

PROF. FRANCISCO FERREIRA DE ABREU. REFORMAR PARA NO CAMBIAR. 107-145.
REVISTA CENIPEC. 34. 2022. ESPECIAL ANIVERSARIO. ISSN: 0798-9202
DOI: <https://doi.org/10.53766/RECENI/2022.34.04>

PROF. FRANCISCO FERREIRA DE ABREU

REFORMAR PARA NO CAMBIAR

Recepción: 18/04/2023. **Aceptación:** 19/06/2023.

Prof. Francisco Ferreira deAbreu
abreuferreir@gmail.com
CENTRO DE INVESTIGACIONES PENALES Y CRIMINOLÓGICAS
“HÉCTOR FEBRES CORDERO”
ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
MÉRIDA-VENEZUELA

Resumen

Con este trabajo se persigue una aproximación al ideal político criminal del legislador penal venezolano en la última reforma del Código Orgánico Procesal Penal. En tal sentido, las modificaciones realizadas a algunos sus artículos se han presentado como un avance en cuanto a las garantías procesales. Sin embargo, una lectura detenida de los mismos parece ir en otro camino.

Palabras claves: proceso penal, política criminal, poder punitivo.

Reforming in order to stay the same

Abstract

This article seeks to explore legislators' ideal model of crime policy underlying the most recent reform of the Venezuelan Organic Criminal Procedure Code. On the one hand, the changes introduced to some of its articles have been portrayed as an advance in processual guarantees. However, a careful reading of these articles appears to suggest the opposite.

Key words: criminal procedure, crime policy punitive power

Réformer pour ne pas changer

Résumé

L'objectif de cet article est d'aborder l'idéal de politique pénale du législateur pénal vénézuélien dans la dernière réforme du code organique de procédure pénale. En ce sens, les modifications apportées à certains de ses articles ont été présentées comme une avancée en termes de garanties procédurales. Cependant, une lecture attentive de ces articles semble aller dans une direction différente.

Mots clés: procédure pénale, politique pénale, pouvoir de sanction.

Reformar para não mudar

Resumo

Este trabalho busca uma aproximação ao ideal político penal do legislador penal venezuelano na última reforma do Código Orgânico de Processo Penal. Nesse sentido, as modificações introduzidas em alguns de seus artigos têm sido apresentadas como avanços em termos de garantias processuais. Contudo, uma leitura atenta deles parece ir em outra direção.

Palavras chave: processo penal, política criminal, poder punitivo.

1.- Introducción

El título de esta pequeña valoración sobre la última reforma del Código Orgánico Procesal Penal (COPP), se ha concebido parafraseando a un profesor de la Universidad Nacional de Colombia Mauricio Martínez en el trabajo de su autoría “*El régimen punitivo en la reforma penal en curso. Cambiar algo para que todo siga igual*” (1999: 89 y ss.), en el cual se refirió a la reforma penal colombiana, en concreto, a los proyectos de código presentados por la Fiscalía General de la República de Colombia en 1998, de los cuales ha destacado la preeminencia de las penas privativas de libertad, el mantenimiento de penas altas y las restricciones en cuanto a la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la libertad condicional, favoreciéndose el cumplimiento intramuros de la pena por razones de necesidad en su ejecución (1999: 91-120).

Salvando las distancias, algo parecido ha tenido lugar en las dos últimas reformas del COPP, la de 2012 y la de 2021. Estas se han presentado como propuestas de mejora del sistema de justicia penal venezolano, mas sin embargo, ambas se han concretado para no cambiar y ni siquiera para que todo siga igual, sino para empeorar el estados de cosas. El retardo procesal que pretendía conjugarse con la reforma de 2012, como se indicó en la exposición de motivos de la misma, pudiera decirse apenas se ha mitigado con el incremento de las condenas por el procedimiento por admisión de los hechos (Ferreira: 2021, 2020).

A este respecto, refiriéndose a la reforma procesal penal en América Latina, Alberto Binder ha puesto de relieve que cambiar un sistema de justicia penal conlleva algo más que sustituir un código por otro (2012: 25). Esta advertencia por quien es amplio conocedor de las razones que motivaron la implementación de la reforma procesal en la región, es más que oportuna para dar cuenta de lo ocurrido con relación al proceso penal delineado COPP y, en particular, con la reforma de 2021.

Precedida de otras seis (2000, 2001, 2006, 2008, 2009 y 2012), la de 2021, es más que demostrativa, bien de lo advertido en cuanto a que la derogatoria del Código de Enjuiciamiento Criminal por el COPP por sí sola

-como era de esperarse- era, y aún lo es, insuficiente para alcanzar el ideal liberal trazado con la puesta en vigencia e implementación del COPP. Bien en cuanto a que los cambios introducidos con la reforma en comento en modo alguno mejoraría la situación actual del sistema de justicia penal venezolano. Fundamentalmente, ha de insistirse, porque estamos ante una reforma realizada para no cambiar Pensada y sancionada por los mismos actores políticos de las señaladas reformas y la legislación especial dictada del 2000 hasta el presente, cuyo punitivismo ha encontrado expresión pública y simbólica en el lamentable activismo punitivo que en redes sociales despliega el Ministerio Público.

No es casual que a poco más de dos décadas de la puesta en vigencia del COPP, en el seno de la doctrina penal venezolana se plantee la interrogante en cuanto a si se está ante una evolución o involución del derecho procesal penal venezolano (Vásquez, 2021), así como tampoco lo es que en atención a la reforma de 2012, quien fuera el presidente de la Comisión Legislativa del extinto Congreso de la República, a la cual se le encargó la transformación de la justicia penal venezolana con la redacción e implementación del Código Orgánico Procesal Penal, el parlamentario Luis Enrique Oberto, se haya referido a la misma como parte de su “desmantelamiento”, destacando la ausencia de desarrollo de sus instituciones².

La lectura de un texto de capital interés para comprender lo que ha ocurrido con las siete reformas realizadas al COPP¹ *“Justicia y gobernabilidad. La reforma procesal penal venezolana. “La justicia de la gente”*, calificado por el profesor Sergio Brown Cellino como un texto de historia de la legislación y del Derecho procesal penal venezolano (Oberto, 1999: 11), resulta clarificador para saber de dónde venimos y a dónde vamos, como de igual forma lo es el trabajo de ascenso de la recordada profesora de la Universidad Central de Venezuela Myrla Linares Alemán *“El sistema penitenciario venezolano”* (1981).

El primero de los textos mencionados, especialmente esclarecedor para quienes no vivieron la vigencia del sistema procesal del Código de

¹ Véase en las cuentas de X e Instagram del Ministerio Público: @MinpublicoVEN y @mpublicove

² Ver en: Oberto, L. *El desmantelamiento del COPP*. El Universal, 27/06/2012: <http://www.eluniversal.com/opinion/120627/el-desmantelamiento-del-copp-imp>

Enjuiciamiento Criminal, da cuenta de cómo la justicia penal se fundaba en actas policiales recabadas en el curso de la investigación sumarial por la otrora Policía Técnica Judicial (ahora CICPC), por lo que se hablaba de “justicia” policial, en tanto que era este el órgano que preparaba el sumario, del cual se servía el juez de instrucción para dictar el conocido auto de detención, previa indagatoria en la que el juzgador interrogaba al investigado para obtener la “verdad” mediante confesiones o en su defecto en una suerte de presunción de la culpabilidad, una vez que aquél se acogía *para su desgracia*- al precepto constitucional de no declarar

De otra parte, en tanto el juez que dictaba el auto de detención (con sustento en dicho sumario policial, privando de libertad al investigado, previa valoración de indicios y presunciones de culpabilidad), era el mismo que asistía al acto de cargos (de imputación), recibía y evacuaba la prueba en el plenario para luego dictar sentencia de primera instancia, ello no podía conducir a otra cosa que no fuera la privación de libertad durante el juzgamiento y la consiguiente sentencia condenatoria. Razón por la cual se concibió la necesidad de dividir el proceso en fases con jueces distintos y el establecimiento de jueces destinados a proteger a los ciudadanos del poder punitivo durante la investigación y hasta antes de decidir su envío a juicio.³ Otro de los objetivos de la reforma procesal penal, fue el dirigido a establecer el principio del juzgamiento en libertad, en la idea de contrarrestar el hacinamiento carcelario y revertir la situación de los presos sin condena, en tanto la población reclusa era mayoritariamente de procesados (*Human Rights Watch*, 1998). Todo lo cual era consecuencia del punitivismo de la legislación penal sustantiva, el sistema procesal y el retardo procesal (Oberto, 1999: 119 y ss.).

Con la revisión del segundo de los textos referidos, a saber el de Myrla Linares Alemán, además de advertir lo señalado en cuanto a la importancia que tenía el uso de la pena privativa de libertad en el sistema de justicia penal determinado por el Código de Enjuiciamiento Criminal, también resalta el llamado de atención en orden a que el hacinamiento de las cárceles, antes de versar sobre un problema penitenciario, trataba de un problema procesal

³ Véase en Gössel (2013: 1342).

(1981: 43), atribuible al retardo procesal, la prevalencia de la privación de libertad de los procesados, la precariedad en términos de recursos humanos y materiales, la politización del poder judicial, lo vetusto de la normativa penal, la insuficiencia de tribunales, las irregularidades en el traslado de procesados a las audiencias y , finalmente, la inversión del sistema penitenciario, causada por la lentitud de la justicia penal y la preeminencia de la privación de libertad durante el proceso (1981: 43 – 61).

Problemática similar con la que se encontró el “legislador” material de la reforma de 2012, en cuya exposición de motivos se refirió a la necesidad de conjurarla, en su parecer, con el ajuste de las disposiciones del pre-constitucional Código Orgánico Procesal Penal a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en función de una justicia penal “... *imparcial, expedita, responsable, equitativa, eficiente, pero por sobre todo, eficaz, la cual no cederá ni se sacrificará en razón de formalidades no esenciales e insubstanciales...*”, al cual se le atribuyó el retardo procesal y la impunidad, además de haber sido “... *vendido por sus redactores como la panacea de nuestro sistema de juzgamiento...*”, justificándose en tal sentido las reformas realizadas por la Asamblea Nacional desde el 2000 al 2009 (COPP: 2012). En la citada exposición de motivos se señaló:

“... Desde la Asamblea Nacional se hicieron reformas parciales al contenido del COPP, dando respuesta puntual a reclamos de la población penitenciaria y de los operadores de justicia que evidenciaban contradicciones en las normas de procedimiento contenidas en el Código, con los dispositivos Constitucionales; ello era entendible dado el carácter preconstitucional de la ley adjetiva.

