



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE

**EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
SALA CONSTITUCIONAL**

MAGISTRADA PONENTE: CARMEN ZULETA DE MERCCHÁN

El 4 de diciembre de 2007, la abogada Theresly Malavé Wadskier, inscrita en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el núm. 30.627, en su condición de defensora del ciudadano **RICHARD VARELA TORO**, venezolano, mayor de edad y titular de la cédula de identidad núm. 10.889.479, interpuso ante esta Sala Constitucional acción de amparo constitucional contra la decisión dictada, el 30 de julio de 2007, por la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, mediante la cual negó la medida cautelar sustitutiva de libertad solicitada por la defensa del prenombrado ciudadano, con ocasión al juicio seguido en su contra en el Juzgado Séptimo de Primera Instancia en funciones de Juicio del referido Circuito Judicial Penal, el cual le dictó sentencia condenatoria por los delitos de encubrimiento y simulación de hecho punible, previstos y sancionados en los artículos 254 y 239 del Código Penal; a cuyo efecto denunció la presunta vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa, consagrados en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela así como el derecho a una tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 26 *eiusdem*.

El 6 de diciembre de 2007, se dio cuenta en Sala y se designó ponente a la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

El 6 de diciembre de 2007, compareció ante la Sala la defensa del prenombrado ciudadano y mediante diligencia consignó anexos relacionados con la tutela constitucional invocada. En esa misma fecha se dio cuenta en Sala y se acordó agregarlo a los autos.

El 23 de enero de 2008, la defensa del ciudadano Richard Varela Toro solicitó, mediante diligencia, pronunciamiento en la presente causa. En esa misma fecha se dio cuenta en Sala y se agregó al expediente.

El 1 de febrero del corriente, la abogada Theresly Malavé Wadskier, con el carácter de autos, presentó ante la Sala escrito mediante el cual solicitó nuevamente pronunciamiento a la brevedad posible en la presente causa, toda vez que su representado, Richard Varela Toro, se encuentra recluido en el anexo de la División de Captura del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, ubicada en la Comisaría Simón Rodríguez, Caracas. Asimismo refirió que el prenombrado ciudadano lleva 2 años y 5 meses detenido, es decir, casi ha cumplido la totalidad de la condena, por lo cual juró la urgencia del caso. En la misma fecha de su presentación se dio cuenta en Sala y fue agregado al expediente.

I DE LA ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL

La defensa del ciudadano Richard Varela Toro expuso como fundamento de su pretensión de amparo constitucional, lo siguiente:

Preliminarmente, describió el *iter* en el proceso penal seguido a su defendido, desde la audiencia de presentación hasta la audiencia oral celebrada -con motivo de la apelación interpuesta en la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, y, a tal efecto, expresó:

Que el 15 de agosto de 2005, el Ministerio Público formuló acusación contra el ciudadano Richard Varela Toro por la presunta comisión de los delitos de simulación de hecho punible y encubrimiento, previstos en los artículos 239, *in fine* y 254, del Código Penal respectivamente, con ocasión al delito de homicidio calificado en perjuicio de Erick Montenegro, Edgar Quintero y Leonardo González y en el delito de homicidio calificado frustrado en grado de complicidad correspondiente en perjuicio de las ciudadanas Elizabeth Rosales, Irua Coromoto Moreno y Danitza Buitrago.

Que el 25 de agosto de 2005, solicitó la revisión de la medida privativa de libertad, la cual fue negada el 8 de septiembre del mismo año, por considerar el juzgador que las circunstancias no habían cambiado.

Que admitida la acusación y dictado por el juzgado de control correspondiente el auto de apertura a juicio, el 30 de agosto de 2006, el Tribunal Séptimo de Primera Instancia en funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas condenó al ciudadano Richard

Varela Toro a cumplir la pena de tres (3) años y cuatro (4) meses de prisión por la comisión de los delitos de encubrimiento y simulación de hecho punible, *supra* referidos.

Que el 30 de julio de 2007, en virtud del recurso de apelación ejercido por la defensa del condenado, la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas confirmó la sentencia condenatoria emanada del aludido juzgado de juicio; oportunidad en la cual fue solicitada la concesión de una medida cautelar sustitutiva de libertad, bajo el alegato fundamental que la pena no excedía de los cinco (5) años.

Seguidamente, la parte actora transcribió parcialmente la decisión de la mencionada Sala Quinta denegatoria de la medida cautelar solicitada; y concluyó argumentando que el amparo incoado es admisible por cuanto se trata de una infracción de los derechos y garantías constitucionales relativos a la defensa, a la igualdad y al debido proceso y, además está involucrado el principio de legalidad.

Refirió asimismo que esta Sala es competente para conocer del amparo constitucional incoado, por cuando el órgano jurisdiccional accionado incurrió en una violación directa de “[...] *Derechos Constitucionales establecidos en los artículos 26, 44 y 49, todos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículos 9 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 9, numeral 3 y artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del Hombre*; y en atención al artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esta Sala es el Superior de la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, en el orden jerárquico.

