que, por lo menos en el plano teórico, se ha realizado enormes esfuerzos por erradicar dichas prácticas, teniendo como norte todos aquellos valores que inspiraron la producción de este pequeño documento.

La importancia de la Declaración es patente, ya que enuncia principios válidos para todos los hombres, para todos los tiempos, para todos los países, más allá de las particularidades propias de cada Nación, lo que ha revelado su carácter de programa o proyecto común para la humanidad.

Se estiman estos acontecimientos narrados, como relevantes para el reconocimiento de los derechos humanos, en especial para el derecho a la libertad, en virtud de la importancia histórica que estas normas han tenido para el mundo, llegándose a considerar que Inglaterra y Francia, han sido los laboratorios constitucionales de la humanidad. Así, una vez aclarada la génesis del reconocimiento del derecho a la libertad, será necesario a continuación realizar un breve paneo por el Sistema Universal e Interamericano de Derechos Humanos, respecto de su consagración.

Reconocimiento del Derecho a la Libertad en el Sistema Universal de Derechos Humanos

Para analizar de forma adecuada el derecho a la libertad individual, una vez que ha sido allanado el origen de este, es relevante verificar su tratamiento en el Sistema Universal de Derechos Humanos, el cual es una protección contemporánea que se les brinda a los ciudadanos del mundo quienes, sin importar su origen, deben contar con mecanismos para evitar acciones propias del abuso de poder (Villagra, 2005).

Se identifica como antecedente de esta iniciativa, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, los documentos y prerrogativas forjadas bajo el calor de la Revolución Francesa y la propia Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, con sus correspondientes enmiendas, que terminan por consolidar en el siglo XIX, la era del constitucionalismo moderno. Basta con subrayar que el primer texto Constitucional patrio corresponde al año de 1811, en virtud de las ideas libertarias que inspiraron a Simón Bolívar.

Destaca, en este recorrido que a pesar de una comprensión de la comunidad internacional acerca de la necesidad de protección de los derechos y garantías individuales, frente al ejercicio del poder público de los Estados, sobre todo después de los horrores vividos luego de la primera y segunda guerra mundial, no fue hasta 1945, que se produce el nacimiento de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, con la creación de la Organización de Naciones Unidas, establecida en la Carta de la ONU, producto de la Conferencia de San Francisco celebrada en el año de 1945; y, en el plano regional, con la instauración del Sistema Interamericano de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, establecidos en la Novena Conferencia Panamericana de Bogotá en el año 1948 (Ayala, 1998).

Surge entonces un desarrollo importante del derecho internacional de los derechos humanos, con sustento en los propósitos contenidos en la Carta de Organización de las Naciones Unidas de 1945, que entre otros, promueve el estímulo y respeto de las libertades fundamentales, sin distinciones basadas en la raza, color, idioma, sexo, considerando que la vulneración

de estos derechos es un problema que atañe a la comunidad mundial, por lo que ya no se trata de la resolución de conflictos domésticos o internos.

La Comisión de Derechos Humanos, redacta la Declaración Universal de Derechos Humanos, suscrita el 10 de diciembre de 1948, primer instrumento legal de orden internacional, de cuyo preámbulo se extrae lo que sigue:

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia perfilar los mecanismos de protección exigido en cada uno de estos instrumentos internacionales (Organización de Naciones Unidas, 1948).

Es obvio que, en dicho texto internacional, se imponen nuevamente las ideas liberales contenidas en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al disponer que la libertad, la justicia y la paz son derechos inalienables que ameritan una protección especial por parte del Estado, en razón de lo cual, se establecen bajo este instrumento, de gran influencia mundial, los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales del género humano, creando obligaciones legales para los Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas, aun cuando no tiene la categoría de un tratado y, por ende, se critique el carácter no vinculante del documento.

En relación con el derecho a la libertad personal, el instrumento legal universal, hace puntual referencia en los artículos 3, 9 y 11 cardinal 2, no obstante, se realice una constante alusión a la libertad o libertades en la redacción de otros derechos, y así se colige, de las siguientes transcripciones: «Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...», en el artículo 2, cardinal 1, señala que: «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración...», sin descuidar el contenido de los artículos 18, 19 y 20, que disponen la libertad de expresión, de conciencia, de culto, de reunión, ente otros.

En el artículo 3 *eiusdem*, se dispone expresamente: «Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona» (Or-

ganización de Naciones Unidas, 1948), comprendiendo en esta lacónica oración, derechos de gran envergadura, que deben ser asegurados por su importancia para el desarrollo del ser humano, sin que se pueda inferir que se está en presencia del derecho a la libertad personal, ya que esta es tan sólo una de sus dimensiones.

Por su parte, el artículo 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, preceptúa que: «Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado» (Organización de Naciones Unidas, 1948), estableciendo una clara limitación a los abusos del Estado en esta materia, lo que de acuerdo con Nogueira (2002), debe ser entendido como una clara referencia a la libertad personal, es decir, la libertad de la persona física en cuanto ser corporal en sí mismo, precisando el autor que esta norma constituye:

(...) un derecho matriz y residual, ya que protege las expresiones de libertad no asegurados específicamente por los demás derechos autónomos, posibilitando realizar todo aquello que es lícito; es el derecho de toda persona a que los poderes públicos y terceros no interfieran en la esfera de autonomía personal, vale decir, de disponer de su propia persona y de actuar determinado por la propia voluntad sin otras limitaciones que las que imponen el medio natural, los derechos de los demás y el ordenamiento constitucional.

Finalmente, el artículo 11 cardinal 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, dispone taxativamente que:

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito (Organización de Naciones Unidas, 1948).

Se deduce de la transcripción de la norma que antecede, el establecimiento de importantes principios relativos al enjuiciamiento penal, como el de presunción de inocencia, del juicio público, de la defensa, y del propio principio de legalidad de los delitos y de las penas, como garantías ciu-

dadanas que conforman el debido proceso, todos estos consustanciados con el derecho a libertad personal que debe ser reconocida, aun con más cuidado, en el ámbito judicial.

Se constata de las normas transcritas, una clara expresión o manifestación concreta de la libertad, en todas sus dimensiones, iniciando con la libertad personal, el derecho a la libertad de conciencia y culto, de residencia, circulación y entrada y salida del país; el derecho a la libertad de opinión e información, el derecho a la libertad de reunión, la libertad de asociación, entre otros.

Ahora bien, en el Sistema Universal de Derechos Humanos, la Declaración en examen, se integra, entre otros instrumentos, con las normas desarrolladas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y el Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, a los cuales se hará una breve referencia en razón de su importancia para el desarrollo de los objetivos de la investigación.

En el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de 1966, asegura la libertad personal en los artículos 9 cardinal 1, y 12 en los términos que siguen:

Artículo 9.

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas en la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.
2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.
3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en

libertad, la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no ha de ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Toda persona que sea privada de su libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuere ilegal.

Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a pedir reparación (Organización de Naciones Unidas, 1966).

Se observa, conforme la redacción de esta norma, un proceso de maduración respecto de todas las garantías que deben cobijar esta actuación tan gravosa y extrema, que implica la restricción del derecho a la libertad personal, respecto del ejercicio de los otros derechos que le han sido reconocidos al ser humano. Denotando su amplitud, en relación con la sumaria redacción de este derecho en la Declaración, que estipula, simple y llanamente: «Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado» (Organización de Naciones Unidas, 1948).

En consecuencia, se prevén una serie de garantías que inician con la información sobre sus derechos, el juzgamiento en un plazo razonable, la excepcionalidad de la prisión preventiva, el derecho de recurrir ante los tribunales competentes a fin de que decidan sobre la legalidad de la privación, y el establecimiento de una acción idónea para lograr el resarcimiento o indemnización por los daños ocasionados en caso de que esta restricción fuera determinada como ilegítima o arbitraria. A su vez, el artículo 12 precisa:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio (Organización de Naciones Unidas, 1966).

En este supuesto, se identifica una clara diferencia entre el derecho genérico a la libertad personal y la libertad ambulatoria, precisando que, el primero de los nombrados, es mucho más amplio, distinción que también

realiza la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 2009, al declarar expresamente la libertad personal en el artículo 44 y la libertad de tránsito en el artículo 50.

Los aspectos anotados, aun cuando no abarcan todos los instrumentos internacionales del Sistema Universal de Derechos Humanos, dejan plasmado el tratamiento dispensado al derecho a la libertad personal, que debe tenerse en cuenta al momento de la aplicación de cualquier medida que restrinja el mismo, atendiendo igualmente a las consecuencias que se derivan de una intromisión indebida en la esfera privada del ser humano y de sus libertades fundamentales.

Reconocimiento del Derecho a la Libertad en el Sistema Americano de Derechos Humanos

En el contexto americano, la concreción como derecho fundamental a la libertad personal, puede ubicarse a partir de lo establecido en preámbulo de la Carta de la Organización de Estados Americanos, suscrita en Bogotá en el año 1948, con ocasión de la celebración de la IX Conferencia Internacional Americana, el cual reza:

Convencidos de que la misión histórica de América es ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones;

Conscientes de que esa misión ha inspirado ya numerosos convenios y acuerdos cuya virtud esencial radica en el anhelo de convivir en paz y de propiciar, mediante su mutua comprensión y su respeto por la soberanía de cada uno, el mejoramiento de todos en la independencia, en la igualdad y en el derecho;

Ciertos de que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región;

Seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre... (Organización de Estados Americanos, 1948).

Se subraya de nueva cuenta la libertad individual y la justicia como pilares fundamentales de los Estados democráticos, y condición indispensable para su desarrollo, estipulando la carta, que la Organización de Estados Americanos, a través de una serie de órganos tendrán el deber de velar por la aplicación de principios contenidos en este instrumento.

A la precitada Carta se le suma la Declaración Americana de los Derechos Humanos de 1948, que impone una protección del derecho a la libertad al señalar en su artículo I, de manera categórica que: «Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona» (Organización de Estados Americanos, 1948), lo cual está en franca sintonía con lo expresado en su preámbulo, al señalar: «Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros» (Organización de Estados Americanos, 1948).

La referencia que realiza el instrumento al derecho a la libertad es muy amplia, y así también debe advertirse respecto de su protección. Denotando que, a pesar de que no se disponga nada en particular sobre la privación judicial de la libertad, respecto de los procesos penales, se establece bajo el artículo XVIII, lo siguiente:

Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente (Organización de Estados Americanos, 1948).

Se aclara que la Declaración Americana de Derechos Humanos, se anticipa a la propia Declaración Universal de Derechos Humanos, colocando en un lugar privilegiado a la libertad, derecho del cual se exige se habiliten una serie de protecciones que permitan su reconocimiento.

Dicha protección del derecho a la libertad se dispone, igualmente, en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, suscrita en San José de Costa Rica, conocida como Pacto de San José, instrumento que dispone categóricamente:

1. Toda persona tiene derecho a libertad y seguridad personal.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física salvo por las causas y condiciones fijadas de antemano por las Constituciones políticas de los Estados parte o por las Leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada sin demora del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora ante un Juez u otros funcionarios autorizados por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que asegure su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de su libertad tiene derecho a recurrir ante un Juez o Tribunal competente, a fin de que éste decida sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o detención fueren ilegales. En los Estados parte, cuyas leyes prevén que toda persona que estuviere amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un Juez o Tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios (Organización de Estados Americanos, 1969).

Se precisa que dicha norma de manera prolija dispone especiales garantías para la concreción del derecho a la libertad personal, liando su protección con la seguridad personal, en razón de lo cual determina una serie de condiciones que buscan impedir la vulneración de ambos derechos. En efecto, la primera condición que se desprende de la norma *in comento* es la observancia de los requisitos que regulan la Constitución y las leyes de cada Estado, a fin de evitar las detenciones arbitrarias.

Del mismo tenor, es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, donde se imponen las garantías de información, de presen-

tación ante autoridad competente dentro de un plazo razonable luego de la detención, de proporcionalidad, de recurribilidad, incluso, se indican algunas limitaciones, que han sido reconocidas en las constituciones patrias, como el no ser detenido por deudas.

Ello significa que, el derecho a la libertad personal está íntimamente ligado a la seguridad personal, vale decir, al derecho a no ser perturbado a través de detenciones, arrestos y otras medidas que, adoptadas ilegal o arbitrariamente, amenacen o priven a la persona de organizar libremente su vida individual o social conforme a sus libres opciones y convicciones.

A pesar de las contundentes acciones que se perfilan en los textos jurídicos que anteceden, basta con puntualizar que los grupos de Trabajo y relatores Especiales de Naciones Unidas, han alertado sobre un conjunto de detenciones arbitrarias en Venezuela, las cuales se han incrementado de forma sorprendente, desde el año 2000 hasta la actualidad, estos grupos forman parte del Consejo de Derechos Humanos, siendo el mayor órgano de expertos independientes en el Sistema de Naciones Unidas, a cuyo cargo se encuentra la investigación y monitoreo de las situaciones problemáticas a fin de hacerle frente.

A partir de las denuncias que antecede, es propicio colegir que, deben articularse una serie de acciones que propendan al resguardo de todos los derechos enunciados en el texto jurídico internacional, como atributos de la persona humana, razón por la cual justifican dicha protección, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos, que como se verá guarda estrecha relación con lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 2009.

No se puede descuidar en este recorrido que, la Constitución de Venezuela vigente, amplía conceptualmente la protección de los derechos humanos con una marcada influencia *ius naturalista*, al disponer que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la carta fundamental y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos.

En tal sentido, el principio de prevalencia o mayor valor jurídico y político que tiene en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos, la dignidad de la persona y las previsiones garantistas previstas en el texto fundamental, son precisamente, parte de sus elementos innovadores, por lo que bajo la Constitución de 1999, Venezuela, llega a consolidarse, al menos en el plano teórico, como un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que entre otros aspectos, debe garantizar, además de los fines esenciales, el respeto a la dignidad humana y el cumplimiento de los principios y derechos reconocidos, en los tratados, pactos y convenciones, relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por la Nación, ya que tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno (Gómez, 2001).

Los tratados, pactos y convenios mencionados: «(...) constituyen actos jurídicos que obligan a los Estados signatarios y por lo mismo en materia de derechos humanos, integran el propio sistema constitucional o bloque de constitucionalidad que prevalece sobre el derecho interno...» (Gómez, 2001); empero, los mecanismos de supervisión, dispuestos en cada uno de estos instrumentos internacionales, respecto del cumplimiento de los derechos humanos, serán eficaces en la medida que sean utilizados de manera oportuna y permitan la protección de las víctimas de violación, procurando de este modo un cambio de rumbo en las prácticas lesivas que implementan los Estados.

Atendiendo a lo expuesto, es relevante para los fines del estudio, precisar de manera puntual, el reconocimiento del derecho a la libertad personal en los textos legales patrios, para finalmente identificar las concordancias o discordancias en su regulación o tratamiento.

La Libertad y su consagración como derecho fundamental en los textos legales de orden interno

Una vez que quedara establecido el reconocimiento del derecho a la libertad en el ámbito internacional, interesa verificar su consagración en el orden interno, partiendo de su tratamiento en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, con única enmienda en el año de 2009.

La Libertad como valor

La libertad se erige como valor y como un derecho dentro del sistema jurídico venezolano, y así se desprende de su consagración en el Título I, Principios Fundamentales, artículo 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2009), al señalar expresamente:

La República Bolivariana de Venezuela, es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador.

Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional (Asamblea Nacional, 2009).

Tal y como se desprende del primer artículo del texto fundamental, uno de los valores fundantes de la República de Venezuela recae en la libertad, reconociendo en esto la doctrina de Simón Bolívar, quien, desde la primera Constitución, promulgada el 21 de diciembre de 1811, dejó claro que su actuación se encontraba regida por principios de corte liberal como el de la «libertad», la «igualdad» y la «justicia», como se verificará más adelante.

Como valor, la libertad, establece el alcance y límites de la intervención del Estado, en consecuencia, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999; en el artículo 2, y en general en todo el desarrollo de la norma, expresa que:

Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político (Asamblea Nacional Constituyente, 1999)

Obviamente, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, deviene de un proceso histórico complejo, que entre otros propósitos busca refundar la nación, en el ideario del Libertador Simón Bolívar, quien en su lucha independentista, forjó el patrimonio moral en:

«Los valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional», motivando los constituyentes a los órganos del poder público, a la adopción de una nueva organización jurídico-política, que responda a los estándares de un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia.

Así las cosas, la libertad como valor, debe entenderse como el sustrato que justifica la existencia misma del Estado, de tal modo que a través de este se legitimen las acciones de aquellos que hicieron frente a los abusos de quienes detentaban el poder y limitaban de manera arbitraria las libertades ciudadanas, entre estos, los revolucionarios franceses y los propios fundadores de los Estados Unidos de América, quienes entendieron que la defensa de la libertad es el valor fundante del Estado.

Es por ello por lo que, tanto los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, como las constituciones del mundo, encuentran en la libertad el pilar fundamental de todo el plexo de derechos que se concede a los individuos dentro de la organización política del Estado. En otras palabras, la existencia del Estado se justifica, en la garantía de los valores fundantes.

Por todo lo precisado, se incorporan al texto constitucional como valores superiores «del ordenamiento jurídico del Estado y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad individual y social, la preeminencia de los derechos humanos, la ética pública y el pluralismo político» (Asamblea Nacional Constituyente, 1999). Conforme esta pretensión, interesa anotar que, la libertad, en la carta fundamental, trasciende de la simple concepción de derecho al imponerse como un valor, de superior interés en la vida de la República naciente.

El Estado debe de manera urgente, apostar por un programa o proyecto social que permita consolidar el ideal propuesto en el texto fundamental, relativo al bienestar de los venezolanos, creando las condiciones necesarias para su desarrollo social y espiritual, procurando la igualdad de oportunidades para que todos los ciudadanos puedan desarrollar libremente su personalidad, dirigir su destino, disfrutar los derechos humanos y buscar su felicidad.

La Libertad como derecho

Vinculado con las aspiraciones de los legisladores, se impone en la Constitución vigente de Venezuela, bajo el Título III de los Derechos Humanos, de Garantía y de los Deberes, Capítulo I, el derecho a la libertad, en virtud de lo cual se refuerza y amplía la protección constitucional al prohibir cualquier actuación que viole o menoscabe su reconocimiento, goce o ejercicio.

Debido a esto, se disponen claros límites en favor del reconocimiento de la libertad física, y en contra de la detención, condena o internamientos arbitrarios, atendiendo a la libertad como valor superior en el ordenamiento jurídico, y como derecho fundamental del ser humano, tal y como lo prevé el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del año 1999, el cual establece que:

La libertad personal es inviolable, en consecuencia:

1. Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida *in fraganti*. En este caso será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso.

La constitución de caución exigida por la Ley para conceder la libertad del detenido no causará impuesto alguno (Asamblea Nacional Constituyente, 1999).

Tal y como se desprende de la norma, el derecho a la libertad personal es uno de los atributos esenciales del ser humano, en razón de esto es necesario garantizar las condiciones que permitan un adecuado ejercicio y goce del mismo, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y en los instrumentos internacionales ya examinados.

La libertad, una vez que ha sido asimilada como valor fundante de un orden social democrático, se dispone como derecho individual y personal, el cual puede definirse como:

Un derecho público subjetivo en la medida en que pertenece a la persona por razón del «status jurídico» que esta ostenta en relación con el Estado, y porque se inscribe en una relación jurídico-pública cuyo sujeto activo y pasivo

son el sujeto individual y el Estado, titular de derecho y obligaciones respecto a los individuos (Ramón Soriano, citado por Díez-Picazo, 2005: 26).

Se infiere de la cita que, la función de protección o legitimación que desempeñan los derechos fundamentales dentro del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, como el que propugna el texto fundamental, así la protección se cristaliza en cuanto constituyen la salvaguarda del individuo frente al Poder Público, y la legitimación, en tanto son fundamento del orden político y la paz social, no sólo a nivel interno sino también internacional.

La Libertad como principio

Respecto de la libertad como principio, se debe entender que la estructura de las normas sobre derechos fundamentales puede ser de dos tipos: reglas o principios, debido a esto:

Las reglas son normas jurídicas (como enunciados) que constan de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica y su valoración será de subsunción, es decir, de sí o no. Los principios son mandatos de optimización de un determinado valor, o bien, jurídico y su técnica de aplicación no será de subsunción, de si o no, sino de ponderación, de más o menos, se trata de optimizar el valor o bien jurídico dependiendo de cada caso.

Lo que debe optimizarse es la mayor efectividad posible, según el caso, del bien jurídico protegido y para ello hay que identificar el valor que trata de protegerse, será entonces cuando echemos mano de la filosofía política o moral respetando siempre el texto constitucional (Díez-Picazo, 2005: 114).

En sintonía con dicha definición, es relevante señalar que la libertad es un valor supremo del Estado, y su consagración como derecho se evidencia respecto de su establecimiento en el artículo 44 del texto fundamental, donde se precisa el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, una vez que se ha infringido el mismo.

El Código Orgánico Procesal Penal, bajo el Título Preliminar, denominado «Principios y garantías procesales», refiere el derecho a la libertad, indistintamente como principio y derecho, y así se desprende de la lectura del artículo 9, el cual textualmente refiere:

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

Las únicas medidas preventivas en contra del imputado son las que este Código autoriza conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

Se interpreta del contenido del artículo que antecede, que se está en presencia de un principio al observarse un mandato de optimización del bien jurídico: Libertad, por lo que el juez en cada caso tendrá que ponderar los elementos y circunstancias que legitiman su restricción.

En el Título VII, «De las medidas de coerción personal», Capítulo I, «Principios generales», es más claro lo expresado con antelación cuando se dispone en el artículo 229, el Estado de libertad, en los términos que siguen:

Toda persona a quien se le impute participación en un hecho punible permanecerá en libertad durante el proceso, salvo las excepciones establecidas en este Código.

La privación de libertad es una medida cautelar, que sólo procederá cuando las demás medidas sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

Tanto el legislador como el constituyente ratifican que las medidas de privación y las de restricción de libertad, deben ser en todo momento de carácter excepcional y extremo y que su aplicación deberá ser interpretada y ejercida en forma restringida; de igual forma expresan, que la medida de coerción a ejercerse debe en todo momento ser ajustada o proporcional con la pena o las medidas de seguridad a aplicarse en el caso específico.

Es mucho más explícito el legislador adjetivo, al disponer el criterio de proporcionalidad en el artículo 230, *eiusdem*, cuando prescribe:

No se podrá ordenar una medida de coerción personal cuando esta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable.

En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de dos años; si se tratare de varios delitos se tomará en cuenta la pena mínima del delito más grave.

Excepcionalmente y cuando existan causas más graves que así lo justifiquen para el mantenimiento de las medidas de coerción personal, que se encuentren próximas a su vencimiento, el Ministerio Público o el o la querellante podrán solicitar prórroga, que no podrá exceder de la pena mínima prevista para el delito imputado, y cuando fueren varios delitos, se tomará en cuenta la pena mínima del delito más grave.

Igual prórroga se podrá solicitar cuando dicho vencimiento se deba a dilaciones indebidas atribuibles al imputado o imputada, acusado o acusada, o sus defensores o defensoras.

