



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

PONENCIA CONJUNTA

Exp. 17-0658

El 13 de junio de 2017, los abogados **OSCAR BORGES PRIM, DIURKIN BOLÍVAR LUGO, MARÍA DE LOS ÁNGELES MACHADO** e **INDIRA AMARISTA AGUILAR**, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los números 91.625, 97.465, 197.893 y 93.181, respectivamente, interpusieron demanda de nulidad por inconstitucionalidad, conjuntamente con medida cautelar innominada, contra el artículo 305 del Código Orgánico Procesal Penal, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n°6.078 Extraordinario, del 15 de junio de 2012.

El 19 de junio de 2017, se dio cuenta en esta Sala del presente escrito y se designó ponente al Magistrado Juan José Mendoza Jover.

Posteriormente, se acordó resolver el presente asunto en forma conjunta.

Efectuadas las anteriores consideraciones, esta Sala procede a decidir sobre la admisión de la presente demanda de nulidad, así como sobre la solicitud de medida cautelar, previas las siguientes consideraciones:

I DE LA DEMANDA DE NULIDAD

Los demandantes alegaron en su escrito lo siguiente:

Que el artículo 305 del Texto Adjetivo Penal “...*viola y menoscaba las atribuciones conferidas al Poder Judicial por medio de nuestra Carta Magna, la cual en su 'Capítulo III' titulado 'Del Poder Judicial y del Sistema de Justicia' en su 'Sección primera: Disposiciones Generales' en su artículo 253 establece lo siguiente...*”.

Que “...*el artículo 305 del Código Orgánico Procesal Penal violenta el anterior precepto constitucional [artículo 253], por cuanto anula la facultad jurisdiccional que tienen los jueces y juezas de la Republica (sic) a (sic) las decisiones emitidas por la Fiscalía del Ministerio Público (sic), situación que es totalmente contraria a nuestra constitución (sic), totalmente violatoria a la misma por cuanto en el texto constitucional se establece en el artículo 136 la división de los poderes (sic) que conforman el Poder Público Nacional, quedando suficientemente facultados dentro de cada uno de ellos, los órganos que los componen...*”.

Que “...*si el Fiscal del Ministerio Público (sic), presenta acto conclusivo y dicho acto versa sobre el sobreseimiento conforme al artículo 300 del Código Orgánico Procesal Penal, el juez que conozca la causa estará en la facultad de no aceptar y no decretar la solicitud de sobreseimiento realizada por el Fiscal asignado por el Ministerio Público, basándose en los argumentos de hecho y de derecho que el Juez penal*

considere pertinentes y necesarios, al ser esto realizado de esta manera, al ser negado (sic) la solicitud de sobreseimiento solicitada por el Fiscal del Ministerio Público, el Juez de Primera Instancia en materia Penal (sic) procederá a enviar las actuaciones a la Fiscalía Superior del Ministerio Público, y si en esa instancia el Fiscal Superior RATIFICA el sobreseimiento solicitada (sic) anteriormente, el juez o jueza tendrá que decretarlo, reservándose el derecho de dejar su opinión en contrario...”.

Que “el fiscal puede ejercer la acción penal a (sic) un punto donde anulan la facultad del Juez o Jueza en materia penal, nombrado(a) y juramentado(a) por el Tribunal Supremo de Justicia, de tal manera que el Juez está en la obligación de dictar un sobreseimiento que por razones normativas pueda afectar su criterio de idoneidad, imparcialidad e incluso sus funciones como ciudadano portador de la investidura de autoridad, convirtiéndolo en un simple convidado piedra (sic) sin capacidad de impartir justicia a su criterio bajo los términos establecidos en la Ley...”.

Se preguntan: “... ¿dónde quedan las facultades de los jueces, facultades constitucionales a dictar sentencias en nombre de la Republica (sic) Bolivariana de Venezuela, sus facultades de dictar sentencias y hacer ejecutar las mismas, donde (sic) queda la contradicción que es base fundamental de todo proceso?; entonces debemos pensar que los jueces de Venezuela, al momento de que los fiscales dicten acto conclusivo (específicamente el sobreseimiento), se convertirán en convidados de piedra que solamente estarán allí para dejar opiniones en contrario, pero simple y llanamente decretando un sobreseimiento con el cual no están de acuerdo (...) considera[n] respetuosamente que se le falta el respeto a la autoridad emanada de nuestra constitución (sic) a los integrantes del Poder Judicial, quedando sometidos a lo que dicte el Poder Ciudadano...”.