Ahora bien, lo más grave no es la preconstitucionalidad del código, sino que los redactores elaboraron unas normas divorciadas absolutamente de la realidad venezolana, para ofrecer como resultado una copia del sistema alemán que incorporó a nuestro sistema una figura como el escabinado, ajena totalmente a nuestras costumbres. Los proyectistas del COPP de 1999 estudiaron y copiaron el sistema Anglosajón, siendo que el jurado escabinado se da en Francia, Italia, Alemania, Suiza, Portugal, en años de tradición jurídica donde la costumbre ha sido fuente de su ley, atendiendo a sus realidades, pero olvidaron u obviaron los proyectistas, lo más importante, estudiar a

fondo la realidad venezolana para aplicar normas de procedimiento cónsonas con nuestra idiosincrasia.

Ahora bien, ante el evidente fracaso en la aplicación de ese modelo importado que, entre otras cosas, incide en el retardo procesal, que conlleva a la impunidad, así como las contradicciones con la Constitución de la República, emerge de manera ineludible la necesidad de una revisión a fondo e integral del contenido normativo del Código Orgánico Procesal Penal...” (COPP: 2012).

El que estemos una legislación pensada para que todo siga igual o empeore, esto es, en una suerte de reconversión del sistema de justicia penal, lo demuestra no sólo el hecho de que sean los mismos actores políticos quienes, reforma tras reforma, desmeritándose a sí mismos, se dan cuenta que luego de las modificaciones concretadas en el COPP del 2000 al 2009, trece años después, había que ajustar tal instrumento normativo a la Constitución y nueve años más tarde debía adecuarse el sistema de justicia penal a los derechos humanos,⁴ en el marco de la denominada revolución judicial. En

⁴ Véase en la siguiente nota de prensa del 16 de septiembre de 2021, en el portal oficial de la Asamblea Nacional: “AN sancionó la reforma de cinco leyes del sistema judicial”, en la que se puede leer: “... La Asamblea Nacional (AN) sancionó la reforma de cinco leyes del sistema judicial venezolano. Estas son la Ley Orgánica de Reforma del Código Orgánico Procesal Penal (COPP), Ley Orgánica de Reforma del Código Orgánico Penitenciario (COP), Ley de reforma de la Ley de Protección de Víctimas, Testigos y demás Sujetos Procesales, la Ley Orgánica de Reforma del Código de Justicia Militar y la Reforma Parcial de la Ley del Estatuto de la Función de la Policía de Investigación. El presidente de la Comisión Mixta encargada de revisar exhaustivamente el bloque de leyes propuesto por la Comisión Presidencial para la Revolución Judicial, diputado Pedro Carreño, expresó que las leyes adecuaron la arquitectura jurídica del país y colocarán a Venezuela en la vanguardia en Derechos Humanos...” (<https://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/an-sanciono-la-reforma-de-cinco-leyes-del-sistema-judicial>). También se informó que la reforma del COPP reduciría los lapsos y se agilizaría con ello la realización de las audiencias, además de suprimirse las apelaciones con efectos suspensivos interpuestas por los fiscales del Ministerio Público y modificar lo relacionado con el acto de imputación.

⁵ Cfr., lo señalado en las notas de prensa del 25 de junio de 2021, relacionadas con la revolución judicial: “AN instala Comisión Especial para la Revolución Judicial presidida por Diosdado Cabello” “... Este viernes la Asamblea Nacional (AN) instaló la Comisión Especial para la Revolución Judicial, que estará presidida por el diputado Diosdado Cabello, quien anunció que fueron designados equipos de trabajo en centros de detención preventiva de 6 regiones de Venezuela. “Hemos instalado la Comisión a nivel nacional y hemos designado equipos de trabajo organizados en 6 regiones de Venezuela. El Consejo de Estado ha dado 60 días para que estén desocupados los centros de detención preventiva. Esperamos cumplir esa tarea en mucho menos tiempo”, expresó. (...) “Estamos obligados a visitar todos los centros temporales preventivos que hay en Venezuela y vamos a entrevistar a cada una de las personas que estén privadas de libertad. El equipo multidisciplinario comenzará a tomar decisiones inmediatas, en el caso que lo amerite la Ley”, afirmó...” (<http://www.correodelorinoco.gob.ve/an-instala-comision-especial-revolucion-judicial-presidida-diosdado-cabello/>); “Asamblea Nacional

este sentido, mención especial merece lo señalado por un diputado de la Asamblea Nacional, lo cual es más que suficiente para explicar las marchas y contramarchas de un legislador que sin reparar va tras sus repetidas ofertas políticas de mejora del sistema de justicia penal frente al retardo procesal, la prisión preventiva y la desprotección de las víctimas, interviniendo con destituciones sin debido proceso a jueces que además de no haber ingresado por concurso no cuentan con la estabilidad laboral que ofrecería un robusto sistema de carrera judicial.⁶

de Venezuela instala Comisión Especial para la Revolución Judicial” “... “Estamos obligados a visitar todos los centros temporales preventivos que hay en Venezuela y vamos a entrevistar a cada una de las personas que estén privadas de libertad. **El equipo multidisciplinario comenzará a tomar decisiones inmediatas**, en el caso que lo amerite la Ley”, precisó el Diputado. Diosdado Cabello aseguró que **la comisión va actuar en tres vertientes principales**: el acondicionamiento de hacinamiento, el cuerpo de leyes y finalmente la revisión de la estructura del sistema judicial a profundidad, que incluye cuerpos policiales, el Ministerio Público y el Tribunal Supremo de Justicia...” (<http://www.laradiodelsur.com.ve/asamblea-nacional-de-venezuela-instala-comision-especial-para-la-revolucion-judicial/>).

⁶ Véase en la nota de prensa del 08 de febrero de 2023, publicada en el diario CIUDADCCS: “*Cambios estructurales sustentan la Revolución Judicial en Venezuela*” “... Erradicar retardo procesal, regular perfil de los jueces y proveer organismos competentes. El diputado Elvis Junior Hidrobo, integrante de la Comisión Especial para la Revolución Judicial de la Asamblea Nacional (AN), informó que la Ley Orgánica del Sistema de Justicia, en la que actualmente trabajan junto a la Comisión de Política Interior y representantes del sistema de justicia venezolano, regulará todas las actividades de los jueces en el país. Destacó que con esta acción se espera erradicar el retardo procesal, regular el perfil de quienes ejercen la actividad judicial, proveer organismos competentes para supervisar estas tareas y sancionar cuando sea necesario, reseña la Agencia Venezolana de Noticias (AVN). Durante una entrevista que concedió este miércoles, en el programa *Al Aire*, transmitido por Venezolana de Televisión (VTV), el parlamentario exhortó a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) a acudir a las cárceles y tribunales para conocer y atender las problemáticas. (...) Explicó que, como parte del trabajo consistente en recorrido parlamentario en los tribunales y centros de detención, especialmente los correspondientes al oriente del país, fueron destituidos varios jueces que no ejercían dicha vocación como exige la ley venezolana, y se instituyeron nuevas presidentas de los circuitos judiciales de Nueva Esparta y Monagas. (...) “En relación con la zona oriental, que está bajo mi responsabilidad como miembro de la Comisión Especial para la Revolución Judicial, llevamos a cabo la remoción de una gran cantidad de jueces que no estaban ajustados al marco de la ley; además se cambió la presidenta del Circuito Judicial del estado Nueva Esparta, también del estado Monagas, y aún faltan los cambios en Sucre y Anzoátegui, para de esta forma completar la cobertura del eje oriental”, detalló. “Todos estos cambios estarán ocurriendo de forma progresiva y será una manera expedita de acabar con el retardo procesal en la región oriental”, aseveró el diputado. Además, indicó que recientemente se desplegaron jefes regionales por cada eje del país, quienes se encargarán de supervisar los tribunales a nivel nacional para que no haya “libre albedrío en los jueces que no se apoyan en los otros organismos del Estado”. Del mismo modo, resaltó la reciente convocatoria a concurso para jueces que realizó el TSJ, parte de los avances conseguidos con la reestructuración del sistema judicial venezolano impulsada por la presidenta del ente, Gladys Gutiérrez. Con relación a la convocatoria, el diputado resaltó: “Hacia años que no se llevaba a cabo, ya que las anteriores Administraciones no se habían dedicado a ello.

A estos actores políticos de las reformas y contrarreformas, que propiciaron las jubilaciones especiales para jubilar antes de tiempo a los pocos jueces penales que quedaban por concurso público, se les suma el mismo poder judicial que ha decidido que los delitos previstos en la legislación antidrogas son de lesa humanidad,⁷ los sexuales perpetrados en niños y adolescentes

Por mandato constitucional, un abogado en ejercicio, con el currículo adecuado puede concursar para ser juez de la República, esto se había perdido”. (...) En este contexto, el parlamentario llamó al pueblo “a tener confianza en las instituciones judiciales del Estado”, destacando que, dentro de la agenda legislativa, “trabajan en la modificación de leyes fundamentales para dinamizar y agilizar las actividades y atención”, es decir, para el óptimo funcionamiento del sistema de justicia. Finalmente, Hidrobo señaló que las personas deben denunciar cuando exista retardo procesal, para que los reclusos tengan acceso a los beneficios que les corresponden por mandato judicial...” (<https://ciudadccs.info/publicacion/4652-0>).

⁷ Véase lo dicho por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia 875 del 26 de junio de 2012, dictada a los días de la reforma del COPP de 2012: “... De manera que, precisa la Sala distinguir entre los beneficios que pueden ser dictados dentro de las tres primeras fase del proceso penal –investigativa, preliminar y de juicio- llamados procesales, y aquellos que pueden ser dictados en la fase de ejecución, llamados postprocesales, entendiéndose por los primeros todos aquellos que, aun cuando son restrictivos a la libertad, se consideran como menos gravosos a la privación de libertad, y que al otorgarse mejoran, considerablemente, la condición actual del procesado objeto de esta medida, encontrándose dentro de éstos las medidas cautelares que sustituyen a las de privación de libertad, y por los segundos, aquéllos que se dictan en la fase de ejecución, una vez que, sometido el encartado a un juicio previo, ha emanado del mismo una sentencia condenatoria definitivamente firme, encontrándose dentro de aquéllos la suspensión condicional de la suspensión de la pena, las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena, entre otras, entendiéndose que operan como beneficio, toda vez, que mejoran la situación del penado. Ello así las restricciones que establece el constituyente para optar a los beneficios, tanto procesales como postprocesales, con respecto a ciertos delitos, responden a un interés legítimo de salvaguarda del interés social, contraponiéndolo al interés particular del contraventor, por lo que debe entenderse, no atentan contra el principio de progresividad de los derechos humanos, sino que intentan mantener el equilibrio entre los derechos individuales y los derechos colectivos. Así pues, cuando el constituyente estableció la limitación para optar a los beneficios que puedan conllevar a la impunidad, en los casos de delitos de *lesa humanidad*, así como en los de violaciones de derechos humanos y crímenes de guerra, no distinguió entre las dos categorías mencionadas anteriormente, entendiéndose, entonces que esta excepción opera en ambos casos, tanto en el otorgamiento de beneficios procesales como en el de los beneficios postprocesales. Ello es así, porque una de las fases en el cumplimiento de la pena es de carácter retributivo, entendiéndose por tal, la “*finalidad de la pena, que trata de corresponder con el mal señalado en la ley al causado por el delincuente*” (Manuel Osorio: Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Heliasta, 1999, p. 881). En ese mismo sentido se ha orientado la jurisprudencia pacífica de este Alto Tribunal, la cual se ha mantenido en el tiempo, como puede observarse en las sentencias números 1.485/2002, 1.654/2005, 2.507/2005, 3.421/2005, 147/2006, 1.114/2006, 2.175/2007, entre otras, las cuales fueron ratificadas en sentencias recientes, como las números 1.874/2008, 128/2009 y 90/2012, dirigidas a ratificar la imposibilidad de conceder beneficio alguno a los delitos que atentan contra la salud física y moral del colectivo, como es el delito de tráfico de sustancias estupefacientes, en todas sus modalidades, por lo que se precisa, que a estos tipos penales no le es aplicable ninguna fórmula alternativa de cumplimiento de pena, ni algún otro beneficio de los establecidos en el Capítulo Tres del Libro Quinto, referido a la ejecución de la pena, del Código Orgánico Procesal Penal, ni a la suspensión condicional de la pena