Arguyó que su representado “[...] es funcionario de investigaciones de la División Nacional contra Homicidios del CICPC y jamás tuvo bajo su potestad realizar la inspección ocular y las planimetrias, a través de las cuales supuestamente se alteró el sitio del suceso, según los representantes fiscales. Así mismo, debo advertir que los funcionarios adscritos a las dependencias mencionadas fueron imputados por los mismos delitos y juzgados en libertad como corresponde. En este caso, la Fiscalía aun cuando imputó a estos funcionarios, posteriormente los ofreció como testigos en la acusación y al percatarse de las consecuencias jurídicas, no le quedó más remedio que decretar un archivo fiscal para estos expertos que tampoco habrían cometido delito alguno”.

Dijo que el delito de simulación de hecho punible y el delito de encubrimiento tienen similares características en cuanto al tipo penal y que esa doble calificación, a su decir, vulnera el principio del

ne bis in idem.

Manifestó que la decisión de la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas quebrantó el derecho a la defensa de su representado, por cuanto fue inmotivada y los integrantes del órgano colegiado se extralimitaron en el ejercicio de sus funciones “[...] cuando hacen calificaciones de índole coloquial y no jurídicas, pues hace referencia al asesinato y no a la calificación jurídica correcta, atribuida a funcionarios de la DIM, denotando interposición de sentimientos ante el razonamiento jurídico, que es al que están llamados a atender”.

Adujo que de una lectura de la decisión recurrida pareciera que su defendido “[...] está condenado por homicidio calificado y no por encubrimiento y simulación de hecho punible, a tres años y cuatro meses de prisión. Lo que se lee, se refiere a las circunstancias en las cuales murieron dos de los muchachos, pero en el curso del juicio se logró determinar quien o quienes causaron la muerte de ellos, de allí la condena de 30 años de presidio que le fue impuesta a cada uno de los autores materiales del hecho, que es la pena máxima”.

Afirmó que la calificación efectuada por la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, en el sentido de que los delitos de simulación de hecho punible y encubrimiento violan los derechos humanos es arbitraria, toda vez que el Código Orgánico Procesal Penal, en su artículo 257, dispone que las disposiciones referidas a la privación de libertad deben interpretarse restrictivamente, “[...] lo que significa que en el caso planteado, le está vedada la posibilidad al Juez de crear libremente condiciones de excepción, distintas a las establecidas expresamente por el legislador, es decir, que en razón de la solicitud de la medida cautelar sustitutiva de libertad planteada, la interpretación de la norma para negarla ha debido ser restrictiva y no creativa, como el caso de marras [...]”.

Advirtió que las circunstancias para el otorgamiento de la medida privativa de libertad cambiaron desde su inicio, toda vez que en un primer momento dicha medida fue solicitada por los delitos de homicidio calificado y uso indebido de arma de fuego, sin embargo, al presentar la acusación, el Ministerio Público precalificó los hechos respecto de su defendido como simulación de hecho punible y encubrimiento, delitos por los cuales fue condenado; no por otros.

Finalmente, solicitó la declaratoria con lugar de la presente acción de amparo constitucional ejercida y, en consecuencia, le sea otorgada a su representado una medida cautelar sustitutiva, pues tiene arraigo en el país, no existe peligro de fuga y está dispuesto a someterse a las condiciones que, al

efecto, se le impongan.

II DEL FALLO IMPUGNADO

El 30 de julio de 2007, la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas negó la medida cautelar sustitutiva de libertad solicitada por el defensor privado del ciudadano Richard Varela Toro. Tal decisión se fundamentó en las consideraciones siguientes:

1.- Que el ciudadano Richard Varela Toro fue condenado por el Tribunal Séptimo de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, por la comisión de los delitos de encubrimiento y simulación de hecho punible, los cuales fueron cometidos [...] *encubriendo y simulando delitos graves calificados como violatorios de los derechos humanos, ya que el día en que ocurrieron los hechos de la Comisión Mixta integrada por funcionarios adscritos a la Dirección de Inteligencia Militar y Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, lesionaron a 3 ciudadanas y asesinaron a tres ciudadanos –todos estudiantes de la Universidad Santa María- sin justificación alguna, siendo que dichos funcionarios, entre ellos, el ciudadano RICHARD VARELA TORO se encuentran en la obligación de salvaguardar la seguridad ciudadana, teniendo como limitación el no abuso de todo lo relacionado con sus funciones”.*

2.- Una vez que transcribió el artículo 29 constitucional y citó parcialmente jurisprudencia de esta Sala relacionada con el contenido de dicho precepto constitucional, específicamente en cuanto a los delitos contra los derechos humanos y su exclusión de los beneficios –tales como las medidas cautelares sustitutivas a que hace referencia el Capítulo IV del Título VIII del Libro Primero del Código Orgánico Procesal Penal- que puedan conllevar su impunidad, concluyó:

“[...] En el caso que nos ocupa no procede la Medida Cautelar Sustitutiva de Libertad, solicitada por el antes mencionado profesional del derecho, en virtud que como ya se dejó sentado, la situación por la cual fue condenado RICHARD VARELA TORO, se encuentra dentro de las excepciones que consagró la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 29, amén que nuestro Máximo Tribunal de la República, emitió pronunciamiento donde señaló expresamente que los delitos a los que hace referencia la norma ya tantas veces mencionada, están excluida (sic) del decreto de medidas menos gravosas [...].”