Que “...si el Ministerio Público tiene la facultad de dictar actos conclusivos y oponerlos ante los tribunales correspondientes, ¿cuál es la finalidad de tener un Juez o Jueza en casa (sic) tribunal de la República?...”.

*Solicitaron “...se aplique supletoriamente lo consagrado en los artículos 585 y 588 parágrafo primero del Código de Procedimiento Civil, concediéndose a tales efectos, tal como lo ha denominado la doctrina y jurisprudencia Constitucional (sic), '**Medida de Tutela Constitucional Preventiva Anticipativa**' (sic), lo que sería en un proceso ordinario una medida cautelar innominada, por cuando puede quedar ilusoria la ejecución del fallo, en el sentido de que cualquier particular vea lesionado de forma irreparable sus derechos e intereses por los efectos negativos de afectación del artículo 305 del Código Orgánico Procesal Penal que produce esta ley, al efecto, pedimos respetuosamente se **SUSPENDAN LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 305 DEL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL** (...) HASTA TANTO SE RESUELVA LA PRESENTE DEMANDA DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD...”.*

II COMPETENCIA

Debe esta Sala determinar su competencia para conocer de la presente demanda de nulidad por inconstitucionalidad, para lo cual observa:

El artículo 336, numeral 3, de la Carta Magna, establece que es competencia de la Sala Constitucional “*Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución*”.

En igual sentido, el artículo 25, numeral 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, prevé:

Competencia de la Sala Constitucional

Artículo 25. Es de la competencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:
(...)

3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley que sean dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Conforme a las normas atributivas de competencia que rigen a la jurisdicción constitucional, esta Sala es competente para conocer de la presente demanda de nulidad interpuesta contra el artículo 305 del Código Orgánico Procesal Penal. En virtud de ello, esta Sala asume la competencia para conocer de la presente demanda de nulidad. Así se declara.

III ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

Esta Sala procede a conocer de la admisión de la pretensión de nulidad y, a tal efecto, observa lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia:

Artículo 133.- Se declarará la inadmisión de la demanda:

- 1.- Cuando se acumulen demandas o recursos que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles.
- 2.- Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la demanda es admisible.
- 3.- Cuando sea manifiesta la falta de legitimidad o representación que se atribuya el o la demandante, o de quien actúen en su nombre, respectivamente.
- 4.- Cuando haya cosa juzgada o litispendencia.
- 5.- Cuando contenga conceptos ofensivos o irrespetuosos.
- 6.- Cuando haya falta de legitimación pasiva.

Visto lo dispuesto en el citado artículo y revisadas como han sido las causales de inadmisibilidad previstas en la norma transcrita, esta Sala advierte de su estudio preliminar que la demanda de autos no se subsume en ninguna de las referidas causales y, en consecuencia, esta Sala admite la presente acción en cuanto ha lugar en derecho, sin perjuicio de la potestad que asiste a esta Sala de examinar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad en cualquier estado y grado del proceso. Así se declara.

Por tanto, de conformidad con el artículo 135 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se ordena notificar a los ciudadanos Procurador General de la República, Fiscal General de la República y al Defensor del Pueblo, a los fines de que consignen los alegatos que estimen pertinentes. Remítase a los mencionados funcionarios copia certificada del escrito de la demanda, de sus anexos y del presente fallo de admisión. De igual manera y en atención al segundo aparte del artículo 135 *eiusdem*, se acuerda notificar a la parte actora.

Por último, remítase el expediente al Juzgado de Sustanciación para que realice las notificaciones ordenadas en el presente fallo, acuerde el emplazamiento de los interesados, conforme a lo dispuesto en el artículo 137 de la Ley que rige las funciones de este Alto Tribunal y continúe el procedimiento de Ley.