se consideran como delitos atroces y en ciertos delitos de género, en atención a los cuales tampoco pueden dictarse medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva, entendidas como beneficios procesales, ni acordarse beneficios penitenciarios.⁸

En este contexto político criminal, la reforma de 2021, los artículos reformados y las modificaciones introducidas en ellos se tienen por

prevista en el artículo 60 de la Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas, -aplicable *ratione temporis* en el presente caso- y en el 177 de la vigente Ley Orgánica de Drogas, que es un beneficio que se concede en la fase de ejecución del proceso penal, y que sí puede proceder en los casos del delito de posesión ilícita, previsto en el artículo 34 *eiusdem*...” (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/junio/875-26612-2012-11-0548.HTML>).

⁸ Así en la decisión 91 del 15 de marzo de 2017, dictada por la Sala Constitucional, cuya doctrina vinculante se mantiene aún después de la reforma de 2021: “... En vista de las consideraciones anteriores, esta Sala Constitucional resuelve que los hechos punibles que ocasionan un alto impacto social y que constituyen delitos atroces, por sus graves violaciones a los derechos humanos, son los siguientes: 1.- El delito de violencia sexual (tipificado en el artículo 43 LOSDMVL V), **cometido en forma continuada**; 2.- el delito de acto carnal con víctima especialmente vulnerable (artículo 44 LOSDMVL V); 3.- el delito de prostitución forzada (artículo 46 LOSDMVL V); 4.- el delito de esclavitud sexual (artículo 47 LOSDMVLV); 5.- el delito de tráfico ilícito de mujeres, niñas y adolescentes (artículo 55 LOSDMVL V); y 6.- el delito de trata de mujeres, niñas y adolescentes (artículo 56 LOSDMVL V). Estos hechos punibles, constituyen delitos atroces configurativos de “*una violación sistemática de los derechos humanos, que muestra en forma dramática los efectos de la discriminación y subordinación de la mujer* (incluidas niñas y adolescentes) *por razones de sexo en la sociedad*”; por lo que, al estar estos delitos vinculados estrechamente con el compromiso por parte del Estado venezolano de adoptar las sanciones penales contra aquellos hechos pertenecientes al “*Derecho Internacional Humanitario*”, y dado que causan – como hemos referido- un alto impacto tanto en la sociedad venezolana como en la internacional, la Sala resuelve, **con carácter vinculante**, que en el juzgamiento de estos delitos, calificados por esta máxima instancia constitucional como atroces, **una vez que se haya desvirtuado el principio de presunción de inocencia, mediante sentencia condenatoria definitivamente firme, no podrán otorgarse los beneficios procesales establecidos en la ley ni habrá lugar a la aplicación de fórmulas alternativas de cumplimiento de pena**. Así se decide. Además, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 4 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; esta Sala Constitucional, atendiendo a las condiciones de igualdad y trato igual, extiende a los delitos de explotación sexual de niños y adolescentes varones; y abuso sexual a niños y adolescentes varones, **cometidos en forma continuada**, tipificados en los artículos 258, 259 y 260 *eiusdem*, por ser también **violaciones graves contra los derechos humanos; en consecuencia, se establece igualmente con carácter vinculante, que en el juzgamiento de estos delitos una vez desvirtuado el principio de presunción de inocencia, mediante sentencia condenatoria definitivamente firme, no podrán otorgarse los beneficios procesales establecidos en la ley ni habrá lugar a la aplicación de fórmulas alternativas de cumplimiento de la pena**. Así también se decide. Por último, esta Sala considera necesario realizar igualmente, la siguiente consideración: En los delitos señalados anteriormente por esta Sala como atroces, cuando las víctimas sean niños, niñas y adolescentes (sean éstos hembras o varones), el cómputo para que opere la prescripción de la acción penal destinada a su enjuiciamiento se iniciará a partir del día en que la víctima adquiera la mayoría de edad. De igual manera, dicho lapso de prescripción comenzará a computarse desde el día que fallezca la víctima menor de edad...” (<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/196883-91-15317-2017-14-0130.HTML>).

innecesarias (artículos 30, 69 y 175), aparentes (artículos 124, 267, 309, 318, 320, 325 y 517) y emparentadas con el ideal punitivo (artículos 122, ordinales 2, 10 y 11, 126, 126-A, 295, 230, 237, 430, 473 y 516).

2.- Reformas innecesarias

En relación a las reformas innecesarias, destaca la realizada al artículo 175, con la inclusión de un aparte en el cual se sanciona con la nulidad absoluta las detenciones realizadas al margen de la legalidad penal y constitucional. Cuando se lee esta norma, de un lado, surge la pregunta en torno a si era necesario regular de modo específico la nulidad de las detenciones contrarias a la Constitución y la ley del otro, si tal necesidad no hace más que poner en evidencia lo que el propio artículo 175 y lo consagrado en el artículo 44 de la Carta Magna no han podido evitar, precisamente, por la ausencia de control judicial y la ausencia del Ministerio Público, lo que ha conllevado al desplazamiento del Estado de Derecho por un ilimitado y anárquico Estado Policial, propio de un Estado de Naturaleza caracterizado por la ausencia del juez imparcial (Fernández, 1996: 22).

Con la inclusión de este aparte en el citado artículo 175, se planteó que se dejaría la praxis judicial concretada a partir de la conocida sentencia 526 del 9 de abril de 2001 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,¹⁰ en virtud de la cual la inconstitucionalidad e ilegalidad de las restricciones a la libertad personal, realizadas por funcionarios policiales, se subsanaban con el pronunciamiento judicial que decretaba la procedencia

⁹ A esta norma cuya redacción original contenida en el COPP de 2012 era esta: “... **Artículo 175.-** Serán consideradas nulidades absolutas aquellas concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado o imputada, en los casos y formas que este Código establezca, o las que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías fundamentales previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, este Código, las leyes y los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela...”, después de nueve años, se le agregó el siguiente aparte: “... *En los casos de detenciones que se realicen en contravención a lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, este Código, las leyes y los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela, serán consideradas nulidades absolutas, y en consecuencia el Juez o la Jueza deberá ordenar la libertad sin restricciones, y la remisión inmediata al Ministerio Público a los fines del inicio de la correspondiente investigación por la detención anulada...*”.

¹⁰ Cfr. en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/526-090401-00-2294.HTM>

de la privación judicial preventiva de libertad, una vez presentada la persona detenida ante el juez. A este respecto, es necesario señalar que el argumento central de esta decisión,¹¹ encontró eco en otras decisiones de la misma Sala, de suerte que dicha sentencia, infortunadamente, no es el único fallo favorecedor de la legitimación de detenciones ilegales. Unos pocos meses después, el 11 de diciembre de 2001, en sentencia 5080, con ponencia del ex Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero *quien votó a favor de la ponencia de la 526-*, se interpretó extensivamente la definición legal de flagrancia para ampliarla ante un alegato defensivo de violación del artículo 44 de la Carta Magna en un caso de drogas ilícitas (Ferreira, 2005).

Las decisiones dictadas por los Jueces de Primera y Segunda Instancia con fundamento en los argumentos de estas sentencias de la Sala Constitucional, las cuales han favorecido el impune actuar del Estado Policial, muy a pesar del innecesario aparte del 175, seguirán dictándose mediante interpretaciones encubiertas e infieles con las garantías (Rusconi, 2005: 36), cobijadas, por ejemplo, en el último aparte del 236 del COPP que regula las aprehensiones policiales por *extrema necesidad y urgencia*, como la que se ha realizado en la sentencia 857 del 27 de octubre de 2022, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual ha reivindicado, en

¹¹ “... En criterio de la Sala, la acción de amparo propuesta resulta inadmisibles toda vez que la inconstitucionalidad de la presunta detención practicada por los organismos policiales sin orden judicial alguna, no puede ser imputada a la Corte de Apelaciones accionada, ni tampoco al Juzgado de Control que dictó el auto de privación judicial preventiva de libertad el 2 de junio del 2000, *ya que la presunta violación a los derechos constitucionales derivada de los actos realizados por los organismos policiales tienen límite en la detención judicial ordenada por el Juzgado de Control, de modo tal que la presunta violación de los derechos constitucionales cesó con esa orden, y no se transfiere a los organismos judiciales a los que corresponde determinar la procedencia de la detención provisional del procesado mientras dure el juicio...*” (Subrayado en cursivas fuera del texto).

¹² Un adelanto de lo que años más tarde el ex Magistrado civilista y probacionista presentó bajo la denominación de “flagrancia como estado probatorio”, una noción construida para ampliar el poder punitivo, cuyo ideal, a modo de colofón, se expresa en el siguiente pasaje del texto “ *El delito flagrante como estado probatorio*”: “... *La lucha contra el delito, necesita de instituciones vigorosas, que sin desconocer derechos humanos y constitucionales, permita la investigación del hecho punible y la captura de los delincuentes, asegurando de paso los derechos humanos de las víctimas. La interpretación que hemos hecho, consideramos que logra ese fin y se repara (sic) de la vetusta interpretación hasta ahora existente que limita la institución a la captura inmediata...*” (Cabrera, 2006: 104) de la misma manera como se anticipó en la sentencia que luego se plasmó en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

toda su dimensión, la expresión normativa del encabezamiento del último aparte del referido artículo 236: *la extrema necesidad y urgencia*.¹³

En esta sentencia, la necesidad extrema y urgente, no ha sido otra que la de legitimar el actuar policial, incluso, más allá del ideal político criminal del último aparte del artículo 236, recurriendo, nada más y nada menos, que a la prenombrada sentencia 526 del 09 de abril de 2001, poniendo tierra de por medio con relación al único aparte del recién reformado artículo 175, aunque, ha de señalarse, la detención policial y la decisión contra la que se ejerció el amparo se concretaron con anterioridad a la vigencia de la innecesaria *–e insustancial–* norma.

