



# **CUADERNOS DE DERECHO PROCESAL PENAL**

Serie Doctrina

No. 15

La defensa en la etapa preparatoria

Carlos Simón Bello Rengifo  
Investigador docente Instituto de Ciencias Penales  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
Universidad Central de Venezuela

2017

Los *Cuadernos Procesales* son una iniciativa de los miembros de la Sección de Derecho Procesal Penal del Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Central de Venezuela, que tienen por cometido ofrecer a los estudiantes de Derecho Procesal Penal, y al público en general que guarde interés por esta disciplina jurídica, exposiciones breves sobre tópicos o temas de esta área, sin pretensiones de exhaustividad, pero sí estimular al estudio y profundización de los asuntos tratados.

Carlos Simón Bello Rengifo

Coordinador de la Sección de Derecho Procesal Penal.

**Sumario:**

- 1.- Introducción
- 2.- Sentidos y funciones del derecho de defensa.
- 3.- Contenido del derecho de defensa y derecho a la igualdad
- 4.- Contenido del derecho de defensa y fase preparatoria
- 5.- La fase preparatoria
- 6.- Defensa y fase preparatoria
- 6.1. Consideraciones generales
- 6.2. El acto de imputación
- 6.3.1. Imputación formal y derecho de defensa
- 6.3. 2. Investigación y derecho de defensa
- 6.3.3. Investigación. Presunción de inocencia y derecho a no ser molestado
- 6.3.4. A modo de primera conclusión
- 6.4. Imputación y actuación policial
- 6.4.1. Investigación e imputación material
- 6.5. Imputación y actos particulares
7. Condición procesal del imputado y condición constitucional del imputado
- 8.- Doctrina sobre imputación en sentido material
- 9.- Jurisprudencia sobre imputación en sentido material

**I.- INTRODUCCIÓN**

La defensa es un tema capital para el Derecho Procesal Penal, pues es una de las instituciones básicas del debido proceso y, por lo mismo, es parte de los derechos humanos procesales. Su importancia crece cuando se asocia a una de las fases procesales donde los derechos fundamentales pueden ser más vulnerables, la etapa preparatoria, cuyo control jurisdiccional es excepcional, y es el espacio más franco para la arbitrariedad policial que, no obstante, sus remedios y sanciones, no dejan de ocurrir, ni de dejar secuelas humanas y sociales.

En el caso venezolano, se vive, además, una situación dramática de involución del proceso penal que lo ha convertido en «instrumento ejecutor de un

esquema ideológico autoritario que pone progresivamente en peligro el derecho de defensa y toda la estructura jurídica democrática de un país libre.<sup>1»</sup>

Cuando se inician los trabajos que culminan con la promulgación del Código Orgánico Procesal Penal, a fines de la última década del pasado siglo, se vivía otra atmósfera, aunque fuese de malos presagios en Venezuela.

En el continente despertaban corrientes democráticas que surgían con la caída de las dictaduras militares que habían azotado la región, y con ello la aspiración de la constitución de instituciones cónsonas con las nuevas condiciones, y entre ellas, las jurídicas son fundamentales, pues o son instrumento del poder, o son su control.

La promulgación del Código Orgánico Procesal Penal fue, entonces, expresión del deseo y necesidad de la modernización de la administración de justicia y de la sociedad en general, presentes no solo en Venezuela, sino que formaba parte de una tendencia, aún vigente, en toda la región latinoamericana en su esfuerzo por alcanzar los niveles de países organizados e institucionalmente estables que gozaran de credibilidad y legitimidad.

Su entrada en vigor debió ir a la par de un cambio progresivo de conciencia cultural y jurídica, que abarcara elementos instrumentales, organizacionales y de técnica jurídica, y, por supuesto, de diseños curriculares en las escuelas de Derecho. Lamentablemente, ello no ocurrió así, al menos en la medida esperada y adecuada, sobre todo porque la cultura forense se opuso con tenacidad a un cambio tan profundo en el sistema. Además, porque, a diferencia de lo que ocurría en casi todo el resto del continente, el autoritarismo halló de nuevo nicho, en infeliz coincidencia con la promulgación del nuevo Código, y le resultaban incómodos los logros democráticos del modelo procesal que representaba, incluyendo la hoy desaparecida participación ciudadana en la administración de justicia.

Como apuntamos en el artículo antes citado, la resisencia de la tradición autoritaria venezolana contó con el aliento de un proceso político que estuvo

---

1 Conf. Carlos Simón Bello Rengifo, La defensa en la etapa preparatoria. P. 817. El presente Cuaderno está guiado por el propósito de una actualización del mismo.

alimentado por «arquetipos ancestrales antiliberales» que fueron minando progresivamente los alcances del programa moderno que proponía el nuevo código, además de que se conservaron algunas estructuras organizacionales que al no contar con un sentido ético-político suficientemente sedimentado, albergaron fácilmente el espíritu inquisitivo que la nueva legislación procesal deseaba superar<sup>2</sup>

Ciertamente que las leyes suelen ser la expresión de la orientación de una elite social y política que no representa *a fortiori* el sentimiento y concepción de lo jurídico de la mayoría, aunque también suelen integrar un programa de pensamiento y acción destinado a cambiar, por la fuerza de la razón, y en ocasiones por la coacción, la cultura política-jurídica predominante que expresa dicho sentimiento<sup>3</sup> ; pero, en el caso venezolano, en lo que va de siglo, no se revela que se pretenda un cambio cultural. Antes por el contrario, la introducción de premisas ideológicas totalitarias han reforzado la mentalidad inquisitiva, represiva y burocrática, que han predominado en el decurso histórico nacional.

La democratización real, no solo la programática de los textos legales, sigue siendo un reto. La necesidad de normar, instalar y desarrollar un proceso penal respetuoso de los derechos y garantías ciudadanas; con funcionarios de mentalidad y formación acordes con el Estado de Derecho; con organizaciones institucionales aptas para el desarrollo y concreción de los programas normativos siguen siendo la aspiración de lo que en términos jurídicos se denomina debido proceso, y que desde otra instancia, se puede llamar proceso democrático.

Por supuesto que en la evolución hacia un modelo democrático de proceso, la defensa ocupa un lugar de honor, pero también es foco de ataque por toda concepción autoritaria, propia del modelo inquisitivo al que respondía el Código de Enjuiciamiento Criminal, bajo cuya vigencia la institución de la defensa estaba muy debilitada, ya que la primera etapa, la instrucción que de ordinario decidía el

---

2 Id. P. 820.

3 Id. P. 819.

destino del resto del proceso<sup>4</sup>, se encontraba en manos del cuerpo policial que dependía del Ejecutivo orgánica y funcionalmente, esquema que el nuevo Código intentó modificar creando una dependencia funcional entre la policía y el Ministerio Público, pero en la medida en que este último se convierta en un apéndice del Ejecutivo, tal propósito queda frustrado.<sup>5</sup>

A la restricción del rol de la defensa, se suma la ampliación de criterios de detención, así como de sus condiciones, como ocurría con el Código derogado en 1998, en el cual el control sobre la detención policial era deficiente, pues se practicaba sin intervención fiscal ni jurisdiccional. El juez de instrucción recibía los «expedientes» previamente elaborados por la policía, y tenía muy escasas posibilidades de tomar decisiones distintas a las que inducían los elementos — «indicios» se les llamaba — que la policía le presentaba, aunque, como ha sido característico fenómeno de nuestra historia, los factores de intervención política para inclinar esas actuaciones y decisiones en un determinado sentido tampoco estuvieron del ausentes, según fuese la «importancia» del caso, o de quienes estuvieren involucrados en el mismo.