IV SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

Corresponde a esta Sala Constitucional pronunciarse acerca de la solicitud de medida cautelar interpuesta conforme a los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, como fundamento para el proveimiento de la protección cautelar.

En tal sentido, el artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, establece:

Artículo 130. En cualquier estado del proceso las partes podrán solicitar, y la Sala Constitucional podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes. La Sala Constitucional contará con los más amplios poderes cautelares como garantía de la tutela judicial efectiva, para cuyo ejercicio tendrá en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto.

La norma transcrita, viene a positivizar la doctrina pacífica y reiterada de esta Sala (Vid. Decisión N° 269/2000, caso: ICAP), según la cual, la tutela cautelar constituye un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, un supuesto fundamental del proceso que persigue un fin preventivo de modo explícito y directo. De allí su carácter instrumental, esto es, que no constituyen un fin en sí mismas, sino que se encuentran preordenadas a una decisión ulterior de carácter definitivo, por lo que en relación al derecho sustancial, fungen de tutela mediata y, por tanto, de salvaguarda al eficaz funcionamiento jurisdiccional.

Significa entonces, que el citado carácter instrumental determina, por una parte, su naturaleza provisional y al mismo tiempo, por su idoneidad o suficiencia para salvaguardar la efectividad de la tutela judicial, pues si se conceden providencias que no garantizan los resultados del proceso, la tutela cautelar se verá frustrada en la medida en que no será útil para la realización de ésta.

Dicho proceso, por consiguiente, carece de autonomía, pues su finalidad consiste en asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en otro proceso. De allí que Carnelutti haya expresado que el proceso cautelar sirve no inmediata, sino mediatamente a la composición de una litis, porque su fin inmediato está en la garantía del desarrollo o del resultado de un proceso distinto. Calamandrei enuncia un concepto semejante cuando dice que las medidas cautelares, en tanto se hallan ineludiblemente preordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva, carecen de un fin en sí mismas (Calamandrei, Piero, Introducción al estudio sistemático de las Providencias cautelares, traducción de Sentís Melendo, Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1945, p.31).

Resulta así oportuno referir a Calamandrei (1984. *Providencias Cautelares*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires), en el sentido de que, como efecto del matiz servicial de las medidas cautelares, éstas deben ser homogéneas al petitorio de fondo, ya que alcanzan su mayor eficacia en cuanto más similares sean a las medidas que habrán de adoptarse para la satisfacción de la pretensión definitiva pues, se reitera, constituyen la garantía de la ejecución del fallo definitivo.

Entonces, el fundamento de la medida cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento periférico o superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, en el cual, deben ponderarse las circunstancias concomitantes del caso así como los intereses públicos en conflicto, ello en virtud de la presunción de legitimidad de los actos del Poder Público.

Conforme a las amplias potestades de esta Sala Constitucional, se observa que se ha invocado una disposición de orden público relacionada con el régimen constitucional atinente a la independencia de la actuación del Poder Judicial, lo que determina la presunción de un buen derecho o *fumus boni iuris* en los términos invocados por la parte recurrente. Asimismo, al advertirse una posible vulneración de derechos

constitucionales que pudiera conllevar a una lesión jurídica irreparable, esta Sala, ante la necesidad de no comprometer la independencia de la actuación de los jueces y juezas que integran el sistema de justicia penal, así como a las víctimas en los procesos penales, a los fines de evitar que durante la tramitación de la presente causa se dicten actos que vulneren derechos constitucionales que pueden dejar ilusoria la ejecución del fallo de fondo, determinándose un verdadero *periculum in mora*; **acuerda** la medida cautelar solicitada mientras dure el presente juicio, razón por la cual, **SUSPENDE la aplicación del único aparte del artículo 305 del Código Orgánico Procesal Penal publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 6.078 Extraordinario, del 15 de junio de 2012**, hasta tanto esta Sala dicte sentencia definitiva en la presente causa.