Estas circunstancias deberán ser motivadas por el o la Fiscal o el o la querellante.

Si el caso se encuentra en la Corte de Apelaciones, se recibirá la solicitud y se remitirá de inmediato con los recaudos necesarios al Juzgado de Primera Instancia que conoce o conoció de la causa, quien decidirá sobre dicha solicitud (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

Debido a esto, y como medida idónea, se requiere que se fundamente en un precepto legal; los derechos, entre ellos la libertad personal, de modo que sólo pueden ser objeto de limitación en virtud del principio de reserva legal, por una ley debatida y aprobada por el parlamento, que pueden denominarse leyes limitativas de los derechos fundamentales, además debe ser conforme con los fines constitucionalmente legítimos para una sociedad democrática, y además cumpla tres condiciones adicionales:

La primera es el principio de idoneidad, vale decir, que el medio empleado para restringir el derecho fundamental debe ser apropiado al fin que se pretenda, siendo inconstitucional el desarrollo de medidas no idóneas para fines constitucionalmente legítimos.

La segunda es el principio de necesidad o exigibilidad, que específica que el medio utilizado para alcanzar el fin legítimo sea el menos gravoso y eficaz, ya que si existen otros medios menos gravosos e igualmente eficaces deben preferirse estos últimos.

La tercera condición es la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, que consiste en que, aceptada la necesidad e idoneidad de los intereses, debe ponderarse si el sacrificio de los intereses individuales que trae consigo la intervención y afectación de la libertad personal guarda una relación proporcionada y razonable con la importancia del interés público que se trata de preservar. Ello implica evitar no recargar a la persona afectada con una medida considerada excesiva, sin que con dicha medida se vea favorecido el bien común (Nogueira, 2002).

Conforme lo señalado, que la libertad individual viene a ser uno de los valores más preciados del hombre, es por ello por lo que toda privación de libertad debe ser entendida como el castigo por la infracción a la Ley Penal, en otras palabras, que su justificación sea la de reprimir al que delinque, disciplinando su conducta frente la colectividad y a su vez, advertir la no-realización de iguales hechos por parte de los demás miembros de la sociedad.

El célebre filósofo César Bonesana conocido como César Beccaria, en su obra *De los Delitos y las Penas* que data del año 1764, frente al derecho a la libertad individual, destacó:

Un error menos común que contrario al fin social, que es la convicción de la propia seguridad, consiste en dejar al arbitrio del Magistrado ejecutor de las leyes, el prender a un ciudadano y quitarle la libertad a un enemigo por frívolos pretextos o el dejar sin castigo a un amigo a pesar de los más fuertes indicios de criminalidad. La prisión es una pena que necesariamente debe proceder a diferencia de cualquier otra, a la declaración del delito (Beccaria, citado por Ferrajoli, 2011: 54).

Con tales antecedentes, se inspiró el Constituyente de 1999 y el redactor del texto adjetivo penal en 1998, pretendiendo a través de la norma en examen, que las medidas restrictivas de libertad tengan por norte ese carácter extremo y excepcional en cuanto a su aplicación; pues la libertad en el proceso debe ser la regla, y ésta sólo puede estar comprometida en ciertos casos de extrema urgencia y comprobada necesidad.

Se insiste, que entre las limitantes a este tipo de medidas asegurativas y provisionales se encuentran diversos textos legales de índole internacional, específicamente las Convenciones o Pactos Internacionales suscritos con

otros países que son leyes de estricto cumplimiento entre los Estados, los cuales tutelan en forma muy especial el derecho fundamental en referencia.

En síntesis, la libertad es un valor, es un derecho básico y un principio contenido en la Constitución y en las leyes venezolanas que funda al Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. De igual modo, es piedra angular del Sistema de Administración de Justicia Penal, que acoge el modelo acusatorio como doctrina de juzgamiento, imponiendo la concreción práctica de cada uno de estos postulados en la actuación de los órganos del poder público, denotando que su reconocimiento limitará toda clase de abusos y arbitrariedades, propias de los regímenes autoritarios. En efecto, resta por conocer el verdadero alcance del principio de afirmación de libertad contenido en el texto adjetivo penal.

El Principio de Afirmación de Libertad

Respecto del principio de afirmación de libertad, tal y como se advirtiera con antelación, el artículo 9 del Código Orgánico Procesal Penal del año 2012, refiere que:

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

Las únicas medidas preventivas en contra del imputado son las que este Código autoriza conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

Se extrae de la norma, en primer lugar, el carácter excepcional de la privación o restricción de libertad. En segundo orden, se dispone que su aplicación deberá ser interpretada y ejercida en forma restringida; de igual forma expresan, que la medida de coerción a ejercerse debe en todo momento ser ajustada o proporcional con la pena o las medidas de seguridad a aplicarse en el caso específico.

Esto es así, ya que la sistemática violación de los derechos individuales, a la cual era sometido el justiciable bajo el imperio procesal penal derogado, especialmente en lo atinente al derecho fundamental a la libertad

individual, fue decisivo en la inspiración que tuvo el Constituyente de 1999, y el legislador adjetivo de 1998, a los fines de que se garantizara el enjuiciamiento en libertad, estableciéndose en consecuencia, que en circunstancias extremas y excepcionales de urgencia (supuestos de peligro de fuga o de obstaculización de la investigación penal y de daño para la víctima), debían ser tomados en cuenta por el juez penal en todo momento para poder decretar la detención judicial preventiva, todo ello en resguardo de un derecho penal garantista de los derechos fundamentales.

En sustento a esta posición, la exposición de motivos del Código Orgánico Procesal Penal (1998), expresaba: «...Se refuerza el principio de la libertad personal como regla general, al atribuirse carácter excepcional a la posición preventiva...». En aplicación de este principio, el Código Orgánico Procesal Penal, en su artículo 229 precisa como principio general el estado de libertad y la proporcionalidad.

En cuanto a la proporcionalidad, la privación de libertad de una persona debe obedecer siempre al principio de proporcionalidad y un fin legítimo. La ley no puede configurar supuestos o hipótesis de privación de libertad que no busquen la protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos: «La proporcionalidad exige una razonabilidad entre el derecho a la libertad personal y sus limitaciones» (Nogueira, 2002: 39).

Impone el texto adjetivo penal, *in comento*, como principio general, al unísono del Estado de Libertad, la proporcionalidad, la motivación y, finalmente, la interpretación restrictiva de aquellas disposiciones que limiten la libertad, y así se evidencia del contenido de los artículos 230, 231 y 233 *eiusdem*, de lo cual es fácil inferir que las medidas restrictivas de libertad deben ser cuidadosamente ponderadas en su idoneidad y adecuación al cometido que buscan desempeñar, ya que ellas siempre afectan, en algún grado, la libertad personal. Una medida no idónea o inadecuada debe rechazarse como contraria al orden constitucional y violadora de este, tal y como se analizará en detalle en el próximo capítulo.

De esta forma, cualquier disposición legal y actuación concreta de los órganos del Poder Público, que implique la privación de la libertad personal, y que no responda a los criterios de proporcionalidad expuestos, constituye

un acto inconstitucional, atentando contra valores axiológicos, principios y derechos, que son piedra angular de un Estado de Derecho y de Justicia, dispuestos en la Carta Magna, en sus artículos 1 y 2, que entre otros fines buscan asegurar el contenido esencial de los derechos y garantías ciudadanas.

Conforme lo reseñado, el legislador a comienzos del régimen penal acusatorio avalaba con mayor fuerza el postulado en estudio y esto es necesario tenerlo en consideración en virtud de las últimas reformas a las cuales ha sido sometido el Código Orgánico Procesal Penal, que han desnaturalizado en esencia el espíritu y razón del Principio de Afirmación de Libertad, el cual implica que el justiciable sea procesado en libertad.

Todo ello estimulado por un supuesto desbordamiento de la criminalidad en el país, y la sensación de gran impunidad que representaba el sistema acusatorio en sus comienzos, lo que condujo al poder legislativo a desmejorar los derechos fundamentales del justiciable, en especial, lo atinente al enjuiciamiento en libertad, minimizando la posibilidad de materializar dicha institución, al extremo de hacer casi imposible la misma.

Esto se desprende de la exposición de motivos del Código Orgánico Procesal Penal (2001), cuando el Legislador indica:

Venezuela ha venido padeciendo un recrudecimiento de la violencia delictiva desde la década pasada, tal como lo demuestran las cifras oficiales disponibles respecto de los homicidios, robos, secuestros, terrorismo, linchamientos y otras diversas manifestaciones de la delincuencia. De otra parte, diversos sectores de la población se han pronunciado por varias vías acerca de la necesidad de reformar el Código Orgánico Procesal Penal, con la esperanza de que esta reforma sea la solución al fenómeno de la delincuencia violenta (Asamblea Nacional, 2001).

Se estima que, estas reformas legislativas vulneran básicamente el común *status libertatis*, el cual le corresponde a todo ser humano frente a los poderes públicos. Del mismo modo, transformaciones indiscriminadas atentan flagrantemente con la garantía de inocencia que le es propia a toda persona objeto de la persecución penal.

En consecuencia, muchos derechos y garantías ciudadanas, fueron modificadas injustificadamente por el parlamento, dada una supuesta crisis social (ya que no se ofrecieron datos claros que permitirán avalar esta hipóte-

sis), originada por el alto índice de criminalidad en la que actualmente vive Venezuela, transgrediéndose así, el Principio de Progresividad de los Derechos Humanos, debidamente previsto en el artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, el cual reza:

(...) El estado garantizará a toda persona, conforme al principio de Progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen...” (Asamblea Nacional Constituyente, 1999)

Ahora bien, frente a una ecuaníme identificación de la privación judicial preventiva de libertad, como figura en el artículo 44 ordinal 1° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, es condición ineludible la aplicación íntegra del sistema de garantías y derechos fundamentales proclamado en el orden normativo nacional e internacional. En consecuencia, no es tolerable constitucionalmente, que situaciones de índole Político-Social (aún no determinadas científicamente por expertos), conlleven drásticamente a impedir u obstaculizar el postulado en estudio, puesto que la indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se contiene, pueden considerarse como una detención injusta y arbitraria, contraria a los valores y fines que caracterizan a la nación venezolana.

A la luz de los textos internacionales, los supuestos de restricción o privación de libertad sólo se justifican por la presunta comisión de un hecho punible, pues el valor y derecho a la libertad requiere de una verdadera protección por parte del Estado; es por ello que al enjuiciado se le deben respetar simultáneamente todas sus garantías judiciales y, en consecuencia, siendo la prisión preventiva una medida de aseguramiento provisional, originada por la presunta comisión de un hecho punible, ella debe regirse de acuerdo a los casos y en la forma prevista en la norma fundamental, verbigracia el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

La privación de libertad, anterior o posterior a la sentencia condenatoria, debe responder a las exigencias de legalidad y respeto de los derechos fundamentales del justiciable, quien, en definitiva, es el deleznable en la rela-

ción jurídico procesal penal, pues el proceso se desarrolla en su entorno y muy especialmente, sobre el derecho a su libertad individual, que al igual que su dignidad humana y la vida deben prevalecer en todo procesamiento criminal.

Todo supone que la protección constitucional e internacional alcanza tanto a las detenciones preventivas (prisión provisional asegurativa anterior a la sentencia), como a la privación de libertad debido a la condena. Así, los casos y la forma en que la restricción o privación de libertad es posible, exige una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de ella, de manera que se excluyen restricciones de la libertad que, aún determinadas por la ley, no sean razonables o quiebren el equilibrio entre el derecho y su limitación.

En total comprensión con la posición que antecede la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 229, de fecha 14 de febrero de 2002, expediente No. 01-0730, asentó al respecto lo siguiente: «...privar de libertad a un imputado para someterlo a una investigación significaría vulnerar todas las instituciones que establecen el debido proceso, retrocediendo a las viejas prácticas del Código de Enjuiciamiento Criminal...» (Tribunal Supremo de Justicia, 2002).

Aún en menoscabo de la finalidad básica del proceso, como lo es la búsqueda de la verdad jurídica, y para avalar los resultados del mismo, no se pueden minimizar o relativizar los derechos fundamentales de las personas y mucho menos uno tan significativo para el hombre, como lo es la libertad personal, en otras palabras, tales fines procesales no pueden privar a toda costa y en perjuicio del enjuiciable, sin que ello signifique de manera alguna acrecentar la impunidad criminal, toda vez que representaría la materialización de un derecho penal garantista, propio de un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia.

En conocimiento de lo expresado, no queda más que inferir que el derecho a la libertad, fue limitado a su mínima expresión por el legislador patrio, dado que las últimas reformas de la Ley Penal Adjetiva imposibilitan la realización del enjuiciamiento en libertad, dicha situación requiere de una pronta transformación parlamentaria, violentando flagrantemente este derecho fundamental para lo cual es pertinente un pronunciamien-

to del más alto Tribunal de la República, pues dicho organismo judicial es el máximo representante de la constitucionalidad y sus decisiones son de carácter vinculante para los demás integrantes del poder judicial venezolano, ello deviene básicamente de lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999; tal mandato representa una garantía normativa impuesta por el constituyente, de fuerza vinculante, tal como lo expresa la sentencia No. 00-3309, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 31 de mayo de 2001, en donde se estableció:

(...) El derecho a la libertad personal que tiene todo individuo — artículo 44— el cual ha sido consagrado y desarrollado como un derecho humano y fundamental inherente a la persona humana y es reconocido, después del derecho a la vida, como el más preciado por el ser humano. Tratándose pues, de un derecho fundamental de entidad superior, debe esta Sala Constitucional, por ser guardián y garante del derecho positivo existente y en protección de los derechos humanos de los particulares, permanecer alerta ante cualquier situación que pueda menoscabar esta garantía constitucional de tan vital importancia y con ello, el orden público constitucional... (Tribunal Supremo de Justicia, 2001).

El carácter vinculante de las referidas decisiones judiciales, constituyen en esencia lo que la doctrina ha denominado una garantía normativa, que aseguran el cumplimiento de los derechos fundamentales, evitando en consecuencia su modificación y manteniendo la integridad de estos.

Precisamente, la Constitución: «Prevé un dispositivo normativo encaminado a: asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales, a evitar su modificación, así como a velar por la integridad de su sentido y función...» (Pérez, 1998: 12).

En definitiva, entiéndase a la libertad individual como la máxima expresión de los derechos del individuo, que conjuntamente con la dignidad humana, deben ser el epicentro del ejercicio pleno de estos últimos; en conjunto, todos estos derechos fundamentales en unísono representan el valor supremo del hombre en el universo, en razón de lo cual será necesario analizar, a continuación, las medidas cautelares sustitutivas de la privación de libertad, como formas de privilegiar el principio de afirmación de libertad.

CAPÍTULO III

Medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de la libertad como forma de privilegiar el principio de afirmación de libertad

Una vez que se evalúa el alcance del principio de afirmación de libertad, a través de su consagración como derecho fundamental, en los textos legales de orden internacional y nacional, es necesario, a continuación, analizar las formas o modos de restricción previstas en la ley, evaluando, con exhaustividad, los aspectos filosóficos-jurídicos que sustentan la aplicación de las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de la libertad en el proceso penal venezolano.

Del mismo modo, es relevante también, analizar los criterios asociados con la aplicación de la prisión preventiva o provisional, en contraste con el respeto del principio de afirmación de libertad, previsto en el artículo 9 del Código Orgánico Procesal Penal vigente desde el año 2012, para finalmente, perfilar la nueva dirección garantista en la aplicación de las normas protectoras de la libertad, mediante un breve paneo del derecho comparado.

Aspectos filosóficos-jurídicos sobre la necesidad de aplicación de medidas cautelares en el proceso penal

La ratio escendi de la imposición de las medidas cautelares en el contexto jurídico penal venezolano

La aplicación de las medidas de coerción personal, impliquen estas la privación de libertad o cualquier otro tipo de restricción, se fundamentan

en el ejercicio legítimo del poder punitivo, como atributo de la soberanía del Estado, es decir, en derecho subjetivo o *ius puniendi*, que se le ha reconocido en el pacto social, conforme lo estipula el derecho penal objetivo o *ius poenale*, norma que contiene de igual modo, principios que le auto-limitan, como ya se reseñó, bajo la concreción del derecho a la libertad y su reconocimiento constitucional y legal, en efecto, el Estado, sólo puede imponer penas y medidas, dentro de los límites de la ley, y no más allá.

Especialmente, el Código Orgánico Procesal Penal, como norma adjetiva, contiene los mecanismos activos, mediante el cual el Estado, puede viabilizar la aplicación del derecho penal en toda su forma y magnitud, siempre que se atienda al marco garantista que la propia Constitución y los tratados internacionales que rigen la materia establecen (Onega, 1949). En suma, se trata de un binomio sustantivo-adjetivo que se incardina dentro del ejercicio de la tutela penal efectiva.

Dentro de esta línea de pensamiento, justificado por la trascendencia de los derechos que se encuentran involucrados, verbigracia, la libertad, la presunción de inocencia, el debido proceso, entre otros, es trascendente, hacer un breve recorrido por las razones que sustentan la aplicación del modelo de corte acusatorio que acoge el Estado, con la implementación del Código Orgánico Procesal Penal (2012) y de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), que si bien es cierto, ya fuera ampliamente abordado en el primer capítulo de esta investigación, no es menos cierto que, respecto a la consagración del derecho a la libertad, aún queda mucho por evaluar.

Bajo este complejo panorama, se considera que, en Venezuela, hasta junio de 1999, los ciudadanos vivían en libertad provisional, condicionada a la eventualidad de que cualquier enemigo político, competidor comercial o acreedor de obligaciones, simplemente mercantiles, recurriera a los Tribunales Penales para lograr con el chantaje de una privación de libertad, la satisfacción de sus exigencias extrapenales (Arteaga, 2002).

También, el referido autor llega a inferir que, valía muy poco la libertad, y en contra de expresas disposiciones legales, se privaba de ella a ciudadanos, con el simple propósito de que declararan; se producía entonces

la detención en casos en los cuales no existía la sorpresa *infraganti*, ni razones de urgencia o necesidad; e, inclusive, se privaba de la libertad por el simple hecho de cumplir un deber, como el de auxiliar a quien se encontraba herido o necesitado de asistencia (Arteaga, 2002).

De hecho, esto se hacía al margen del sistema legal escrito, ya que, de manera terminante, la derogada Constitución de la República de Venezuela del año 1961, en la exposición de motivos, establecía dentro de sus valores fundantes, la libertad, la dignidad y la igualdad, y: “La garantía universal de los derechos individuales y sociales de la persona humana”, los cuales consideraba patrimonio moral e histórico de la nación: “Forjados por el pueblo en sus luchas por la libertad y la justicia y por el pensamiento y la acción de los grandes servidores de la Patria, cuya expresión más alta es Simón Bolívar, el Libertador” (Congreso Nacional de la República de Venezuela, 1961).

De lo cual es fácil colegir que, tales prerrogativas debían ser el estamento de actuación de los órganos que conformaban el poder público, quienes estaban compelidos al reconocimiento de los más elementales derechos humanos, so pena de nulidad, y así lo disponía textualmente el artículo 46, del aludido texto derogado, en los términos que siguen:

Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo, y los funcionarios y empleados públicos que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes (Congreso Nacional de la República de Venezuela, 1961).

Empero el artículo que consagraba el resguardo del derecho a la libertad, no era muy preciso en sus términos, llegando a cobijar uno de los aspectos que involucra la restricción de libertad como lo es la identificación de la persona o autoridad que realizara la aprehensión, basta con transcribir esta lacónica norma, para observar los límites y alcances de la misma: «Artículo 48: Todo agente de autoridad que ejecute medidas restrictivas de la libertad deberá identificarse como tal cuando así lo exijan las personas afectadas» (Congreso Nacional de la República de Venezuela, 1961).

No es de extrañar que, la referencia del derecho a la libertad sea tan precaria, ya que el mundo se encontraba, apenas, abriéndose camino en el

reconocimiento de los derechos humanos fundamentales, y Venezuela, inmersa en los postulados del enjuiciamiento criminal de corte inquisitivo, como legado de los conquistadores españoles, no escapaba a esta realidad.

Puntualizando certeramente que, el derogado texto constitucional, es anterior a las principales Convenciones y Pactos internacionales, que han generado un salto cualitativo, en la consideración de los derechos humanos, verbigracia, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención Americana de Derechos Humano de 1969.

De un modo más acabado, el artículo 44, ordinal 1º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del año 1999, proclama como inviolables la libertad y seguridad personal, y dispone que: «Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos de que sea sorprendida *in fraganti*» (Asamblea Nacional Constituyente de la República Bolivariana de Venezuela, 1999).

Bajo este orden, se insiste en recordar que, el Código Orgánico Procesal Penal, bajo el Título Preliminar, denominado “Principios y garantías procesales”, consagra en su artículo 9, el principio de Afirmación de Libertad, al señalar:

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

Las únicas medidas preventivas en contra del imputado son las que este Código autoriza conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

Se evidencia así, que la libertad ciudadana es un derecho constitucional, que reconoce ampliamente el Código Orgánico Procesal Penal, promulgado desde el año 1998, hasta la última reforma que sufriera en el año 2012, debiendo acogerse cualquier funcionario a las normas pautadas en el mismo, en franca correspondencia con las garantías contenidas en el artículo 127, referente a los derechos que le corresponden a quien se le puede atribuir la condición de imputado, y los principios generales que

condicionan la aplicación de las medidas de coerción personal, previstos en los artículos que van del 229 al 233 *eiusdem*, que por su importancia para el estudio serán analizados con mayor precisión en lo sucesivo.

En contraste con la regulación interna, los dispositivos protectores de la libertad contenidos en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, suscritos por Venezuela, se incorporan a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en razón de la previsión contenida en su artículo 22, que a la letra señala: “La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella” (Asamblea Nacional Constituyente, 1999), amplificando de este modo su espectro de actuación, bajo la concepción del principio *pro homine*, que es:

Un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre” (Pinto, 2014: 9).

De lo expuesto, queda claro que, la doctrina procesal penal de corte garantista, conjuntamente con las normas del constitucionalismo moderno, rechazan de plano los abusos, arbitrariedades y atropellos del poder contra el ciudadano y sus derechos, sin que ello signifique la renuncia del Estado al ejercicio del *ius puniendi* o a la utilización de medios eficaces para garantizar la aplicación de sanciones penales, cuando se ha incurrido en hechos que afectan o minan las bases mismas de la sociedad o el status ético-jurídico, encontrándose aquí la *ratio essendi* para el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales.

En este aserto, para aproximarse a una correcta comprensión del derecho penal, sustantivo y adjetivo, se debe tener en cuenta que en la base de su formación tiene lugar un conflicto entre dos tendencias que normalmente han sido presentadas como antagónicas y cuya síntesis se ha

mostrado como un ideal, es decir, la aplicación concreta de la fuerza del Estado, que se ejerce a través del *ius puniendi*, y el reconocimiento pleno de los derechos de los administrados (Sánchez, 2012).