Bocetado el marco de promulgación del Código Orgánico Procesal Penal y aquel en que se inserta, en medio de una tensión de oposición entre uno y otro, procedamos a introducirnos en la institución que es el tema de este Cuaderno: la defensa, para luego examinarla en el contexto de la fase preparatoria.

## **II.- SENTIDOS DEL CONCEPTO DE DEFENSA**

En primer lugar, se puede entender en una perspectiva constitucional como el conjunto de derechos y garantías del ciudadano ante el poder punitivo del Estado, tal como lo resalta el modelo acusatorio, con referencia al imputado o acusado.

---

<sup>4</sup> «...la instrucción aportaba, sin intervención del justiciable, por regla general, los elementos de convicción que constituían el acervo probatorio sobre el cual fundaba el juez su decisión, sin intervención del justiciable, por regla general, los elementos de convicción que constituían el acervo probatorio sobre el cual fundaba el juez su decisión.» Id. P. 818.

<sup>5</sup> El asunto de la independencia del órgano investigador, que por lo general es el que detiene, del Ejecutivo es materia de leyes, pero su dinámica y realización es cuestión de hombres.

Otro modo de considerarlo es más bien de tipo procesal. Entonces, se le puede definir en términos de pretensión y contrapretensión, con extensión a los derechos de la víctima, acusadora o no, e, incluso, en una perspectiva que no compartimos, del Ministerio Público.

Además de estos enfoques anclados en los derechos de las partes, también se puede examinar según su estructura, si por ella entendemos la composición de cualquier objeto, según sus elementos y la relación entre ellos, sea formal o dinámica.<sup>6</sup>

La primera resulta de la descomposición de los elementos según sus categorías, colocados preferentemente respecto a otros elementos internos o ubicados en el entorno del objeto de conocimiento. Formalmente considerado el objeto se adecua fácilmente a una visión analítica.

La estructura dinámicamente considerada atañe a los procesos de relación entre sus elementos, sean procesos de tipo normativo o de otra índole, incluyendo los sociales. Vista de esta manera, permite determinar las relaciones de la defensa con otros componentes jurídicos, procesales o penales, o con los actores sociales. Esta estructura dinámica responde a una visión sistémica.

Una síntesis de ambos conduce a sostener que la estructura se compone de la composición de los elementos que la constituyen y de las relaciones que ocurren entre ellos y con su entorno. De este modo, prevalece la visión sistémica sobre la analítica. Veamos, entonces, cuáles son los elementos constitutivos de la defensa.

### **III.- SENTIDOS Y FUNCIONES DEL DERECHO DE DEFENSA**

La defensa es, en primer término, un derecho constitutivo del debido proceso, tal como aparece expuesto en el numeral 1º, del artículo 49 constitucional; pero es también una institución, si por ella entendemos una

---

<sup>6</sup> «La estructura estáticamente considerada corresponde a la composición y su forma de los componentes de cualquier objeto de conocimiento. Dinámicamente considerada es el proceso de relación, sea en su praxis o en su mera forma.» Conf. Carlos Simón Bello Rengifo. Op. Cit. P. 821.

organización jurídicamente reconocida que cumple determinadas funciones en la relación entre la sociedad y el Estado.

Por otra parte, en cuanto derecho reúne la particularidad de ser a la vez una garantía ante el poder punitivo del Estado a la cual se asocia una constelación de otras normas conducentes a su efectiva ejecución. La defensa no se limita a la expresión de algunas normas más o menos aisladas, sino que es el foco y centro de otras que a ella se articulan para brindarle significación y ejecución.

Evocando a Alberto Binder, tenemos que su particularidad es que «actúa en forma conjunta con las demás garantías» que «torna operativas», razón por la cual no se puede colocar en el mismo plano que las demás garantías procesales: «... es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único [derecho] que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal.»<sup>7</sup>

Lo expuesto por Binder tiene plena vigencia normativa en nuestro sistema, especialmente a la luz de lo dispuesto en el artículo 49 constitucional, y en los artículos 174 y 175 del COPP que sanciona con nulidad absoluta aquellos actos que se realicen en detrimento de la «intervención, asistencia y representación del imputado o imputada» o las que impliquen la violación o inobservancia de los derechos y garantías fundamentales.

Esta particular condición del derecho de defensa como derecho-garantía en condición radial, explica que igualmente se le considere como un derecho bilateral, tal como lo expone Magaly Vásquez: *«El derecho a la defensa entendido hoy como derecho bilateral, supone que las partes contrapuestas en el marco del proceso (penal) deben tener las mismas posibilidades de sostener sus pretensiones, de allí que el derecho a la defensa del acusador o del acusado podrían resultar igualmente menoscabados.»*<sup>8</sup>

La misma autora cita un pronunciamiento del Tribunal Constitucional español, de fecha 8 de noviembre de 1983, No. 92/1983:

---

7 Conf. Alberto Binder, Introducción al Derecho Procesal Penal. P.155.

8 Citada por Carlos Simón Bello Rengifo. Op. Cit. P. 821.

*Este derecho de defensa y bilateralidad se conculca, como ha señalado este Tribunal Constitucional, cuando los titulares de derechos legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa (s. de 23 de noviembre de 1981), proscribiendo la desigualdad de las partes (s. de 23 de abril de 1981). En su ma, el artículo 23 de la CE [equivalente al 49 de la Constitución venezolana] contiene un mandato dirigido al legislador y al intérprete en el sentido de promover la contradicción.*

*Tal igualdad entre esas partes contrapuestas cuya contienda debe ser resuelta por un órgano imparcial es lo que caracteriza el principio acusatorio adoptado en el modelo procesal que desarrolla el Código Orgánico Procesal Penal».<sup>9</sup>*

La bilateralidad del derecho de defensa descansa sobre la posición de igualdad de medios y oportunidades de que gozan acusador y acusado, de las armas procesales y su ocasión de empleo. Sin embargo, hay diferencias entre la naturaleza jurídica de las facultades de ambos.

El acusador es el Ministerio Público, eventualmente la víctima. El primero representa el interés general de la sociedad, y la víctima el particular, en tanto que el ordenamiento jurídico a través del artículo 120 del COPP le impone al Ministerio Público la obligación de velar por los intereses de la víctima en todas sus fases. Por su parte, la víctima, no obstante contar con la protección del Ministerio Público, puede ejercer por sí misma sus derechos en defensa y protección de sus intereses cuya lesión ha sufrido por la ofensa que le infringió el imputado. Muy importante también, tener presente que dicho dispositivo legal establece, en su encabezado, que entre los objetivos del proceso se encuentra «La protección y reparación del daño causado a la víctima del delito».

---

9 Id.

La protección que el fiscal del Ministerio Público le debe a la víctima no es porque haya sufrido ofensa, es decir, no hay una vinculación subjetiva de afectación, ni siquiera en aquellos casos en los cuales no hay propiamente víctima en el sentido individual del término, como es el caso de los llamados delitos sin víctima, como son, por ejemplo, los delitos contra la independencia y seguridad de la nación. Esa obligación proviene de su potestad, del poder que tiene para investigar, imputar, acusar y actuar en el proceso.<sup>10</sup>

Distinto es el caso de la víctima. La misma sí está afectada por la ofensa del delito, y por eso en ella existe un vínculo subjetivo con el hecho y una posición adversa al imputado que se deriva del agravio sufrido. Esa lesión le confiere derechos de índole procesal, pero no la exime de cargas.

Lo anterior nos lleva a sostener que la bilateralidad de la defensa no confiere al Ministerio Público el «derecho de defensa», pues como tal no es el fiscal un sujeto de derechos, deberes y cargas, no obstante que haya relaciones de deberes, incluso de derechos y, por supuesto, cargas, aunque con un efecto diferente al que ocurre en la relación de los otros sujetos, por la misma razón de que no tiene relación subjetiva con el hecho, aunque si opera a su favor el derecho a la igualdad, que consagra el artículo 12 del COPP, como elemento del poder del que está investido, y que respecto al imputado es absorbido por el derecho de defensa.