En consecuencia, esta Sala establece en forma temporal un régimen procesal transitorio, referido a la señalada suspensión, esto es, que **no decretado el sobreseimiento**, el Juez debe ordenar al Ministerio Público continuar con la investigación, sin perjuicio de su autonomía para concluir la investigación nuevamente (ver sentencias n° 1335 del 4 de agosto de 2011, caso Mercedes Ramírez y n° 1405 del 27 de julio de 2004, caso Pérez Recao). Por tal motivo, el artículo 305 antes señalado debe leerse de la siguiente manera:

“Presentada la solicitud de sobreseimiento, el Juez o Jueza la decidirá dentro de un lapso de cuarenta y cinco días. La decisión dictada por el Tribunal deberá ser notificada a las partes y a la víctima aunque no se haya querellado”.

Adicionalmente a las consideraciones expuestas anteriormente, esta Sala no puede pasar por alto lo dispuesto en el artículo 126 del texto adjetivo penal, razón por la cual, en atención a lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley que rige sus funciones, el cual le otorga amplio poder cautelar, incluso de oficio, con el propósito de resguardar la garantía de presunción de inocencia (artículo 49, numeral 2 Constitucional y artículo 8 Texto Adjetivo Penal) así como los derechos constitucionales concernientes al debido proceso (artículo 49), al juez natural (artículo 49.4), tutela judicial efectiva (artículo 26), acceso a la justicia (artículo 26), derecho a la defensa (artículo 49.1), al honor y la reputación (artículo 60), a la no discriminación e igualdad (artículo 21), estima procedente acordar **de oficio** en forma temporal una medida respecto del artículo precitado, hasta tanto se decida el fondo del presente asunto.

En este sentido, dicha normativa reza de la siguiente forma:

Artículo 126. Imputado o imputada.

Se denomina imputado o imputada a toda persona a quien se le señale como autor o autora, o participe de un hecho punible, por un acto de procedimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal conforme a lo establecido en este Código.

Con la admisión de la acusación, el imputado o imputada adquiere la condición de acusado o acusada.

La denominación de imputado o imputada podrá utilizarse indistintamente en cualquier fase del proceso. (Subrayado de este fallo).

Se desprende de lo anterior, que se considerará imputado(a) a toda persona que se le indique como autor o participe de un hecho punible por cualquier acto procedimental de las autoridades encargadas de la persecución penal (Ministerio Público). Asimismo, el artículo 111.8 *eiusdem* otorga la facultad de imputar a los presuntos autores de hechos punibles al Ministerio Público, ello en razón de ser el titular de la acción penal y, por ende, el encargado de actuar penalmente.

Sin embargo, observa esta Sala que el término “*imputado*” es utilizado por nuestra norma adjetiva penal de manera ligera y sin distinción procesal alguna de conformidad con el artículo 126 adjetivo, por ello,

cautelarmente considera esta Máxima intérprete de la Constitución que lo ajustado a derecho, en virtud de las garantías constitucionales precitadas, en concordancia con los artículos 2, 4, 5, 7, 13 y 19 del Código Orgánico Procesal Penal, es establecer, provisionalmente, que toda persona investigada por la presunta comisión de algún hecho punible o aprehendido en flagrancia, obtendrá la condición de imputado(a) una vez haya sido informado por parte del Ministerio Público ante su defensor de confianza o público si no lo tuviere, **en la sede del órgano jurisdiccional penal competente**, de los hechos de los cuales se le atribuye la participación o autoría, así como los elementos de convicción que sustentan dicha imputación, ello a los fines de que el Juez o la Jueza (en funciones de Control) garantice y supervise el cumplimiento de la legalidad en el proceso, especialmente en lo referente a los derechos constitucionales del investigado, por lo que se considerará como “investigado” y no como “imputado”, hasta que se cumplan los requisitos señalados *supra*. Razón por la cual, esta Sala -de forma temporal hasta tanto se resuelva el fondo del presente recurso- estima igualmente de oficio establecer, en resguardo de los derechos al juez natural, debido proceso, defensa y tutela judicial efectiva, que la declaración prevista en el artículo 132 del Código Orgánico Procesal Penal se realizará en sede jurisdiccional con las garantías que el juez competente está llamado a preservar conforme al Texto Fundamental y, por tanto, dicho acto de imputación constituye un acto interruptivo de la prescripción de la acción penal, en atención a lo dispuesto en el artículo 110 del Código Penal. Así se decide.