Sin embargo, en realidad, una y otra (garantías y potestad punitiva), se hallan siempre presentes en el proceso penal, y han estructurado los distintos sistemas procesales penales a lo largo de la historia, y el análisis filosófico-jurídico sobre las medidas cautelares, precisamente no escapa de esta dialéctica, lo que también resultará útil para hallar un hilo conductor en la comprensión de sus significados.

La primera de estas fuerzas o tendencias es la que se preocupa por establecer un sistema de garantías o resguardos frente al uso autoritario de la fuerza estatal. Se procura en este caso evitar que el uso de esa fuerza se convierta en un hecho arbitrario, su objetivo es, esencialmente, proteger la libertad y la dignidad de la persona. En constarse, la segunda de esas tendencias se inclina a lograr una aplicación efectiva de la coerción penal, su objetivo es lograr la mayor eficiencia posible en la aplicación de la fuerza estatal.

La síntesis de esta tensión puede expresarse, bajo dos términos: eficiencia/garantía (Binder, 2009). Ciertamente, se puede objetar que este uso de la palabra “eficiencia” para denotar su poderío, no es apropiado a un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, ya que es a este, a quien le compete, en igual medida, la protección de los individuos.

Basta entender en torno a este conflicto que, un verdadero Estado de Derecho busca ser tan eficiente en un plano como en el otro, incorporándose a esta discusión, un elemento esencial, la aplicación de la fuerza estatal también cobija los derechos de las personas que han sido víctimas de delitos, a quienes debe proveérsele de respuesta oportuna ante sus demandas (Sánchez, 2012), activándose todos los mecanismos de protección que, en su favor, están dispuestos en la constitución y en las leyes.

Desde un plano o del otro, se requiere una aplicación eficaz de la fuerza estatal, que permita equilibrar los derechos ciudadanos y en particular, su libertad, y el poder represivo eficaz del Estado (Binder, 1993), que en este caso se sintetiza bajo los términos “Garantismo y Eficacia”, siendo necesario entender que, la persona sometida a proceso, a quien considera el más

débil en la relación, se vea protegido frente al más fuerte, el Estado, a través de reglas precisas que garanticen el debido proceso, que postula, entre sus principios fundamentales, el juicio previo, el estado de inocencia, que no puede quedar desvirtuado sino con una sentencia firme de culpabilidad, y en fin, la plenitud de garantías, que hoy son el sustrato de actuación de los órganos del poder público. En este contexto:

El juego o presión de estas fuerzas les imprime carácter dramático a estas exigencias. La sociedad, de una parte, cuando se ha cometido un delito, clama por la sanción y aspira legítimamente a que se tomen medidas contra los culpables en el tiempo más breve y de la manera más eficaz y segura y, por otra parte, los investigados y sometidos a juicio demandan respeto a sus derechos, en particular, a su condición de inocentes, a su libertad y al ejercicio pleno de su defensa antes de ser objeto de una sanción (Arteaga, 2002: 02).

Dentro de este marco de ideas, el Estado, a través de la prisión preventiva, puede restringir de forma anticipada el derecho a la libertad, pero debe hacerlo de modo tan equilibrado que: «No anticipe los efectos de la pena sin juzgamiento (*nulla poena sine iudicio*), afectando el principio de inocencia por el cual no se puede considerar culpable a ningún ciudadano sin una declaratoria de condena que emane de un tribunal competente» (Arteaga, 2002: 02).

Conforme lo narrado, las exigencias de libertad, de un juicio previo y la presunción de inocencia constituyen garantías fundamentales de todo justiciable, lo cual complementa el derecho al debido proceso, entendiendo que toda esta gama de prerrogativas ciudadanas, son tan significativamente importantes, que adquieren la calidad de fundamentales, razón por la cual, no pueden ser pasibles de desconocimiento o limitación por ningún poder.

De hecho, ni siquiera es necesario su reconocimiento literal en la norma constitucional, sólo es suficiente, que esté enmarcado su derecho continente para que todas sus manifestaciones, que no son pocas, se entiendan reconocidas y, en consecuencia, partes del derecho a un debido proceso (Sánchez, 2012).

Siendo así, sólo se realizará una breve referencia a algunos de los contenidos legales relativos a la libertad, en estricta relación con el derecho al debido proceso y a la presunción de inocencia, previstos en los principales instrumentos internacionales, que en criterio del autor, dotan de eficacia

la actuación de los órganos del poder público, encargados de la aplicación de las medidas cautelares en el proceso penal, sean estas meramente restrictivas de algunos derechos, o impliquen la privación de libertad.

La ratio legis de la imposición de las medidas cautelares en el contexto jurídico penal venezolano

La imposición de cualquier medida cautelar en el contexto venezolano, debe pasar por el tamiz de lo dispuesto en los instrumentos internacionales que rigen en la materia, atendiendo normas fundamentales que hacen referencia a la libertad, la presunción de inocencia y el debido proceso, ya que sin estas no tendría asidero su aplicación.

En franca conexión con lo expresado, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, proclama bajo su artículo 3, que: «Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona» (Organización de Naciones Unidas, 1948), denotando la necesidad de salvaguarda de estos derechos, que fueran previamente desarrollados. Sin embargo, se transcriben nuevamente por la estricta relación que tiene con la aplicación de las medidas cautelares, que es la variable objeto de estudio, y su vinculación con los derechos a la presunción de inocencia y debido proceso que se abordaran de seguidas.

Así, además, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, se consagra el derecho al debido proceso que se relaciona con la preservación de la libertad en el proceso penal, en el artículo 10, que estatuye lo siguiente:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal (Organización de Naciones Unidas, 1948).

Finalmente, el artículo 11, numeral primero, del instrumento internacional en referencia, señala que toda: «Persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se la hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa» (Organización de Naciones Unidas, 1948), considerando que estas tres garantías fundamentales, son la base de acción de los órganos del poder público.

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) se consustancian estos derechos, en dos artículos, el primero de ellos, específicamente el artículo I, dispone que: «Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona», pero el artículo XVIII, expresa textualmente:

Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente (Organización de Estado Americanos, 1948).

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1966, es posible realizar la misma triangulación, cuando este expresa, en su artículo 9, numeral primero, que:

Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta (Organización de Naciones Unidas, 1966).

Siendo esta norma, una de las más completas y directas, con relación al derecho a la libertad y a las restricciones de las que puede ser objeto. Asimismo, dispone el artículo 14 numeral primero, que:

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil... (Organización de Naciones Unidas, 1966)

Conforma esta triada, la presunción de inocencia aparece enunciada en el artículo 14, numeral 2, al declarar que: «Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley» (Organización de Naciones Unidas, 1966).

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocido como Pacto de San José, vigente desde el año 1969, como ya se precisará, el artículo 7, numeral primero, establece que: «Toda persona tiene dere-

cho a la libertad y a la seguridad personales» (Organización de Estado Americanos, 1969); el cual debe ser administrado con el artículo 8, numeral primero, que consagra que:

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 substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella... (Organización de Estado Americanos, 1969).

Alzándose como garantía fundamental, lo previsto en el artículo 8, numeral segundo, que prescribe con toda claridad que: «Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...» (Organización de Estado Americanos, 1969).

El debido proceso, está contemplado en la Convención Americana de derechos Humanos, como consecuencia de los sistemas penales actualmente en vigencia. Dichos principios apuntan hacia un «garanticismo proteccionista» del ciudadano frente a un poder casi ilimitado y más fuerte que él:

El del Estado que realiza la función de investigar los actos que afectan la normal y armónica convivencia social. Es por ello necesaria la existencia de un justo equilibrio entre el ciudadano y el Estado, donde las garantías procesales adquieran sentido y actualidad al evitar la arbitrariedad e inseguridad que provocaría en la sociedad una carencia de reglas en la investigación policial y judicial en las que queden de lado los intereses del individuo para proteger el interés general de la averiguación de la verdad real y el éxito de la administración de justicia (Rodríguez, 2012: 1297).

Destaca, por su íntima relación con las variables de estudio, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad conocidas como Reglas de Tokio del año 1990, la cual, entre sus objetivos fundamentales, en el numeral 2.3, señalan textualmente:

A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad

disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas (Organización de Naciones Unidas, 1990).

Se observa, de la regla transcrita, algunas condiciones necesarias para la aplicación de las medidas no privativas de la libertad, que deben ser atendidas por los Estados partes, para equilibrar, lo que se ha denominado el binomio eficiencia/garantías, entendiéndose que estas sirven de guía o parámetros para la elaboración de cualquier modelo de administración de justicia, que se precie de ser garantista, y así se extrae de la regla 2.6, que expresamente señala: «Las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con los principios de mínima intervención» (Organización de Naciones Unidas, 1990).

En relación con la privación de libertad, la regla 6, que identifica la prisión preventiva como último recurso, establece algunos criterios que deben ser asumidos al momento de su imposición, en tal virtud, la norma 6.1, concretamente advierte que: «En el procedimiento penal solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima» (Organización de Naciones Unidas, 1990). Por su parte, la regla 6.2, consagra:

Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 5.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano (Organización de Naciones Unidas, 1990).

Se desprende del contenido de estas reglas que, el sistema de justicia, debe guiarse por estas normas mínimas aceptadas por la Organización de Naciones Unidas, que precisamente buscan garantizar la protección de los justiciables y de las víctimas, para lo cual, los Estados suscriptores deberán respetar los derechos y la seguridad de las personas, empero, la privación de libertad deberá usarse como último recurso, de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes Reglas, y por el período mínimo necesario, limitándose a casos excepcionales, todo lo cual permitirá, contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención.

Dichas reglas se erigen como modelos de referencia en la orientación de todos aquellos que participen en la administración de justicia, para lo

cual se dispone su incorporación a las respectivas legislaciones, a fin de establecer recursos eficaces en caso de inobservancia, como lo preceptúa la salvaguardia legal 3.5, que es del tenor siguiente: «Las decisiones sobre la imposición de medidas no privativas de la libertad estarán sometidas a la revisión de una autoridad u otra autoridad competente e independiente, a petición del delincuente» (Organización de Naciones Unidas, 1990).

Finalmente, en el Proyecto de Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal promulgadas en el año de 1992, conocidas como las Reglas de Mallorca, se declara en su artículo 25, numeral primero, que: «El imputado tiene el derecho a un juicio oral» (Organización de Naciones Unidas, 1992), previsión que se consustancia, con el artículo 32, que a la letra dice: «El acusado tiene derecho a la presunción de inocencia» (Organización de Naciones Unidas, 1992). Por lo tanto, debido a estos principios, resulta lógica la afirmación de la libertad del imputado durante el proceso, debiendo rechazarse una pretendida exigencia de la prisión preventiva como regla, ya que ello implicaría la anticipación de una pena, cuya procedencia o no, se va a discutir en el proceso.

Por lo demás, las Reglas de Mallorca, al igual que los instrumentos internacionales expuestos, son estándares universales mínimos que los Estados, están llamados a observar en sus sistemas de enjuiciamiento penal, principios, a partir de los cuales, los Estados pueden adaptar su legislación interna, según su propia necesidad y realidad.

Es válido admitir que el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del año 1999, involucra en su redacción todos los contenidos previamente expresados al señalar que:

La libertad personal es inviolable, en consecuencia:

1. Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida *in fraganti*. En este caso será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso.

La constitución de caución exigida por la Ley para conceder la libertad del detenido no causará impuesto alguno (Asamblea Constituyente, 1999).

Dicha redacción se articula con los artículos 9 y 229 al 233 del Código Orgánico Procesal Penal de 2012, que fueran previamente reseñados, que dan una visión clara de la *ratio legis* respecto de la imposición de las medidas cautelares.

La doctrina penal moderna está igualmente conteste con estas consideraciones, y afirma, de manera rotunda, que el encarcelamiento, durante el proceso, en clara aceptación de los postulados antes enunciados, sólo puede justificarse por vía excepcional, a los fines estrictos de que el imputado no impida con su conducta la acción de la justicia, lo que se daría en caso de peligro de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria, y de que no haya peligro potencial o concreto de las víctimas de la relación jurídico-penal, y así deberá ser reconocido por los órganos del poder público que se encuentran comprometidos con la aplicación de las medidas cautelares en el proceso penal, sea cual fuere la modalidad a imponer, y el tiempo de limitación al que estará sometido el justiciable.

Allanados, como fueran, los aspectos medulares que sustentan la aplicación de las medidas cautelares, tanto en el ámbito internacional como patrio, se esbozarán, a continuación, una serie de criterios, que permitirán conocer la esencia y demás formas y modalidades de aplicación de estas.

Medidas cautelares sustitutiva de la privación de libertad como forma de coerción personal

Respecto de lo narrado con anterioridad, no es extraño que se presente una situación, en la cual, diversas manifestaciones del derecho al debido proceso, la presunción de inocencia y la afirmación de libertad entren en colisión al interior de un mismo proceso, después de todo, estas prerrogativas, como ha sido expresado, les corresponden a los ciudadanos que se enfrentan al aparato de administración de justicia.

En esa contingencia, la solución tendrá que estar referida a aspectos más genéricos y universales de la impartición de justicia que, trascienden la opción valorativa discutida en el caso concreto, relativa a la imposición de las medidas cautelares, por lo que a continuación, se realizará un aná-

lisis profundo sobre su fundamento constitucional y legal, su naturaleza jurídica o definición, justificación, principios de aplicación, modalidades, requisitos o condiciones de procedibilidad y duración, a fin de capturar su verdadera *ratio essendi* y *ratio legis*.

Aproximación a un concepto sobre las medidas cautelares sustitutiva de la privación de libertad

En este análisis, se debe distinguir, entre las medidas de coerción personal, conocidas como el auto de aseguramiento de la persona en el proceso, que, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Orgánico Procesal Penal de 2012, se corresponden con la aprehensión por flagrancia, la privación judicial preventiva de la libertad y otras medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva, y estas últimas nombradas. En efecto, las medidas de coerción personal han sido definidas como:

Toda restricción al ejercicio de derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas, impuestas durante el curso de un proceso penal y tendiente a garantizar, el logro de sus fines, el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto... (Cafferata, citado por Saín: 2003: 143).

El primero de los autores citados, les otorga un enfoque asistemático a estas medidas, precisando que estas no tienen un fin en sí mismas, sino que representan un medio para el logro de unos fines, es decir, los de un proceso en particular. En este contexto, las medidas de coerción no tienen una naturaleza sancionatoria, sino instrumental y cautelar, ya que sólo se permiten como necesarias para evitar que ciertos peligros perturben el esclarecimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva en un caso penal concreto, y la seguridad de la víctima del delito.

De este enfoque, surge la verdadera distinción, entre las medidas de coerción y las cautelares sustitutivas, siendo una relación de continente a contenido, puntualizando que ambas tienen fines instrumentales para el proceso.

Por ende, la regulación de las medidas de coerción personal constituye un indicativo del talante democrático que puede ser un procedimiento penal, por lo tanto, dentro de estas destaca las medidas cautelares sustitutivas a la privación de libertad. A pesar de esto, en la praxis, el prin-

cipio de afirmación de libertad se encuentra invertido, denotando que primero se detiene al individuo y luego se procede a investigarlo, lo cual ha traído numerosas quejas respecto a su real y pleno reconocimiento.

De igual manera, las medidas de coerción personal, como el auto de aseguramiento de la persona en el proceso, que alude tanto a la detención preventiva como a las medidas cautelares sustitutivas de la coerción personal, debe ser una excepción, que sólo puede operar cuando las medidas cautelares sean insuficientes para asegurar la finalidad del proceso, en consecuencia el principio relativo al estado de libertad debe tener pleno reconocimiento en todo estado y grado del proceso (Maldonado, 2001).

Entonces, las medidas cautelares, son aquellas que afectan también la libertad ambulatoria de la persona, pero en menor intensidad, o sea, de manera menos extrema que la privación preventiva de la misma (Saín, 2003).

Para los autores consultados, las medidas cautelares son instrumentos del proceso penal, y el proceso, tal y como lo dispone, el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del año 1999, constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia, en efecto, la razón de su existencia, radica en que el proceso no es instantáneo, sino que se desarrolla en distintos tiempos, pero dichos fines, como quedara anotado, deben consustanciarse con principios como, el de presunción de inocencia, en su dimensión adjetiva más acabada, que implica el «ser tratado como tal», y del juicio previo o debido proceso.

En ese orden de ideas, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia No. 102, de fecha 18 de marzo de 2011, ha establecido que las medidas de coerción personal, tienen como objeto principal, servir de instrumentos procesales que garanticen la permanencia y sujeción de los procesados penalmente, al desarrollo y resultados del proceso que se les sigue; ello, en atención a que el resultado de un juicio, puede potencialmente conllevar a la aplicación de penas corporales, que de no estar debidamente garantizado mediante medidas instrumentales, como lo son las medidas coercitivas, pudieran hacer ilusoria la ejecución de la sentencia.

A esta finalidad instrumental de las medidas de coerción personal, deben acoplarse los principios de proporcionalidad, y afirmación de li-

bertad; según los cuales, en el primero de los casos, proporcionalidad, la medida de coerción personal impuesta, debe ser equitativamente igual a la magnitud del daño que causa el delito, la probable sanción a imponer y que no perdure por un período superior a dos años, o al término menor de la pena que prevé el respectivo delito, todo ello a los fines de no convertir una medida cautelar preventiva en una pena anticipada; y en el segundo de los referidos principios, afirmación de libertad, la Privación Judicial Preventiva de Libertad, constituye una medida de carácter excepcional, sólo aplicable en los casos expresamente autorizados por la ley, reconociéndose en este párrafo la dialéctica entre eficiencia y garantía, supra expuesta.

En síntesis, las medidas cautelares sustitutivas de la privación de libertad son en general, mecanismos de aseguramiento que persiguen garantizar la eficacia del Estado respecto de la ejecución de una eventual sentencia de culpabilidad, producto de un juicio previo y debido. Así las cosas, la libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento del proceso y, en su caso, para la efectiva ejecución del fallo, siempre que se equilibren los contenidos de los principios generales de su aplicación que se reseñaran de seguidas.

Principios generales de aplicación de las medidas cautelares sustitutivas según el ordenamiento jurídico venezolano

Estado de Libertad como regla

En el Título VII, «De las medidas de coerción personal», Capítulo I, «Principios generales», del Código Orgánico Procesal Penal de 2012, es más claro lo expresado con antelación, cuando se dispone en el artículo 229, el Estado de libertad, en los términos siguientes:

Toda persona a quien se le impute participación en un hecho punible permanecerá en libertad durante el proceso, salvo las excepciones establecidas en este Código.

La privación de libertad es una medida cautelar, que sólo procederá cuando las demás medidas sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

Tanto el legislador como el constituyente ratifican que las medidas de privación y las de restricción de libertad, deben ser en todo momento de carácter excepcional y extremo, y que su aplicación deberá ser interpretada y ejercida en forma restringida. De igual forma expresan los especialistas en la materia que, la medida de coerción a imponer debe en todo momento ser ajustada o proporcional con la pena o las medidas de seguridad a aplicarse en el caso específico.

Legalidad

La legalidad, como principio de actuación, en criterio del autor, imprime legitimidad a la actuación del juez, al momento de imponer la medida cautelar, ciertamente, se observa que, se le ha dotado de un dilatado catálogo de medidas, y de un amplio margen de discrecionalidad para su determinación, cuyos límites, reposan en los principios de necesidad, proporcionalidad y humanidad, que se analizaran con detenimiento, por ser estos, el sustrato de aplicación de las mismas, subrayando que los términos de legalidad se extraen, del último aparte del artículo 9 del Código Orgánico Procesal Penal, al señalar que: «Las únicas medidas preventivas en contra del imputado son las que este Código autoriza conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela» (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012), ratificando dicho mandato el primer aparte del artículo 232°.

En tal sentido, el ámbito valorativo que tiene el juez, para determinar la medida cautelar a imponer no debe llevarlo a la arbitrariedad, puesto que las pautas establecidas en los artículos que van del 229 al 250, del Código Orgánico Procesal, condicionan su aplicación, cuya inobservancia pueden ser corregidas por un Tribunal Superior (Irazú, 2002).

Motivación judicial de la medida

Al examinar los principios generales de aplicación de las medidas cautelares, surge la motivación de la resolución que acuerde, tanto la medida de prisión preventiva, como aquella que implique cualquier tipo de restricción, lo cual es fácil advertir del contenido del artículo 232 del Código Orgánico Procesal Penal, que a la letra señala:

Las medidas de coerción personal sólo podrán ser decretadas conforme a las disposiciones de este Código, mediante resolución judicial fundada. Ésta se ejecutará de modo que perjudique lo menos posible a los afectados o afectadas. El Tribunal Supremo de Justicia, a través del órgano del Poder Judicial que designe, llevará un registro automatizado de los ciudadanos y ciudadanas a quienes les hayan sido impuestas medidas de coerción personal (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

Se desprende del contenido de esta norma varios aspectos de interés para el estudio, entre estos, se impone que es el Juez, el único órgano con facultad para su imposición, quien deberá expresar los motivos que inciden en su ánimo para decretar una medida cautelar en contra de un sujeto, máxime, si se trata de aquella que le priva de su libertad, puntualizando que, en todo momento, este especial operador de justicia debe velar porque en su ejecución se afecten lo menos posible, otros derechos reconocidos al justiciable.

Por último, señala el artículo supra transcrito que, deberá llevarse un registro de las personas, a quienes se les haya impuesto estas medidas. Este registro, permitirá en muchos casos conocer, a los operadores del sistema, si el imputado se encuentra sometido a un procedimiento, y además, servirá para acreditar las circunstancias relacionadas con el peligro de fuga, que contiene el artículo 237 del texto adjetivo penal, que textualmente dispone: «4. El comportamiento del imputado o imputada durante el proceso, o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal. 5. La conducta predelictual del imputado o imputada» (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

Este registro, sirvió al investigador para evaluar el porcentaje de aplicación de las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de libertad en los Juzgados de Control del Estado Zulia con sede en la Ciudad de Maracaibo, el cual es el objetivo central del estudio.

Aplicación preferente

En cuanto al principio de aplicación preferente, es imperioso traer a colación el primer aparte del artículo 242 del Código Orgánico Procesal Penal de 2012, que señala:

Siempre que los supuestos que motivan la privación judicial preventiva de libertad puedan ser razonablemente satisfechos con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado o imputada, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del Ministerio Público o del imputado o imputada, deberá imponerle en su lugar, mediante resolución motivada, algunas de las medidas siguientes... (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

No queda menos que admitir, que la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, bajos los estándares legales patrios, queda muy limitada en su aplicación, a pesar de esto, es menester evaluar la incidencia de aplicación de las mismas, ya que, en la praxis, el ideal garantista, queda relegado, convirtiendo la privación de libertad en la regla, sobre todo si se trata de delitos graves, evitando con esto asumir los costos de la impunidad (Arteaga, 2002).

Obviamente, las reformas legislativas han devenido en bastante autoritarias, la razón de esto reside en que las normas penales difícilmente pasan desapercibidas, por el contrario, son un foco de atención que sin mayores inconvenientes captan el interés del colectivo, acciones estas que simbolizan un derecho penal de emergencia, que aunque su desvinculación con la realidad es evidente, se fortalece bajo el supuesto de las sensaciones, pues genera fácilmente un ambiente de seguridad y de esta manera calma las expectativas de la sociedad, lo cual lejos de dar respuesta a los requerimientos ciudadanos, degrada la política criminal en una mal llamada política penal (Bolaños, 2005).