En cuanto a la víctima, que llante o no, también le asiste el derecho de igualdad, que no de defensa, porque como tal no es sujeto pasible de la pena estatal, como sí lo es imputado.

En consecuencia, la bilateralidad puede ser considerada desde la perspectiva del imputado ante el acusador como contenido del derecho de

---

<sup>10</sup> Hablo de poder porque el Ministerio Público tiene un margen de decisión y de acción que sobrepasa el vínculo obligatorio del deber. Goza de discrecionalidad, de la facultad de apreciar y valorar según criterios de oportunidad y justicia en determinados casos. Por ejemplo, para invocar el principio de oportunidad, empero, ejercicio de esa discrecionalidad no se ha de confundir con arbitrariedad, pues ha de motivar, de expresar sus razones, que será acogidas o no por el juez de control, a quien le corresponde velar por la integridad de los derechos fundamentales, tal como lo instituye el artículo 67 del COPP.

defensa propiamente dicho, y desde la perspectiva del acusador, fiscal o víctima, es el derecho a la igualdad.

#### **IV.- CONTENIDO DEL DERECHO DE DEFENSA Y DERECHO A LA IGUALDAD**

Como anteriormente hemos expresado, el derecho de defensa ostenta un rol central en la esfera de los derechos humanos procesales, pues garantiza el conjunto de otros derechos, o dicho de otra manera, se encuentra reforzado con la concurrencia de una serie de facultades que en sí mismos son derechos constitucionalmente reconocidos, cuyo ejercicio o desempeño hace efectivo el derecho de defensa. Ellos básicamente son:

- 1.- Derecho a ser notificado de las pretensiones punitivas del Estado. Artículo 49, 1º.<sup>11</sup>
- 2.- Derecho de acceso a las pruebas (Artículo 49,1º)
- 3.- Derecho al tiempo y medios adecuados (Artículo 49,1º).
- 4.- Derecho a ser tratado como inocente (Artículo 49, 2º).
- 5.- Derecho a ser oído (Artículo 49,3º).
- 6.- Derecho a ser juzgado en plazo razonable (Artículo 49, 3º).
- 7.- Derecho a ser juzgado por tribunal competente, independiente, imparcial y establecido con anterioridad.
- 8.- Derecho a un juez natural (Artículo 49,4º)
- 5.- Derecho a conocer la identidad del juez (Artículo 49,4º)
- 6.- Derecho a no ser obligado a confesar o declarar contra sí mismo, cónyuge, concubino o parientes dentro de cierto grado(Artículo 49, 5º).
- 7.- Derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (Artículo 49, 7º)

---

<sup>11</sup> La disposición constitucional reza:«Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga». Su lectura no puede ser literal, pues el término «cargos» como tal no existe en el Código Orgánico Procesal Penal, mucho menos tendrían sentido en la investigación. Se trata de una fórmula empleada en los textos internacionales por la cual se debe entender que abarcar toda acción o pretensión de sentido punitivo por parte del Estado, desde una medida de investigación invasiva a la esfera dura de sus derechos fundamentales hasta la sentencia condenatoria. Todas, creo, quedan amparadas por la expresión acuñada en el texto.

8.- Derecho a recurrir (Artículo 49,1º).

Estos derechos se desarrollan en las facultades activas y pasivas de orden legal <sup>12</sup>. Las primeras son:

1.- Cognoscitivas: provienen del derecho constitucional a ser notificado o informado, y se hacen patentes, entre otros actos, en el de imputación que regulan, entre otros muchos, los artículos 133; 356 (procedimiento por delitos menos graves); 400 (procedimiento por delitos de acción dependiente de instancia de parte)

2.- Constitutivas: el derecho a designar defensor o ser asistido por abogado de confianza. Artículo 127, 3º; 139 y siguientes, del COPP, entre otros

3.- Propugnativas.

Se clasifican en propias e impropias. Las primeras son los actos de argumentativos de defensa, bien de afirmación o de rechazo. En los primeros, se alega a favor, incluyendo los recursos; mientras que en los segundos se rechazan los de la acusación. Un ejemplo es la previsión del numeral 11 del artículo 127 del COPP.

Las facultades propugnativas impropias no tienen un contenido específico defensivo o de rechazo de la acusación, pero es ese su sentido. Son pedimentos como los previstos en los numerales 5º, 6º y 7º del artículo 127. Ambos pueden ser orales o escritos, salvo que la norma exija una determinada forma.

4.- Comunicativas: artículo 127, numeral 2º, del COPP.

5.- Declarativas: derecho a declarar cuantas veces lo estime necesario, proclamado: artículo 127, numeral 6º; 332, del COPP.

6.- Recursivas: el derecho a recurrir, regulado en el Libro Cuarto del Código Orgánico Procesal Penal, consecuencia del derecho que consagra el numeral 1º del artículo 49 constitucional.

Entre las pasivas, tenemos:

---

12 La diferencia entre facultades activas y pasivas se extrae del enunciado legal, sin pretensiones de orden más sustancial que vayan más allá de los propósitos de este Cuaderno.

Derecho a ser asistido: numerales 3º y 4º del artículo 127 del COPP. <sup>13</sup>

Derecho a ser impuesto de los derechos constitucionales: numeral 8º del COPP.

Derecho a no ser torturado, ni sometido a tratos inhumanos, ni ser objeto de métodos o técnicas que alteren su libre voluntad: numerales 9 y 10 del artículo 127.

La legislación también reconoce derechos a la víctima<sup>14</sup>, aunque el mayor énfasis está dirigido hacia el imputado. Estos derechos se desarrollan en un conjunto de facultades, y entre ellas, son de resaltar las siguientes:

En la esfera de las activas:<sup>15</sup>

Propugnativas propias: numerales 1º, 3º, 4º, 5º, 6º y 8º del artículo 122; acción civil del artículo 50; derecho a presentar querrela, artículo 274; así como el derecho a acusar y a probar, dentro del cual puede incluirse el derecho a solicitar reconocimiento en rueda de personas: artículos 311, encabezado, y numerales 6º, 7º y 8º; y 216, respectivamente; derecho a solicitar la reapertura de la investigación, artículo 297, encabezado, todos del COPP.

Propugnativas impropias: en el mismo orden de ideas que las correspondientes al imputado, pero con orientación adversa al mismo. Entre ellas, el derecho a recusar del artículo 88 del COPP

De acceso: artículo 286, primer aparte; 289, primer aparte; 290 del COPP.

Rekursivas: artículo 237, párrafo primero; 278; 284

Las pasivas, básicamente, son:

---

13 Este derecho se extiende a cualquier ciudadano, aun no imputado, no obstante la práctica forense.

14 En ocasiones, los derechos de la víctima y del imputado son convergentes, por concurrencia de intereses, como es el caso de los acuerdos reparatorios.

15 No he incluido las cognoscitivas en un renglón específico, como sí en el caso del imputado, pues cuando se trata de la víctima sus facultades pasivas las incluyen. Con el imputado hay un mayor rigor porque se puede vulnerar el derecho a la libertad. Claro que si la víctima no es debidamente notificada, puede, por ejemplo, ejercer un amparo, que debe prosperar si se ha violado su derecho a la igualdad. Sin embargo, estimo que el derecho a la libertad y su soporte, el derecho a la defensa, tienen un nivel ético-político de nivel superior. En la práctica, la diferencia puede ser mínima, incluso sentida como inexistente. La cuestión la ubico en una dimensión axiológica que antecede a la práctica.