En esta decisión 857, lo decidido por la Sala Constitucional, en armonía con la decisión de la Corte de Apelaciones, encubrió la inconstitucional e ilegal actuación de los funcionarios policiales, acudiendo a una argumentación que falsea lo que en realidad ocurrió *–y ocurre frecuentemente–* al amparo del último aparte del artículo 236 del COPPA saber: que el ciudadano ya había sido privado de su libertad sin orden judicial previa y sin haber sido aprehendido en flagrancia. Razón por la cual, el requerimiento fiscal de la detención por extrema necesidad y urgencia se dirigió *–y se dirige siempre–* a legitimar las inconstitucionales e ilegales detenciones policiales que se realizan en contravención a la Constitución y la ley sin orden judicial y sin flagrancia, aún con las interpretaciones extensivas que se hacen de la norma que la regula.

Por lo demás, si tal y como se lee de la sentencia 857, la orden de aprehensión fue solicitada por el Ministerio Público el 30 de noviembre de 2019 y acordada por el Tribunal de Control en la misma fecha, mientras el defendido del accionante se hallaba detenido en sede policial desde la tarde del 27 de noviembre de 2019, las agumentaciones dadas por la Corte de Apelaciones y la Sala Constitucional encubren lo que ni siquiera puede justificarse en la extrema necesidad y urgencia, puesto que esta excepcional modalidad de restringir la libertad de una persona, presupone, lógicamente, la libertad del sujeto contra quien se solicita la autorización para detenerle.

¹³ Ver en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/320239-0857-271022-2022-21-0174.HTML>

Al señalamiento en esta sentencia del máximo tribunal, a tenor del cual el detenido fue oído en la audiencia convocada para decidir sobre el mantenimiento de la medida privativa de libertad, lo que subyace es el artificio argumentativo utilizado para legitimar *–o lavar–* las delictivas detenciones policiales, cargado de vueltas o argumentos circulares sobre el último aparte del artículo 236, esto es, sobre la “extrema necesidad y urgencia” de detener a quien, como se lee en la misma sentencia 857 “*. fue presentado ante la Autoridad Judicial tres días después...*” de la detención policial.

Aunado a lo anterior, indicar que al ciudadano, detenido policialmente sin orden judicial y sin haber sido sorprendido en flagrancia, tres días antes de la solicitud de fiscal de detención por extrema necesidad y urgencia, fue oído en la audiencia convocada para decidir sobre el mantenimiento de la medida privativa de libertad y pudo acceder a las actas procesales, además de haber contado con un defensor técnico en tal audiencia, también da cuenta que estos derechos parecen constituir la excepción. Es decirlo extraordinario.

En la citada sentencia 526 la Sala Constitucional señaló, quizá con acierto, que la detención ilegal no era imputable a la Corte de Apelaciones y al Tribunal de Control que decretó la prisión preventiva de quien le fue presentado con posterioridad a la ilegal detención policial. Sin embargo, el problema estuvo en afirmar que la violación de derechos concretada con el actuar policial, consistente en detener a una persona sin orden judicial previa y sin flagrancia, había encontrado límites en la decisión que acordó la prisión preventiva del detenido al margen de la Constitución y la Ley por lo que se estimó que había cesado con tal decisión judicial restrictiva de la libertad personal. Peor aún, que a los tribunales penales les correspondía decidir la procedencia de la privación de libertad del justiciable durante el proceso.

Así entonces, veintiún años después, la Sala “*. a mayor abundamiento...*” insistió en el criterio expresado en la sentencia 526, pero con una particularidad que merece ser destacada: la 526 fue dictada antes de la reforma parcial del COPP de 2001 que reguló la detención en casos de extrema necesidad y urgencia, razón por la cual la ilegal detención policial se verificó sin orden judicial, sin flagrancia y sin norma que normara tales detenciones policiales

por extrema necesidad y urgencia; por el contrario, la 857 se dictó durante la vigencia de tal modalidad excepcional de detención, pero la detención policial se realizó, sin orden judicial, sin flagrancia y sin autorización judicial por extrema necesidad y urgencia, pues, como se ha indicado, en el caso sometido a consideración de la Sala Constitucional, tal autorización nunca se requirió para detener a quien se hallaba en libertad, sino con la finalidad de legitimar la restricción de la libertad de quien para el momento de solicitar dicha autorización tenía tres días detenido.

Si cambiar un código por otro no puede *ni por arte de magia*- cambiar una justicia penal mediatizada por una cultura profundamente punitiva e inquisitiva, menos aún pueden incidir en ello una o dos normas que apenas sirven para maquillar una reforma “simbólico-garantista”, la del aludido artículo 175.

Igual de innecesaria y redundante, ha sido la modificación realizada al artículo 69, vinculada al rol de los jueces de ejecución, quienes después de esta reforma, cabe entender, deben o están facultados por la ley para “... *garantizar los derechos de los privados de libertad en los establecimientos penitenciarios, asignándose por lo menos un juez o una jueza por cada centro penitenciario para cumplir tales fines, conforme a lo dispuesto en este Código y la ley...*”. Bastaba con lo normado en los artículos 470 y 471.

No obstante, a contracorriente con estas normas, preciso es señalar que los privados de libertad, procesados o condenados, ni cuentan con los derechos que se dicen serán garantizados, pues la restricción de su libertad no se concreta conforme a los fines previstos en la Constitución y la Ley sino de acuerdo con un ideal que niega la prevención especial positiva mediante el extraordinario recorte de los denominados beneficios penitenciarios del régimen progresivo en la ejecución de la pena (destacamento de trabajo, régimen abierto y libertad condicional), concretados en la reforma de 2012, en el artículo 488 del COPP

La redacción de esta norma, antes bien, da cuenta de lo que hasta su puesta en vigencia no ocurría: la ausencia de protección judicial de los derechos humanos de los reclusos, entre otras razones, por la injerencia del Ministerio

de Asuntos Penitenciarios, lo previsto en el Código Orgánico Penitenciario y la administrativización de la fase de ejecución penal, en la que los jueces de ejecución han terminado como funcionarios del Ministerio de Asuntos Penitenciarios, el mismo, que por virtud de la reforma del artículo 516 tendrá un cubículo en los Circuitos Judiciales Penales y sus extensiones¹⁴.

Finalmente, en cuanto a las reformas innecesarias si hay una que resulta incomprensible es la del artículo 30, relacionado con el trámite de las excepciones en la fase de investigación, al señalarse en el encabezamiento del cuarto aparte “...*En caso de haberse promovido pruebas, el Juez o Jueza, si la cuestión no es de mero derecho, convocará a todas las partes, sin necesidad de notificación previa, a una audiencia oral...*”. En el tercer aparte se ha mantenido la contenida en la norma reformada, en tanto que si la excepción es de mero derecho no hay lugar a la convocatoria de una audiencia. Con esta norma, era suficiente para que tales excepciones se decidieran sin audiencia, aunque se promovieran pruebas.

3.- Reformas aparentes

Entre las modificaciones que pueden tenerse por aparentes, en tanto con ellas se pretende hacer ver que se dará un tratamiento distinto en el caso de violaciones de derechos humanos y del retardo procesal, del mismo modo que se quiere dar una apariencia de dar marcha atrás en el juzgamiento de civiles por tribunales militares.

Comencemos por esto último, señalando, de entrada, que la prohibición de la aplicación de leyes militares a civiles y con ello, la del juzgamiento de civiles por la jurisdicción militar ya estaba prevista en el artículo 176 de la Constitución de 181 1. Luego, teniendo en cuenta que la prestación dispensada por los tribunales militares en la persecución de la disidencia política, con la intervención activa de la Guardia Nacional Bolivariana, ha dejado de ser necesaria, la inclusión del aparte del artículo 517, si bien pudiera considerarse como un avance, no pasa de ser un acomodo normativo

¹⁴ Véanse los Informes Anuales y Semestrales del Observatorio Venezolano de Prisiones, los cuales pueden consultarse en: <https://oveprisiones.com/informes/>

frente a lo que ya no se necesita, es decirlo que ha perdido razón de ser puesto que la jurisdicción penal ordinaria es más que suficiente para contener a los enemigos internos.

Más aparente se muestra lo previsto en el artículo 267, en relación a la posibilidad de denunciar las violaciones de derechos humanos por parte de las víctimas que se hallen en territorio extranjero. Esta norma, aun cuando da la impresión de tratarse de una ampliación de los derechos de dichas víctimas y constituir, por tanto, un paso importante en la persecución y el juzgamiento de las innumerables violaciones de derechos humanos que han tenido lugar en los últimos años, tal y como se han documentado en los Informes de organismos internacionales, pareciera encontrar su razón de ser, precisamente, en los precitados Informes. En este orden, la desconfianza ciudadana en el sistema de justicia penal venezolano, incluido el Ministerio Público, comienza en la percepción en cuanto a que esta modificación se dice obedece a la presión internacional de los Informes y a la necesidad política de mostrarse abierto a proteger a las señaladas víctimas. La transparente y objetiva investigación que habría de realizarse, con el juzgamiento, con todas las garantías, de los ejecutores de las violaciones y los autores mediatos, se antoja, cuanto menos, una quimera.

En lo que respecta al artículo 124, la sustitución de la expresión “*.el delito...*” por la de “*...presuntas violaciones de derechos humanos...*” y lo previsto en cuanto a que las víctimas de violaciones de derechos humanos podrán delegar la representación en asociaciones vinculadas a la defensa de tales derechos, se explica por lo perseguido con la reforma del antedicho artículo 267 y lo consagrado en el ordinal 1° del artículo 122 y lo señalado en tal contexto. Una observación de interés radica en que el mencionado cambio de la expresión “*...el delito...*” por la de “*...presuntas violaciones de derechos humanos...*”, si bien da la impresión de ampliar los derechos de las víctimas, en lugar de ello, pareciera restringirlos, dado que la asistencia especial no alcanzaría, por dicha redacción, a las víctimas de delitos comunes.