Se acuerda notificar al Presidente de la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal, a los Presidentes de todos los Circuitos Judiciales Penales y a los Jueces Coordinadores en materia de Violencia contra la Mujer y de Responsabilidad del Adolescente de la República Bolivariana de Venezuela -en la forma prevista en el numeral 3 del artículo 91 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia- de las medidas cautelares acordadas en el presente fallo. Así se decide.

V DECISIÓN

Por los razonamientos que anteceden, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la ley, declara:

PRIMERO: COMPETENTE para conocer de la demanda de nulidad interpuesta por los abogados **OSCAR BORGES PRIM, DIURKIN BOLÍVAR LUGO, MARÍA DE LOS ÁNGELES MACHADO e INDIRA AMARISTA AGUILAR**, contra el artículo 305 del Código Orgánico Procesal Penal, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 6.078 Extraordinario del 15 de junio de 2012.

SEGUNDO: ADMITE la demanda de nulidad.

TERCERO: ACUERDA la medida cautelar solicitada; en consecuencia, **SUSPENDE** con efecto *erga omnes* y *ex nunc* la aplicación del único aparte del artículo 305 del Código Orgánico Procesal Penal, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 6.078 Extraordinario del 15 de junio de 2012.

CUARTO: ACUERDA de oficio la medida cautelar referida a que toda persona investigada por la presunta comisión de algún hecho punible o aprehendido en flagrancia, obtendrá la condición de imputado(a) una vez haya sido informado por parte del Ministerio Público ante su defensor de confianza o público si no lo tuviere, **en la sede del órgano jurisdiccional penal competente**, de los hechos de los

cuales se le atribuye la participación o autoría, así como los elementos de convicción que sustentan dicha imputación, ello a los fines de que el Juez o la Jueza (en funciones de Control) garantice y supervise el cumplimiento de la legalidad en el proceso, especialmente en lo referente a los derechos constitucionales del investigado, así como el debido proceso, la tutela judicial efectiva y la posibilidad de ejercer los recursos correspondientes.

QUINTO: REMITE el expediente al Juzgado de Sustanciación, a los fines de practicarse las notificaciones del Procurador General de la República, Fiscal General de la República y Defensor del Pueblo.

SEXTO: ORDENA la notificación de la actora, librar el cartel de emplazamiento a los interesados, y notificar al Presidente de la Sala de Casación Penal, a los Presidentes de todos los Circuitos Judiciales Penales y a los Jueces Coordinadores en materia de Violencia contra la Mujer y de Responsabilidad del Adolescente de la República Bolivariana de Venezuela, -en la forma prevista en el numeral 3 del artículo 91 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia- de las medidas cautelares acordadas en el presente fallo.

SÉPTIMO: Se **ORDENA** la publicación del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta Judicial y en la página web, en cuyo sumario se deberá indicar:

“Sentencia de la Sala Constitucional mediante la cual se suspende cautelarmente con efecto erga omnes y ex nunc la aplicación del único aparte del artículo 305 del Código Orgánico Procesal Penal, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 6.078 Extraordinario del 15 de junio de 2012, y acuerda cautelarmente de oficio que sólo se adquiere la condición de imputado mediante acto formal ante el Juez de Primera Instancia en funciones de Control competente, de los hechos de los cuales se le atribuye la participación o autoría”.

Publíquese y regístrese. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los doce (12) días del mes de julio de dos mil diecisiete (2017). Años: 207° de la Independencia y 158° de la Federación.

El Presidente de la Sala,

Juan José Mendoza Jover

El Vicepresidente,

Arcadio Delgado Rosales

Los Magistrados,

Carmen Zuleta de Merchán

Calixto Ortega Ríos

Luis Fernando Damiani Bustillos

Lourdes Benicia Suárez Anderson

René Alberto Degraives Almarza

La Secretaria Temporal,

Mónica Andrea Rodríguez Flores

Exp. N° 17-0658