De acuerdo con la interpretación sistemática de los aspectos transcritos, se colige que el derecho penal de emergencia, modifica no sólo el propio sistema de normas penales, sino, casi exclusivamente las sanciones que acompañan dichas normas, apartándose de los postulados del Derecho Penal contemporáneo y moderno, e inclinándose por la tesis anacrónica e imprecisa de que la protección que la sanción brinda a los bienes jurídicos, será más efectiva y contundente cuanto mayor y más severa sea la pena a imponer. Al respecto cabe referir, que la naturaleza de un verdadero estado de derecho:

No se limita simplemente a designar un estado legal o regulado por la ley, sino un modelo de estado nacido de las modernas constituciones y caracterizado en lo formal por el principio de legalidad y en lo sustancial por la funcionalización de todos los poderes del Estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos (Ferrajoli, 2011: 98).

Cuando un gobierno, en lugar de una óptima política criminal, se decide por acciones empíricas, con el fin de simular una eventual solución de los problemas, autoexcluye la posibilidad de orientar verdaderamente el problema con una eficiente política criminal, que logre un equilibrio entre el Estado constitucional y el estado social, de derecho y de justicia previsto en la Carta Magna.

Interpretación extensiva de las disposiciones que autorizan la libertad

En favor de la libertad, el artículo 233 del texto adjetivo penal, dispone que: «Todas las disposiciones que restrinjan la libertad del imputado o imputada, limiten sus facultades y las que definen la flagrancia, serán interpretadas restrictivamente» (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

La libertad del imputado durante el proceso penal constituye la regla, y sólo puede ser afectado en este derecho, que pone en tela de juicio el estado de inocencia que goza el imputado de delito, en la medida en que una norma expresa faculte al juez, salvo el caso de flagrancia, para acordar restricciones.

En consecuencia, debe alertarse cualquier abuso contra el principio de la libertad durante el proceso, y toda aquella interpretación extensiva de las disposiciones que permiten su restricción, ya que la tentación represiva y autoritaria auspiciada por una forma de opinión pública y por intereses ajenos a la justicia, luchará por no renunciar a la aplicación, en muchos casos sin fórmula de juicio, de la pena anticipada de la prisión preventiva.

Provisionalidad

A pesar de que la provisionalidad, pareciera hacer alusión a las medidas cautelares que implican la privación judicial preventiva de la libertad, no es menos cierto que de igual modo, las medidas sustitutivas, por su carácter restrictivo de derechos, son de orden provisorio, en tal caso, estas perduraran, hasta que se logren los fines dispuestos para su imposición, en todo caso la ley contiene los mecanismos para su revisión y eventual revocación, verbigracia, lo dispuesto en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal del año 2012.

Proporcionalidad e idoneidad

En forma práctica, el principio de proporcionalidad significa que, dentro de una pluralidad de medidas posibles, se deben escoger aquellas que menos perjudiquen a la persona, aspecto que puede extraerse con suma facilidad del contenido de artículos como el 229, 230, 232 y 242, del texto adjetivo penal patrio (Tiffer, 2002). Es importante, que este principio, tenga vigencia durante todo el proceso, es decir, desde la investigación hasta su culminación, y toda la intervención jurisdiccional debería estar amparada por este principio.

Obviamente, la proporcionalidad, como principio, no se relaciona sólo con la privación de libertad, sino con cualesquiera de las medidas cautelares a imponer, dicha garantía implica que debe privar la racionalidad, en proporción al hecho punible atribuido y a sus consecuencias. Es mucho más explícito el legislador adjetivo, al disponer el criterio de proporcionalidad en el artículo 230 en los términos que siguen:

No se podrá ordenar una medida de coerción personal cuando esta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable.

En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de dos años; si se tratare de varios delitos se tomará en cuenta la pena mínima del delito más grave.

Excepcionalmente y cuando existan causas más graves que así lo justifiquen para el mantenimiento de las medidas de coerción personal, que se encuentren próximas a su vencimiento, el Ministerio Público o el o la querellante podrán solicitar prórroga, que no podrá exceder de la pena mínima prevista para el delito imputado, y cuando fueren varios delitos, se tomará en cuenta la pena mínima del delito más grave.

Igual prórroga se podrá solicitar cuando dicho vencimiento se deba a dilaciones indebidas atribuibles al imputado o imputada, acusado o acusada, o sus defensores o defensoras.

Estas circunstancias deberán ser motivadas por el o la Fiscal o el o la querellante.

Si el caso se encuentra en la Corte de Apelaciones, se recibirá la solicitud y se remitirá de inmediato con los recaudos necesarios al Juzgado de Prime-

ra Instancia que conoce o conoció de la causa, quien decidirá sobre dicha solicitud (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

El mismo texto, contiene un dispositivo de afirmación de la libertad, al establecer, que las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad, o de otros derechos del imputado, tienen carácter excepcional, sólo podrán ser interpretadas restrictivamente, y su aplicación debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pueda ser impuesta. Criterio que es mucho más explícito, al examinar el último aparte del artículo 242 del Código Orgánico Procesal Penal del año 2012, que a la letra dispone:

...En caso de que el imputado o imputada se encuentre sujeto a una medida cautelar sustitutiva previa, el tribunal deberá evaluar la entidad del nuevo delito cometido, la conducta predelictual del imputado o imputada y la magnitud del daño, a los efectos de otorgar o no una nueva medida cautelar sustitutiva. En ningún caso podrán concederse al imputado o imputada, de manera simultánea tres o más medidas cautelares sustitutivas (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

De esto se deduce que, la voluntad del legislador reflejada desde el primigenio Código Orgánico Procesal Penal de 1998 no es otra que, la de no privar de la libertad a un ciudadano, sino mediante una sentencia definitiva producto de un juicio público y oral. En cuanto a la idoneidad, señala el artículo 249 *eiusdem*, que:

El tribunal ordenará lo necesario para garantizar el cumplimiento de las medidas a que se refiere el artículo 242 de este Código. En ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad, o se impondrán otras cuyo cumplimiento sea imposible. En especial, se evitará la imposición de una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado o imputada impidan la prestación (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

Perfilando de este modo, que no puede imponerse una medida que atente contra los fines del proceso, o que sencillamente sea de imposible cumplimiento, ya que esto desnaturalizaría su razón de ser.

Modalidades

El Código Orgánico Procesal Penal del año 2012, en su Capítulo IV «De las Medidas Cautelares Sustitutivas», específicamente en el artículo 242, contiene un amplio catálogo de medidas que da cuenta de las modalidades que pueden asumir estas, prescribiendo:

Siempre que los supuestos que motivan la privación judicial preventiva de libertad puedan ser razonablemente satisfechos con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado o imputada, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del Ministerio Público o del imputado o imputada, deberá imponerle en su lugar, mediante resolución motivada, algunas de las medidas siguientes:

1. La detención domiciliaria en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal ordene.
2. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, la que informará regularmente al tribunal.
3. La presentación periódica ante el tribunal o la autoridad que aquel designe.
4. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
5. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.
6. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
7. El abandono inmediato del domicilio si se trata de agresiones a mujeres, niños o niñas, o de delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado o imputada.
8. La prestación de una caución económica adecuada, de posible cumplimiento por el propio imputado o imputada o por otra persona, atendiendo al principio de proporcionalidad, mediante depósito de dinero, valores, fianza de dos o más personas idóneas, o garantías reales.
9. Cualquier otra medida preventiva o cautelar que el tribunal, mediante auto razonado, estime procedente o necesaria.

En caso de que el imputado o imputada se encuentre sujeto a una medida cautelar sustitutiva previa, el tribunal deberá evaluar la entidad del nuevo delito cometido, la conducta predelictual del imputado o imputada y la magnitud del daño, a los efectos de otorgar o no una nueva medida cautelar sustitutiva. En ningún caso podrán concederse al imputado o imputada, de manera simultánea tres o más medidas cautelares sustitutivas (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

Cada una de estas medidas, se explican por sí solas, rescatando del amplio artículo, algunos aspectos necesarios para el estudio, entre estos destaca que, las medidas cautelares se aplicaran de manera preferente a la privación de libertad, buscando en todo momento garantizar los fines del proceso, con la menor afectación de los derechos del encartado.

En estricta relación con lo delatado, estas medidas las puede adoptar el juez, de manera oficiosa o mediante petición, razonada, del ministerio público, siempre atendiendo a los principios generales de aplicación, entre estos, proporcionalidad, idoneidad, necesidad y provisionalidad, que impiden su aplicación arbitraria y abusiva, por lo cual se prohíbe la aplicación simultánea tres o más medidas cautelares sustitutivas por un mismo delito, limitación que nos ubica en el campo del garantismo.

Se debe señalar que, el imputado o el acusado —de acuerdo con la fase procesal en el que se encuentre— tendrá la obligación de dar cumplimiento a las medidas impuestas, ya que las mismas podrían ser revocadas por el juzgado, dicha consecuencia se extrae del contenido del artículo 248 del texto adjetivo penal, que expresa con meridiana claridad:

La medida cautelar acordada al imputado o imputada será revocada por el Juez o Jueza de Control, de oficio o previa solicitud del Ministerio Público, o de la víctima que se haya constituido en querrelante, en los siguientes casos:

1. Cuando el imputado o imputada apareciere fuera del lugar donde debe permanecer.
2. Cuando no comparezca injustificadamente ante la autoridad judicial o del Ministerio Público que lo cite.
3. Cuando incumpla, sin motivo justificado, una cualquiera de las presentaciones a que está obligado.

Parágrafo Primero: Cuando se determine que al imputado o imputada, al tiempo de serle concedida una medida cautelar sustitutiva, le hubiese sido acordada otra con anterioridad, el Juez o Jueza apreciará las circunstancias del caso y decidirá al respecto.

Parágrafo Segundo: La revocatoria de la medida cautelar sustitutiva, cuando el imputado o imputada no pueda ser aprehendido o aprehendida, dará lugar a la ejecución de la caución que se hubiere constituido (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

De igual modo, se distingue del artículo 242 *eiusdem*, que la enumeración que hace el legislador es de carácter enunciativo, esto como un derivado del principio de proporcionalidad y necesidad, que conducen al reconocimiento de la amplia discrecionalidad que tiene el juzgador.

Finalmente, el legislador dedica varios artículos a la clarificación de los extremos que deben cubrirse bajo la aplicación de la medida cautelar contenida en el numeral octavo del artículo 242, relativa a la prestación de una caución económica adecuada, recordando que, en el texto adjetivo penal, existen diversas clases de caución entre las que se encuentran, la económica, la personal, la juratoria. Respecto de la primera, dispone en el artículo 243 del Código Orgánico Procesal Penal de 2012, lo siguiente:

Para la fijación del monto de la caución el tribunal tomará en cuenta, principalmente:

1. El arraigo en el país del imputado o imputada determinado por la nacionalidad, el domicilio, la residencia, el asiento de su familia, así como las facilidades para abandonar definitivamente el país, o permanecer oculto.
2. La capacidad económica del imputado o imputada.
3. La entidad del delito y del daño causado.

La caución económica se fijará entre el equivalente en bolívares de treinta a ciento ochenta, unidades tributarias, salvo que, acreditada ante el tribunal la especial capacidad económica del imputado o imputada o la magnitud del daño causado, se haga procedente la fijación de un monto mayor. Cuando se trate de delitos que estén sancionados con penas privativas

de libertad cuyo límite máximo exceda de ocho años, el tribunal, adicionalmente prohibirá la salida del país del imputado o imputada hasta la conclusión del proceso. Sólo en casos extremos plenamente justificados, podrá el tribunal autorizar la salida del imputado o imputada fuera del país por un lapso determinado. El Juez o Jueza podrá igualmente imponer otras medidas cautelares según las circunstancias del caso, mediante auto motivado (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

Queda en evidencia el cuidado que se le imprime a esta medida cautelar que implica la erogación de una cantidad de dinero que, se fija entre el equivalente en bolívares, de treinta a ciento ochenta unidades tributarias, salvo que, acreditada ante el tribunal la especial capacidad económica del imputado se haga procedente la fijación de un monto mayor.

Respecto de la caución personal, consiste en que dos o más personas, a quienes se los identifica como fiadores, se comprometen ante el tribunal a presentar al imputado las veces que sea necesario y a garantizar que este no se evadirá de la acción de la justicia, esta apreciación surge del contenido del artículo 244 *eiusdem*, que explícitamente señala:

Los fiadores o fiadoras que presenten el imputado o imputada deberán ser de reconocida buena conducta, responsables, tener capacidad económica para atender las obligaciones que contraen, y estar domiciliados o domiciliadas en el territorio nacional.

El Juez o Jueza deberá verificar las anteriores circunstancias, de lo cual deberá dejar constancia expresa. Los fiadores o fiadoras se obligan a:

1. Que el imputado o imputada no se ausentará de la jurisdicción del tribunal.
2. Presentarlo a la autoridad que designe el Juez o Jueza, cada vez que así lo ordene.
3. Satisfacer los gastos de captura y las costas procesales causadas hasta el día en que el afianzado o afianzada se hubiere ocultado o fugado.
4. Pagar por vía de multa, en caso de no presentar al imputado o imputada dentro del término que al efecto se les señale, la cantidad que se fije en el acta constitutiva de la fianza (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

Se infiere de lo transcrito que, estos fiadores, propuestos por el imputado, deberán ser de reconocida buena conducta, responsables, tener capacidad económica para atender las obligaciones impuestas por el tribunal, y deberán estar domiciliados en Venezuela. Asimismo, el legislador, ha dispuesto en el artículo 245, la caución juratoria, que consiste en que:

El tribunal podrá eximir al imputado o imputada de la obligación de prestar caución económica cuando, a su juicio, éste o ésta se encuentre en la imposibilidad manifiesta de presentar fiador o fiadora, o no tenga capacidad económica para ofrecer la caución, y siempre que el imputado o imputada prometa someterse al proceso, no obstaculizar la investigación y abstenerse de cometer nuevos delitos. En estos casos, se le impondrá al imputado o imputada la caución juratoria conforme a lo establecido en el artículo siguiente (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

Se interpreta que esta medida se sustenta en la promesa bajo juramento que presta el imputado de cumplir con las condiciones que el imponga el juez, a fin de garantizar su presencia en el proceso y la marcha regular de este. Sobre esta clase de caución, se interpreta que, el legislador ha querido apelar a la buena fe del imputado y al valor de su palabra (Arteaga, 2002).

CAPÍTULO IV

La privación de libertad preventiva como medida de coerción personal bajo la mirada del principio de afirmación de libertad

En el presente acápite se analiza la privación de libertad preventiva como medida de coerción personal bajo la mirada del principio de afirmación de libertad, utilizando el mismo esquema planteado en el capítulo que antecede, en consecuencia se identificarán los principios sobre los cuales descansa la privación de libertad, así como sus modalidades y requisitos o condiciones de aplicación, para concluir estimando la nueva dirección garantista en la aplicación de las normas protectores de la libertad.

La privación de libertad preventiva o provisional como medida de coerción personal

Aproximación a un concepto de privación judicial preventiva de libertad

La medida cautelar que consiste en la privación de la libertad ambulatoria de una persona, implica su ingreso a un centro penitenciario, que permitirá la sustanciación de un proceso penal, con el objeto de asegurar sus fines, lo cual, han reseñado distintos especialistas, riñe con principios tan medulares como el de la afirmación de libertad y presunción de inocencia, produciéndose una compleja relación entre lo dispuesto en la constitución, los tratados internacionales y los fines utilitaristas que ha concebido el texto adjetivo penal (Maldonado, 2001).

Respecto de los fines utilitaristas, el Derecho penal para estar en sintonía con el Estado constitucional de derecho y de justicia, debe atender una serie de garantías y fines que deben, por un lado, considerar y justificar la pena sólo como un medio para la realización del fin utilitario de la prevención de delitos, esto es, una prevención general dirigida: «A tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos contra las agresiones de los otros asociados» (Ferrajoli, 2011: 334) y; por el otro, evitar la venganza, prohibiendo las penas arbitrarias o desproporcionadas, garantizando una serie de derechos al acusado.

Estas garantías se convierten en verdaderos límites de la acción del Derecho penal, puesto que el proyecto de Derecho penal mínimo que ha propuesto el autor: «Designa un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva [...], sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona» (Ferrajoli, 2011: 334).

Ahora bien, es correcto señalar que en este contexto el autor hace plena referencia a la pena privativa de libertad que tiene lugar una vez que se ha dictado una condena, bajo las aristas del principio de culpabilidad, sin embargo, la privación de libertad como medida cautelar no escapa de estos condicionamientos supra expresados. No en vano señala el autor que es en el campo del derecho penal donde se juega su legitimación el Estado constitucional: «Pues es ahí, donde se enfrentan con toda su crudeza y con toda su violencia el Estado y el Individuo» (Ferrajoli, 2011: 337).

En este sentido: «Toda persona imputada de la comisión de un delito se le presume inocente hasta tanto una sentencia condenatoria declare su culpabilidad, es obvio que la privación de su libertad sólo podrá acordarse por excepción...» (Vásquez, 1999, p.125). Del mismo tenor se advierte la necesidad de garantizar la excepcionalidad de la detención preventiva, la cual debe:

Imponerse como remedio inevitable para hacer imposible la culminación de la investigación penal y la celebración del juicio, en caso en los cuales no exista fórmula alternativa que garantice la presencia del imputado, ante la cruda realidad de un estado de cosas y de una justicia penal, no sólo ciega, sino sorda y parálitica y que, a duras penas, se manifiesta en una sociedad que, cada vez más desconfía de su capacidad de respuesta (Arteaga, 2002: 10).

Se interpreta de lo expuesto que, la prisión preventiva se consustancia con el derecho a la presunción de inocencia, esta última constituye un estado jurídico de una persona que se encuentra imputada, debiendo orientar la actuación del tribunal competente, independiente e imparcial preestablecida por la ley.

Es importante admitir que, la prisión preventiva es admitida como un mal necesario en todos los ordenamientos jurídicos, y representa hoy, la más grave intromisión que puede ejercer el poder estatal en la esfera de libertad del individuo sin que medie todavía una sentencia penal firme que la justifique, lo cual desafía el principio de culpabilidad y el de afirmación de libertad que es el epicentro de la discusión.

En el mismo sentido, se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1966, cuando dispone la excepcionalidad de la privación de libertad, en su artículo 9, numeral 3, al referir lo siguiente:

La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo (Organización de Naciones Unidas, 1969).

A su vez, en el artículo 7, numeral 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1948, se establece: «Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio».

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales del año 1950, conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos, estatuye en su artículo 5, numeral 1, que:

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

a) si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente;

...c) si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o

cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido (Consejo de Europa, 1950)

De igual manera, las Reglas de Mallorca aprobadas en el año 1992, en su artículo 16, proclaman que: «Las medidas limitativas de derechos tienen por objeto asegurar los fines del procedimiento y estarán destinadas, en particular, a garantizar la presencia del imputado y la adquisición y conservación de las pruebas» (Organización de Naciones Unidas, 1992); declarando, en su artículo 20 numeral primero, que: «La prisión preventiva no tendrá carácter de pena anticipada y podrá ser acordada únicamente como última ratio. Sólo podrá ser decretada cuando se compruebe peligro concreto de fuga del imputado o de destrucción, desaparición o alteración de las pruebas». (Organización de Naciones Unidas, 1992).

En este sentido, dispone la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 08 de julio de 2003, bajo expediente 03-1722, con ponencia del Magistrado Iván Rincón, ante la incógnita si son compatibles los preceptos constitucionales de juzgamiento en libertad y presunción de inocencia con las medidas judiciales privativas de libertad, para lo cual responde que sí lo son, pues la propia Constitución expresa que: «será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso».

Es decir, la compatibilidad deriva de que la propia Constitución establece la posibilidad de privación judicial preventiva de la libertad en algunos casos, en tanto lo determine la ley, y lo aprecie el juez, a pesar de esto, la detención preventiva ha sido objeto de severas críticas en virtud de que permiten intervenciones punitivas libres de cualquier vínculo de un juicio previo o determinación de responsabilidad penal mediante sentencia firme.

Destacando de este contenido cada uno de los requisitos y condiciones que, universalmente, se imponen para la adopción de medidas como estas, que tal y como fuera señalado, darán cuenta del modelo judicial que las sustenta.

Principios generales de aplicación de la privación judicial preventiva de libertad

Legalidad

Tal y como fuera dispuesto con antelación, la privación de libertad sólo procede en virtud de la declaratoria judicial, y conforme los supuestos de aplicación previstos en el Código Orgánico Procesal Penal vigente desde el año 2012, quedando el juez como único órgano facultado para su imposición, subrayando, que en este caso el legislador ha sido en extremo cauteloso, denominando esta medida del siguiente modo: «privación judicial preventiva de libertad».

Motivación judicial de la medida de prisión preventiva

Como otro elemento a favor de los principios garantistas que sujetan la aplicación de la prisión preventiva, se tiene que, el Juez, como único órgano con facultad para su imposición, se encuentra compelido a motivar, bajo criterios de necesidad, proporcionalidad o imprescindibilidad, la decisión que las acuerda, en concordancia con los estrictos fines del proceso (Arteaga, 2002), dotando de este modo de legitimidad al fallo, partiendo de la premisa que la motivación de la sentencia es una garantía procesal esencial receptada, cuya ausencia, queda sometida a los criterios de nulidad.

Excepcionalidad

La Excepcionalidad de la Privación de Libertad, es una garantía base para la existencia de otros derechos, que implica que, salvo la detención en flagrancia, la privación de libertad sólo procede por orden judicial en los casos, bajo las condiciones y por los lapsos previstos en la constitución y en el texto adjetivo penal. En efecto, la prisión preventiva, por su carácter gravoso, es revisable en cualquier tiempo a solicitud del imputado o acusado.

La excepcionalidad, también se relaciona, con el principio de necesidad que advierte que sólo se debe decretar la prisión preventiva cuando las demás medidas cautelares no logran conseguir los fines que se persiguen a través de su imposición.

Proporcionalidad

Se debe igualmente modular lo expuesto, con el contenido del artículo 230 *eiusdem*, que establece: «No se podrá ordenar una medida de coerción personal cuando esta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable...» (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012), disposición que no sólo está orientada a la elección de la clase o modalidad de medida a imponer, sino que también está relacionada con la duración de la pena y las circunstancias del hecho.

En clara correspondencia con lo expuesto, la prisión preventiva no debe decretarse, y mucho menos mantenerse, cuando la gravedad del delito, las circunstancias su comisión o la pena eventual a imponer, no haga razonable y necesario mantener a la persona privada de libertad.