III DE LA COMPETENCIA

Siendo la competencia para conocer de un caso concreto interpuesto ante este Alto Tribunal el primer aspecto a dilucidar, resulta necesario reiterar que corresponde a esta Sala conocer en primera instancia, las acciones de amparo contra decisiones u omisiones de los Juzgados o Tribunales Superiores de la República, las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso-Administrativo, las Cortes de Apelaciones en lo Penal, así como de los Juzgados Superiores en lo Contencioso-Administrativo cuando conozcan en materia civil, de acuerdo con lo establecido en la decisión N° 1 del 20 de enero de 2000 (caso: *Emery Mata Millán vs. el Ministro y el Viceministro del Interior y Justicia*) y en el artículo 5, numeral 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, por cuanto el presente amparo constitucional fue interpuesto contra la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, corresponde a esta Sala Constitucional el conocimiento de dicha acción, de conformidad con la doctrina contenida en el fallo citado y en el referido artículo, aplicables según lo dispuesto por el literal b) de la Disposición Derogatoria, Transitoria y Final de la antedicha Ley Orgánica. Así se decide.

IV CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Determinada la competencia, pasa la Sala a pronunciarse sobre la admisibilidad del asunto sometido a su conocimiento, para lo cual observa:

De los alegatos expuestos en el escrito libelar, se desprende que la presente acción de amparo constitucional fue ejercida contra la decisión del 30 de julio de 2007, dictada por la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, mediante la cual negó la medida cautelar sustitutiva de libertad solicitada por la defensa del ciudadano Richard Varela Toro, con ocasión a la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado Séptimo de Primera Instancia en funciones de Juicio del referido Circuito Judicial Penal, por los delitos de encubrimiento y simulación de hecho punible, previstos y sancionados en los artículos 254 y 239 del Código Penal .

Así, luego del examen de la demanda de amparo interpuesta, esta Sala da cuenta que la misma cumple con los requisitos que exige el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; asimismo, a ella no se opone ninguna de las causales de inadmisibilidad contenidas en el artículo 6 *eiusdem*; sin embargo, la Sala no efectuará el trámite correspondiente, por

las razones que se expresan a continuación:

Como se señaló, la presente acción de amparo constitucional se ejerció contra una decisión judicial emanada de la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas. Al respecto, la Sala ha señalado en múltiples decisiones, que este tipo de acciones constituyen un mecanismo procesal de impugnación con peculiares características que las diferencian de las demás pretensiones de amparo, así como de las otras vías existentes para el ataque de los actos que emanen de los órganos jurisdiccionales, razón por la cual se han establecido especiales presupuestos de procedencia, cuyo incumplimiento acarrea la desestimación.

En tal sentido, el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, señala que: “*(...) procede la acción de amparo cuando un Tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional (...)*”, precepto que esta Sala ha venido desarrollando a través de su jurisprudencia para definir así su contenido.

Así tenemos que en sentencia N° 2339 del 21 de noviembre de 2001, recaída en el caso: *Jesús Pérez Marcano*, la Sala señaló lo siguiente:

“[...] del análisis de la disposición transcrita, en función de salvaguardar la integridad de la cosa juzgada y la seguridad jurídica, nuestra jurisprudencia ha señalado que para que proceda la acción de amparo contra actos jurisdiccionales deben concurrir las siguientes circunstancias: a) que el juez que emanó el acto presuntamente lesivo haya incurrido en una grave usurpación de funciones o abuso de poder (incompetencia sustancial); aunado a ello, b) que tal proceder ocasione la violación de un derecho constitucional (acto inconstitucional), lo que implica que no es recurrible por amparo aquella decisión que simplemente desfavorece a un determinado sujeto procesal; y finalmente como requisito adicional c) que se hayan agotado todos los mecanismos procesales existentes, o que los mismos resulten no idóneos para restituir y salvaguardar el derecho lesionado o amenazado; es decir, que la acción de amparo puede intentarse contra decisiones judiciales, pero sólo procede en estos casos [...].”

De lo anterior se colige que el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales establece la procedencia de la acción de amparo contra decisiones, actuaciones u omisiones judiciales supeditada al cumplimiento de dos requisitos concurrentes, a saber; que el Tribunal supuestamente agraviante haya actuado fuera de su competencia y que esta actuación u omisión lesione o amenace violar una situación jurídica subjetiva o un derecho constitucional garantizado, ello con la finalidad de restablecer la situación jurídica infringida.

Igualmente, en reiteradas ocasiones se ha definido el alcance dado al concepto de

incompetencia y se ha dicho que no debe entenderse en un sentido procesal estricto (por la materia, cuantía o territorio), sino más bien en el aspecto constitucional, ya que “*obrar fuera de su competencia*” como requisito fundamental para la protección constitucional del derecho que se pretende vulnerado, significa usurpar funciones por parte del juzgador que, por la ley, no le han sido conferidas.