1.- Derecho a ser informada. Artículo 122, numeral 2º, del COPP.

2- Derecho a ser notificada. Artículo 122, numeral 7º, del COPP.

3.- Derecho a recibir protección y reparación del daño, así como a recibir un trato acorde con su condición por la policía y órganos auxiliares. Artículo 120 del COPP.

La anterior revista pone de manifiesto los principales derechos de defensa y su contrapartida de igualdad, respecto al imputado y la víctima, con lo cual se está en mejores condiciones de abordar a continuación, el punto central de la defensa en la Fase Preparatoria.

## **V.- FASE PREPARATORIA**

Establecido que la defensa es un derecho fundamental de rango constitucional, clave del debido proceso, que da lugar a una institución, la Defensa Pública, y que tiene un efecto radial sobre otros sujetos procesales, o de condición binaria, como lo ha dicho Magaly Vásquez, queda por decir algunas palabras sobre la naturaleza de la fase preparatoria, pues la inclusión de la defensa supone una relación armónica entre ambas.

Si por naturaleza entendemos el conjuntos de propiedades, fines, funciones y poderes de un determinado objeto, se puede concluir lo siguiente.

La fase preparatoria es de carácter judicial, o más específicamente, fiscal, pues su apertura, ejecución y clausura está en manos del fiscal del Ministerio Público<sup>16</sup>; sin embargo, es excepcionalmente jurisdiccional, cuando le corresponde intervenir al juez de control, en razón de actos que puedan ser lesivos al goce y ejercicio de los derechos fundamentales por su impertinencia o improcedencia.

---

<sup>16</sup> El Ministerio Público es un elemento del sistema de justicia, según lo dispone la CV-99 en su artículo 253, último aparte. En el sistema inquisitivo del Código de Enjuiciamiento Criminal, el sumario era de carácter administrativo, pues estaba en manos del Ejecutivo por intermedio de su brazo policial. Que su control pasara al juez, y que su dirección no estuviese en manos del Ejecutivo, fue uno de los sueños de los redactores del COPP, cuando se creía que el país avanzaba hacia horizontes de una democracia más genuina de la que la que entonces también se padecía.

En cuanto sus fines, los mismos están establecidos claramente en los artículos 262 y 265 del COPP, y se sintetizan en la investigación y acreditación de la comisión de un hecho punible; recolección y aseguramiento de sus objetos activos y pasivos, con todas las circunstancias favorables o no al responsable; la identificación de autores y partícipes y, eventualmente, el aseguramiento de su comparecencia al proceso. En pocas palabras, investigar la verdad por medio de la justicia, que es la aplicación de la Ley.

Las funciones que cumple la fase preparatoria son a través del Ministerio Público, es decir, las que corresponden a los actos de investigación, sin perjuicio de la intervención del imputado, la víctima y el juez, en el marco del respeto y ejercicio de los derechos fundamentales. Las funciones son la praxis de sus fines según sus propiedades.

Las funciones se cumplen también en los otros actos procesales propios de esta etapa, tales como la orden de inicio, el acto de imputación, el acto conclusivo, y aquellos otros actos particulares que requieren autorización del juez de control (pruebas anticipadas, por ejemplo), o que sean eventualmente pertinentes, aunque no requieran intervención jurisdiccional (actos especiales de investigación, supuestos de muerte violenta o en accidentes de tránsito, por ejemplo).

Por último, por lo que se refiere a los poderes estatales durante la fase de investigación, se insertan en las facultades del Ministerio Público que obedecen a criterios de pertinencia y oportunidad, como por ejemplo, invocar la aplicación de los distintos supuestos del artículo 38 o del artículo 291 del COPP, o las que tiene la policía en el uso de sus poderes de investigación, para proceder a una inspección, artículo 186 del COPP, entre otros tantos. Como se ve, es un poder ejercido por al menos dos instituciones del Estado: un órgano del Poder Ciudadano y a la vez del sistema de justicia; y un órgano policial, dotado de medios de prevención, identificación, aseguramiento y represión materiales y formales, aunque todos dentro del marco del Estado de Derecho.

## **VI.- DEFENSA Y FASE PREPARATORIA**

### **6.1.- Consideraciones generales**

La defensa, en cualquiera de las etapas del proceso, por su condición binaria y radial a la vez, se inserta en un ámbito dialéctico que alcanza su mayor presencia en el debate oral y público, auténtico duelo argumentativo y probatorio, en el cual ambas partes se esfuerzan en convencer al juez acerca de su propia tesis adversa a la de su contraparte; aunque, por supuesto, no todo el proceso encierra duelos normativos y probatorios, pues hay actos en los cuales hay convergencia de voluntades, expresión limitada de la solución consensuada de conflictos e incluso de la mediación. Son los casos, por ejemplo, de la conciliación en los procesos por delitos de acción dependiente de instancia de parte (artículo 400 del COPP), o de la posibilidad de aplicar medidas alternativas en la audiencia de imputación en el procedimiento por delitos menos graves (artículo 356, tercer aparte, del COPP).

La interconexión de oposición se ejecuta a través de las distintas facultades antes mencionadas:

1.- Cognoscitivas: el imputado tiene la facultad o derecho derivado del defensa de que se le imponga de todo contenido de la voluntad acusadora del Estado, incluyendo sus primeros niveles de registro e imputación, propios de la fase preparatoria. Si bien no consta en expresiones literales de la Ley, son derivaciones propias del derecho de defensa, y su trasgresión además da lugar a ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva, como se da en el caso de la falta de motivación de las decisiones, incluyendo aquellas que se puedan dictar en la fase objeto de este trabajo.

2.- Constitutivas: ante la imputación, material o formal, la designación de abogado de confianza.

3.- Propugnativa: el elenco de las propias que rechazan las manifestaciones de voluntad del acusador, fiscal o víctima, rechazo que puede ser su derrota mediante la demostración o comprobación de su falsedad, impertinencia o improcedencia; o bien la manifestación de una tesis alternativa que deje sin efecto

la adversa. La disposición contenida en el artículo 133, parte *in fine*, del COPP es una clara expresión de esta facultad. Las impropias son todas aquellas que son un apoyo para las propias, al menos potencialmente, pues puede que sus resultados no sean útiles, e incluso impertinentes, pero es una facultad inexpugnable, salvo que sea evidente su improcedencia o impertinencia.

4.- Comunicativas: son facultades que más allá del marco técnico procesal, se enraizan como la defensa misma en una exigencia humana básica.

5.- Declarativas: pueden estar incluidas, en general, en las propugnativas, aunque la diferencia que proponemos es en cuanto el medio, más específico, de su oralidad, que, en el caso, de la fase preparatoria es un medio excepcional de comunicación.

6.- Recursivas: en el sentido técnico, se ejercen excepcionalmente en esta etapa cuando se emiten decisiones jurisdiccionales. En un sentido amplio, no estrictamente, técnico, son las posibilidades del imputado de impetrar al juez de control su intervención, pero entonces, se pueden confundir con las propugnativas. Para evitar tal confusión posible, es mejor mantener su alcance técnico.

En cuanto las pasivas, las mismas se ubican más bien en el estatus del imputado, antes que a su intervención de contradicción, que es la que en este momento se quiere destacar.

Un acto de particular importancia donde se encuentran la potestad punitiva del Estado y el derecho de defensa es el de imputación, del cual surge la condición de imputado y, por tanto, raíz de los derechos procesales que le asisten. En razón de su importancia, le dedicaré las siguientes líneas.

## 6.2.- El acto de imputación

En principio, su regulación está prevista, en el procedimiento ordinario, en el artículo 133, y en el de delitos menos graves, en el artículo 356, del COPP.