Interpretación restrictiva

Como ya fuera reseñado, el artículo 233 del texto adjetivo penal, dispone que: «Todas las disposiciones que restrinjan la libertad del imputado o imputada, limiten sus facultades y las que definen la flagrancia, serán interpretadas restrictivamente» (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012). Este principio se relaciona directamente con lo expuesto por Beccaria, que llegó a expresar tajantemente que:

La privación de libertad, por ser una pena, no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto la necesidad lo exija y que esa custodia en la cárcel, siendo esencialmente penosa, debe durar el menor tiempo y ser lo menos dura posible y su rigor no puede ser más que el necesario para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos (Arteaga, 2002: 10).

Debido a esto es fácil colegir que, la prisión preventiva es una medida extrema cuyo rigor amerita la restricción de los criterios que se imponen para su aplicación, para lo cual se proscribieron la interpretación extensiva y la analogía, por lo que en caso de dudas: «Debe imponerse la regla de interpretación pro libertate o del favor libertatis» (Arteaga, 2002: 27).

Provisionalidad

La prisión preventiva tiene carácter provisional, tal y como fuera delatado anteriormente, al expresar los términos del artículo 230 del Código

Orgánico Procesal Penal de 2012, que dispone:

...en ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de dos años; si se tratare de varios delitos se tomará en cuenta la pena mínima del delito más grave.

Excepcionalmente y cuando existan causas más graves que así lo justifiquen para el mantenimiento de las medidas de coerción personal, que se encuentren próximas a su vencimiento, el Ministerio Público o el o la querellante podrán solicitar prorroga, que no podrá exceder de la pena mínima prevista para el delito imputado, y cuando fueren varios delitos, se tomará en cuenta la pena mínima del delito más grave.

Igual prorroga se podrá solicitar cuando dicho vencimiento se deba a dilaciones indebidas atribuibles al imputado o imputada, acusado o acusada, o sus defensores o defensoras.

Estas circunstancias deberán ser motivadas por el o la Fiscal o el o la querellante.

Si el caso se encuentra en la Corte de Apelaciones, se recibirá la solicitud y se remitirá de inmediato con los recaudos necesarios al Juzgado de Primera Instancia que conoce o conoció de la causa, quien decidirá sobre dicha solicitud (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

Surge de la inteligencia de la norma que, la medida debe mantenerse mientras subsista necesidad de su aplicación, de ahí la pertinencia de revisión de esta, que de acuerdo con el artículo 250 *eiusdem*, procede cada vez que lo requiera el imputado o acusado, aspecto que surge del contenido del Capítulo V «Del Examen y Revisión de las Medidas Cautelares Examen y Revisión», específicamente del artículo 250, que dispone:

El imputado o imputada podrá solicitar la revocación o sustitución de la medida judicial de privación preventiva de libertad las veces que lo considere pertinente. En todo caso el Juez o Jueza deberá examinar la necesidad del mantenimiento de las medidas cautelares cada tres meses, y cuando lo estime prudente las sustituirá por otras menos gravosas. La negativa del tribunal a revocar o sustituir la medida no tendrá apelación (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

Señala la doctrina, en correspondencia con el contenido del artículo que antecede que, al juez de garantía, le corresponde asegurar los derechos del

imputado, en consecuencia, se le reconoce iniciativa para revocar o sustituir la prisión preventiva previamente decretada. La regla en esta materia es que, la resolución que se pronuncia sobre la prisión preventiva es modificable de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes en cualquier estado del proceso, debido a esta afirmación, se tiene que dicha medida, por demás gravosa, puede sufrir alteraciones en el curso del proceso.

En cuanto al límite temporal, impuesto por ley, queda claro que, la prisión preventiva, no debe sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de dos años; si se tratare de varios delitos se tomará en cuenta la pena mínima del delito más grave, aun cuando se dispone de una prórroga por el mismo lapso, asunto que ha generado cuantiosos debates académicos, los cuales no serán abordados en este estudio por no ser este el objeto cardinal que ocupa la atención del investigador.

Aunque se debe admitir, que bajo la reforma del texto adjetivo penal, del año 2001, se ha violentado el principio pro homine que impone, no extender más allá de lo permitido el campo de las restricciones (Pinto, 2014), en virtud de que se regula un plazo de dos años de aplicación de la medida de coerción personal, agravándose dicha condición, en caso de prosperar la prórroga, que puede solicitar el representante de la vindicta pública, para que se mantenga la privación judicial del sujeto, en consecuencia, esta petición deberá estar debidamente motivada en relación con su necesidad y extensión.

Limitaciones

En cuanto a las limitaciones que, como principio de actuación ha dispuesto el legislador, para la aplicación de la privación judicial preventiva de la libertad, el artículo 231, dispone puntualmente que:

No se podrá decretar la privación judicial preventiva de libertad de las personas mayores de setenta años, de las mujeres en los tres últimos meses de embarazo, de las madres durante la lactancia de sus hijos o hijas hasta los seis meses posteriores al nacimiento, o de las personas afectadas por una enfermedad en fase terminal, debidamente comprobada. En estos casos, si es imprescindible alguna medida cautelar de carácter personal, se decretará la detención domiciliaria o la reclusión en un centro especializado (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

Destaca de su contenido, el carácter humanista, elementales sentimientos de justicia y el carácter extremo y necesario que rodea la aplicación de la privación judicial preventiva de la libertad (Arteaga, 2002).

Modalidades que admite la detención preventiva

La aprehensión por flagrancia

Como fundamento de la restricción del derecho a la libertad, que ha sido objeto de puntual estudio, aparece la aprehensión por flagrancia, íntimamente ligada con el concepto de delito flagrante, cuya ejecución faculta a cualquier persona y conmina a la autoridad para aprehender a su autor sin decreto judicial, y así lo estipula el artículo 234 del Código Orgánico Procesal Penal (2012), al precisar que:

Para los efectos de este Capítulo, se tendrá como delito flagrante el que se esté cometiendo o el que acaba de cometerse. También se tendrá como delito flagrante aquel por el cual el sospechoso o sospechosa se vea perseguido o perseguida por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, o en el que se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él o ella es el autor o autora.

En estos casos, cualquier autoridad deberá, y cualquier particular podrá, aprehender al sospechoso o sospechosa, siempre que el delito amerite pena privativa de libertad, entregándolo o entregándola a la autoridad más cercana, quien lo pondrá a disposición del Ministerio Público dentro de un lapso que no excederá de doce horas a partir del momento de la aprehensión, sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la República en relación con la inmunidad de los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional y a los consejos legislativos de los estados. En todo caso, el Estado protegerá al particular que colabore con la aprehensión del imputado o imputada (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

Del contenido de la norma se extrae una diferencia vital respecto de las medidas cautelares sustitutivas, previamente aludidas, relativa a que la aprehensión puede realizarla cualquier persona, es decir, tanto la víctima como cualquier miembro de la sociedad civil, podrán detener a quien sor-

prendiere en delito flagrante. Es obvio que, si es la autoridad policial quien ejecuta la aprehensión, este procede bajo el ejercicio de su autoridad.

Es necesario destacar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, que la aprehensión, constituye una excepción a la exigencia de la orden judicial, no obstante, también cuenta con sustrato constitucional y legal.

Dicha aprehensión por flagrancia da lugar a que el sujeto sea puesto de forma inmediata a la orden del Fiscal del Ministerio Público, quien en un lapso perentorio lo presentará ante un Tribunal de Control, que deberá seguir el procedimiento especial previsto en el Título II del Libro Tercero, Capítulo III «De la Privación Judicial Preventiva de Libertad», tal y como dispone el artículo 235 del Código Orgánico Procesal Penal del año 2012.

Finalmente, es dable aclarar que no toda aprehensión por flagrancia genera como consecuencia el decreto de privación judicial preventiva de la libertad, y así se deduce del contenido de las decisiones que se presentan a continuación.

La privación judicial preventiva de la libertad

En cuanto a la privación judicial preventiva de la libertad como medida cautelar, esta se encuentra contemplada en el artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal de 2012, en los términos que siguen a continuación:

El Juez de control, a solicitud del Ministerio Público, podrá decretar la privación preventiva de la libertad del imputado siempre que se acredite la existencia de:

1. Un hecho punible que merezca pena privativa de libertad y cuya acción penal no se encuentre evidentemente prescrita.
2. Fundados elementos de convicción para estimar que el imputado o imputada ha sido autor o autora o partícipe en la comisión de un hecho punible.
3. Una presunción razonable, por la apreciación de las circunstancias del caso particular, de peligro de fuga u obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto de un acto concreto de investigación (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

En todo caso, cada una de estas medidas, las cuales tienen carácter excepcional y provisorio, están sometidas a un conjunto de condiciones que ciertamente buscan privilegiar el derecho a la libertad del individuo.

En tal sentido, la doctrina es conteste en afirmar que, dichos requisitos son concurrentes, es decir, se debe confirmar la presencia de estos tres elementos, para poder imponer la prisión preventiva, y así luce del propio artículo transcrito que expresa: “En caso de estimar que concurren los requisitos previstos en este artículo para la procedencia de la privación judicial preventiva de libertad, deberá expedir una orden de aprehensión del imputado o imputada contra quien se solicitó la medida” (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

Igualmente, se deduce de este artículo, la necesidad comprobar la existencia de los supuestos que autorizan la imposición de esta medida tan extrema, atendiendo a la siguiente expresión: «siempre que se acredite la existencia de...», con lo cual, se puede certificar la posición garantista del Estado, en esta materia, quien, a pesar de las constantes reformas del texto adjetivo penal, y de las razones alegadas para su modificación, no ha relajado sustancialmente el contenido de esta norma.

Debido a esto, se procederá de manera sucinta a esbozar algunos criterios relacionados con la excepcional aplicación de la medida de coerción personal de prisión preventiva atendiendo al cumplimiento de los requisitos relativos al *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*.

Requisitos o condiciones de aplicación de la privación judicial preventiva de la libertad o prisión preventiva

Los criterios o elementos que determinan la imposición de la privación judicial preventiva de la libertad son el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, son la base de aplicación de esta medida, por lo que, de forma sucinta, se procederán a analizar.

Fumus Boni Iure o Humo de buen derecho

Dispone textualmente, el numeral segundo del artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal de 2012, que el juez podrá decretar, en contra de una persona, la privación de libertad, si existen: «Fundados elementos

de convicción para estimar que el imputado o imputada ha sido autor o autora o partícipe en la comisión de un hecho punible» (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012), este elemento ha sido reconocido por la doctrina como el *fumus boni iure*, humo de buen derecho o apariencia de buen derecho, reconocimiento que se amplía al campo jurisprudencial como se verá en lo sucesivo.

Respecto de las medidas cautelares, la sospecha fundada de participación del imputado en hechos delictivos también se ha reconocido como *fumus commissi delicti*, lo cierto es que detrás del humo está el fuego y de allí se ha extraído esta analogía.

En el campo doctrinario, el *fumus boni iuris*, viene dado por, el juicio de razonabilidad sobre la posible responsabilidad penal del inculpado, requiriéndose la existencia del cuerpo del delito y la presunción fundada de que el inculpado es responsable del delito como autor, cómplice o encubridor, requisitos indispensables para determinar su calidad de procesado (Banacloche, 1996).

También se puede entender por apariencia de buen derecho:

La existencia de indicios de verosimilitud de las pretensiones de la parte que la solicita. No se trata de avanzar el juicio a este momento procesal, sino de realizar una comprobación de los indicios que, necesariamente, será más superficial que la que se llevará a cabo en el juicio (Montero, 2007: 81).

Esta valoración, es un equivalente de hecho a una presunción de culpabilidad (Ferrajoli, 2011). Por lo que es acertado inferir que, esta estimación coloca en una situación comprometedoras al Juez de Control, ya que, bajo el modelo acusatorio, se erige como un juez de garantías, esta apreciación, pudiera complicar la aludida función. Problemática que se minimiza al recordar que, eventualmente, será este funcionario quien decida la culpabilidad o no del sujeto imputado.

Periculum in mora o peligro de retardo

Del mismo modo, disponen los numerales primero y tercero del artículo 236, del texto adjetivo penal, que se podrá decretar la privación judicial preventiva en caso de que el: «...hecho punible que merezca pena privativa de libertad y cuya acción penal no se encuentre evidentemente prescrita» (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012),

y «una presunción razonable, por la apreciación de las circunstancias del caso particular, de peligro de fuga u obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto de un acto concreto de investigación...» (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012), condiciones estas que, se asocian inmediatamente con lo que la doctrina ha definido como el *periculum in mora*, que consiste, en la existencia de un peligro de evasión del imputado, lo cual debe considerar los antecedentes (aspecto subjetivo) y la gravedad del delito (aspecto objetivo), criterios que deben concurrir al adoptar esta gravosa medida (Banaclóche, 1996).

Así, otro de los requisitos exigido por el texto normativo patrio es el peligro de mora procesal o *periculum in mora*, el cual se consolida más allá de la valoración de los indicios, para que la medida a imponer se encuentre justificada o legitimada, en este sentido, debe existir y comprobarse un riesgo para la efectividad del proceso si no se adopta una resolución judicial que acuerde las medidas solicitadas por el representante de la vindicta pública (Montero, 2007).

Vale la pena señalar que, en Venezuela, los criterios de procedencia de la prisión preventiva no solo involucran la constatación de condiciones objetivas, sino que, del texto adjetivo penal, surgen consideraciones relativas al talante peligrosista del sujeto, verbigracia, los numerales 4 y 5 del artículo 237 del texto adjetivo penal, que serán explicados a continuación.

En cuanto al aspecto objetivo, son varios los elementos, asociados con la imposición de la prisión preventiva, entre estos destaca, la gravedad de la pena, la cual, no es suficiente por sí misma para determinar el peligro de fuga, dicho argumento debe conjugarse con otros, para extraer de allí criterios adicionales de aplicación, como lo es: el arraigo de la persona en el lugar o ciudad o posibilidad de huir al extranjero y la magnitud del daño causado.

En este sentido, prescribe el artículo 237 del Código Orgánico Procesal Penal del 2012, el peligro de fuga, para sustentar la aplicación de la privación judicial preventiva, al consagrar que:

Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente las siguientes circunstancias:

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

Parágrafo Primero: Se presume el peligro de fuga en casos de hechos punibles con penas privativas de libertad, cuyo término máximo sea igual o superior a diez años. En este supuesto, el o la Fiscal del Ministerio Público, y siempre que concurren las circunstancias del artículo 236 de este Código, deberá solicitar la Medida de Privación Judicial Preventiva de Libertad. A todo evento, el Juez o Jueza podrá, de acuerdo a las circunstancias, que deberá explicar razonadamente, rechazar la petición fiscal e imponer al imputado o imputada una medida cautelar sustitutiva. La decisión que se dicte podrá ser apelada por el o la Fiscal o la víctima, se haya o no querrellado, dentro de los cinco días siguientes a su publicación.

Parágrafo Segundo: La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado o imputada constituirán presunción de fuga, y motivarán la revocatoria, de oficio a petición de parte, de la medida cautelar sustitutiva que hubiere sido dictada al imputado o imputada (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

Dispone el artículo, condiciones que permiten acreditar el arraigo o establecimiento de una persona, el cual se mide por la existencia de un domicilio, de lazos familiares y de actividad laboral o profesional.

También hace alusión a la posibilidad para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto, circunstancia que depende de la situación económica de la persona, es decir, de la posesión de recursos financieros importantes, o de relaciones y bienes en el extranjero, que le permitan sustraerse del proceso, todo ello atendiendo a la gravedad del delito y a la eventual pena a imponer.

Denota de la lectura del artículo que, le corresponde al órgano fiscal demostrar la existencia de estos elementos, los cuales estarán sometidos al escrutinio del Juez, quien deberá decidir acerca de la coexistencia de estos, convirtiéndose en el sustento de su decisión, advirtiendo que, de igual modo, puede rechazar la petición fiscal e imponer al imputado o imputada una medida cautelar sustitutiva a la prisión preventiva, que puede ser apelada por quien se encuentre afectado.

Relacionado con el peligro de obstaculización surgen los siguientes elementos, que debe, de la misma forma, ponderar el juez de control, en su función garantista, para imponer motivadamente una medida tan gravosa y extrema como lo es la prisión preventiva. Así, el artículo 238 *eiusdem*, preceptúa:

Para decidir acerca del peligro de obstaculización para averiguar la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado o imputada:

1. Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de convicción.
2. Influirá para que coimputados o coimputadas, testigos, víctimas, expertos o expertas, informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducirán a otros u otras a realizar esos comportamientos, poniendo en peligro la investigación, la verdad de los hechos y la realización de la justicia (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

De acuerdo con lo expuesto, se entenderá que, la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba, o cuando pudiere inducir a co-imputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente en el proceso.

Pero no basta la mera aserción o simple posibilidad de que la investigación se obstaculice, se exige, en estos casos, una sumaria comprobación de estos hechos, indispensables para la correcta imposición de la medida de coerción personal más gravosa del Sistema de Administración de Justicia, como lo es la prisión preventiva.

Visto a grandes rasgos los aspectos centrales que involucra la imposición de las medidas cautelares, será indispensable a continuación, realizar

una breve síntesis sobre la nueva dirección garantista que se han ensayado en otras latitudes relativas a la protección de la libertad como valor superior del ser humano, lo cual permitirá un análisis amplio y crítico de la realidad patria, como resultado de la investigación propuesta.

La nueva dirección garantista en la aplicación de las normas protectores de la libertad

La privación judicial preventiva de la libertad o prisión preventiva sólo encuentra su justificación, en la necesidad de dotar de eficacia el resultado del proceso y asegurar la presencia de personas inculpadas en el juicio (Barbero, 1997).

Esto lleva a los exponentes teóricos del Garantismo Penal, a cuestionar alguno de los fundamentos en que se debe asentar el derecho penal en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, al ponderar, la función de la privación de libertad, como medio de protección social para evitar que se cometan más delitos, y por otro lado, el reconocimiento de los principios dispuestos para su aplicación, como herramienta de protección de los sujetos frente al poder punitivo estatal (Ferrajoli, 2011).

En razón de estos fines, el Estado venezolano, no deja de participar en esta dicotomía, ya que, como fuera ampliamente expuesto, ha dispuesto una serie de condiciones, sin las cuales no es posible imponer una medida tan gravosa, extrema y excepcional, como lo es la privación judicial preventiva de libertad, empero, cada día, es más palpable las limitaciones y obstáculos que surgen de las reformas, o de la propia praxis, en relación con el reconocimiento de los principales postulados garantistas que rodean la implementación de las medidas cautelares.

Respecto de una de las condiciones de procedencia que se impone para la aplicación de la privación judicial de libertad de carácter preventivo, es precisamente evitar que se hagan nugatorio los fines del proceso, lo cual puede suceder, si se produce la fuga o sustracción del imputado o acusado, en efecto, será necesario, asegurar, a través de los mecanismos expuestos con antelación, su presencia en el juicio, a fin de que se garantice el cumplimiento de la eventual pena a imponer y dar respuesta a la víctima del delito, pero también se debe asegurar otros fines utilitarios, entre estos, el

éxito de la investigación o instrucción criminal y la eliminación, ocultación o desvirtuación de medios de prueba.

Invocando a Hobbes, Diderot, Voltaire, Condorcet, Bentham y Cesar Bonesana conocido como Cesar Beccaria, la privación de libertad, sólo se justifica después de haber probado, en un juicio justo, que el acusado ha cometido un delito, en consecuencia esta puede ser admitida en caso de extrema necesidad, entre estas razones se dispone como racional si se usa para impedir la desaparición de pruebas, pero sólo hasta el momento donde este extremo sea relevante (Ferrajoli, 2011), defendiendo un proceso sin prisión preventiva, en los siguientes términos:

Esta contradicción en los términos que es la prisión sin juicio puede, al menos hasta la conclusión de la primera fase del proceso, ser suprimida. El imputado debe comparecer libre ante sus jueces, no sólo porque así se le asegura su dignidad de ciudadano presuntamente inocente, sino también –diría que, sobretodo- por necesidad procesal: para mantener la igualdad de armas con la acusación; para que después del interrogatorio y antes de la audiencia definitiva pueda organizar eficazmente su defensa; para que la acusación no esté en condiciones de determinar el juego, construyendo acusaciones y urdiendo pruebas a sus espaldas (Ferrajoli, 2011: 570).

Así las cosas, el autor, destruye la idea del peligro de fuga, con un argumento aplastante, al señalar que: «los incentivos para la fuga proceden, precisamente, de la existencia de la prisión preventiva, sin ella se desvanecerían en buena medida» (Ferrajoli, 2011, p. 573). De igual forma refiere, que el argumento de privar a alguien por temor a la destrucción de pruebas puede superarse con una detención de horas o días, incluso con una detención domiciliaria, que le permitiría al órgano instructor llevar a cabo su debida colección y proceder de acuerdo con ella.

En consecuencia, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* se convierten en condiciones indispensables para la imposición de cualquier medida cautelar, implique o no, la privación judicial preventiva de libertad, pero no son los únicos criterios fundantes de la prisión preventiva, la cual puede ser revocada, en caso de que se modifiquen las razones que inicialmente la motivaron.

También imponen los modernos postulados del derecho penal, el evitar la tendencia, de que estas medidas se conviertan en una pena antici-

pada, ya que no tienen carácter sancionatorio, debido a esto, destaca el principio de excepcionalidad que la distingue.

En el derecho comparado puede constatarse una tendencia a establecer legalmente plazos máximos para la prisión preventiva o provisional, evitando transformarla en una pena anticipada, lo que constituye la tendencia correcta. A modo de ejemplo, pueden citarse los casos de España, el plazo normal es de seis meses, pudiendo extenderse por el tribunal extraordinariamente hasta 30 meses, como lo determina el artículo 504 del Código de Enjuiciamiento Criminal. El artículo 437 del Código Penal argentino, modificado por la Ley 11.624, estableció que la prisión preventiva no puede exceder de dos años, el que puede prorrogarse por un año más por resolución fundada. El Código Procesal alemán considera un plazo de seis meses para la prisión preventiva.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano encargado de vigilar el respeto de los Estados Parte de los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, ha señalado que, la prolongación del proceso por más de tres años y medio, sin sentencia, constituye una violación a las garantías establecidas en los artículos 7, numeral 5 y 8 numeral 1. Del mismo modo, ha dispuesto que: «... si el Estado no determina el juicio de reproche dentro de un plazo razonable y justifica la prolongación de la privación de libertad del acusado sobre la base de la sospecha que exista en su contra, está, fundamentalmente, sustituyendo la pena con la prisión preventiva» (Organización Americana, 1969), agregando, «de este modo, la detención preventiva pierde su propósito instrumental de servir a los intereses de la buena administración de justicia y de medio se transforma en fin».

Es claro que la falta de límites en la aplicación de la privación judicial preventiva de libertad atenta contra los derechos y principios reconocidos en los instrumentos legales de orden internacional y patrio, socavando las estructuras del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, en efecto, la Comisión Interamericana consideró tal perspectiva en su informe No.11.245 de 1996, recomendando a un Estado parte tener en cuenta en todos los casos de detención o prisión preventiva prolongada el deber de respetar los requisitos establecidos por la Convención, y en caso con-

trario tomar las medidas necesarias para que los afectados sean puestos en libertad. Dicha posición ha sido reiterada en 1997 por informe de dicha Comisión de 11 de marzo de 1997.