En este sentido, la Sala estableció en su decisión del 6 de febrero de 2001, recaída en el caso: *Licorería El Buchón, C.A.*, que la procedencia de la acción de amparo contra sentencia conforme al artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales “*(...) es un mecanismo especial de protección constitucional que surge cuando el juez, actuando fuera de su competencia, lesioná un derecho o garantía constitucional y no como un mecanismo para que el juez de alzada del que dictó la decisión conozca, nuevamente, de los vicios que mediante el recurso ordinario de apelación fueron alegados. Es decir, sólo procede el amparo, conforme el citado artículo 4, contra las sentencias que dicten los tribunales en segundo grado de jurisdicción, cuando se denuncien violaciones a derechos o garantías constitucionales no juzgadas en cualquiera de las dos instancias (...)*”.

En efecto, la decisión objeto de la presente solicitud de amparo constitucional, negó la medida cautelar sustitutiva de libertad solicitada por la defensa del ciudadano Richard Varela Toro con ocasión al juicio seguido en su contra, en el cual el Juzgado Séptimo de Primera Instancia en funciones de Juicio del referido Circuito Judicial Penal, le dictó sentencia condenatoria por los delitos de encubrimiento y simulación de hecho punible, previstos y sancionados en los artículos 254 y 239 del Código Penal; los cuales fueron ejecutados con ocasión a la comisión de los delitos de homicidio calificado en perjuicio de Erick Montenegro, Edgar Quintero y Leonardo González y homicidio calificado frustrado en grado de complicidad correspondiente en perjuicio de Elizabeth Rosales, Irua Coromoto Moreno y Danitza Buitrago.

Para arribar a tal determinación, la mencionada Sala Quinta expresó las razones de hecho y de derecho que motivó su pronunciamiento, con el señalamiento de las circunstancias en que se ejecutaron los hechos punibles enjuiciados, argumentando expresamente que los mismos fueron cometidos [...] *encubriendo y simulando delitos graves calificados como violatorios de los derechos humanos, ya que el día en que ocurrieron los hechos de la Comisión Mixta integrada por*

funcionarios adscritos a la Dirección de Inteligencia Militar y cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, lesionaron a 3 ciudadanas y asesinaron a tres ciudadanos – todos estudiantes de la Universidad Santa María- sin justificación alguna, siendo que dichos funcionarios, entre ellos, el ciudadano RICHARD VARELA TORO se encuentran en la obligación de salvaguardar la seguridad ciudadana, teniendo como limitación el no abuso de todo lo relacionado con sus funciones”.

Añadió además que los delitos por los cuales fue condenado el prenombrado ciudadano – encubrimiento y simulación de hecho punible- tienen conexidad con delitos que implican violación a los derechos humanos, como lo es el delito de homicidio calificado, y aludió al artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a la doctrina de esta Sala a ese respecto, para manifestar que no procede ningún tipo de medida en los procesos por delitos que tengan tal implicación y por aquellos que le sean conexos.

Al respecto, esta Sala estima oportuno acotar que mediante sentencia N° 626 del 13 de abril de 2004, recaída en el caso: *Marco Javier Hurtado y otros*, respecto de los delitos que inciden en la esfera jurídica de los derechos humanos, resolvió lo que sigue:

“[...] los derechos humanos son la concreción del respeto a la condición humana, que exigen del Estado unas condiciones indispensables para elevar a su máxima expresión la dignidad humana; esto explica por qué todos los sistemas de protección de dichos derechos erigen como responsable de las posibles violaciones a los gobiernos. De allí se deriva que sean las personas provistas de autoridad las que, en principio, pueden incurrir en violación de los Derechos Humanos, pues es la investidura de funcionario, su potestad, el hilo conductor entre la acción del agente y la responsabilidad del Estado; sin embargo, tal afirmación está sometida a excepciones producto de actos atentatorios de la dignidad humana cometidos por personas desprovistas de autoridad pero que sí, de algún modo, cuentan con un respaldo o con la simple tolerancia del Estado. En estos casos, bajo parámetros similares, opera frente a aquellas personas que no son funcionarios pero que actúan bajo el incentivo, aquiescencia, tolerancia o aceptación del gobierno, las reglas que el ordenamiento jurídico nacional ha estipulado para tutelar a los derechos humanos e incluso las reglas del sistema internacional de protección de los derechos humanos, pues, en ambos la esencia es la misma: por *acción* u *omisión* existe un desvío de la potestad pública, una tergiversación del cometido estatal que, se supone, está al servicio del ser humano.

Lo expuesto es imprescindible tenerlo claro, pues en el constitucionalismo social existe la tendencia de hacer una inscripción expansiva de los derechos humanos en las Constituciones, que ha aparejado una creciente y, por ende, cada vez más real yuxtaposición entre los derechos fundamentales (derechos humanos positivizados) y los derechos humanos; nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es una muestra de ello. El Título III del Texto Fundamental, que recoge la Carta de Derechos, se intitula ‘De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes’, mientras que el precepto contenido en el artículo 22 -ubicado en ese título- extiende los derechos humanos

más allá de los contenidos en nuestra Constitución y en los instrumentos internacionales cuando indica que ‘[l]a enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos’; empero, el ejemplo máximo de lo referido lo constituye lo dispuesto en el artículo 23, *eiusdem*, cuando indica que ‘[l]os tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público’.