El acto de imputación consta de elementos normativos y de elementos descriptivos, entrambos entrelazados, y cuya diferencia nominal responde al contenido de lo que se le comunica al imputado. Son normativos en el sentido de

que están ordenados y caacterizados por la Ley. Aclarada la diferencia, veamos cuáles son:

Normativos:

Imposición del precepto constitucional que le reconoce el derecho a guardar silencio, total o parcial; así como a no declarar contra sí mismo, ni contra todos aquellos con los cuales tiene la relación establecida en el artículo 49, numeral 5º, constitucional.

Imposición de la prohibición de declarar bajo juramento.

Imposicion de la naturaleza del acto: medio de defensa, por lo que, en consecuencia, puede explicar todo lo que considere que actúe a su favor y solicitar las diligencias que estime «necesarias».

Imposición de la calificación jurídica del hecho que se le imputa, del grado de su participación y de todas las disposiciones legales que sean aplicables.

Descriptivos:

Comunicación detallada del hecho que se le atribuye, con todas sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, incluyendo las que le resulten favorables<sup>17</sup>.

Descripción de los elementos de convicción que operan en su contra: es una derivación de lo anterior. Se subsume en la palabra «datos» que se inserta en el dispositivo que estamos analizando.

Esta disposición, sin embargo, debe considerarse dentro de la perspectiva que ofrece la regla máxima de la regulación de la situación del imputado: señalamiento por «acto de procedimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal», según el encabezado del artículo 126 del COPP.

Tal como indiqué en el artículo antes citado, sobre este dispositivo, cabe expresar lo siguiente:

---

17 Por ser favorables no son como tales elementos de convicción del fiscal para imputar, pero sí forman parte de todos los elementos recogidos en la investigación.

*El análisis de la norma relativa a la imputación conduce a la determinación del significado del acto que lo constituye: **señalar** como autor o partícipe.*

*Este acto tiene una condición modal inespecífica, pero expresa, y una referencia subjetiva: “por un acto de procedimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal conforme lo establece este Código.”*

*Es un acto inespecífico porque la expresión “acto de procedimiento” no añade ningún atributo al acto. Sin embargo, es susceptible de generar problemas sobre la determinación del agente del acto: autoridades encargadas de la persecución penal conforme lo establece este Código.<sup>18</sup>*

Para extraer el significado de la disposición es necesario aclarar qué se debe entender por señalar, lo que conduce a su contenido y a su forma. Según su contenido, es aquello en qué consiste, y según su forma se trata, primeramente, de quién imputa, así como de cuándo, dónde y cómo imputa.

La respuesta es algo distinta según el contexto del que se trate. En los casos que se pueden considerar ordinarios, no problemáticos, el artículo 133 porta la respuesta, aunque ya no tan inmediata, pues por doctrina jurisprudencial vinculante, la imputación, sin pérdida de la titularidad fiscal, se realiza ante el juez de control<sup>19</sup>, lo que modifica su condición estrictamente fiscal-judicial ordinaria consagrada en el susodicho artículo 133, sin detrimento de que antes de dicho pronunciamiento, había dos supuestos en los cuales la imputación se formulaba en sede jurisdiccional:

- A solicitud del imputado.
- En el procedimiento de los delitos menos graves, artículo 356 del COPP.

---

18 Conf. Carlos Simón Bello Rengifo. Op. Cit. P. 834

19 Con posterioridad a la redacción del presente Cuaderno, el COPP fue reformado, y como consecuencia de ello, la imputación adquiere de nuevo su condición judicial: se realiza ante el órgano fiscal.

La atribución del acto de imputación al Ministerio Público es cónsono con el modelo acusatorio, sin embargo, la dificultad emerge en cuánto el «cómo» de su señalamiento, no en cuanto su contenido, sino en cuanto el tipo de acto que lo contiene, que, como hemos dicho, es inespecífico, pues afirmar que es a través de un acto de procedimiento es decir mucho y decir poco a la vez.

Mucho, porque todos los actos del proceso son, en un sentido amplio, actos de procedimiento; y es decir muy poco en cuanto su contenido, pues pareciera que puede ser cualquiera; sin embargo, desde el prisma del canon rector, ha de consistir fundamentalmente<sup>20</sup> en una manifestación de voluntad del Ministerio Público que significa que, a su juicio, aquel a quien señala lo considera autor o partícipe de un hecho punible.

El asunto, entonces, se traslada a qué significa «señalar» a alguien como autor o partícipe de un hecho punible<sup>21</sup>, fuera del contexto ordinario del acto de imputación regido por el artículo 133.

### 6.3. Los derechos fundamentales en juego

#### 6.3.1. Imputación formal y derecho de defensa

La respuesta a la anterior pregunta guarda el sentido del derecho de defensa como un derecho humano o fundamental que trasciende al conjunto de facultades de su titular en la interacción reactiva que lo constituye, es decir, que la defensa existe en cuanto reacción ante los actos invasivos de los derechos humanos, pero ello también supone aclarar, al menos *grosso modo*, que se puede

---

<sup>20</sup> Que no, necesariamente, exclusivamente.

<sup>21</sup> En el proyecto fechado el 16 de julio de 1996, el acto de señalamiento se restringía al acto de la proposición de la acción penal, según su artículo 85. En dicho proyecto, la acción penal para dar inicio a la investigación correspondía al Ministerio Público, siempre que se tratase de delitos de acción pública; pero la acción contra determinada persona, con la cual adquiría la condición de imputado, consistía en un escrito presentado ante el juez, mediante el cual el fiscal solicitaba el procesamiento de aquel que, «según el mérito de las diligencias efectuadas por los órganos de policía de investigación», apareciera como partícipe. Este escrito de era el que daba inicio al proceso propiamente dicho, según la letra del artículo 232, y debía presentarse dentro de los ocho días siguientes a la terminación de la investigación preliminar. Era un diseño procesal menos garantista, pues si bien al Ministerio Público le correspondía «la dirección» de la actividad policial de investigación, esta se podía iniciar por la misma policía, aunque notificara lo conducente al Ministerio Público.

entender por acto invasivo, lo que permite algunas matizaciones, y primero, entre ellas, si el acto de imputación constituye uno de ellos.

La vinculación del derecho de defensa ante el acto de imputación formal, que es el previsto según los cánones del artículo 133 del COPP, parece fácil de determinar, pues contra el sujeto se yergue una expectativa de acusación que va acompañada de restricciones de derechos, si acaso no las han precedido, y pone en jaque su derecho a la presunción de inocencia, pues de establecerse de modo definitivo su culpabilidad, y ello solo es posible si hay una previa imputación, convertida luego en acusación, dicha presunción resulta derrotada. En pocas palabras, el acto de imputación es una amenaza cierta, posible y realizable de ser acusado por la comisión del hecho objeto de la imputación, para evocar los términos del artículo 6, numeral 2, de la Ley orgánica de amparo sobre derechos y garantías constitucionales, dado que dicha acusación podría derrotar, de ser acogida en sentencia definitivamente firme, derechos y garantías que le dispensa el estado de plenitud jurídica sobre el que se erige la presunción de inocencia.

El asunto puede presentar otros colores y dimensiones, cuando no hay un acto formal de imputación, es decir, cuando se trata de actos de investigación que son previos a la imputación fiscal.

### 6.3.2. Investigación y derecho de defensa

Los actos de investigación no constituyen de por sí una amenaza formalmente establecida según las previsiones del susodicho artículo 133, pero sí puede constituirla, si se considera que todo acto procesal que indique que el Ministerio Público actúa movido por la duda de si el sujeto pueda ser autor o partícipe del hecho, debe generar el derecho de derrumbarla. Sin embargo, se puede objetar argumentado que son dos niveles diferentes, pues un asunto es lo que el órgano fiscal está conjeturando, que apenas trasciende a ciertos actos crepusculares, y otra cosa es una actividad concreta del sujeto sobre quien se conjetura. Aquí considero que hay que introducir una aclaración sobre la expresión que he empleado.