Por otra parte, algunas decisiones de tribunales extranjeros han sostenido la doctrina señalada. Y así, a título del ejemplo, el Tribunal Constitucional Alemán ha declarado:

El fin primero y el motivo justificativo de la detención para las necesidades de la instrucción es el de garantizar el desarrollo de un procedimiento penal y asegura la ejecución de la pena fijada ulteriormente; si esta detención deja de ser necesaria para cumplir ese fin, el hecho de que se la ordene, mantenga o ejecute, carece de toda medida común con ese mismo fin y no puede, por tanto, por principio, admitirse, porque viola el artículo 2, párrafo 2, disposición 2 de la Ley Fundamental (Tribunal Constitucional Alemán, citado por Sánchez, 2012: 45).

El Tribunal Constitucional Español, ha dictaminado, en Sentencias No. 89 del año 1983 y 230 del año 1991, que: «Dado el papel nuclear que la libertad representa en el sistema del Estado Democrático de Derecho, su privación provisional o definitiva debe decidirse con todas las garantías y no es automática o mecánica, sino que se deja al arbitrio judicial» (Tribunal Constitucional Español, citado por Sánchez, 2012: 45). Igualmente, dicho Tribunal Constitucional, el 26 de julio de 1995, ha sentenciado que:

Lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena... Como regla de tratamiento, el hecho de que el imputado haya de ser considerado no culpable, obliga a no castigarle por medio de la prisión preventiva; y eso quiere decir que ésta no puede tener carácter retributivo de una infracción que aún no se halla jurídicamente establecida (Tribunal Constitucional Español, citado por Sánchez, 2012: 45).

En atención a los criterios doctrinarios y jurisprudenciales señalados, es fácil inferir que:

- 1) La prisión preventiva no puede ser decretada automáticamente por la ley, sino que debe ser facultad privativa del juez del caso concreto;
- 2) La prisión preventiva no puede constituir una pena anticipada, por cuanto sería violadora del principio del juicio previo y de la presunción de inocencia;

3) Sólo por razones estrictamente relacionadas con los fines del proceso (procesales) puede decretarse la prisión preventiva, no con miras penales o político-criminales (Sánchez, 2012: 51).

En Venezuela, se han hecho esfuerzos por sentar precedentes o señalar orientaciones de una nueva dirección garantista de aplicación de las normas protectores de la libertad y, en algunas sentencias o, por lo menos, en votos salvados, se ha establecido el argumento de la desaplicación de disposiciones que impiden la libertad en el proceso.

Tal mandato representa una garantía normativa impuesta por el constituyente, de fuerza vinculante, tal como lo expresa la sentencia No. 00-3309, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 31 de mayo de 2001, en donde se estableció:

...El derecho a la libertad personal que tiene todo individuo -artículo 44- el cual ha sido consagrado y desarrollado como un derecho humano y fundamental inherente a la persona humana y es reconocido, después del derecho a la vida, como el máspreciado por el ser humano. Tratándose pues, de un derecho fundamental de entidad superior, debe esta Sala Constitucional, por ser guardián y garante del derecho positivo existente y en protección de los derechos humanos de los particulares, permanecer alerta ante cualquier situación que pueda menoscabar esta garantía constitucional de tan vital importancia y con ello, el orden público constitucional... (Tribunal Supremo de Justicia, 2001).

El carácter vinculante de la referida decisión judicial, constituyen en esencia lo que la doctrina ha denominado una garantía normativa, que aseguran el cumplimiento de los derechos fundamentales, evitando en consecuencia su modificación y manteniendo la integridad de estos.

Se infiere de lo expuesto que, el Estado de derecho y de justicia, está limitado y vinculado a la ley en el plano sustantivo y procesal, es decir hay una específica visión del garantismo como sustrato de actuación de los operadores del Sistema de Justicia Penal, por lo que el desconocimiento de los principios limitadores configura sistemas de control penal propios del estado absoluto o totalitario, ambas tendencias reflejan los antagonismos del derecho penal mínimo y derecho penal máximo (Ferrajoli, 2011).

El derecho penal mínimo, condicionado y limitado al máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudada-

nos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y certeza. Existe un nexo profundo entre garantismo y racionalismo. Un derecho penal es racional y cierto en la medida en que sus intervenciones son previsibles y son previsibles sólo las motivadas por argumentos relativos a la verdad formal.

De aquí surge la necesidad de dar relevancia en la práctica penal a instituciones como la presunción de inocencia del imputado, la carga de la prueba a cargo de la acusación, entre otras prerrogativas, que, bajo el modelo del derecho penal máximo, desconoce este principio que se consustancia con la dignidad humana y con la libertad, caracterizándose por la extrema severidad de las penas, pero al mismo tiempo por la incertidumbre y la imprevisibilidad de privación de libertad preventiva.

Todas las tesis garantistas que se han formulado en contra de la privación de libertad de tipo preventivo entienden que son las «clases subalternas» o los desposeídos, la población más criminalizada y las más victimizadas, llegando algunos incluso a debatir la pertinencia del sistema proponiendo su abolición.

A pesar de esto, se considera que, todas aquellas teorías o modelos que logren limitar al Estado, incluso aquellos que abogan por la intervención mínima, es la clave para la reducción de los conflictos sociales. La intervención del Derecho Penal en la vida social debe reducirse a lo mínimo posible (minimización de la respuesta jurídica violenta frente al delito), de allí que en la praxis judicial será menester equilibrar la libertad y los fines del proceso, para evitar los efectos perniciosos de la privación de libertad.

Finalmente, el acervo doctrinal, legal y jurisprudencial que antecede será el sustrato necesario para la determinación del porcentaje de aplicación de las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de libertad en los Juzgados de Control del Estado Zulia con sede en la Ciudad de Maracaibo, que permitirá develar los resultados de la investigación.

CAPÍTULO V

Porcentaje de aplicación de las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de libertad en los Juzgados de Control Del Estado Zulia

Tal y como se refiriera con antelación, el acervo doctrinal, legal y jurisprudencial que antecede, se convierte en el sustrato necesario para la determinación del porcentaje de aplicación de las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de libertad en los Juzgados de Control del Estado Zulia con sede en la Ciudad de Maracaibo, lo que permitirá develar los resultados de la investigación.

Bajo la búsqueda emprendida por el investigador, a fin del desarrollo de las variables en estudio, y en concordancia con los objetivos y la metodología propuesta, se reseñan a continuación los siguientes datos que permitieron la determinación del porcentaje de aplicación de las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de libertad en los Juzgados de Control del Estado Zulia con sede en la Ciudad de Maracaibo, y el tratamiento dispensado al principio de afirmación de libertad en dicha entidad, para su recolección fue necesaria la aplicación de una hoja de registro de la información como instrumento elaborado por la investigador, cuyo contenido ha sido plasmado siguiendo la sistematización prediseñada.

La evaluación de los datos recogidos, y su posterior interpretación, pasa por el tamiz de lo expuesto en el ámbito patrio e internacional, en los diferentes textos jurídicos, y en los textos especializados, que aglutinan las opiniones de avezados autores, quienes ilustran sobre el sentido y alcance de instituciones jurídicas como las medidas cautelares a la privación de

libertad y el respeto por el principio de afirmación de libertad, y otros derechos y garantías comprometidos en su aplicación, lo cual permitió una comprensión más acertada acerca de las razones que motivan su imposición en el plano material, así como la vigencia de los postulados que dan vida al sistema procesal de corte acusatorio, por lo que a continuación será necesario presentar los resultados obtenidos en la búsqueda emprendida por el investigador.

Aspectos preliminares sobre el análisis e interpretación de los datos recogidos en los Juzgados en Funciones de Control del Circuito Judicial del Estado Zulia

El investigador, en el desarrollo del estudio, tramitó un permiso que le permitió recolectar los datos empíricos de cuatro Juzgados en Funciones de Control del Circuito Judicial del Estado Zulia, correspondientes al mes de marzo de 2017 a marzo de 2018, a través del Sistema de Presentación de Imputados, adscrito al Departamento de Alguacilazgo, aplicación desarrollada por la Oficina de Apoyo Técnico Informático de la Dirección Administrativa Regional del Estado Zulia, bajo los lineamientos de la Oficina de Desarrollo Informático de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia, implementado en este Circuito Judicial Penal, dicha muestra representativa, permitió evaluar el porcentaje de aplicación de las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de libertad bajo las técnicas y métodos propios de los estudios no experimentales de tipo descriptivo de corte transversal bajo el método de observación de datos.

Precisamente, los estudios descriptivos describen la frecuencia y las características más importantes de un problema. Los datos proporcionados por estos estudios son esenciales para la acertada formulación de políticas y estrategias de orden criminal. En efecto, el diseño de la investigación utilizado fue el no experimental, ya que se ha realizado sin manipular deliberadamente las variables, es decir, se ha ejecutado una investigación donde no se hace variar, intencionalmente, la variable independiente, observando el fenómeno tal y como se ha manifestado en su contexto natural, para después analizarlo (Méndez, 2001).

A su vez se cataloga el diseño de campo, porque, gracias a él, se pudo recoger los datos directamente de la realidad. Los diseños de campo son los que se refieren a los métodos a emplear cuando los datos de interés se recogen in situ mediante el trabajo concreto del investigador (Sabino, 1999).

Respecto de los estudios transversales, se afirma que estudian simultáneamente la población objeto de estudio, la cual estuvo bien definida desde el inicio de la investigación y nos permitió extrapolar los resultados, a partir de la muestra representativa, conformada por cuatro tribunales en funciones de control de los trece juzgados existentes, lo cual da cuenta de un 30% de la población, denotando en este caso que la variable se midió en una sola oportunidad.

A tal efecto, se define la investigación transversal como el estudio que mide una sola vez la variable, los criterios de uno o más grupos de unidades en un momento dado, sin pretender evaluar la evolución de esas unidades (Chávez, 1999).

El uso de estas técnicas y métodos permitió una adecuada comparación de los factores descritos a nivel teórico con la realidad, para lo cual se utilizó en esta investigación el método científico bajo la modalidad de la observación. En este sentido, con fundamento en la observación de los hechos que se producen en torno el número de casos donde se impuso medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de la libertad en los Juzgados de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, de la ciudad de Maracaibo durante el mes de marzo de 2017 a marzo del año 2018, y con las nociones teóricas aportadas, se dio respuestas al problema planteado.

En cuanto a las técnicas o instrumentos de recolección de datos, como: «Expresión operativa del diseño de investigación, y especificación concreta de cómo se hará la investigación» (Tamayo y Tamayo, 1989: 45), en este estudio la técnica utilizada fue básicamente la observación documental, la cual consiste en detectar, obtener, escoger y consultar los materiales y documentos escritos, electrónicos, entre otros; para extraer la información relevante y necesaria a los efectos de la realización del trabajo. Este proceso se realizó en forma selectiva, siempre orientado a la obtención de la información precisa y más actualizada en torno al problema de investigación planteado.

Así, mediante la observación directa, la cual fue procesada a través del fichaje electrónico, como técnica de registro y como método de recolección de datos se detectaron: «Aspectos conductuales o de funcionamiento, como ocurre en situaciones externas y observables, aquí el análisis de los datos es simultáneo a la recolección de estos» (Hernández, Fernández y Baptista, 2010: 56).

En relación con el instrumento de recolección de datos, como: «Medios materiales que se emplean para recoger y almacenar la información. Ejemplo: fichas, formatos de cuestionarios, guía de entrevistas, lista de co-tejo, grabadores, escalas de actitudes u opinión (tipo likert), etc» (Arias, 1999), se utilizó una hoja de registro de información y las correspondientes fichas electrónicas, con base en los modernos recursos tecnológicos con los que cuenta el investigador. Respecto de las fichas, se convierten en un instrumento que: «Es de gran valor para la investigación documental. Su construcción obedece a un trabajo creador, de análisis, de crítica o de síntesis» (Tamayo y Tamayo, 1989: 89).

En esta investigación, las unidades de análisis fueron entonces los casos donde se impuso medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de la libertad en cuatro Juzgados en Funciones de Control de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, con sede en la Ciudad de Maracaibo, en el mes de marzo de 2017 hasta marzo del año 2018, es decir, un año, recolectando dicha información directamente del Sistema de Presentación de Imputados, implementado en este Circuito Judicial Penal, bajo el instrumento de registro elaborado por el investigador para tal fin, el cual lleva por título: Hoja de registro de información, a tal efecto ver el anexo, y las fichas electrónicas que se vaciaron una vez realizada la observación.

Finalmente, el Plan de análisis y tratamiento de los datos, se realizó en tres fases: la primera involucró un análisis de contenido a los diferentes textos de las doctrinas latinoamericanas y nacionales relacionadas con el tema en estudio, que permitió la interpretación del contenido de la legislación, doctrina y jurisprudencia vinculadas a las medidas cautelares sustitutivas de la privación de libertad y el acogimiento del principio de afirmación de libertad, realizando una desconstrucción y análisis sistemático de estos textos jurídicos.

Lo expuesto, permitió arribar a la otra fase de la investigación, donde se interpretaron las principales tendencias y posiciones de los diferentes autores confrontados, mediante la organización de toda la información documental, construyendo y redactando en forma coherente los aspectos a concluir (resultados de la investigación).

Además, se analizó y desarrolló cada objetivo como punto de referencia para el desmontaje de la reflexión de cada doctrinario y especialista en la materia, a partir de la tendencia mayoritaria, lo que coadyuvó al investigador para alcanzar las conclusiones definitivas planteadas en el estudio.

En cuanto a la tercera etapa, que se centra en el estudio de tipo descriptivo propuesto, se hizo uso de técnicas cuantitativas, necesarias para el procesamiento de la información colectada por el investigador, de esta forma se aplicó las técnicas estadísticas empleadas para el análisis de datos, representándose a través de diagramas, tablas, cuadros o gráficos, como se verá a continuación.

Registro y sistematización de los datos colectados

Conforme la revisión de las causas que cursan por los Juzgados Primero, Segundo, Tercero y Cuarto en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia con sede en la Ciudad de Maracaibo, realizada por el autor, se lograron constatar los siguientes datos, que serán detallados en las respectivas tablas y gráficos.

Imputados presentados ante los Juzgados Primero, Segundo, Tercero y Cuarto de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia

En el Juzgado Primero en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, con sede en la ciudad de Maracaibo, se pudo constatar que fueron presentados un total de 860 ciudadanos, respecto de las 2.661 causas que ingresaron a partir del 01 de marzo del año 2017 hasta el 01 de marzo de 2018, lapso que, como se precisara fue objeto de la investigación.

En relación con el Juzgado Segundo en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, con sede en la ciudad de Maracaibo, fueron presentados en audiencia formal de imputación 722 ciudadanos, equivalente al 27 % del total de causas que se ventilaron en este lapso.

Ante el Juzgado Tercero en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, fueron presentados 484 ciudadanos, que se asocian con el 18% de la población objeto de estudio.

Finalmente, el Juzgado Cuarto en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, conoció de la imputación formal de 595 sujetos, que asciende al 22% de la población que centra la atención del estudio para el mismo período.

Se evidencia de los datos colectados, que fueron presentados un total de 8.640 personas en los Juzgados en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, con sede en la ciudad de Maracaibo, de los cuales 2.661 ciudadanos, ingresaron al Sistema de Justicia Penal, de los tribunales que fueron objeto de la muestra seleccionada, ubicándose esta data en un 31% del total de casos que fueran conocidos entre el mes de marzo de 2017 al mes de marzo de 2018 en dicha entidad, lo cual se perfila como una muestra significativa, y así se puede extraer de la Tabla y Gráfico 1 que aparece a continuación:

Tabla 1: Imputados presentados ante los Juzgados Primero, Segundo, Tercero y Cuarto de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia

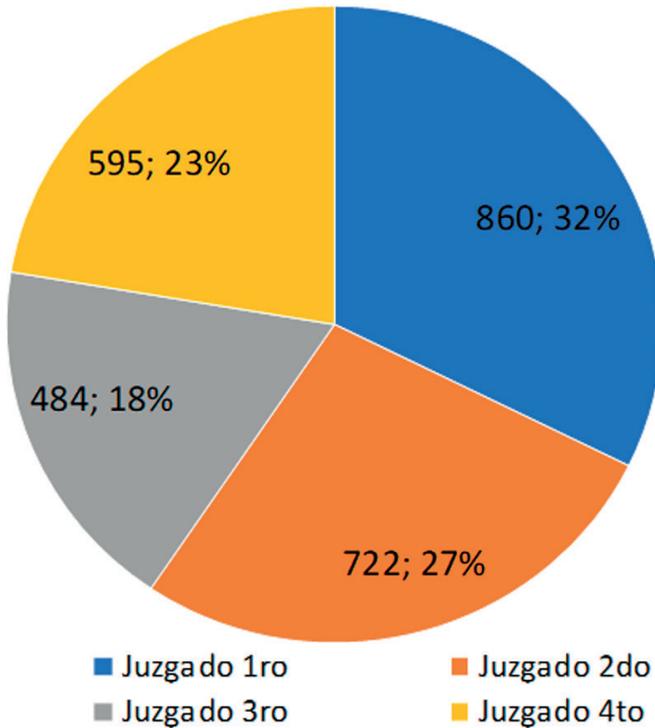
Juzgado de Control	Causas Ingresadas	%
Primero	860	32%
Segundo	722	27%
Tercero	484	18%
Cuarto	595	22%
TOTAL	2.661	100%

Fuente: Silva (2019)

Atendiendo al contenido de la tabla y gráfico que anteceden, puede advertirse, bajo una sencilla regla aritmética, que el número de causas que ingresa a los Juzgados en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, es significativo, ya que asciende a un total de 8.640 personas, que se presume han realizado o participado en un hecho delictivo, en razón de lo cual deben articularse todo un conjunto de estrategias de tipo preventivo que minimice la intervención del derecho penal, recurso extremo al que debe apelar el Estado cuando los otros recursos no puedan resolver el conflicto social planteado, conforme los principios fundamentales que deben

regir la actuación de los entes que integran el Sistema Penal, entre estos, la legalidad de los delitos y las penas, el de culpabilidad y el de proporcionalidad.

Gráfico 1: Imputados presentados ante los Juzgados Primero, Segundo, Tercero y Cuarto de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia Causas Ingresadas entre 2017 y 2018



Aplicación de medidas cautelares sustitutivas a la privación de libertad en los Juzgado Primero, Segundo, Tercero y Cuarto en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia

En este aparte será necesario describir el conjunto de medidas cautelares impuestas partiendo del total de 2661 personas imputadas ante los tribunales que conforman la muestra del estudio, el cual se subraya corresponde al 31% de la población total que fuera presentada ante el Sistema Judicial Penal del Estado Zulia.

En este contexto, el Juzgado Primero en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, con sede en la ciudad de Maracaibo, dictó un total de 431 medidas cautelares sustitutivas a la privación de libertad, con lo cual queda demostrado que, en este tribunal, a un 50% de los ciudadanos presentados les fue reconocido el derecho a la libertad en el proceso, con sustento en el principio de afirmación de libertad previsto en el artículo 9 del Código Orgánico Procesal Penal.

Del mismo modo, es posible señalar que, en el Juzgado Segundo de Control, se dictaron 722 sentencias, resultando que 337 imputados fueron sometidos a la medida cautelar sustitutiva de la privación judicial preventiva de libertad, lo cual revela que un 47% de los hechos imputados por el Ministerio Público no ameritaban, en criterio del juzgador, la detención preventiva.

Respecto del Juzgado Tercero en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, con sede en la ciudad de Maracaibo, se observa que se aplicó un total de 206 medidas cautelares sustitutivas a la privación de libertad, en contraste con las 484 de causas que ingresaron en el lapso de un año, esto equivale a un 42% de la data.

Por su parte, el Juzgado Cuarto en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, impuso un total de 317 medidas cautelares sustitutivas a la privación de libertad, de 595 causas presentadas en acto formal por el representante de la vindicta pública, lo que asciende a un 53% de los casos tramitados.

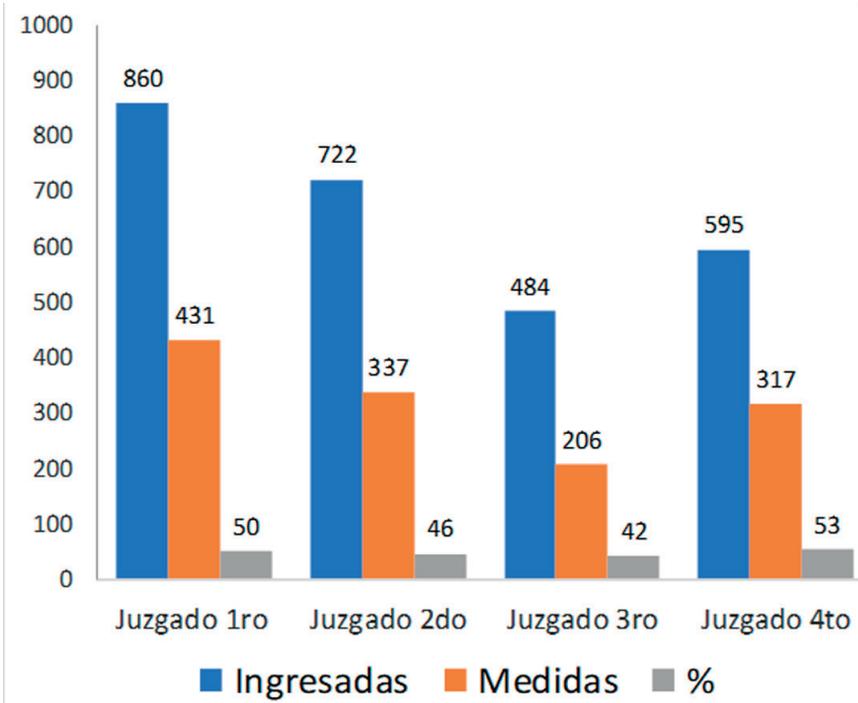
El total de las medidas cautelares impuestas por los juzgados sometidos al escrutinio, se presentan en la Tabla y Gráfico 2.

Tabla 2: Total de medidas cautelares impuestas por los juzgados Primero, Segundo, Tercero y Cuarto de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia

Juzgado de Control	Total medidas	%
Primero	431	50%
Segundo	337	47%
Tercero	206	42%
Cuarto	317	53%
TOTAL	1291	48%

Fuente: Silva (2019)

Gráfico 2: Total de medidas cautelares impuestas por los juzgados Primero, Segundo, Tercero y Cuarto de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia



De esta información, es fácil inferir que los Juzgados en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, han hecho uso de las herramientas de carácter garantista que el Sistema Acusatorio ha depositado en sus manos valorando la libertad de los sujetos que se enfrentan a la administración de justicia penal, ya que se utilizan las medidas cautelares sustitutivas a la privación judicial preventiva de la libertad, en un margen considerable de casos, es decir, un 48% de las personas imputadas, goza de este “beneficio”, cifra que no puede desdeñarse, aunque el ideal o expectativa sea mayor, en este sentido, se aspira una mayor, mejor y más adecuada operatividad de este recurso.