Cabe destacar los cambios introducidos en los artículos 309, 318, 320 y 325. Lo primero que ha de señalarse acá es que tales modificaciones ponen de relieve la falsedad de lo afirmado como una de las justificaciones de la

reforma del 2012, en cuanto a que el COPP, al versar sobre un modelo importado (¿?), era el causante del retardo procesal. También son demostrativas del fracaso de la reforma de 2012 en cuanto a ello, pues lejos de haberse reducido se incrementó notablemente, con el añadido de la alta tasa de encarcelamiento.¹⁵

Con ello, lo pretendido con las indicadas modificaciones no pasa de ser un círculo vicioso y simbólico de lo que tales normas no pueden cambiar: saber la hipertrofia del sistema de justicia penal por virtud de una política criminal que ha maximizado el uso del Derecho penal. Lo cual, inclusive, ha alcanzado al procedimiento especial para el juzgamiento de los delitos menos graves, en el marco del cual, la suspensión condicional del proceso, se ha constituido como un comodín en muchos casos en los cuales el comportamiento de los justiciables ni siquiera es típico, bien ante los errores de interpretación cometidos en el juicio de adecuación típica, ora por el exceso de trabajo de los fiscales del Ministerio, lo que impide revisar con tiempo las denuncias que habrían de haberse desestimado antes de tramitarlas dando inicio a la investigación penal, se advierte, por hechos que no son típicos.

De otra parte, lo regulado en los artículos 318 y 320, como lo saben los operadores jurídicos del sistema de justicia penal, solo puede funcionar si se vuelve a la praxis de los primeros años de la vigencia del COPP. En cuanto a la observancia de los principios de concentración y continuidad del juicio, en cumplimiento del encabezamiento del artículo 318 y del principio de concentración previsto en el artículo 17, instrumentales en cuanto al de inmediación contenido en el artículo 16. La suspensión de la audiencia de juicio es una excepción a la regla de la continuidad. No obstante, el retardo procesal que se concreta en los pocos juicios que se realizan, se debe a que la regla ha mutado en la excepción, tanto por la ausencia de control en la fase intermedia en el entendido de que todo va a juicio, como por la mala praxis de abrir varios juicios a la vez, obviándose lo que dispone el primer aparte del artículo 319, al igual que por la inasistencia de los funcionarios que han de concurrir a prestar declaración en juicio, lo que resuelven

¹⁵ Así lo acreditan los Informes del Observatorio Venezolano de Prisiones.

incorporando actas por su lectura o dándole la palabra al imputado para que haya actividad procesal y el juicio no se interrumpa, obligándolos a declarar, si no están siendo juzgados en contumacia, que se declaran inocentes y se acogen al precepto constitucional.

Tal praxis hace inviable la celeridad, la concentración, la continuidad y la inmediación. Con lo cual, la reforma en este sentido poco ha significado como lo demuestra la praxis de los tribunales, con mayor razón si los días consecutivos a los cuales se refiere el encabezamiento del artículo 318, nunca estuvo pensado *–ni podía estarlo por virtud de la inmediación el principio de oralidad–* en que la audiencia de un juicio oral y público pudiera durar meses o más de un año, interpretando lo atinente a la suspensión de la realización del juicio por un plazo máximo de diez días, que debiendo computarse continuamente se computan por días hábiles y cada audiencia se acaba suspendiendo hasta por dos semanas, en la mayoría de los casos, al margen de las causales previstas en el citado artículo 318. Repárese en la redacción del encabezamiento del artículo: “... El tribunal realizará el debate sin interrupciones *en el menor número de días consecutivos, que fueren necesarios*, hasta su conclusión...” (Cursivas fuera del texto).

Por tanto, aunque el que se haya reducido a diez días el plazo máximo de suspensión del juicio, el cual antes de la reforma de 2021 era de quince en el COPP de 2012, el asunto está en esa en la interpretación que ha venido realizándose del artículo 318 y de la excepción contenida en el primer aparte del artículo 319, cuyo tenor es el siguiente: “. *Los jueces o juezas y los o las fiscales del Ministerio Público podrán intervenir en otros debates durante el plazo de suspensión, salvo que el tribunal decida por resolución fundada lo contrario, en razón de la complejidad del caso...*”.

Excepción, en tanto que en los primeros años de la vigencia del COPP los juicios terminaban en un día o el menor número de días consecutivos, por lo que entonces, el que un tribunal de juicio tuviera abierto muchos juicios a la vez y los fuera realizando a cuenta gotas, suspendiendo su realización sin configurarse ninguna de las causales previstas en la ley no tenía lugar tal y como sigue ocurriendo aun a pesar de la reforma del referido artículo 318.

4.- Reformas en favor del poder punitivo

En atención a las modificaciones realizadas a los artículos 122, ordinales 2, 10 y 11, 126, 126-A, 295, 230, 237, 430, 473 y 516 con sus apartes, las mismas han de valorarse con la prudencia debida, en tanto se hallan consustanciadas con el ideal punitivo que subyace en ellas. Cuatro son los aspectos a considerar: 1) lo atinente a derechos de las víctimas frente a la actuación del Ministerio Público; 2) lo correspondiente a la noción de imputado y la imputación formal; 3) lo relacionado con la prisión preventiva y el efecto suspensivo; y 4) lo relativo a la independencia de los jueces de ejecución.

4.1.- Derechos de las víctimas frente al Ministerio Público

Lo establecido en los ordinales 2º y 10º del artículo 122, a no dudarlo, se inscribe en la tendencia que viene determinando un peligroso desplazamiento del Ministerio Público, posibilitando que la víctima pueda presentar acusación particular propia con prescindencia del ente fiscal, argumentando la pasividad de dicho órgano en el dictado de dicho acto conclusivo. El espiral de esta escalada punitiva, cuyo epicentro se encuentra en la ley de género, así como en la doctrina jurisprudencial configurada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia alrededor de dicha normativa, se ha trasladado al procedimiento ordinario, con lo cual todos los delitos de acción pública ahora también son de acción privada.

Así, dejando a un lado el derecho de la víctima de solicitar diligencias de investigación *-lo que en realidad no era necesario regular, como tampoco lo era el acceso a las actas del expediente-*¹⁶ la problemática del ordinal 2do está en el pronunciamiento que se exige al Fiscal del Ministerio Público, el cual, se ha confeccionado conforme a una perspectiva que asume, de modo inconveniente, que el Ministerio Público estaría al servicio de intereses particulares, cuando en realidad atiende a un interés general que tiene prevalencia sobre aquellos legítimos intereses individuales de las víctimas.

¹⁶ Tales previsiones, innecesarias, puesto que la víctima desde la denuncia siempre ha podido solicitar diligencias de investigación y en tanto desde siempre ha podido revisar el expediente, inclusive, antes que el investigado, pudieran explicarse como la concreción de un ejercicio de Derecho penal simbólico para intentar mostrar que se protegen los derechos de las víctimas.

La presión que se ejerce sobre el Fiscal, en cuanto director de la investigación penal y titular de la acción penal en la persecución de los delitos de acción pública, atenta contra su independencia y la objetividad que determina su actuación como órgano estatal garante de la legalidad. No resulta acorde al principio de la investigación integral que sea la víctima quien obligue, por sí, al Fiscal a que realice la investigación conforme a sus exigencias. Menos aún que lo haga a través del juez de control, cuando el Fiscal no se pronuncie en los tres días siguientes a la solicitud de la víctima o, lo que es peor, cuando el pronunciamiento se dicte negando lo solicitado por la víctima.

La sincronía que infortunadamente ya existía entre el Poder Judicial Penal y el Ministerio Público, con afectación de la independencia y autonomía de ambas instituciones y, por ende, en detrimento de las libertades ciudadanas, la cual, se ha agravado en los últimos años, invita a pensar que la norma comentada no tendrá mayor aplicación. Empero, lo establecido no augura nada acorde con los principios de un Derecho penal liberal (Fernández, 2002) y el sistema acusatorio (Armenta, 2009). Bien por las presiones de la víctima hacia el Ministerio Público, bien por la parcialidad que acabará asumiendo el juez decretando la procedencia de lo solicitado por la víctima. Tributaria de este extravío es la previsión del ordinal 10° del mentado artículo 122, cuya especie de causal de recusación incrementa las presiones que ya se han señalado de cara al acto conclusivo, en tanto que se faculta a la víctima a “...*Requerir el cambio de Representante Fiscal, en los casos en los cuales el Fiscal no presente el acto conclusivo en el tiempo de ley...*”. ¿Cuál acto conclusivo? ¿El de sobreseimiento?

4.2.- El imputado y la imputación formal

La reforma del artículo 126, con la inclusión de un aparte en esta norma y la previsión de una nueva norma, la del 126-A, allende la eterna discusión sobre dónde es más garantista tal acto, si en sede judicial o fiscal, comporta un tópico sumamente importante.

Si bien la discusión se ha vuelto a replantearse, reivindicando la sentencia 537 del 12 de julio de 2017,¹⁷ señalándose que esta decisión, no sólo se

¹⁷ Véase en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/201056-537-12717-2017-17-0658.HTML>

mantiene vigente sino que se atentaría contra los principios de progresividad y favorabilidad al pretender desconocérsela, la atención quizá deba prestarse a las modificaciones realizadas, las cuales, en lugar de atender a la garantía del derecho a ser notificado de los cargos por los cuales se realiza la investigación, parecieran haberse orientado, consciente o inconscientemente, a limitar la garantía o utilizarla en contra del derecho para ampliar el poder punitivo del Estado en la fase de investigación. Y es que la noción sencilla y amplia del encabezamiento del artículo 126, en virtud de la cual se habla de imputación material, es mucho mejor que la noción de imputación formal que se ha tipificado.¹⁸

Esta definición legal de imputación formal, además de tender al desplazamiento de la imputación material, hace que la discusión sobre el lugar donde debe tener lugar la imputación formal pierda sentido o pase a un segundo plano, pues lo importante es advertir cuál de las imputaciones atiende a la garantía del derecho a ser notificado de los cargos y defenderse desde el primer acto de investigación, y cuál a su restricción en favor paradójicamente, del poder punitivo.

Basta con advertir que la redacción del 126-A, en tanto condiciona la imputación formal a la existencia “... *de una probabilidad objetiva de responsabilidad en el fundamento de la imputación...*”, de entrada, se conlleva a la realización de una investigación previa a espaldas del investigado, de cuyo resultado se enterará cuando esté próximo el dictado del acto conclusivo de acusación. Sólo a partir del momento de la imputación formal es que el investigado tendrá acceso a las actas del expediente, y sólo, luego de ello, es que podrá defenderse.

Así, el principio según el cual nadie ha de ser acusado sin haber sido imputado con tiempo, para que, como refiere la doctrina, pueda defenderse durante la investigación y no cuando esté por concluirse con una acusación en su contra (Armenta, 2009: 51; Nieva, 2012: 151), se reduce a la nada frente a una definición legal de imputación formal y la interpretación que de ella comienza a

¹⁸ Con relación a la normativa procesal argentina y las definiciones sencillas de imputado, véase en Maier (2004: 552 y ss., 2004a: 187 y ss.).

realizarse por parte de la Fiscalía General de la República con el dictado de la circular DFGR-022 del 07 de octubre de 2021, entre cuyas directrices vinculadas al acto de imputación formal en sede fiscal está la que señala: “... luego de realizado el referido acto de imputación comienza a correr un lapso de seis (sic) (6) meses para emitir el acto conclusivo...”.