Actos crepusculares, a falta de otro término quizá más técnico, no expresa una idea clara, sin embargo, la empleo, no solo por la evocación que contiene de expresión afín de Locke cuando se refería a la probabilidad en su teoría del conocimiento, sino porque hay ciertas ideas que por sí mismas son de difícil precisión, son vagas por definición; y además, porque si empleáramos otra más acorde al lenguaje jurídico procesal, tal como «acto de investigación» o «acto de investigación inicial», o algún otro adjetivo, no se gana en certeza, aunque sí en familiaridad terminológica que podría arrojar una sensación de certeza que a poco de escrudiñarla, se verá que no pasa de la superficial sensación que la familiaridad de los términos nos suministra, precisamente porque están instaladas en nuestro lenguaje usual pero no por eso sabemos con precisión qué significan. Ejemplos abundan, y no es necesario seguir justificando la preferencia terminológica adoptada. Ahora, una distinción necesaria.

Los actos crepusculares no constituyen, en principio, invasiones a derechos, por tanto no hay aún de qué defenderse, aunque, por supuesto, la determinación concreta de esta idea no es fácil. Son actos que tienen el sentido de ser tentativos en la búsqueda de elementos de convicción que permitan elaborar razonablemente presunciones sólidas que sustenten el acto conclusivo. Estos actos mientras no se manifiesten en ninguna actividad investigativa son irreprochables, pues permanecen en la bóveda mental del fiscal, se asocian a intuiciones, sospechas, voz de la experiencia y, en fin, a todo ese universo interior de la reflexión que ansía proyectarse en el mundo exterior para hallar hechos que difuminen la incertidumbre no solo intelectual que asedia al investigador. Distinto es cuando el acto crepuscular se despoja de la coraza psíquica y se manifiesta en el mundo externo con determinados actos rodeados de un aura de cierta incertidumbre, pero que en sí mismos pudieran ser considerados como invasivos de derechos.

Así, por ejemplo, la solicitud de una información sobre la actividad bancaria de un sujeto, puede ser interpretada como un acto invasivo de su privacidad, pero también podría considerarse que forma parte de la potestad investigativa que se ve expuesta a entorpecimientos por cualquier acto que se interprete invasivo,

especialmente por la índole expansiva de la protección de los derechos humanos. Lo cierto es que la índole invasiva debe ser ponderada objetivamente, sin que la sensibilidad sea su exclusivo determinante.

En caso de duda, me inclino por la respuesta afirmativa respecto a la invasión del derecho, y particularmente respecto al ejemplo anterior; sin que ello necesariamente entorpezca el cierto sigilo que la prudencia recomienda en los actos de investigación que no pasan de un nivel exploratorio y de conocimiento crepuscular, ya que el Ministerio Público cuenta con la facultad de la reserva que le otorga el artículo 286 del COPP, muy importante sobre todo cuando la investigación involucra crímenes del poder, generalmente amparados por formas delincuenciales con amplia capacidad de penetración y corrupción de voluntades e instituciones.

Ahora, hay actos que son claramente invasores de derechos. Por ejemplo, los correspondientes a la privación judicial preventiva de libertad, u otros actos de investigación, como el allanamiento, que implican más que una conjetura fiscal, pues si bien pueden nacer válidamente de la misma — la investigación se desarrolla desde conjeturas a hipótesis que dan lugar a presunciones razonables, distintos niveles de conocimiento correlativos a distintos actos de procedimiento—, se manifiestan en actos invasivos de la esfera protegida de otros ciudadanos. En estos casos, no tengo ninguna duda que el afectado está asistido por el derecho de defensa, lo que de suyo no significa que el acto invasivo sea injusto por definición.

Además de la diferencia entre actos crepusculares y actos invasivos, y la condición de amenaza cierta, probable y realizable de acusación, se suma una consideración de tipo constitucional.

### 6.3.3. Investigación. Presunción de inocencia y derecho a no ser molestado

Se trata ahora de la amenaza al conjunto de derechos y garantías que abriga la presunción de inocencia que dan lugar a una categoría más abstracta y general que se puede denominar derecho a no ser molestado, entroncado con lo que se puede llamar derecho a la seguridad, como su expresión positiva.

La Constitución de 1961, en su artículo 60, reconocía los derechos de libertad y seguridad personales como diferentes entre sí, y daban lugar a dos subespecies: derechos y garantías procesales — que hoy englobamos bajo el concepto de debido proceso — y los de la libertad personal.

En cambio, la Constitución de 1999 sistematiza los derechos y garantías del debido proceso en forma más sistemática, si se quiere, pues el encabezado de su artículo 49 los etiqueta y, además, extiende el mandato atinente a la defensa a todo estado y grado de la investigación y del proceso, aunque no incluye el derecho de seguridad personal, y, antes por el contrario, dilata el concepto de seguridad en un amplio radio de aplicación: nacional, social, ciudadana y alimentaria, con lo cual la condición individual de la seguridad parece esfumarse; pero es el caso que el amparo procede contra acciones u omisiones violatorias de la libertad y seguridad personales, según la fórmula de los artículos 7, 38 y 39 de la Ley orgánica de amparo sobre derechos y garantías constitucionales, que reproducen el texto de la Carta Magna vigente al tiempo de su promulgación, año 1988. Hay que añadir otra consideración.

Según el artículo 22 de la Constitución de 1999, norma de abolengo en nuestra historia constitucional, rige la interpretación progresiva en materia de derechos humanos, por lo que si una ley orgánica, aunque preconstitucional, reconoce el derecho a la seguridad personal, no hay razón válida para considerarlo suprimido en nuestro sistema jurídico, por menguada que resulte su expresión literal en la Constitución, cuando esta le concede lugar de preeminencia y función de rol rector a los derechos humanos en su artículo 2, *in fine*.

En un sentido jurídico la seguridad individual puede entenderse como el anillo protector que protege al ciudadano de amenazas a sus derechos, no obstante no sea muy diáfana la letra constitucional vigente al compararla con la del 61, en cuanto este derecho se refiere. Este primer acercamiento al contenido de este derecho seguramente no cuenta con un claro apoyo en la Carta Magna del 99, pero sí es congruente con el principio de progresividad en materia de

derechos humanos y con las disposiciones antes citadas de la ley que rige en materia de amparo, como ya fue expuesto.

Ciertamente que el derecho a no ser molestado es más sutil que otros derechos, tanto por su expresión en negativo, como por la carencia de referentes concretos, como es el caso de la libertad ambulatoria, que es la afectada por las sanciones y medidas privativas y restrictivas que sobre ella recaen, sutileza que seguramente explica su ausencia expresa, aunque generalmente se lo asocia a la libertad de expresión, como es el caso, por ejemplo, del artículo 19 de la Declaración universal de los derechos humanos, o en términos similares y en el mismo contexto, de la Constitución de Costa Rica (Artículo 28: «Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley», y en un sentido más amplio las constituciones de Chile (Artículo 19, numeral 1, *in fine*: «Se prohíbe todo apremio ilegítimo»<sup>22</sup>), y México (Artículo 16: «Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.»

Sin embargo, considero que es el derecho relevante en materia de inspecciones corporales menos invasivas que los registros y exámenes corporales, especialmente cuando obedecen al capricho o abuso de poder del funcionario policial, e igualmente, cuando se obstruye el libre tránsito por la mera exhibición del poder, como es el caso, por lo general, de alcabalas y puestos de policía en las vías de circulación, o la detención caprichosa de ciudadanos para exigirles documentos de identidad o exponerlos a cacheos, casi siempre públicos, cuando no también atentatorios contra el pudor.