Aplicación de la medida cautelar de privación judicial preventiva de libertad en los Juzgado Primero, Segundo, Tercero y Cuarto en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia

Interesa a los efectos del estudio, realizar el debido contraste entre las medidas cautelares sustitutivas a la privación de libertad y la prisión preventiva impuesta por los Jueces de los Tribunales Primero, Segundo, Tercero y Cuarto de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia. En efecto, en esta oportunidad se dispondrá el contenido de la Tabla 3 y el Gráfico 3, en virtud de la necesidad de describir los resultados de una manera más exacta.

Tabla 3: Total de medidas de detención preventiva impuestas por los Juzgados Primero, Segundo, Tercero y Cuarto de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia

Juzgado de Control	Total de Medidas	%
Primero	426	50%
Segundo	385	53%
Tercero	278	58%
Cuarto	278	47%
TOTAL	1367	52%

Fuente: Silva (2019)

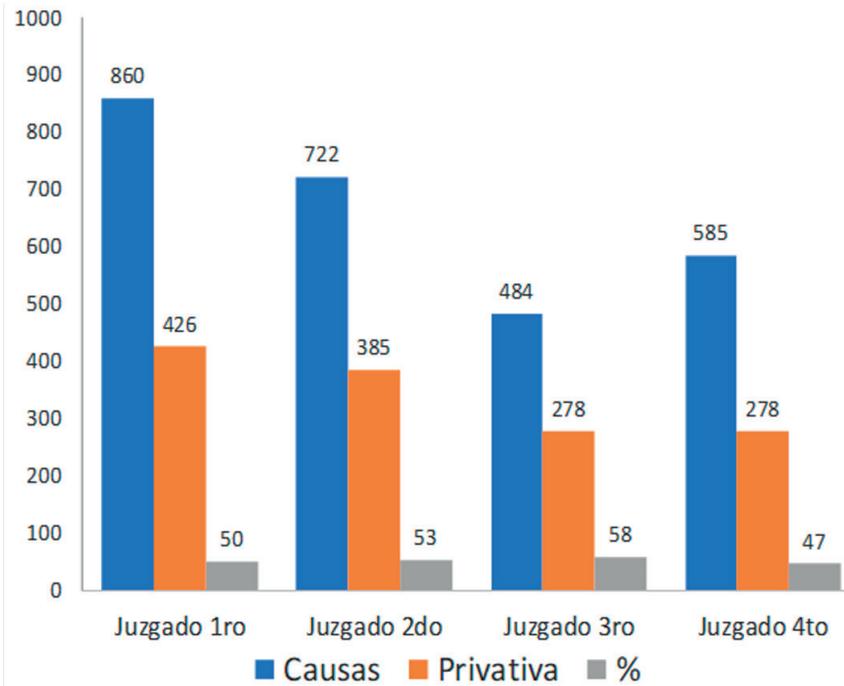
Se colige de los datos extraídos que, la privación de libertad como medida cautelar, para garantizar los fines del proceso, fija sus bases en los criterios supra expuestos, entre los que destacan, por un lado, la gravedad del delito, y por el otro, la necesidad de acreditar el *fumus boni iure* y el *periculum in mora*, como sustrato para la aplicación de esta medida tan extrema.

Con esto se busca que, la imposición de la detención preventiva mantenga su carácter excepcional, evitando convertir estas medidas gravosas en la regla, que tal y como se asentara en el primer acápite, fue un signo del sistema de enjuiciamiento de corte inquisitivo que rigió, por casi dos siglos en Venezuela.

Obviamente, los datos revelan que hay un 52% de personas que fueron sometidos a esta medida, que en términos bruto informa que 1367 im-

putados quedaron privados de libertad, con clara afectación de un valor, principio y derecho tan fundamental como lo es la libertad.

Gráfico 3: Total de medidas de detención preventiva impuestas por los Juzgados Primero, Segundo, Tercero y Cuarto de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia



De conformidad con esto, hay un claro riesgo de volver sobre los pasos que fueran superados una vez promulgado el Código Orgánico Procesal Penal en el año 1998, con una clara tendencia garantista lo cual abonaba a los valores axiológicos que permitieron la refundación de la República perfilándolo como un Estado democrático de derecho y de justicia, como lo dispone el artículo 2.

Trayendo a colación los criterios doctrinarios expuestos, la imposición regular y no excepcional, de la medida de privación de libertad anticipada, pudiera estar comprometiendo la visión democrática del Estado, pero será la relación de la medida con los delitos imputados los que permitirán observar este fenómeno.

Relación entre las medidas cautelares sustitutivas a la privación de libertad y los delitos imputados en los Juzgado Primero, Segundo, Tercero y Cuarto en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia

En cuanto al delito cometido objeto de imputación formal, en la Tabla 4 se realiza un listado pormenorizado de hechos punibles en los que incurrieron los sujetos que fueron presentados ante los Juzgados Primero, Segundo, Tercero y Cuarto en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, con sede en la ciudad de Maracaibo, objeto de estudio, puntualizando en este caso una relación entre la calificación jurídica dada a los hechos por el Fiscal del Ministerio Público y las consecuencias jurídicas que surgen de su puntual estimación.

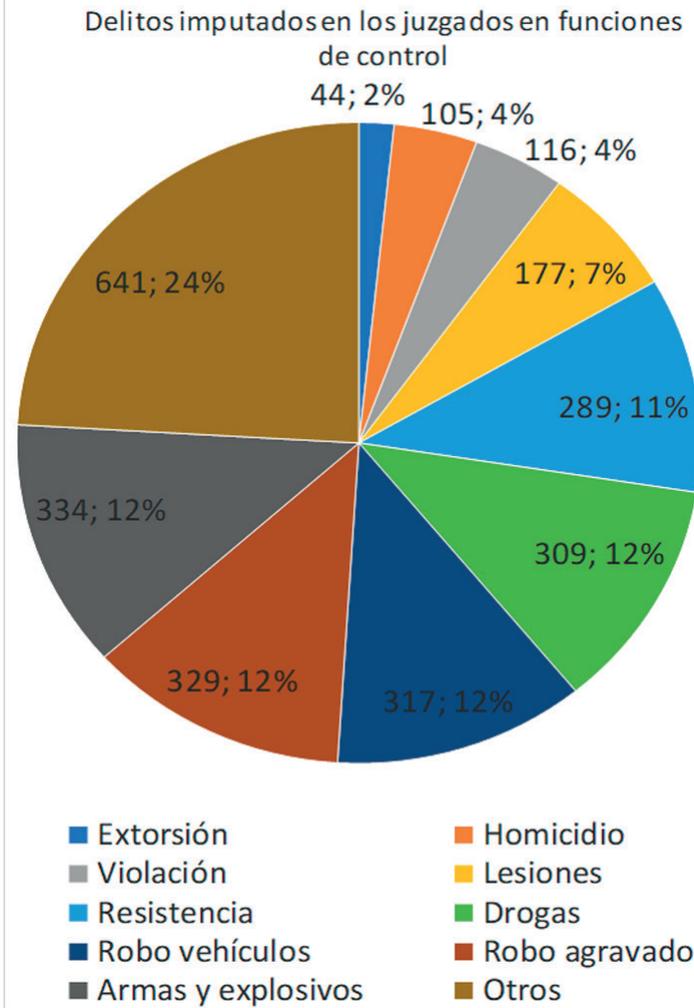
Respecto a la descripción gráfica de los delitos cometidos y su relación con la medida cautelar impuesta, se procede en este caso a agrupar el conjunto de hechos punibles en los que incurrieron, bajo el Gráfico 4, ubicando los 10 delitos con mayor frecuencia de comisión:

Tabla 4: Relación entre las medidas cautelares sustitutivas a la privación de libertad y los delitos imputados en los Juzgado Primero, Segundo, Tercero y Cuarto en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia

Delitos imputados	Causas Ingresadas	%
Extorsión y secuestro	44	2%
Homicidio	105	4%
Violación	116	4%
Lesiones	177	7%
Resistencia a la A.	289	11%
Drogas	309	12%
Robo de Vehículo	317	12%
Robo agravado y hurto	329	12%
Armas y explosivos	334	13%
Otros	641	24%
TOTAL	2661	100%

Fuente: Silva (2019)

Gráfico 4: Relación entre las medidas cautelares sustitutivas a la privación de libertad y los delitos imputados en los Juzgado Primero, Segundo, Tercero y Cuarto en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia



Es fácil advertir que, hay un estrecho margen de discrecionalidad, de los jueces para imponer la detención preventiva, en términos de proporcionalidad respecto de la entidad de los hechos punibles objeto de imputación penal y las medidas que han sido adoptadas por los Juzgados en funciones de Control de la región zuliana, ubicándose como susceptibles de aplicación de la gravosa prisión preventiva, un 48% de los delitos.

En este orden de ideas, la sumatoria de los delitos susceptibles de aplicación de la privación judicial preventiva de libertad, como la Extorsión y el Secuestro (2%) el Homicidio (4%), Violación (4%), Drogas (12%), Robo de Vehículos (12%), y el Robo Agravado y Hurto (12%), apenas revelan un 48% de hechos punibles que ameritan una respuesta tan extrema por parte del sistema de justicia penal, circunstancia que debe ser examinada, ya que se han excedido los criterios de aplicación, se entiende que es una mirada superficial, pero necesaria para la crítica constructiva respecto del ejercicio de las funciones judiciales, las cuales deben alinearse con los postulados del moderno derecho penal, entre estos la corriente garantista.

Es válido admitir que los porcentajes de aplicación de las medidas cautelares sustitutivas de la privación de libertad presentan serias similitudes y escasas diferencias respecto de la actuación judicial a cargo de los Tribunales Primero, Segundo, Tercero y Cuarto de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia. De igual modo, se aplica con mayor ligereza la detención preventiva, precisamente el principio de culpabilidad y el carácter de última ratio, de esta medida tan gravosa, son los pilares donde se asienta el moderno derecho penal, pero no se han erigido como estandarte de la justicia venezolana, de esta apreciación da cuenta los 1367 ciudadanos que han sido privados del sagrado derecho de la libertad.

Finalmente, es menester destacar, en el presente análisis, que los datos obtenidos en esta oportunidad, respecto de la práctica judicial del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, especialmente de los Juzgados Primero, Segundo, Tercero y Cuarto en funciones de Control, se relacionan con gran similitud con los datos colectados y publicados en distintos años y en distintas regiones, de ahí que se pueda inferir que en el resto de los Estados que integran la República Bolivariana de Venezuela, se repliquen los mismos resultados, en virtud, de que se ha trabajado con una muestra significativa, es decir, 2661 personas que fueran imputadas en estos despachos.

Discusión de los resultados

Se evidencia de los datos obtenidos que, aun hoy, es un desafío para la Administración de Justicia Penal, dar cumplimiento al principio de aplicación preferente de las medidas cautelares sustitutivas de la privación de

libertad, que de forma magistral aparece inserto en el primer aparte del artículo 242 del Código Orgánico Procesal Penal de 2012, que es del tenor siguiente:

Siempre que los supuestos que motivan la privación judicial preventiva de libertad puedan ser razonablemente satisfechos con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado o imputada, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del Ministerio Público o del imputado o imputada, deberá imponerle en su lugar, mediante resolución motivada, algunas de las medidas siguientes... (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

Empero, al evaluar la incidencia de aplicación de la detención preventiva, el ideal garantista, queda relegado, ya que se ha convertido la privación de libertad en la regla, atendiendo únicamente a la gravedad del delito, y no a los otros criterios expuestos, que dan cuenta de la necesidad de demostrar que hay un gran peligro para el desarrollo del proceso y de los derechos de las víctimas.

Por lo que esta actuación implica una interpretación extensiva de las disposiciones que autorizan la privación de libertad, contrariando el principio general de la afirmación de libertad, que está dispuesto en el artículo 233 del Código Orgánico Procesal Penal del año 2012, el cual dispone expresamente que: “Todas las disposiciones que restrinjan la libertad del imputado o imputada, limiten sus facultades y las que definen la flagrancia, serán interpretadas restrictivamente” (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

Ya se había alertado en el desarrollo del estudio que la libertad del imputado durante el proceso penal constituye la regla, y la imposición de la detención preventiva por encima de las medidas cautelares sustitutivas pone en tela de juicio el estado de inocencia que goza el imputado de delito.

En consecuencia, debe alertarse cualquier abuso contra el principio de la libertad durante el proceso, y toda aquella interpretación extensiva de las disposiciones que permiten su restricción, ya que la tentación represiva y autoritaria auspiciada por una forma de opinión pública y por intereses ajenos a la justicia, luchará por no renunciar a la aplicación, en muchos casos sin fórmula de juicio, de la pena anticipada de la prisión preventiva.

En forma práctica, se ha demostrado que el principio de proporcionalidad debe estar presente en la mente del juez, ocupando un lugar privilegiado en los estrados judiciales de la región zuliana, atendiendo en cada caso a la pluralidad de principios y medidas contenidas en los artículos que van del 229 al 242, del texto adjetivo penal patrio. Con esto, es importante, que el principio de afirmación de libertad se preserve durante todo el proceso, es decir, desde la investigación hasta su culminación.

Obviamente, la proporcionalidad, como principio, no se relaciona sólo con la privación de libertad, sino con cualesquiera de las medidas cautelares a imponer, dicha garantía implica que debe privar la racionalidad, en proporción al hecho punible atribuido y a sus consecuencias. Es mucho más explícito el legislador adjetivo, al disponer el criterio de proporcionalidad en el artículo 230 en los términos que siguen: “No se podrá ordenar una medida de coerción personal cuando esta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable” (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

El mismo texto, contiene un dispositivo de afirmación de la libertad, al establecer, que las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad, o de otros derechos del imputado, tienen carácter excepcional, sólo podrán ser interpretadas restrictivamente, y su aplicación debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pueda ser impuesta. Criterio que es mucho más explícito, al examinar el último aparte del artículo 242 del Código Orgánico Procesal Penal del año 2012, que a la letra dispone:

En caso de que el imputado o imputada se encuentre sujeto a una medida cautelar sustitutiva previa, el tribunal deberá evaluar la entidad del nuevo delito cometido, la conducta predelictual del imputado o imputada y la magnitud del daño, a los efectos de otorgar o no una nueva medida cautelar sustitutiva. En ningún caso podrán concederse al imputado o imputada, de manera simultánea tres o más medidas cautelares sustitutivas (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

En cuanto a la idoneidad, queda demostrado en el estudio que no es tan amplio el porcentaje de los casos que revelan gravedad, a pesar de esto, si es mayor el número de imputados que ameritaron su imposición, en claro desacato al contenido del artículo 249 del Código Orgánico Procesal Penal.

Perfilando de este modo, que no puede imponerse una medida que atente contra los fines del proceso, en consecuencia, siempre se deberá atender a los principios generales de aplicación, entre estos, proporcionalidad, idoneidad, necesidad y provisionalidad, que impiden su aplicación arbitraria y abusiva, limitación que nos ubica en el campo del garantismo.

Queda claro en este recorrido que las medidas cautelares se aplicarán de manera preferente a la privación de libertad, buscando en todo momento garantizar los fines del proceso, con la menor afectación de los derechos del encartado.

De igual modo, se distingue del artículo 242 *eiusdem*, que la enumeración que hace el legislador es de carácter enunciativo, esto como un derivado del principio de proporcionalidad y necesidad, que conducen al reconocimiento de la amplia discrecionalidad que tiene el juzgador. A partir de los datos obtenidos, el autor del estudio reconoce una interpretación extensiva de las disposiciones que autorizan la libertad en el proceso penal. Sólo excepcionalmente, por exigencias estrictas del proceso, se hace necesario tomar estas medidas de coerción personal, que como quedara asentado, afecta el bien más importante del ser humano después de la vida, como lo es el derecho a la libertad.

La privación de libertad riñe con principios tan medulares como el de afirmación de libertad y presunción de inocencia, produciéndose una compleja relación entre lo dispuesto en la constitución y los tratados internacionales y los fines utilitaristas que ha concebido el texto adjetivo penal.

En cuanto al límite temporal, impuesto por ley, queda claro que, la prisión preventiva, no debe sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de dos años; si se tratare de varios delitos se tomará en cuenta la pena mínima del delito más grave, aun cuando se dispone de una prórroga por el mismo lapso, asunto que ha generado cuantiosos debates académicos, los cuales no serán abordados en este estudio por no ser este el objeto cardinal que ocupa la atención del investigador.

Por último, cabe señalar que el principio favor *libertatis* o *procives* debe aplicarse rigurosamente como regla de hermenéutica constitucional, lo que significa aplicar en forma restrictiva la prisión preventiva como excepción, como asimismo la libertad provisional como regla.

La doctrina española señala que: «...La Constitución prevé un dispositivo normativo encaminado a: asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales, a evitar su modificación, así como a velar por la integridad de su sentido y función...» (Pérez Luño, 1998: 67), de esta magistral exposición surgirá la propuesta de investigación que se inscribe en el acápite que sigue, buscando de algún modo contribuir con la vigencia de instituciones que marcan el talante democrático de la nación.

También se incorporan como elementos a considerar entre los múltiples problemas que genera la aplicación de la detención preventiva, es que en una amplia mayoría de los casos, los mismos son resueltos en un lapso mayor al de los 45 días dispuestos en la ley, observándose que no se trata de procedimientos expeditos, lo cual vulnera el Derecho a la Libertad de aquellos que se encuentran sometidos al Sistema de Administración de Justicia, que debe ser declarada en virtud de una sentencia motivada.

Precisamente, la legitimidad de las decisiones está en sintonía con su motivación, lo que evita vicios que empañen su legitimidad, procurando con esto maximizar las garantías del encausado, en lo que respecta al derecho a la libertad y al debido proceso, por un lado y por el otro, atender a la protección de las víctimas como objetivos del proceso penal. De ahí, la imperiosa necesidad de que toda decisión ya sea ésta interlocutoria o definitiva, debe estar debidamente motivada o fundamentada.

Los datos registrados dan cuenta acerca de la dialéctica siempre presente entre la garantía y la eficiencia, denotando que la balanza nunca puede estar inclinada a favor del ejercicio del Poder Punitivo del Estado, evidenciándose, de conformidad con lo expuesto, una clara tendencia en el desconocimiento del Derecho a la Libertad del encausado en el proceso penal venezolano, lo que pudiera constituirse en una lesión a los principios de orden Constitucional y adjetivos.

En síntesis, los datos empíricos recolectados de cuatro Juzgados en Funciones de Control del Circuito Judicial del Estado Zulia, correspondientes a los años 2017 y 2018, revelan que en el 48% de las causas no existe un claro respeto por los postulados garantistas acogidos por más de dos décadas en Venezuela, por lo que aún persiste una alta tasa de personas

privadas de libertad sin que su juicio se haya resuelto mediante sentencia firme, lo cual atenta contra valores axiológicos como la libertad y la justicia, que son el fundamento del Estado de Derecho y de Justicia que sirve de sustento de la República, en razón de esto se recomienda atender las estrategias de Política Criminal que se han implementado, sobre todo aquellas de orden legislativo, mediante sucesivas y espasmódicas reformas que, en muchos casos, no responden a los criterios garantistas que fueron la punta de lanza de la reforma adjetiva penal, y que impuso una nueva cultura en el juzgamiento de la conducta humana, basada en el respeto de los derechos humanos fundamentales.

Conclusiones

Para determinar si el Estado venezolano ha sido consecuente con los postulados garantistas que le sirvieron de sustento a la implementación del Sistema de corte Acusatorio, se realizó una evaluación de los valores axiológicos previstos en la exposición de motivos del primigenio Código Orgánico Procesal Penal, con vigencia desde el 1° de Julio de 1999, en la cual se establecieron una serie de consideraciones que refrendaban que el juzgamiento penal que regía anteriormente no había podido garantizar la mayoría de los derechos humanos fundamentales de los sujetos que se enfrentaban a la Administración de Justicia, contenidos en los instrumentos legales internacionales y patrios, siendo además violatorio de principios procesales básicos, que por contraste obligaban al Estado Venezolano a garantizarlos, entre estos, las deformaciones de instituciones jurídicas reguladas en el derogado texto adjetivo penal, como lo fue la detención preventiva, que muchas veces se llegó a constituir en una verdadera condena anticipada, y sobre esto hay un consenso unánime en la literatura patria, que pudo ser corroborado mediante la decantación de los argumentos esgrimidos en el primer capítulo de esta investigación.

En efecto, bajo la vigencia del Código de Enjuiciamiento Criminal, la etapa sumarial fue concebida como una fase preparatoria del juicio plenario, no obstante, en la práctica, pasa a ser estimada como la etapa estelar del juzgamiento, siendo los órganos policiales, los que elaboraban el expediente; detenían al presunto autor del delito, y en violación de expresas disposiciones legales, lo condenaban públicamente a través de los medios de comunicación.

En lo que respecta al plenario, que fuera ideado como un verdadero juicio público y contradictorio, al ser privado en la realidad de todo con-

tenido sustancial, paso a ser un simple ritual sin sentido, porque prácticamente el proceso penal, finalizaba con el auto de detención, aprehensión esta practicada por los órganos de la policía judicial, sin autorización de un juzgado, lo cual convertía a los jueces en meros auxiliares de la policía, hoy la realidad es otra, estas etapas por fortuna han desaparecido, lo sumario ya no es el epicentro del proceso, sin embargo, el estudio da cuenta que es la detención preventiva, figura nefasta de todos los sistemas judiciales, la que hay que observar con bastante recelo.

Bajo este estado cosas, los autores consultados son contestes en señalar que, se practicaba una justicia de expedientes, en la que el ser humano, que se pretendía juzgar, permanecía detenido durante todo el proceso, perdido debajo de centenares y centenares de folios, donde la mirada del juez no iba más allá de las piezas del expediente; rara vez conocía el rostro del reo; y jamás veía el gesto, ni oía la voz de un testigo o de un experto; sólo se limitaba a la lectura de actas elaboradas por funcionarios policiales, y más grave aún, dentro de esta cadena de deformaciones, la sentencia no podía adoptar otra forma que la de una simple glosa de esas actuaciones policiales, con muy escasas referencias a los alegatos de la defensa y a la intervención del Ministerio Público, permaneciendo la persona detenida durante todo el proceso penal, en contravención de sus más elementales derechos y garantías.

En contraste con esta apretada síntesis, hubo la necesidad de cambiar el modelo de enjuiciamiento, donde era palpable la violación de los estándares más básicos del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, ya que dichas características eran una clara muestra del funcionamiento del sistema inquisitivo. Arguyeron en esta época, los que impulsaron la derogación del Código de Enjuiciamiento Criminal, que el mismo debía ser reformado desde su génesis, como un acto de justicia, de cara a algunos visibles privilegios, buscando con esto rescatar el valor de la igualdad ante la ley y la dignidad humana.

Estimamos, bajo la triangulación del contenido doctrinario especializado que, toda la oposición a estas ideas del oscurantismo, partían de la consolidación de los postulados del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia como parte inescindible de las virtudes republicanas,

asociándolo con sus verdaderos atributos: la defensa de la ley suprema de la nación, el imperio de la ley, la distribución de los poderes del Estado, y la protección y promoción de los derechos humanos.