Directriz está que está en sintonía con lo previsto en el encabezamiento del también reformado artículo 295, cuya redacción es la que sigue:

“... **Artículo 295.-** El Ministerio Público procurara dar término a la fase preparatoria con la diligencia que el caso requiera en un lapso de seis meses *contado a partir de la individualización del imputado o imputada o del acto de imputación...*” (Cursivas fuera del texto).

No cabe engañarse sobre esta aparente reducción del plazo de investigación de ocho meses (COPP de 2012) a seis meses (COPP de 2021), en tanto que si se aprecia la relación funcional entre los reformados artículos 126 y 295, y el uso que de ellos ha hecho la Fiscalía General de la República para dictar la aludida circular. El cómputo del lapso de seis meses para la conclusión de la investigación comenzará a correr después de la imputación formal, es decir una vez adelantada la investigación que arroje una “... *probabilidad objetiva de responsabilidad en el fundamento de la imputación...*”, en atención a lo establecido en el artículo 126-A.¹⁹ De este modo, salvo en los casos de privados de libertad con ocasión de la flagrancia, la investigación tendrá una duración mayor a seis meses, con el añadido de que una buena parte de dicho plazo el investigado no podrá defenderse al no haber sido imputado.²⁰

¹⁹ “... **Artículo 126-A.-** El acto de imputación formal es una facultad exclusiva del Ministerio Público en los delitos de acción pública. Se llevará a cabo ante la fiscal o el fiscal del Ministerio Público, una vez que exista la probabilidad objetiva de responsabilidad en el fundamento de la imputación, con las excepciones previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y este Código. Para la celebración del acto de imputación el Ministerio Público deberá citar a la imputada o al imputado por escrito, indicando fecha, hora, lugar y condición con la cual deberá comparecer, y el emplazamiento a que acuda ante el Tribunal en funciones de control de la jurisdicción correspondiente a los fines de la designación y juramentación del defensor o defensora, abogado o abogada que lo asistirá en el acto de imputación o en su defecto para que le sea designado un defensor público o defensora pública. Este acto de desarrollará con las formalidades de la declaración del imputado en fase preparatoria...”

²⁰ Un aspecto a considerar es que en los supuestos de la privación de libertad acordada en las audiencias de flagrancia, con la subsiguiente obligación que ello le genera al fiscal del Ministerio

Al hilo de lo antedicho, en cuanto a la reforma del artículo 126, la pregunta ineludible es si en realidad se requería de una norma que regulara la imputación formal y la creación del 126-A, era necesario.

La modificación del artículo 126, con la inclusión de un aparte en esta norma y la previsión de una nueva norma, la del 126-A, dejando a un lado lo relacionado con el lugar donde ha de realizarse la imputación formal y el órgano ante el cual ha de concretarse, en tanto que para algunos se entiende más garantista cuando se lleva a cabo en sede judicial, se ha tenido por bien recibida para quienes la necesidad de una previsión normativa sobre el acto de imputación formal era necesaria.

Así las cosas, allende la discusión que también se ha dado sobre la vigencia de la sentencia 537 del 12 de julio de 2017, de la Sala Constitucional, referida a la imputación en sede judicial, lo que ya no resulta viable, tanto por la reforma, como por la sentencia 754 del 09 de diciembre de 2021²¹, dictada por la misma Sala, la atención debe prestarse a las modificaciones realizadas al artículo 126 y a la creación del señalado artículo 126-A. Estas, lejos de haber atendido a la garantía del derecho a ser notificado de los cargos por los cuales se realiza la investigación, se han orientado a limitar dicha garantía o utilizarla en contra del derecho, precisamente, para ampliar el poder punitivo del Estado en la fase de investigación y limitar el acceso a las actas del expediente por parte del imputado y su defensor hasta tanto no se le haya imputado formalmente.

Quienes se han pronunciado a favor de la imputación formal y su regulación expresa en el COPP,²² minusvaloran la noción sencilla y amplia del encabezamiento del artículo 126, referida a la imputación material, muy a pesar de ser menos restrictiva que la noción de imputación formal. Dicho de

Público, en cuanto ha de presentar el acto conclusivo dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la detención, el lapso de investigación de seis meses no tendrá lugar una vez presentado dicho acto conclusivo en el referido plazo. Lo cual, cabe añadir, por razón de que la regla es el dictado de prisión preventiva en dichas audiencias de flagrancia, conlleva al desplazamiento del procedimiento ordinario por una especie de procedimiento abreviado, del cual, la audiencia preliminar no es más que un mero trámite.

²¹ Ver: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/315206-0754-91221-2021-20-0428.HTML>

²² Cfr., en González (2008) y Rionero (2015).

otro modo, acaban decantándose *–consciente o inconscientemente–* por una definición legal de imputación, limitativa del derecho de defensa en la fase de investigación, aun a sabiendas de los obstáculos que supone la realización de la imputación formal en orden al acceso a las actas de la investigación por el imputado y su defensa.

Basta con advertir que la redacción del 126-A, la cual condiciona la imputación formal a la existencia “... *de una probabilidad objetiva de responsabilidad en el fundamento de la imputación...*”, lo que de entrada se traduce en la realización de una investigación previa, a espaldas del investigado, de cuyo resultado se estará próximo al dictado del acto conclusivo de acusación. Debiendo acotar que sólo a partir del establecimiento de la probabilidad objetiva de responsabilidad, necesaria para la imputación formal, es que el investigado tendrá acceso a las actas del expediente y sólo, luego de ello, es que podrá defenderse.

Por consecuencia, una conclusión preliminar sobre la cual habrá que seguirse trabajando, invita a repensar la necesidad de una tal definición legal de imputación formal, cuando la misma, en lugar de favorecer el derecho que subyace a la garantía de ser notificado o imputado de los cargos, a saber, el de defensa, antes bien lo restringe, de suerte que de una garantía establecida en favor del sujeto de imputación se ha derivado una restricción.

En consecuencia, contrario a lo que se pensaba sobre la necesidad de una tal definición legal de imputación formal, parece que lo más conveniente a la garantía era dejar la norma en su versión original.

4.3.- Prisión preventiva: proporcionalidad, peligro de fuga y efecto suspensivo

La nueva regulación del artículo 230, la cual se dice más garantista porque se ha establecido un plazo de un máximo de hasta tres años de duración de la prisión preventiva y las demás medidas cautelares, no deja de llamar la atención. Sobre todo, cuando se mira de cerca y se aprecia que el principio de proporcionalidad, constitutivo de un límite de los límites o las restricciones a los derechos (Bernal, 2005: 81), en lugar de pensarse como tal, es decir como límite, en no pocas oportunidades se lo valora como fundamento del

dictado de la prisión preventiva y las demás medidas de coerción personal, afectantes, aunque en menor medida, de la libertad personal y , por consiguiente, del derecho a ser juzgado en libertad.

Es verdad que la regulación de este nuevo plazo “razonable” para el mantenimiento de la prisión preventiva y las cautelares sustitutivas, incluida la prórroga, es mejor que la anterior comenzando porque los privados de libertad por más tres años, si aún no han sido forzado *kafkianamente* a admitir los hechos, debieron haber quedado en libertad por virtud del principio de favorabilidad. Sin embargo, no hay que engañarse con esta norma pues el mantenimiento de la figura de la prórroga sigue siendo un exceso. El ideal es que la persona del justiciable sea juzgada en libertad, de suerte que el límite de dos años para su juzgamiento cuando se halle privado de libertad habría de ser considerado más que suficiente para el caso en el cual el delito imputado tiene una pena privativa de libertad de más de dos años.

Luego en lo que respecta al artículo 237 y la supresión del otrora parágrafo primero, contenido de la presunción legal de fuga por la consideración de la pena conminada en el límite superior del tipo penal imputado (*igual o superior a diez años*), también se afirma que se trata de una reforma garantista y favorable, bien porque se ha eliminado una norma con base en la cual se han solicitado y han decretado la mayoría de las privaciones judiciales preventivas de libertad, ora porque de ahora en adelante ni el Ministerio Público ni los jueces penales podrán escudarse en dicha presunción legal para privar de libertad al imputado²³

No obstante, si bien es cierto que la eliminación de dicha presunción no puede pasar desapercibida ni desmeritarse del todo, dado que es verdad que Ministerio Público y los jueces penales se han quedado si una norma fundamental y funcional para el dictado de la privación judicial preventiva de libertad *la cual, por cierto, ha estado vigente por casi veinte años. Vale decir, por un espacio temporal muy cercano a la vigencia del COPP y al de todas sus reformas, a saber, las que van del 2001 al*

²³ Tal presunción legal de peligrosidad procesal de fuga, no sólo permitía solicitar y decretar de modo automático la privación judicial preventiva de libertad.

2012- no es menos cierto que la doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional restrictiva de la libertad personal y las medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva, no necesita del derogado párrafo primero del artículo 237.

La subsistencia de otras normas emparentadas con la prisión preventiva, como la del artículo 374 (*efecto suspensivo*) y la del párrafo segundo del artículo 488 (*relativa a las fórmulas de cumplimiento de penal del régimen progresivo*), contentivas de un catálogo significativo de delitos inexcusables,²⁴ para procesados y condenados, tornan insustancial la eliminación de la indicada presunción legal de peligro de fuga.

En este particular, ambas normas atienden a un fin preventivo especial negativo de custodia de seguridad, con el cual se procura el mantenimiento de la persona del reo en el centro de reclusión. Un fin, el cual también se persigue con la inclusión del aludido catálogo en el artículo 375, relativo al procedimiento especial por admisión de los hechos, limitando la rebaja de pena para la condena por alguno de los delitos en él contenidos. Debiendo poner de relieve que este procedimiento especial ha ganado enteros con respecto al ordinario, siendo que la garantía del juicio previo ha sido desplazada, precisamente, por la incertidumbre que genera la prisión preventiva y el retardo procesal y con ello, la presión que genera en el imputado que acaba admitiendo el hecho (Ferreira, 2021, 2020), bien para poner fin a la pena que ya supone un proceso penal de tal naturaleza, bien para acceder a beneficios penitenciarios, los cuales se han venido ofreciendo como moneda de cambio en los Planes Cayapa, si el procesado, claro está, admite los hechos.