#### 6.3.4. A modo de primera conclusión

Lo expuesto lleva a concluir que los actos crepusculares de investigación son actos de investigación con acusado carácter exploratorio — en definitiva la exploración es casi sinónima de la investigación —, que de afectar el derecho a no

---

<sup>22</sup> Artículo 19. «La Constitución asegura a todas las personas: numeral 1° ... El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.»

ser molestado genera válidamente la reacción defensiva. Entendido de esta manera, se sigue que todo acto investigativo que constituya peligro de lesión a los derechos fundamentales de modo análogo a los que derivan del acto de imputación formal, debe considerarse un acto de imputación, conclusión no exenta de problemas, como vamos a ver.

#### 6.4. Imputación y actuación policial

Hasta el momento, nos hemos referido a la actividad del Ministerio Público, sin embargo, en la investigación intervienen funcionarios policiales, por lo que hay que aclarar si actos realizados por los mismos pueden ser considerados como materialmente análogos a la imputación fiscal, bajo el entendido, obvio, de que la imputación formal no se ha realizado. La búsqueda de la respuesta debe allegarse a cuál relación existe entre la índole de actos que pueden realizar los órganos legitimados para imputar, próximo paso.

El COPP le atribuye la titularidad de la acción exclusivamente al Ministerio Público, pero su artículo 126 establece que la imputación proviene del señalamiento como autor o partícipe contenido en «un acto de procedimiento de las **autoridades encargadas de la persecución penal**<sup>23</sup>», locución más amplia que «Ministerio Público», pues podría entenderse que las autoridades policiales, aunque actúen por delegación, también están «encargadas de la persecución penal», pues sus actos de competencia en la investigación son material y formalmente de esa naturaleza.

En atención a lo expuesto, concluyo que un acto de persecución penal constituye un acto de imputación materialmente considerado, pero inquieta la pregunta:

¿Qué es persecución penal?

Del examen no exhaustivo de diversas disposiciones del COPP se extrae que el imputado es el perseguido por excelencia, en tanto que sobre él recae un señalamiento y se pueden adelantar actos invasivos en sus derechos en la

---

<sup>23</sup> He destacado.

prosecución de la investigación, así por ejemplo, tenemos los supuestos previstos en los artículos 20, 40 y 237, numeral 4. Sin embargo, hay otros supuestos en los cuales la persecución no recae sobre un imputado, como serían los correspondientes a los artículos 25, 37 y 201 y otros, en los cuales no es condición indispensable que haya imputación previa, tales aquellos a los que se contraen los artículos 38, numeral 4; 280 y 301.

Por tanto, es factible concluir que «perseguir» es, primeramente, investigar a un sujeto previamente imputado, como también fuera de dicho contexto, pues se desconoce quién fue autor o partícipe, y aun más, no se sabe a ciencia cierta si se está ante un hecho punible. En otro decir, se investiga sobre personas y sobre hechos, sin que resulte necesario que las primeras estén claramente identificadas.

Delineado el alcance del significado de «perseguir», falta aclarar si es equivalente a imputar, en aquellos casos en los cuales no hay aún imputación formal previa, pero sí actos de investigación que recaen sobre la esfera de derechos individuales. Esto es, si el concepto de imputación se puede entender en un sentido material y si, en consecuencia, es posible establecer relación de analogía con el acto formal de imputación fiscal.

#### 6.4.1. Investigación e imputación material

En mi criterio, la analogía proviene de si hay similitud entre los efectos que acarrea la imputación fiscal formal y actos de investigación sin imputación formal.

Hemos partido de dos premisas. La primera es la que postula la preeminencia de los derechos humanos en el sistema jurídico desde el prisma constitucional. La segunda es la imputación formal genera como reacción el derecho de defensa, sea que se considere una amenaza cierta, probable y cierta de una acusación posterior que es potencialmente destructiva de la presunción de inocencia, sea que se considere una afectación al derecho de no ser molestado enclavado en el derecho a la seguridad personal.

En consecuencia, la identificación normativa del acto de imputación se corresponde con la expectativa de lesión a derechos fundamentales en tanto su efecto.

Visto de esta manera, se desprende sin hesitación que si el acto de investigación tiene como efecto la injerencia en el disfrute de algún derecho fundamental, y en particular, del derecho a no ser molestado, se genera el nacimiento reactivo del derecho de defensa. Por supuesto, que el nivel más grave, el de amenaza cierta, probable y realizable de abatimiento de la presunción de inocencia es propio de la imputación formal.

Este planteamiento, sin embargo, no resuelve de antemano la cuestión acerca de si el señalamiento por denuncia, querrela o acusación pueden ser considerados actos de imputación.

#### 6.5 Actos particulares e imputación material

La interpretación restrictiva del artículo 126 no solo impide la extensión a los actos de investigación con efecto análogo a la imputación formal, sino que aun con más razón, respecto a la denuncia y la querrela. El primer punto ya lo hemos expuesto, pero en cuanto el segundo, proceden otras hipótesis.

Lo primero a considerar es que la denuncia y la querrela pueden introducirse **antes** del inicio de la investigación, o **en su desarrollo**, incluso **después** de haberse realizado la imputación formal.

Si la manifestación de conocimiento y voluntad que encierran tanto la denuncia como la querrela ocurre **después** que el Ministerio Público ha imputado, no hay nada que considerar respecto a los efectos de esos actos en cuanto la determinación de la imputación, pues solo podrían considerarse en cuanto la legitimación y la procedencia o no de solicitudes o recursos, asuntos que escapan a este Cuaderno, por lo cual nos tenemos que limitar a su inserción procesal **antes** del inicio de la investigación y en **su curso**, siempre y cuando no haya habido acto fiscal de imputación. Punto conexo es si dichas manifestaciones privadas recaen sobre hechos distintos a los que se investiga o conexos con los mismos, al me referiré *infra*.

La sola circunstancia de que se haya formulado denuncia o querrela en un proceso en el cual no ha orden fiscal de iniciar la investigación, no tiene como consecuencia necesaria que el fiscal la ordene. Antes por el contrario, tanto una

como la otra puede que no sean admitidas. Tal se desprende de lo dispuesto por el artículo 283 del Código Orgánico Procesal Penal. Según esta disposición, el Ministerio Público puede solicitar al juez de control, dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la denuncia o querella, que la misma sea desestimada:

Porque el hecho no revista carácter penal

Porque la acción esté evidentemente prescrita

Porque exista un obstáculo legal para el desarrollo del proceso

Caben a su vez dos subhipótesis: a) que el Ministerio Público formule dicha solicitud **después** de haber dictado el auto de inicio y realizado algunos actos iniciales de investigación, que le permitan llegar a tal conclusión; b) que la solicitud la formule **antes** de dictar dicho auto.

Si el fiscal ha realizado algunos actos de investigación puede suceder que de los mismos se desprenda el fundamento de alguna de las causas para desestimar la denuncia o querella, pero también podría ocurrir que den lugar a una solicitud de sobreseimiento (artículo 300), por lo que el resultado de la investigación determina la condición de la solicitud.

Mas lo que importa tanto en uno como en otro acto fiscal, es si un señalamiento particularizado del particular — condición de la querella, no de la denuncia — puede equipararse a un acto de imputación, e igualmente importante es si el auto de apertura implica materialmente imputación. La cuestión atañe al contenido del acto: si en la denuncia y en el auto de apertura se señalan expresamente a alguien como autor o partícipe, aunque esto último es del todo infrecuente.

Si hay un señalamiento expreso en el acto del particular y en el auto de inicio de la investigación, no nos cabe duda que quien haya sido señalado, puede, aún sin haber sido impuesto de ellos, apersonarse ante el Ministerio Público y proponer diligencias que lo ilustren acerca de la atipicidad del hecho, o la prescripción, por ejemplo. Así, puede dar lugar a una solicitud de desistimiento.