Por estas, y otras razones de Política Criminal, el Estado Venezolano, asume los compromisos adquiridos por la República, a través de la suscripción y ratificación de los principales instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre (1948); Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1978); y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica 1977), entre otros, y se implementa a partir del 1° de julio de 1999, el Código Orgánico Procesal Penal promulgado en 1998, en el cual no sólo se establece un esquema procesal diametralmente opuesto al que regía, sino que se asumen una serie de obligaciones con los otros Estados de la comunidad internacional, y de los individuos que viven y habitan en el territorio, respecto al reconocimiento de los derechos incorporados en estos instrumentos.

Del estudio consciente de los principales instrumentos internacionales reseñados, se observa una clara relación con lo que se dispuso inicialmente en el Título Preliminar, del Código Orgánico Procesal Penal de 1999, hasta el vigente, entiéndase la preconfiguración de reglas claras que sustentarían el enjuiciamiento, incardinadas en los Principios y Garantías Procesales, que en más de veinte artículos, tratan indistintamente; el juicio previo y el debido proceso; el ejercicio de la jurisdicción; de la autonomía e independencia del Poder Judicial; de la autoridad del juez; de la obligación de decidir; de la titularidad de la acción penal; de la defensa e igualdad entre las partes; de la finalidad del proceso; del respeto a la dignidad humana; de la oralidad, publicidad, inmediación, concentración y contradicción; de la apreciación de la pruebas, los cuales formaron parte del análisis, pero muy especialmente se hizo énfasis en el principio de afirmación de la libertad, que bajo la investigación, era una de las variables por excelencia del estudio, en virtud de su relación con dos figuras principales: las medidas cautelares sustitutivas de la privación de libertad y la detención preventiva, como instituciones garantes de los resultados del proceso.

Ahora bien, una vez decantado los principios y garantías que sirven de sustrato a la aplicación de la medida cautelar sustitutivas de la privación judicial preventiva de libertad y a la detención preventiva, se tiene que en la práctica estas siempre han servido y han estado asociadas con los ideales de seguridad y bienestar social, lo que trae aparejado que las políticas de gobierno, en muchos casos, resten importancia a los modernos postulados del derecho penal, y se dediquen a sancionar nuevas leyes y/o modificar en gran medida las existentes, todo con el fin, de crear un ambiente de confianza y de seguridad colectiva, y así ha quedado evidenciado, en este último lustro, que ha sido testigo de relevantes reformas del Código Orgánico Procesal Penal, lo que ha llevado a muchos especialistas, y al investigador, a considerar que se han desdibujado los valores axiológicos que inspiraron la instauración del Sistema Acusatorio en Venezuela.

Bajo este marco de ideas, la nueva lógica del constitucionalismo en Venezuela, demanda el establecimiento de un modelo de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, cuyos valores se erigen como sustrato del ejercicio de los derechos ciudadanos, quienes están obligados a ejercer un efectivo control vertical sobre los órganos de poder, de manera general es posible aseverar que las reformas legislativas que ha padecido el Código Orgánico Procesal Penal, especialmente la eliminación de los juicios por jurados y escabinos, la proscripción de la publicidad y el aumento de los criterios para la aplicación de la prisión preventiva, prescinden de estos elementos, y tiende a la adopción de argumentos ajenos a toda razón para ejercer su autoridad, con lo cual termina por deslegitimarse el ejercicio del *ius puniendi*.

No obstante, y para los fines de lograr una adecuación de la política criminal a las demás estrategias del Estado, resulta necesario no considerar las reformas legislativas como un elemento separado, sino por el contrario obliga a verificar el nivel de incidencia y de correspondencia de estas medidas en el plano real, para lo cual habría que iniciar dicho proceso atendiendo los principios estatuidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), dispuestos para la protección de los Derechos Humanos Fundamentales.

En criterio del autor, sustentando en el acervo doctrinario compilado, la excusa latente respecto de la necesidad de adoptar estas medidas que atien-

dan al aumento de las estadísticas del delito atendiendo deben cimentarse en lo dispuesto en la Carta Magna y los textos internacionales que ha suscrito la República de Venezuela, apelando a la dialéctica del equilibrio entre el poder y los derechos de los ciudadanos, evitando el aumento del autoritarismo que termina por afectar a la víctima del delito y a la sociedad.

En razón de lo expuesto, la investigación de campo, en cuatro Tribunales de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, permitió determinar el porcentaje de aplicación de medidas de privación judicial preventiva de libertad y medidas cautelares sustitutivas de la privación de libertad, precisando que el estado venezolano bajo la implementación del Código Orgánico Procesal Penal, vigente desde 1999, con última reforma en el año de 2012, ha buscado, sin mayor éxito, garantizar los derechos individuales proclamados en la Carta Fundamental, en especial el derecho a la libertad, constatando igualmente que la Política Criminal que se ha diseñado en esta materia ha sido ineficaz en sus fines, ya que un 52% de los sujetos que han quedado privados de su libertad han incurrido en delitos que, sin duda, afecta el orden social, sin que se advierta mayores correcciones a las estrategia preventivas que deben articularse con los principios del Sistema Acusatorio.

Es fácil advertir que, en la sociedad venezolana, hay un gran desconocimiento sobre el verdadero contenido del derecho a la libertad, subrayando que mucha de las prácticas lesivas de este atributo humano, proceden del Estado, quien se encuentra en un lamentable proceso de limitación de las libertades individuales, sin que se hagan mayores esfuerzos, para reaccionar en contra de estos abusos, que como ya se indicara, afecta el núcleo esencial de la vida Republicana.

Basta con examinar el número de detenciones que se producen a diario, las cuales, en la inmensa mayoría de los casos están precedidas de escasos esfuerzos de investigación, con particular vulneración del debido proceso, observando bajo esta práctica una mayor ansia de llenar los recintos carcelarios, de ciudadanos investigados, sin que antes se haya decidido sobre su culpabilidad.

En contraste con esto, es tarea del Estado, evaluar el funcionamiento del Sistema de Administración de Justicia Penal, cuyo modelo de acción

se sustenta en los postulados garantistas propios del sistema acusatorio, a fin de constatar el número de individuos que hoy se encuentran privados de su libertad, y si estas decisiones se compadecen con los requerimientos constitucionales y legales supra expuestos.

Es relevante, tomar acciones específicas enrumadas a evitar afectaciones al derecho a la libertad, reivindicando los derechos del individuo y de su dignidad humana, otorgándole a la libertad personal, nuevamente, su valor supremo, retornando a los principios contenidos en el Código Orgánico Procesal Penal de 1998, que imponían el respeto por la libertad de las personas, estableciendo la detención preventiva como un mecanismo verdaderamente excepcional, eliminando los fundamentos difusos y subjetivos para su procedencia, tal y como se aprecia de las normas que contienen los principios generales que guían la aplicación de las medidas de coerción personal, previstas en el texto adjetivo penal.

En este sentido, se constata la necesidad de un derecho penal más humanitario, pero efectista, sin menoscabo de la dignidad humana como valor central del hombre, quien, a su vez, es el valor central de la vida social, y por tanto, debe ser tratado siempre como un fin en sí mismo y nunca como un objeto o instrumento del Estado venezolano.

En conocimiento de lo antes expuesto, no queda más que inferir que el derecho a la libertad fue limitado por el legislador patrio, dado que las últimas reformas de la ley penal adjetiva obstaculizan la realización del enjuiciamiento en libertad, dicha situación requiere de una pronta transformación parlamentaria.

Nótese que las disposiciones legislativas que limitan la posibilidad del enjuiciamiento en libertad, violentan flagrantemente el derecho fundamental a la libertad individual, destacando que es necesaria la invalidación de estas normas a los fines de su desaplicación, todo ello en ejercicio del control concentrado o abstracto que puede ejercerse frente a las normas que colisionen con la Constitución Nacional, se sugiere incluso un pronunciamiento del más alto Tribunal de la República, pues dicho organismo judicial es el máximo representante de la constitucionalidad y sus decisiones son de carácter vinculante para los demás integrantes del

poder judicial venezolano, ello deviene básicamente de lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999; tal mandato representa una garantía normativa de superlativo interés para la nación.

Así, el valor de la libertad, como lo establece el artículo 1 y 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, vincula a todos los órganos del Estado en su ejercicio, como a toda persona, grupo o institución; siendo deber de los entes del poder público, como prescribe el artículo 44 inciso segundo *eiusdem*, respetarlos y promoverlos, entendiéndose que tales derechos limitan la soberanía y están constituidos por los enunciados normativos contenidos en las leyes patrias y en los tratados de derechos humanos ratificados por la nación.

Índice bibliográfico

- Agudelo Betencourt, Nodier (1996). *Grandes corrientes del Derecho Penal, Escuela Clásica*. Editorial Foro Penal.
- Arias, Fidias (1999). *El Proyecto de Investigación. Guía para su elaboración*. Editorial Epistene Orial. Caracas, Venezuela. Pp. 23-25.
- Arteaga, Alberto (2001). *Código Orgánico Procesal Penal*. Caracas, Venezuela. Mc Graw Hill, Serie Jurídica. pp. 250-253.
- Arteaga, Alberto (2002). *La Privación de Libertad en el Proceso Penal venezolano*. Caracas, Venezuela. Livrosca.
- Asamblea Constituyente de la República Bolivariana de Venezuela (1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Nro. 5.453 Extraordinario de fecha 24 de Marzo de 2000.
- Asamblea General Constituyente Francesa (1789). *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Adoptada por la Asamblea General Constituyente Francesa del 20 al 26 de agosto de 1789. Aceptada por el Rey de Francia, el 5 de octubre de 1789.
- Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (2005). *Código Penal*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Nro. 5.768 Extraordinario de fecha 13 de abril de 2005.
- Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (2009). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Nro. 5.980 Extraordinario de fecha 19 de febrero de 2009.

- Ayala Corao, Carlos (1998). *La jerarquía de los tratados de derechos humanos*. En: El futuro del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Juan Méndez y Francisco Cox (eds). Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, Costa Rica.
- Banacloche Palao, Julio (1996). *La libertad personal y sus limitaciones*. Ediciones McGraw Hill. Madrid, España. Pp. 178-179.
- Barbero Santos, Marino (1997). *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, España, pp. 37-65.
- Binder, Alberto (2009). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Segunda Edición actualizada y ampliada. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires. Argentina. pp. 19-65.
- Bolaños, Marcos (2005). *Política Criminal y Reforma Penal*. Primer Congreso Internacional sobre Derecho Penal y Criminología. 24 y 25 noviembre de 2005, Mérida- Venezuela. Pp. 37-61.
- Borrego, Carmelo (2002). *La Constitución y el Proceso Penal*. Caracas. Editorial Livrosca.
- Bustos Ramírez, Juan (1986). *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá, Colombia. Editorial Temis.
- Cabanellas, Guillermo (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Nueva Edición Actualizada, Corregida y Aumentada. Undécima Edición. Argentina. Editorial Heliasta.
- Chávez, Nolan (2001). *Introducción a la Investigación Educativa*. Maracaibo, Venezuela. ARS Gráfica Editores. Pp.19-23.
- Comisión Interamericana de derechos Humanos (1996). *Informe N°11.245 de 1996*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp>. Fecha de consulta 02 de junio de 2018.
- Congreso Nacional (1998). *Código Orgánico Procesal Penal*. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, Nro. 5.208 Extraordinario de fecha 23 de enero de 1998.

- Congreso Nacional de la República de Venezuela (1961). *Constitución de la República de Venezuela*. Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 662 (Extraordinaria), del 23 de enero de 1961.
- Consejo de Europa (1950). *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales*. Aprobado por el Consejo de Europa. Roma, 4.XI. 1950
- Diez-Picazo, Luis (2005). *Sistema de Derechos Fundamentales*. Segunda Edición. Thomson, Civitas. Madrid España. Pp. 123-154.
- Fernández Carrasquilla, Juan (1994). *Concepto y Límite del Poder*. Bogotá. Editorial Temis.
- Fernández Carrasquilla, Juan (1995). *Derecho penal fundamental*. Bogotá. Editorial Temis.
- Ferrajoli, Luigi (2011). *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Decima Edición. Madrid. Editorial Trota.
- Ferrajoli, Luigi (1988). *El Derecho y el Proceso Penal como instrumento de Democracia*. Capítulo Criminológico. Revista del Instituto de Criminología Dra. Lolita Aniyar de Castro, Volumen 16. Número 2. Maracaibo, Venezuela. Pp. 34-58.
- Finol, Teresita y Nava, Hortensia (1996). *El Proceso de Investigación*. Caracas, Venezuela. Editorial Panapo.
- García, Luís (1995). *Juicio Oral y medios de prensa. El Debido Proceso y la protección del honor, de la intimidad y de la imagen*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ad-Hoc S.R.L. Pp. 111-112.
- Gimeno, José (1988). *Derecho Procesal*. Tomo II. Volumen 1. El Proceso Penal. Valencia. España. Valencia. España. Tirant lo Blanch. Pp. 29-35.
- Gómez De La Torre, Ignacio (1999). *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General. Barcelona. Editorial Praxis.
- Hernández, Fernández y Baptista (2010). *Metodología de la Investigación*. México. Editorial MacGraw-Hill. Pp. 65-69.

- Jiménez de Azua, Luís (1997). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina.
- López, F. (2002). *El análisis de contenido como técnica de Investigación*. En XXI, Revista de Educación Número 4. Universidad de Huelva. España. pp. 167-179.
- Maldonado, Pedro Osman (2001). *El Proceso Penal venezolano*. Caracas Venezuela. Osman Vivas Editor.
- Martínez, M. (2004). *La Investigación cualitativa etnográfica en educación. Manual teórico práctico*. México. Trillas.
- Méndez, Carlos (2001). *Metodología guía para elaborar Diseños de Investigación en Ciencias Económicas, Contables y Administrativas*, Bogotá, Colombia. Mc. Graw Hill. Pp. 55-57.
- Montero Aroca, Juan (2007). *Principios del Proceso Penal: Una explicación basada en la Razón*. Tercera Edición. Valencia. España. Editorial Tirant lo Blanch.
- Nava, Hortensia (2008). *La Investigación Jurídica ¿Cómo se elabora el proyecto?* Tercera Edición. Maracaibo, Venezuela. Editorial de la Universidad del Zulia.
- Nogueira, Humberto (2002). *La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno*. En Revista de Derecho, Vol. XIII, diciembre 2002, pp. 161-186. Chile.
- Onega, Antón (1949). *Derecho Penal, I. Parte General*. Madrid, España.
- Organización de Estados Americanos (1948). *Carta de la Organización de Estados Americanos*. Aprobada en la XI Conferencia Internacional Americana de Bogotá, del 30 de abril de 1948.
- Organización de Estados Americanos (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Aprobada en la XI Conferencia Internacional Americana de Bogotá, del 30 de abril de 1948.
- Organización de Estados Americanos (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Suscrita en San José de Costa Rica, en la

Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969, y en vigencia desde el 18 de julio de 1978.

Organización de Naciones Unidas (1948). *Carta de la Organización de Naciones Unidas*. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. París.

Organización de Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948. París.

Organización de Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos del Hombre*, suscrito en Nueva York, Organización de las Naciones Unidas. Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Organización de Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Organización de Naciones Unidas (1990). *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad* (Reglas de Tokio). Aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución del 14 de febrero de 1990.

Organización de Naciones Unidas (1992). *Proyecto de Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal*. Aprobada bajo el auspicio de la Sub-División de Prevención del Delito y Justicia Penal de la Oficina de las Naciones Unidas en Viena – Austria y el Gobierno Balear, noviembre de 1990 y febrero de 1992. Palma de Mallorca, España.

Pérez Luño, Antonio (1998). *Los Derechos Fundamentales*. Tirant lo Blanch. Valencia. España. Pp. 67-82.

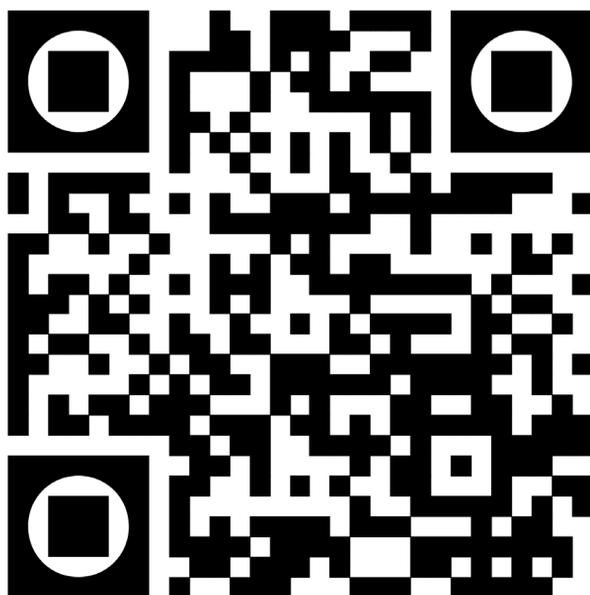
- Pérez, Eric (2007). *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*. Puesta al día conforme a la Reforma Parcial del 04 de octubre de 2006. Quinta Edición. Caracas, Venezuela. Vadell Hermanos Editores. Pp. 21-89.
- Pinto, Mónica (2014). *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. Pp. 1-19. Disponible en: www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/.../el-principio-pro-homine-criterios-de-hermeneutica-y-pautas-para-la-regulacion-de-los-derechos-humanos.pdf. Fecha de Consulta 13 de mayo de 2018.
- Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela (2012). *Código Orgánico Procesal Penal*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Nro. 6.078 Extraordinario de fecha 15 de junio de 2012.
- Richani, Samer (1999). *El Procedimiento Penal venezolano (Medidas asegurativas provisionales y sujetos procesales)*. Segundo Tomo. Distribuidora El Guay. Caracas, Venezuela.
- Rodríguez, Víctor (2012). *El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Pp. 1295-1328. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf> Fecha de Consulta 13 de mayo de 2018.
- Rosell, Jorge (2003). *El garantismo y sus postulados. Muestras jurisprudenciales*. Caracas, Venezuela. Separata de Temas de Derecho Penal Homenaje a Tulio Chiossonne. Colección Libros Homenaje No. 11, Tribunal Supremo de Justicia. Pp. 13-31.
- Roxin, Claus (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Argentina, Editorial del Puerto.
- Sabino, Carlos (2006). *El Proceso de Investigación*. Caracas, Venezuela. Ediciones Panapo. Pp. 34-55.
- Saín Silveira, José Tadeo (2003). *Temas Actuales de Derecho Procesal Penal*. Sextas Jornadas de Derecho Procesal Penal. Caracas, Venezuela. Publicaciones UCAB.

- Sánchez, Marlene (2012). *La Tutela en el Derecho Penal*. En: La Tribuna del Abogado. Revista de Actualidad Jurídica. Instituto de Capacitación y Desarrollo (ICADE). Año III, Numero 01. Enero. pp. 245-256. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina35663.pdf>. Fecha de Consulta 27 de enero de 2018.
- Schönbohm, Horst y Lösing, Norbert (1998). *Un nuevo Sistema Procesal Penal en América Latina*. Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano. Fundación Konrad Adenaur. P. 9.
- Tamayo y Tamayo (1998). *El proceso de la Investigación Científica*. Limusa, Noriega Editores. Venezuela. Pp. 31-35.
- Tamayo, José (2001). *Proposiciones para Reformar el COPP. Medidas de Coerción Personal*. Caracas, Venezuela. Ediciones de la Asamblea Nacional. Pp.53-55.
- Tocora Fernando (1990). *Política Criminal en América Latina*. Bogotá. Editorial Librería del profesional.
- Tribunal Supremo de Justicia (2001). *Sala Constitucional. Sentencia N° 00-3309, de fecha 31 de mayo de 2001*. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>. Fecha de Consulta 21 de mayo de 2018.
- Tribunal Supremo de Justicia (2002). *Sala Constitucional. Sentencia N° 229, de fecha 14 de febrero de 2002*. Disponible en <http://www.tsj.gov.ve>. Fecha de Consulta 23 de marzo de 2012.
- Tribunal Supremo de Justicia (2003). *Sala Constitucional. Sentencia de fecha 08 de julio de 2003, bajo expediente 03-1722*. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>. Fecha de Consulta 23 de mayo de 2018.
- Tribunal Supremo de Justicia (2003). *Sala de Casación Penal. Sentencia N° 423, de fecha 2 de diciembre de 2003*. Disponible en <http://www.tsj.gov.ve>. Fecha de Consulta 23 de marzo de 2012.
- Tribunal Supremo de Justicia (2006). *Sala de Casación Penal, Sentencia N° 329, de fecha 27 de Julio de 2006*. Disponible en <http://www.tsj.gov.ve>. Fecha de Consulta 23 de marzo de 2012.

- Tribunal Supremo de Justicia (2011). *Sala de Casación Penal. Sentencia N° 102, de fecha 18 de marzo de 2011*. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>. Fecha de Consulta 21 de mayo de 2018.
- Universidad Autónoma de México (S/F). *La Dimensión Histórica de la Constitución Británica*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2902/7.pdf>. Fecha de Consulta 23 de enero de 2018.
- Vásquez, Magaly (1999). *Nuevo derecho procesal penal venezolano. Las instituciones básicas del Código Orgánico Procesal Penal*. Caracas, Venezuela Publicaciones UCAB.
- Villagra, Soledad (2005). *El sistema universal de Derechos Humanos: los mecanismos convencionales y los mecanismos basados en la Carta*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2226/13.pdf>. Fecha de Consulta 27 de enero de 2018.
- Zaffaroni, Raúl Eugenio (1989). *En Busca de las Penas Pérdidas*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Ediar.
- Zaffaroni, Raúl Eugenio (2000). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Editorial Ediar.



Publicación digital de Ediciones Clío y
Fundación Difusión Científica.
Mayo de 2022
Maracaibo, estado Zulia, Venezuela.



Mediante este código podrás acceder a nuestro sitio web y visitar nuestro catálogo de publicaciones

MEDIDAS CAUTELARES SUSTITUTIVAS DE LA PRIVACIÓN JUDICIAL DE LA LIBERTAD

Postulados del derecho penal garantista en Venezuela

Fernando Silva

En *Medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial de la libertad: Postulados del derecho penal garantista en Venezuela* se evalúa las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de la libertad y el acogimiento de los postulados del derecho penal garantista en el sistema judicial venezolano. En este sentido, se debe articular el Sistema de Justicia Penal, en especial los operadores legislativos, judiciales, penitenciarios, para atender las demandas de los privados de libertad que al final de cuentas debe soportar tan onerosa carga, sin descuidar los derechos y la debida protección de la víctima del delito y de la sociedad que reclama acciones puntuales que impidan la impunidad.

Fernando Silva

Es abogado, Especialista en Ciencias Penales, Magister Scientiarum en Ciencias Penales y Criminológicas y Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad del Zulia. Actualmente, es Director General Contra la Delincuencia Organizada de la Fiscalía de la Republica Bolivariana de Venezuela.



ISBN: 978-980-7984-24-9



Ediciones Clío

9 789807 984249