Se suma a estas normas, la que regula el juzgamiento en contumacia, cuya afinidad con la prisión preventiva no precisa de mayor argumentación. Baste

²⁴ "... homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro, delito de corrupción, delitos que causen grave daño al patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra, o cuando el delito merezca pena privativa de libertad que exceda de doce años en su límite máximo...".

con señalar que tal forma de juzgamiento *distinta del juicio en ausencia y menos garantista que este-*, acaba prescindiendo de la presencia del imputado a los actos del proceso o al juicio, con la peculiaridad que, al contumaz, para que tenga lugar el juicio o el proceso, previamente se le priva de libertad. Es decir, que el requisito por el cual se justificaría el fin procesal de la prisión preventiva –*asegurar la presencia del imputado-* es obviado cuando el “contumaz” ya se ha asegurado con su privación de libertad.²⁵

Aún más, la pacífica jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, según la cual para que el imputado pueda ejercer su defensa material y/o técnica, debe ponerse a derecho dado que no se permite el juicio en ausencia, es más que suficiente para acreditar el sítil de la prisión preventiva en el proceso penal venezolano, dado que tales decisiones se han dictado en supuestos en los cuales ya se ha decretado la restricción de la libertad del imputado y este pretende ejercer su defensa por medio de un abogado y sin estar presente, claro está, para evitar la restricción de la libertad.²⁶

Por lo demás, en cuanto a la consideración del peligro de fuga, la ausencia de la presunción legal del derogado parágrafo primero, seguramente será cubierta por las causales sustantivas de los numerales 2° y 3° del artículo 237, las cuales, en no pocos casos son tenidas en cuenta con el peligro de reiteración delictiva establecido en el ordinal 5°, aún vigente.

En este sentido, en cuanto a la favorabilidad que supone la eliminación de la señalada presunción de fuga con relación a las innumerables privaciones de libertad que se decretaron con fundamento en dicha presunción, queda por ver el comportamiento de los tribunales penales en el entendido de hacer cesar tales decretos de privación judicial preventiva de libertad, del mismo modo como ha de aplicarse la favorabilidad a los absueltos privados de libertad por el ejercicio del efecto suspensivo, al haber sido derogado para estos supuestos.

²⁵ Señalar que el juicio en ausencia es más garantista que el juzgamiento en contumacia, es indicativo de la posición que tiene la prisión preventiva en la política criminal del legislador penal venezolano.

²⁶ Esta pacífica doctrina jurisprudencial se ha ratificado con una sentencia de reciente data, la 119 del 30 de septiembre de 2021, dictada por la Sala de Casación Penal, como se puede apreciar, con posterioridad a la reforma.

Preciso es acotar acá que el parentesco del efecto suspensivo con la prisión preventiva, no precisa de mayor argumentación. Si en cambio su mantenimiento en el 374 y el 430. En este orden, contrario a lo que algunos afirman, el artículo 374 sigue vigente, no sólo porque es el que ha dado origen a la inclusión del párrafo único de artículo 430 en la reforma de 2012, el cual, en cierta medida se mantiene, aunque ya no para los absueltos en juicio, sino porque dicha norma, la del artículo 374, se corresponde con un procedimiento especial, a saber, el abreviado por razón de la flagrancia.

De allí, la necesidad de tener presente el origen y la evolución del efecto suspensivo, que a fin de cuentas trata sobre una apelación oral concebida para impedir la libertad decretada por el juez en audiencia. No es un mero efecto de los recursos como ha pretendido hacerse ver (Rionero, 2016: 30).

Una sosegada lectura del artículo 374 y del párrafo único del artículo 430, por decir lo menos, desde la primera “reiteración” del *“efecto suspensivo”*, concretada en la primera reforma del COPP (2000), hasta una de las más recientes decisiones de la Sala de Casación Penal de Tribunal Supremo de Justicia, a saber, la 12 del 17 de marzo de 2021²⁷, ponen al descubierto que no se trata de la repetición de un mero efecto consustancial a la interposición de un recurso. De ser así, el legislador penal no habría tenido la necesidad de incluirlo en la reforma de 2000, menos aún, de crear una norma específica en la reforma de 2001.

Al reparar en su evolución legislativa, comenzando por la primera regulación en el artículo 259 (hoy 236) *referido a la procedencia de la privación judicial preventiva de libertad*-, puede advertirse que el mismo tuvo su razón de ser en la ausencia de un recurso de apelación contra las decisiones judiciales que decretaran la libertad del imputado privado de libertad. De consiguiente, la afirmación de estar ante el efecto de un recurso previamente establecido en el COPPy, por tanto, vinculado sistemáticamente con la norma rectora del encabezamiento del artículo 430 *ejusdem*,²⁸ da por

²⁷ Ver: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/marzo/311513-012-17321-2021-A19-133.HTML>

²⁸ Ese era el texto original de artículo 431 del COPP de 1998, en tanto la misma no contenía el párrafo único incluido en la reforma de 2012.

existente un recurso que nunca fue contemplado por el legislador en el diseño del nuevo proceso penal. Vale decir, de un recurso que no se hallaba previsto en la ley procesal.

La redacción dada a lo incluido en el artículo 259 de la reforma del 2000: “... *El recurso de apelación que interponga el Ministerio Público contra la decisión que acuerde la libertad del imputado, tendrá efecto suspensivo...*”, da a entender que el recurso de apelación se hallaba regulado. Empero, lo cierto es que fue, precisamente, en ese momento legislativo cuando se introdujo y puso en vigencia tal recurso de apelación contra decisiones que decretaban la libertad del imputado en audiencia. Hasta antes de esta reforma el único recurso oral, permitido en audiencia, era el de revocación, el cual, por cierto, sólo era posible contra autos de mera sustanciación.²⁹

Importa señalar que la inexistencia de un recurso frente a la decisión que acuerda la libertad del imputado que comparece a la audiencia privado de libertad, encuentra explicación en el principio de afirmación de la libertad, el Estado de Libertad y la excepcionalidad de las medidas de restrictivas de la libertad, en especial, de la privación judicial preventiva de libertad. Acorde con estos principios, el primigenio artículo 252 del COPP (1999), disponía como regla el juzgamiento en libertad, a lo cual se sumaba el que las únicas vías para restringir la libertad de un ciudadano eran la orden judicial y la flagrancia, anticipándose la normativa procesal a lo dispuesto en la Constitución de 1999, en cuyo artículo 44 se estableció la garantía constitucional de inviolabilidad de la libertad personal del derecho a ser juzgado en libertad y la prohibición de mantener detenido a quien contaba con una decisión judicial de excarcelación.

La redacción negativa de esta norma constitucional, en cuanto a que ninguna persona puede ser arrestada o detenida sin previa orden judicial, salvo en el supuesto de la flagrancia, no deja espacio a otras vías para la restricción del derecho a la libertad personal,³⁰ como la del comentado último aparte del

²⁹ Así en el artículo 437 del COPP de 1999, cuyo *nomen iuris* era y es “ *Recurso durante las audiencias*”: “... *Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de revocación, el que será resuelto de inmediato sin suspenderlas...*”.

³⁰ Cfr. en Silva (2006).

artículo 236 del COPP, de la aprehensión *en casos de extrema necesidad y urgencia*, menos aún para tolerar la privación de libertad de quien cuenta con un mandamiento judicial de excarcelación. Es decir, para consentir la afectación de un derecho sin orden judicial.

Sostener la tesis según la cual el *efecto suspensivo*³¹ del artículo 374, es una consecuencia inherente al ejercicio de un recurso o una reiteración del principio contenido en el artículo 430, conduce a una verdad a medias, la cual, a hurtadillas, oculta lo que en realidad introdujo el legislador de la primera reforma del COPP: un recurso de apelación oral en audiencia para impedir la libertad de quien cuenta con un mandamiento judicial de excarcelación.

En definitiva, aun a pesar de la supresión del efecto suspensivo para los absueltos luego de la realización del juicio oral y público³¹, su mantenimiento en los artículos 374 y 430 en la reforma del 2021, en cuanto concreción de una evolución legislativa, además de poner de manifiesto que no se está ante una consecuencia consustancial a la interposición de todo recurso, sino ante un recurso oral en audiencia para impedir la ejecución de la libertad decretada por un tribunal – *inexistente a la entrada en vigencia del COPP*–, emparentado políticamente con el uso de la prisión preventiva con fines de Derecho penal material, lo cual, a fin de cuentas, ha configurado una suspensión del Estado de Libertad y de la garantía constitucional del derecho a ser juzgado en libertad.

4.4.- El rol del juez de ejecución frente al Ministerio de Asuntos Penitenciarios

La reforma de los artículos 69, 473 y 516, pudiera dar la impresión de haberse retrocedido en favor del rol jurisdiccional de los jueces de ejecución, el cual se ha visto reducido a la nada por la injerencia del Ministerio de Asuntos Penitenciarios en la fase de ejecución de penas. No obstante, el que ahora se haya previsto que el Ministerio tenga cubículos en los Circuitos Judiciales Penales y sus extensiones, además de las excepciones incluidas en las normas reformadas del Código Orgánico Penitenciario, concretadas de modo

³¹ Véase Peña (2017).

sincronizado con las reformas de los artículos 473 y 516 del COPP, hace que estemos, precisamente, ante una impresión de lo que finalmente no es.

Las reformas de 2001 y 2012, las cuales pueden considerarse como las de mayor impacto en cuanto a los recortes de las garantías judiciales, la libertad durante el proceso y los denominados beneficios penitenciarios, en modo alguno fueron tocadas por la “garantista” reforma de 2021.

Como se sabe, en 2001 y 2012, se ampliaron los supuestos para restringir la libertad de las personas y los procesados, tipificándose, como se argumentó, la excepción de la extrema necesidad y urgencia a los fines de posibilitar aprehensiones por cualquier vía, sin las formalidades previas de la orden judicial y sin tratarse de hipótesis de flagrancia; introduciéndose la figura del recurso en sala, oral y con efecto suspensivo, a tenor del cual los justiciables se mantienen privados de libertad a pesar de haberse ordenado la excarcelación por parte de los jueces; favoreciendo el uso de la prisión preventiva, creando una presunción legal de peligro de fuga por el tiempo de pena conminada en el delito imputado y ampliando el tiempo de su duración por más de dos años; mientras que en el caso de los condenados se creó una norma limitativa del régimen progresivo en la ejecución de la pena (*Destacamento de Trabajo, Régimen Abierto y Libertad Condicional*), contrario a lo previsto en la Ley de Régimen Penitenciario y al ideal resocializador contenido en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento del Recluso, a saber, el célebre artículo 493 del COPP en virtud del cual para acceder a las aludidas formas de cumplimiento de pena por ciertos delitos (*homicidio intencional, violación, actos lascivos violentos, secuestro, desaparición forzada de personas, robo en todas sus modalidades, hurtos calificados y agravados, además de delitos contra el patrimonio, salvo aquellos cuya pena conminada en su límite superior no excediera de tres años*), el penado debía cumplir la mitad de la pena impuesta. Norma esta, a la cual se sumaba la de la redención efectiva (*Artículo 509*), que obligaba al trabajo y estudio dentro del centro de reclusión a los efectos de la redención de la pena, computándolo a partir del cumplimiento de la mitad de la pena impuesta, en palabras del legislador y sus asesores, para evitar el “cabalgamiento” de beneficios (Ferreira: 2006).