Los preceptos citados ilustran que la línea divisoria entre derechos humanos y derechos constitucionales, antigua expresión de las tensiones y distensiones entre los distintos fundamentos filosóficos de los derechos humanos, está siendo cosa del pasado. Entre nosotros unos y otros parten del mismo fundamento al punto que se confunden, sólo que la trasgresión de los derechos humanos por personas desprovistas de autoridad (aunque en estos casos sí es más apropiado hablar de la trasgresión de derechos fundamentales o constitucionales), supondría un ilícito civil, penal o administrativo, etcétera, salvo que se trata de conductas auspiciadas, avaladas o toleradas por el Gobierno. De manera que, aunque el Título III de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela califica a todos los derechos constitucionales como derechos humanos, no toda trasgresión a esos derechos, a los efectos de determinar la aplicabilidad del artículo 29 *eiusdem*, puede ser considerada como una trasgresión a los derechos humanos; sólo lo serán la trasgresión a esos mismos derechos cometidos por autoridades del Estado venezolano y **con fundamento en su autoridad**, o por personas que, aun sin ser necesariamente autoridades, actúan con el consentimiento o la aquiescencia del Estado, lo que excluye cualquier delito cometido por un funcionario sin hacer uso de su potestad de imperio, es decir, como un particular.

Otra de las normas contenidas en el precepto constitucional se refiere a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, de las violaciones graves de los derechos humanos y de los crímenes de guerra. La siguiente norma está referida al establecimiento del juez natural: *las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios*, esto para evitar el riesgo de la impunidad en la jurisdicción militar, de lo cual la experiencia latinoamericana ha tristemente dado cuenta. Finalmente, la última de las normas, que es la que aquí nos ocupa, se refiere a la imposibilidad de otorgar cualquier beneficio procesal al incursio en alguno de los delitos mencionados en **la norma anterior**; según el artículo ‘[d]ichos delitos quedan excluidos de los beneficios que pueden conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía’. La estructura del artículo permite concluir que cuando la norma menciona “Dichos delitos” está refiriéndose en un primer término a las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad, y en un segundo término a las “violaciones graves de los derechos humanos” y a los crímenes de guerra, como ya lo indicó la Sala en el fallo n° 1712/2001 de 12 de septiembre.

La negativa para el otorgamiento de los beneficios procesales en los delitos contra los derechos humanos se deriva, por una parte, de que el Estado venezolano firmó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuya normativa impide cualquier beneficio procesal a los juzgados por genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra o el delito de agresión, tratado internacional que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico vigente tal como se desprende de la Gaceta Oficial N° 5.507, Extraordinario, del 13 de diciembre de 2000; instrumento legal internacional que bajo circunstancias específicas, visto los artículos 22 y 23 de la Carta Magna, puede ser de aplicación preferente. Por la otra, por el deber constitucional del Estado venezolano de investigar y sancionar a sus autoridades

acusadas de violar, en uso de su potestad, los derechos constitucionales de sus conciudadanos, o los derechos recogidos en un instrumento internacional o cualquier otro que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos; imposibilidad que se extiende a cualquier fase de la etapa procesal penal (imputación, acusación o cumplimiento de condena). En definitiva, es la censura de la conciencia jurídica a la impunidad lo que impide cualquier despliegue de los efectos jurídicos establecidos en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal.

Entendida en su conjunto la normativa constitucional (artículo 22, artículo 29 y Título III) opera de pleno derecho, por lo que no necesita de ninguna oportunidad procesal específica para ser declarada, de manera que al no trascender del mismo juicio de valor que realiza el Juez para sancionar el delito en sí mismo, a partir de 1999 -ocasión en que entró en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-, cualquier funcionario imputado, acusado o condenado por violar en ejercicio de sus funciones los derechos constitucionales (que es lo mismo que decir los derechos humanos) de los ciudadanos no puede beneficiarse de lo dispuesto en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, o de cualquier beneficio procesal que propenda a la impunidad, porque ello sería desconocer lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide”.

Corolario de todo lo expuesto, la Sala, circunscribiéndose al caso *sub exámine*, observa que la decisión dictada por la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas –impugnada en amparo-, no incurrió en la vulneración de los derechos constitucionales alegados como conculcados por la parte actora, pues dicho Tribunal colegiado, en uso de su potestad de juzgar y de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales vigentes así como con la jurisprudencia de esta Sala, relativa a los delitos que afectan los derechos humanos; resolvió negar la medida cautelar sustitutiva solicitada por la defensa del ciudadano Richard Varela Toro -aquí accionante- con ocasión a la sentencia condenatoria recaída en su contra; en consecuencia, la acción de amparo constitucional propuesta debe declararse improcedente *in limine* y, así se decide.

V DECISIÓN

Por las razones que anteceden, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la Ley, declara **IMPROCEDENTE IN LIMINE** la acción de amparo constitucional ejercida por la abogada Theresly Malavé Wadskier, en su condición de defensora del ciudadano Richard Varela Toro, contra la decisión dictada, el 30 de julio de 2007, por la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, mediante la cual negó la medida cautelar sustitutiva de libertad solicitada por la defensa del prenombrado ciudadano.

Publíquese y regístrese. Archívese el expediente.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Sesiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 06 días del mes de marzo de dos mil ocho (2008). Años 197º de la Independencia y 149º de la Federación.

La Presidenta,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

El Vicepresidente,

JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO

Los Magistrados,

PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ

FRANCISCO A. CARRASQUERO LÓPEZ

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

Ponente

ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES

El Secretario,

JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

Exp.- 07-1783

CZdeM/

Quien suscribe, Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, manifiesta su disentimiento con el fallo que antecede, razón por la cual, de conformidad con el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, salva su voto en los siguientes términos:

1. La mayoría acogió el criterio que expresó la Alzada penal, en el sentido de que los hechos punibles por los cuales fue condenado el quejoso constituyan atentados graves contra los derechos humanos, razón por la cual habría resultado conforme a derecho la desestimación del otorgamiento de una medida cautelar menos afflictiva que la de privación de la libertad personal. Con ello, la Sala se apartó, sin aportación de la correspondiente motivación a la cual estaba obligada, por razones de seguridad jurídica y de procuración de la uniformidad jurisprudencial, de la doctrina que estableció en su fallo n.^o 537, de 15 de abril de 2005, de acuerdo con la cual:

1.1. Las expresiones “*atentados contra los derechos humanos*” y “*delitos de lesa humanidad*” eran equivalentes, **para la valoración de los efectos que derivan del artículo 29 de la Constitución**; particularmente, en lo que toca a la imprescriptibilidad de la acción para la persecución y eventual sanción penal por la comisión de los delitos que fueran subsumibles en tales calificaciones y, obviamente, por lo que toca al otorgamiento de beneficios que pudieran promover la impunidad para los partícipes en la perpetración de tales actos.

En armonía con la precedente afirmación, debe recordarse que, de conformidad con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional -cuerpo jurídico normativo que fue incorporado a la legislación interna de la República, mediante Ley Aprobatoria que fue publicada en Gaceta Oficial n.^o 5.507, de 13 de diciembre de 2000-, “*se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: ...*” (subrayado actual, por el Magistrado disidente).

En la decisión del *ad quem* penal ni en el presente veredicto se explicó cómo los hechos punibles que fueron imputados al actual quejoso, y los cuales dieron lugar a la condena que a éste se impuso, se encontraban subsumidos en el antes señalado elemento del tipo. De allí que, en el criterio del votosalvante, el fallo *sub examine* adolece de manifiesto y grave vicio de inmotivación que debería conducir, si se tratara de un acto de juzgamiento que hubiera sido expedido por otro órgano jurisdiccional, a una necesaria declaración de nulidad de la decisión, de acuerdo con las correspondientes disposiciones procesales civiles y penales, aplicables al procedimiento de amparo, de acuerdo con el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales;

1.2. La calificación jurídica como delitos de lesa humanidad o que constituyan atentados graves contra los derechos humanos, como elemento del tipo legal, es materia de exclusiva reserva legal. Así, en el citado acto jurisdiccional se asentó la siguiente doctrina, la cual es igualmente pertinente respecto del razonamiento que está contenido en el aparte que precede:

Los conceptos de violaciones a los derechos humanos y crímenes o delitos de lesa humanidad están vinculados por una relación de género a especie. Así, la expresión “*violación a los derechos humanos*” comprende todas aquellas conductas –no sólo las punibles– que, constitutivas de infracción a la Ley, producen la consecuencia de lesión

a alguno de aquellos derechos que sean calificables como inherentes a la persona humana; esto es, como “*derechos humanos*”. Dentro de tales infracciones quedan comprendidas, como antes se afirmó, aquéllas que están descritas como conductas penalmente castigables. Ahora bien, del principio de legalidad que, como manifestación específica del debido proceso, establece el artículo 49.6 de la Constitución, deriva el monopolio legislativo para la descripción de los tipos penales; en otros términos, sólo el legislador tiene competencia para la determinación de cuáles conductas humanas han de ser tenidas como punibles, vale decir, para la configuración de la tipicidad. De allí que, con base en el carácter de la tipicidad, que la doctrina reconoce como esencial en la estructura del delito, así como en el principio constitucional de legalidad, de acuerdo con el cual sólo el legislador tiene competencia para la descripción de las conductas punibles y sus correspondientes sanciones penales, se concluye que la calificación de delitos contra los derechos humanos o de lesa humanidad –especialmente, en cuanto los efectos jurídico constitucionales de las mismas incidan necesariamente en la estructura del tipo legal–, es materia que compete exclusivamente al legislador y no al intérprete. En efecto, resulta indudable que sólo al funcionario u órgano del Poder Público a los cuales la Constitución atribuyó la *iurisdicção* corresponde la determinación de cuáles de esas infracciones penales deben ser calificadas como delitos contra los derechos humanos o delitos de lesa humanidad; sobre todo, para los específicos efectos jurídicos que establezcan la Constitución y la Ley (comprendidos en ésta, obviamente, los instrumentos normativos de Derecho Internacional que sean suscritos y ratificados por la República) –en particular, el de la imprescriptibilidad de la acción penal para el procesamiento judicial y la eventual sanción a quienes resulten declarados responsables penalmente por su participación en la comisión de dichos delitos. De conformidad, entonces, con una interpretación teleológica de la Constitución, así como con base en los términos del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (el cual es ley vigente en Venezuela e, incluso, por tratarse de un tratado relativo a derechos humanos, tiene jerarquía constitucional, en la medida que establece el artículo 23 de la Ley Máxima), se concluye que, para el propósito de la calificación sobre la imprescriptibilidad de la acción penal, se tendrán como sinónimos los conceptos de delitos contra los derechos humanos y delitos de lesa humanidad.