De este modo, la orientación político criminal de la reforma del COPP de 2001, se centró en mantener a procesados y condenados en la cárcel el mayor tiempo posible, siendo oportuno destacar que mientras el aludido artículo 493 se mantenía suspendido por un amparo cautelar se produjo una reforma al Código Penal (*abril de 2005*) en la que se prohibió la aplicación del régimen progresivo y el dictado de medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva, entendidas como beneficios procesales, para quienes fueran juzgados por algunos delitos (*Verbigracia: homicidio intencional, robo agravado, secuestro*). Razón en virtud de la cual, el mencionado artículo 493, allende su discutible constitucionalidad y la regresión que implicaba para los condenados, resultaba más garantista que la supresión de beneficios prevista en el Código Penal. Todo lo cual, fue extendiéndose a las Leyes Penales especiales.

Posteriormente, en armonía con el legislador, el Tribunal Supremo de Justicia fue concretando una doctrina jurisprudencial, cuyo punitivismo acabó materializándose en las reformas introducidas en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, la normativa contra la Delincuencia Organizada y, como no podía ser de otro modo, en la reforma del COPP de 2012, aumentando el cumplimiento efectivo del tiempo de la pena impuesta para la procedencia del Destacamento de Trabajo (*mitad de la pena, antes una cuarta parte*), del Régimen Abierto (*dos tercios de la pena, antes un tercio*) y la Libertad Condicional (*tres cuartas partes de la pena, antes dos tercios*); ora exigiendo el cumplimiento efectivo de las tres cuartas partes de la pena impuesta para el acceso a dichas fórmulas del régimen progresivo a condenados por ciertos delitos.³²

Así las cosas, el programa político criminal del legislador venezolano a lo largo de estos años, además de poner de presente el parentesco entre la prisión preventiva y la pena privativa de libertad, de lo cual da cuenta la alta

³² Así en el párrafo segundo del artículo 488: "... Cuando el delito que haya dado lugar a la pena impuesta, se trate de homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra, las fórmulas alternativas previstas en el presente Artículo solo procederán cuando se hubiere cumplido efectivamente las tres cuartas partes de la pena impuesta..."

tasa de encarcelamiento preventivo destacada en los Informes del Observatorio Venezolano de Prisiones y Una Ventana a la Libertad, con un porcentaje significativo de procesados por encima de condenados (OVP 2016: 33), no hace más que reafirmar lo dicho en cuanto a la reforma de los artículos 69, 473 y 516A ello se suma el papel determinante que tienen los informes del equipo interdisciplinario del Ministerio de Asuntos Penitenciarios en cuanto al “otorgamiento” de los “beneficios penitenciarios”.

El retroceso en relación a la fase de ejecución y al rol de los jueces de ejecución es absoluto, éstos han quedado reducidos al extremo de terminar actuando como si fuesen funcionarios adscritos al referido Ministerio, en lugar de jueces del Poder Judicial.

Con ello, la fase de ejecución no es más que el colofón de un proceso penal convertido en la herramienta funcional de un propósito político criminal que aún, preventivo especialmente, a la prisión preventiva con la pena privativa de libertad en la custodia de seguridad de procesados y condenados³³.

5.- A manera de conclusión

Con excepción de los pocos supuestos de favorabilidad o retroactividad más favorable que pudieron ser considerados a la entrada en vigencia de la reforma de 2021, esta no parece ser tal o al menos no merece ser denominada así, si se tiene en cuenta que la misma en lugar de cambiar la situación en la cual se encontraba sistema de justicia penal y el proceso penal venezolano para septiembre de 2021, la ha empeorado. Similar a las reconversiones monetarias, lo que ha implicado es la devaluación de las libertades ciudadanas y las garantías procesales de procesados y condenados, agravando las condiciones persistentes en el mantenimiento del núcleo político criminal de las modificaciones concretadas en las dos décadas que han precedido a esta séptima “reforma” del COPP

En este sentido, sin duda alguna, ha de repararse en los actores políticos de tal ideario político criminal, así como en quienes interpretan y aplican las normas,

³³ Sobre este particular puede verse lo referido en cuanto a la reforma de 2001 y en relación al Derecho penal del enemigo en la reforma penal venezolana (Ferreira: 2003, 2006).

sin olvidar la advertencia del profesor Alberto Binder, en el entendido de que el cambio del sistema justicia penal, es más que sustituir un Código por otro; al igual que las premonitorias palabras del también profesor Ka Ambos, en cuanto a que ninguna reforma procesal, como la acometida con la vigencia del COPP de 1999 y su implementación, tendría éxito si el sistema universitario no era capaz de formar bien a sus egresados, con lo cual “... *Si bien el sistema de concursos para ingresar al poder judicial bien puede funcionar como filtro, la demanda siempre depende de la oferta...*” (Ambos, 2006: 6).

Referencias bibliográficas

- Ambos, K. (2006). “Breves comentarios sobre la reforma judicial en América Latina”. En: *Política Criminal. N° 2, 2006, CH3*, pp. 1-6. Véase en: <https://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/>
- Armenta, T. (2009). *Lecciones de Derecho procesal penal*. (4ª edición). Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid.
- Bernal, C. (2005). *El Derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Binder, A. (2012). *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Ad-Hoc. Buenos Aires.
- Cabrera, J. (2006). “El delito flagrante como un estado probatorio.” En *Revista de Derecho Probatorio. N° 14*. Jesús Eduardo Cabrera Romero (Dir .) Editorial Jurídica Alva, S. R. L. Caracas, pp. 5 – 105.
- Fernández, J. (1996). *Locke y Kant. Ensayos de filosofía política*. Presentación de Michelangelo Bovero. (Reimp.). Fondo de Cultura Económica. México.
- Fernández, J. (2002). *Derecho Penal Liberal de Hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Ltda. Bogotá.
- Ferreira, F. (2021). “Admisión de los hechos, rebaja de pena y castigo en el homicidio”. En: *Revista RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO, N° 6, julio – diciembre 2021*. Universidad de Los Andes. Mérida: Venezuela, pp. 90 – 110. <http://erevistas.saber.ula.ve/index.php/Rechtsstaat/article/view/17919>
- (2020). “Homicidio, legalidad procesal y prevención”. En: *Homicidio, riesgo, significado y castigo*. Luis Gerardo Gabaldón, Edición e introducción. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, pp. 283 – 312.

- _____ (2006). “¿Resocialización o inocuización? Acerca del derecho penal del enemigo en el contexto de la reforma penal venezolana”. En: *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (Coords.). Edisofer S. L. Euro Editores S. R. L. Editorial B de F Ltda. Buenos Aires, pp. 845 – 886.
- _____ (2005). “La dimensión normativa y constitucional de la flagrancia. Comentarios a la sentencia 2.580 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.” En: *Revista CENIPEC N° 24, 2005*. Universidad de Los Andes. Mérida: Venezuela, pp. 181 – 210.
- _____ (2003). “El valor libertad en un proceso penal eficiente. Prioridades y realidades de la segunda reforma del Código Orgánico Procesal Penal.” En: *Revista CENIPEC N° 22, 2003*. Universidad de Los Andes. Mérida: Venezuela, pp. 67 – 103.
- González, H. (2008). *La imputación formal o instructiva de cargos*. Vadell Hermanos Editores, C. A. Caracas.
- Gössel, K. (2013). “El principio de Estado de Derecho y la estructura del proceso penal.” Traducción de Miguel Polaino Orts. En: *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro Homenaje al Profesor Nodier Agudelo Betancur. Tomo 2*. Coordinadores Fernando Velásquez Velásquez, Ricardo Posada Maya, Alfonso Cadavid Quintero, Ricardo Molina López y Juan Oberto Sotomayor. Grupo Editorial Ibáñez. Medellín, pp. 1335 – 1351.
- Human Rights Watch. (1998). *Castigados sin condena. Condiciones de las prisiones en Venezuela*. Nueva York.
- Linares, M. (1981). *El sistema penitenciario venezolano*. Universidad Central de Venezuela. Caracas.
- Maier, J. (2004). *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*. (2ª ed. 3ª reimp.) Editores del Puerto, s.r.l. Buenos Aires.
- _____ (2004a). *Derecho procesal penal. Tomo II. Parte general. Sujetos procesales*. (1ra reimpression). Editores del Puerto, s.r.l. Buenos Aires.
- Martínez, M. (1999). “El régimen punitivo en la reforma penal en curso. Cambiar algo para que todo siga igual.” En: *La pena: garantismo y democracia. A propósito de la reforma penal en curso*. Mauricio Martínez (Coautor y compilador). Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá, pp. 89 – 122.
- Nieva, J. (2012). *Fundamentos de derecho procesal penal*. Editorial B de F. Buenos Aires.
- Oberto, L. (1999). *Justicia y gobernabilidad. La reforma procesal penal venezolana. «La justicia de la gente»*. Editorial Nueva Sociedad. Caracas.

- Observatorio Venezolano de Prisiones (2016). *Portafolio de Propuestas Penitenciarias*. Observatorio Venezolano de Prisiones. Caracas.
- Peña, A. (2017). “Algunas consideraciones en torno al efecto suspensivo ejercido por el Ministerio Público en la fase de juicio en contra de la orden de excarcelación del absuelto.” En: *El sistema ¿Acusatorio? Venezolano a 18 años de su vigencia. XIV Jornadas de Derecho Procesal Penal. Homenaje a Vicente Jesús Puppio González*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, pp. 135 – 166.
- Rionero, G. (2016). *El efecto suspensivo del recurso de apelación interpuesto contra el auto que acuerda la libertad del imputado. Análisis de los artículos 374 y 430 del Código Orgánico Procesal Penal*. (2ª ed.). Vadell Hermanos Editores, C. A. Caracas.
- _____ (2015). *Problemas de la imputación en el proceso penal*. Vadell Hermanos Editores, C. A. Caracas.
- Rusconi, M. (2005). “Prisión preventiva y límites del poder penal del estado en el sistema de enjuiciamiento.” En: *Las fronteras del poder penal*. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires., p. 35 y ss.
- Silva, M. (2006). “El derecho a la libertad y el efecto suspensivo del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la orden de excarcelación del imputado.” En: *IX Jornada de Derecho Procesal Penal. Estado actual del proceso penal venezolano. Situación de las leyes penales especiales*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, pp. 195 – 238.
- Vásquez, M. (2021). *¿Evolución o Involución del Derecho Procesal Penal Venezolano? Especial referencia a las reformas al COPP*. Universidad