En el orden de ideas que se sigue, concluye la Sala que la calificación de una infracción penal como delito de lesa humanidad o contra los derechos humanos corresponde al legislador, por razón del principio de legalidad que establecen el artículo 49.6 de la Constitución y, entre otros, el artículo 9 del Estatuto de Roma, así como en resguardo de la seguridad jurídica y de la garantía constitucional de uniformidad e igualdad en el tratamiento procesal a los respectivos infractores. El anterior aserto es aún más obligante cuando se trate de que la calificación sea requisito previo para la correspondiente declaración de imprescriptibilidad de la acción penal, en virtud del efecto derogatorio que la misma acarrea respecto de la correlativa garantía fundamental, según se explicará más adelante.

El término de la prescripción de la acción penal, que aparece desarrollado, genéricamente, en los artículos 108 y siguientes del Código Penal, correlacionados, en el caso específico que ocupa la atención de esta Sala, con el artículo 19 de la Ley Penal del Ambiente, conforma uno de los elementos genéricos que definen el tipo legal. Por ello, porque está indisolublemente vinculado como un subelemento de la tipicidad, todo lo que concierne al establecimiento de dicho término, a las modificaciones del mismo, así como a la excepción a la garantía fundamental de la prescriptibilidad de la acción penal –como manifestación específica de la tutela judicial eficaz y del debido proceso–, es materia de la exclusiva competencia de quien, a su vez, tiene el monopolio constitucional para la tipificación, la modificación o la extinción del tipo legal, esto es, el legislador. Por otra parte, la imprescriptibilidad de la acción penal ataca también a otro carácter del delito: la punibilidad (véase, al efecto, a J. R. Mendoza T.: *Curso de Derecho Penal, Parte General, Tomo III*, p. 309), razón que también abunda en favor

del monopolio legislativo en referencia.

En el caso venezolano, la Constitución señaló, de manera genérica, cuáles delitos son de acción penal imprescriptible (artículos 29 y 271). Del texto de ambas disposiciones se extrae, igualmente, que el constituyente sólo perfiló o tipificó algunas de las conductas punibles respecto de las cuales, por estar inmersas en los conceptos de delitos contra los derechos humanos o de lesa humanidad, no se extingue, por razón del transcurso del tiempo, la acción para procurar el enjuiciamiento de los responsables por la comisión de los mismos, así como la sanción penal a dichos partícipes; tales serían, por ejemplo, los casos de los delitos de tráfico –y conductas asociadas al mismo– de sustancias estupefacientes o psicotrópicas y los crímenes de guerra. Se concluye, entonces, en el contexto de ambas disposiciones y conforme a las razones que anteriormente fueron expuestas, que el desarrollo de la norma constitucional sobre dichas especies delictivas fue remitida por el constituyente al legislador; en otros términos, aquél no agotó –porque, técnicamente, no es materia propia de una Constitución– el catálogo de los actos típicamente antijurídicos que, para efectos de la imprescriptibilidad de la acción penal, deban ser calificados como delitos contra los derechos humanos o de lesa humanidad, sino que remitió el desarrollo y concreción de la materia que se examina, a la esfera de la competencia del legislador.

A la conclusión de que la calificación de ciertas conductas punibles como delitos contra los derechos humanos o de lesa humanidad pueda quedar al criterio del intérprete de la Ley y quede a éste, en consecuencia, la potestad de la decisión sobre en cuáles delitos no prescribe la respectiva acción penal, se opone la doctrina penal que, en su mayoría y consustanciada con el espíritu garantista que impregna al Derecho Constitucional y al Derecho Penal de nuestros días, es contraria a la existencia de los llamados tipos penales en blanco; de conformidad, según se afirmó *ut supra*, con la propia garantía fundamental del principio de legalidad que establece el artículo 49.6 de la Constitución, así como a otros derechos fundamentales, tales como el debido proceso y la tutela judicial eficaz, como antes se señaló.

La estricta sujeción que, en materia penal y como garantía fundamental, debe haber al principio de legalidad, fue ratificado por el legislador internacional, a través del artículo 9 del Estatuto de Roma, instrumento normativo este que es, conforme a lo que se ha expresado anteriormente, de indudable pertinencia en el presente análisis.

2. Por otra parte, el acto decisorio respecto del cual se expide el presente voto incurrió en el ya recurrente error de confusión de las medidas cautelares de coerción personal menos gravosas que la privativa de libertad personal con beneficios “*que puedan conllevar la impunidad*” de los delitos de lesa humanidad o que constituyen violaciones graves a los derechos humanos. Para la refutación de semejante yerro conceptual, basta la reproducción de lo que, al respecto, ha manifestado quien suscribe, en precedentes votos salvados:

Por otra parte, es particularmente errado el aserto de que el otorgamiento de medidas cautelares de coerción personal conlleve o pueda conllevar impunidad y, de que, por tanto, su otorgamiento esté prohibido por el artículo 29 de la Constitución, en los casos de los delitos que esa disposición enumera; entre ellos, los de tráfico –y demás conductas asociadas– de sustancias estupefacientes o psicotrópicas-, los cuales han sido incluidos dentro de la noción de delitos de lesa humanidad. En primer término, debería recordarse que si, ciertamente, tales medidas fueran conducentes a la impunidad del procesado, entonces debería concluirse que, en ningún caso –no sólo el de los delitos que menciona la precitada disposición constitucional–, esas cautelas deberían ser acordadas, porque ello sería la negación misma de la razón de ser del proceso penal. No tendría objeto la activación de éste si, mediante el otorgamiento de alguna de las prevenciones en cuestión, se corre el riesgo serio de que se frustre o menoscabe el interés social –que se infiere de la interpretación del artículo 49 de la Constitución– en que se investigue la comisión del delito –cualquiera que éste sea–, así como que se

concluya sobre la responsabilidad penal de quienes participaron en la comisión del mismo y, por último, que se decrete y ejecute la correspondiente sanción. De allí que la fundamentación, que se expresó en el acto decisorio respecto del cual se manifiesta el presente disentimiento, encierra una seria contradicción conceptual, porque resulta irreconciliablemente antítetico que se afirme que puede conllevar impunidad la vigencia de unas medidas cautelares que, por definición, persiguen un propósito radicalmente contrario; esto es, que se cumplan las finalidades del proceso, entre las cuales se incluye la que constituye la culminación del mismo: la sentencia definitiva.

De ninguna manera es admisible la afirmación de que el otorgamiento de las medidas cautelares sustitutivas de la privativa de libertad, que enumera el artículo 256 del Código Orgánico Procesal Penal, contraviene el artículo 29 de la Constitución, pues es falso que, mediante tal decisión judicial, se promueva la impunidad. En efecto, las medidas preventivas de coerción personal tienen como único propósito el aseguramiento de las finalidades del proceso; entre ellas, la no menos importante de que el mismo concluya en sentencia definitivamente firme, condenatoria, absolutoria o de sobreseimiento; ello, de conformidad con el artículo 243 del Código Orgánico Procesal Penal: "*La privación de libertad es una medida cautelar, que sólo procederá cuando las demás cautelares sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso*". Por tanto, carece absolutamente de sentido que se afirme que una medida preventiva, mediante la cual se procura, justamente, que el proceso concluya en sentencia definitiva, pueda propiciar la impunidad. Si tales providencias tienen, como objetivo, que la causa llegue a su conclusión natural, cual es el pronunciamiento definitivo de fondo, que puede ser incluso de condena, ¿Cómo, con coherencia y lógica, se puede afirmar que las mismas conlleven o puedan conllevar impunidad? Resulta casi una necesidad el recordatorio de que el decreto de tales medidas no constituye una sentencia definitiva, pues, con la ejecución de las mismas, no cesa el proceso ni se extingue la acción penal; sólo ocurre que, a partir de la vigencia de las mismas, la persona va a continuar siendo juzgada; ahora, dentro de la regla general del juicio en libertad, que proclaman los artículos 44.1 de la Constitución y 243 del Código Orgánico Procesal Penal, hasta cuando se produzca la correspondiente decisión de fondo definitiva. Así, en el evento de que dicho procesado resulte, en definitiva condenado, pues corresponderá al órgano jurisdiccional competente la ejecución de la pena, para lo cual dispondrá de medios procesales para el aseguramiento del condenado y, por tanto, del cumplimiento de la sanción penal (sSC n.º 1209, de 14 de junio de 2005).

3. Con base en el precedente razonamiento, quien suscribe concluye que había, por lo menos, una razonable duda que impedía el arribo, de manera inequívoca, a una declaración de improcedencia *in limine litis* de la pretensión de amparo y que, contrario a ello, esta juzgadora debió, previa admisión de la demanda –pronunciamiento este que, de manera inexplicable, omitió– haber convocado al debate que prescribe el artículo 26 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Quedan expresados, en los términos que fueron reproducidos *supra*, los motivos del disentimiento del Magistrado que expide el presente voto salvado.

Fecha retro.

La Presidenta,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

El Vicepresidente,

JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO

Los Magistrados,

PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ
Disidente

FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCCHÁN

ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES

El Secretario,

JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

PRRH.sn.ar.
Exp. 07-1783