Para proponerlo, el señalado tiene derecho a acceder a las actas, aunque, repito, no haya habido imputación fiscal, ni orden de iniciar la investigación. La razón de esta afirmación es la que sigue.

Según el artículo 49, 1º, constitucional, la defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Aunque no se haya iniciado la investigación, el hecho mismo de la introducción de la denuncia o la querrela se encamina a la emisión de un juicio valorativo del fiscal que es propio, aunque no exclusivo, de la fase investigativa. Por lo tanto, ostenta condición procesal. Por la misma razón, procede si se trata de querrela.

El asunto es mucho más sutil si se habla de un señalamiento implícito, pues queda sujeto a un proceso interpretativo, que dificulta enormemente la equiparación material.

En consecuencia en todos estos casos el sujeto que ha sido señalado como autor o partícipe de hecho punible en la manifestación de conocimiento y voluntad del particular, o en el auto de inicio de investigación, está asistido por el derecho reactivo de defensa, por las mismas razones que antes expusimos en cuanto los actos de investigación, pues la clave está no en el sujeto que genera la amenaza o afecta, sino en el resultado en la esfera de los derechos individuales. Dadas las diferencias entre los actos particulares y el fiscal de dar inicio a la investigación, unas palabras respecto a este último.

En la práctica forense, el auto de inicio de la investigación es la formalización o exteriorización de la voluntad del Estado de adelantar una investigación sobre determinados hechos e incluso respecto a determinadas personas; sin embargo, la forma de la voluntad no es consustancial a la voluntad en este caso, pues la misma puede ser expresada de distintas formas, a diferencia de la querrela.

Como se sabe, la Ley no exige siempre que la voluntad procesal sólo se exprese válidamente bajo determinadas formas, lo que sí resulta necesario cuando entraña lesividad respecto a derechos y garantías. Por ejemplo, las formas de los autos que acuerden medidas cautelares o de las sentencias. En estos, la

forma que se anida en su motivación es esencial y no es sustituible por otra, ni siquiera subsanable por la alzada, en nuestra opinión.

El auto de apertura no es suyo lesivo a derechos fundamentales en cuanto contenga sólo la voluntad de investigar, de allí que frente al derecho de defensa no es una formalidad esencial en orden a actuar respecto al curso de la investigación, salvo que haya un señalamiento expreso respecto a un sujeto.

Por otra parte, la ausencia del auto de apertura tampoco priva del derecho de defensa frente a medidas privativas o restrictivas de derechos, **siempre y cuando la voluntad activa del Ministerio Público de investigar y de dirigir la investigación sean patentes**. De no ser así, la autoridad policial ha usurpado competencias que no le corresponden y la actividad deriva en nula, pero por la usurpación, no por la ausencia misma del auto de apertura.

El caso de la flagrancia considero que es el mejor ejemplo de la inespecialidad del auto de inicio de la investigación para da lugar al derecho de defensa, pues si bien en términos de tiempo debe haber inmediatez entre la aprehensión y dicho auto, no es impensable que en el lapso que transcurre entre el momento en el cual el sujeto es puesto a la orden del fiscal y el momento en el cual este dicte el auto de inicio, el aprehendido ejerza su derecho de defensa.

En efecto, el ciudadano privado de su libertad por flagrancia puede ejercer plenamente su derecho de defensa, incluso antes de ser presentado por el Ministerio Público ante el juez de control, como antes de ser presentado al Ministerio Público. Así, por ejemplo, puede solicitar *in continente* y verbalmente, que se tomen ciertas medidas de urgencia que puedan favorecer su condición, para cuando el fiscal formule su juicio ante el juez de control.

Otros dos puntos giran alrededor de la imputación material por parte del órgano jurisdiccional y el anteriormente mencionado en cuanto a si las manifestaciones privadas (denuncia o querella) cuando recaen sobre hechos distintos a los que se investiga o conexos con los mismos.

Sobre el primero, es de indicarse lo dispuesto en el artículo 328 del COPP atinente al delito en audiencia, según el cual, el juez de juicio ordenará la

detención del autor y levantará el acta respectiva, todo lo cual lo remitirá al Ministerio Público. En tal supuesto, considero que el juez juicio dicta una decisión que hace surgir el derecho de defensa, aun cuando el Ministerio Público no proceda de inmediato al acto formal, que sería lo procedente.

#### 7.- Condición procesal del imputado y su condición constitucional

Conforme a lo antes expuesto, se ha concluido que desde un punto de visto constitucional y de derechos fundamentales, cada vez que haya injerencia en el goce y ejercicio de derechos fundamentales o amenaza cierta, real y probable de su afectación, emerge el derecho reactivo de defensa que reconoce el artículo, numeral 1, constitucional, sin que el mismo esté sujeto a ningún acto formalmente regulado, pues el ataque o la amenaza pueden provenir de actos policiales, fiscal o de particulares, pues lo decisivo no son la naturaleza del acto o del sujeto agravante o amenazante, sino la incolumidad de la esfera protectora de derechos, lo que en absoluto conduce a que la defensa esté condicionada por la invalidez del acto, pues la misma procede con independencia de dicha invalidez.

Sin embargo, lo expuesto no aclara expresamente la relación entre dichos actos invasivos o amenazantes, la reacción defensiva y las condiciones y efectos del acto de imputación que regula el artículo 133 del COPP.

El acto de imputación es la formalización, rodeada de garantías, de la certeza fiscal sobre la posible comisión de delito y la culpabilidad atribuible a título de autoría o participación, está precedido de la designación de defensor y seguido del acceso a las actas y la facultad de solicitar diligencias por parte del imputado.

Si se acoge la premisa de la cual hemos partido, hay al menos dos posibilidades. La primera, que el sujeto materialmente imputado impetre ante el Ministerio Público que se le autorice a designar defensor, para que luego se proceda al acto formal del artículo 133.

Esta opción choca con inconvenientes fácticos y jurídicos. Los primeros consisten en que el fiscal puede retardar *sine die* la emisión de dicha notificación al juez de control, además de que puede que no se sienta obligado a ello, y más bien considere que se le está constriñendo a realizar un acto que, a su juicio, aún

no es procedente. Jurídicamente considerada resulta contrainstitucional que exista algo así como un derecho a ser imputado, además de que limita el ejercicio de la defensa a un acto de un tercero, el fiscal, cuando es la actividad del ciudadano lo que lo constituye, por encima de su recepción por el órgano estatal y su efectividad, pues de no existir respuesta oficial, proceden las acciones tutelares respectivas (control judicial, amparo, por ejemplo).

De acuerdo con esta posibilidad, el ejercicio pleno de la defensa queda supeditada a la realización de un acto formal y a la designación de defensor, con lo cual se restringe el alcance de la previsión constitucional.

La segunda posibilidad tiene dos variantes. Una es que el ciudadano designe defensor ante el juez de control e incluso ante un notario, sin necesidad de que el fiscal emita ninguna notificación al juez de control para que se proceda a la designación.

En mi opinión, nada impide que se designe de este modo al defensor, con base en lo dispuesto en el artículo 141 del COPP que no condiciona la designación a ninguna formalidad. No obstante, hay dos inconvenientes. El primero, de tipo fáctico, radica en la dificultad de que el juez de control proceda a realizar el acto, sin la previa notificación del fiscal; y el segundo proviene de una lectura restrictiva de los artículos 139 y siguientes del COPP, en tanto que conduzca a que el término «imputado» se entienda en sentido formal, aunque tal restricción choca con que antes del acto formal, el sujeto no es «aún» imputado, según el formalismo. Es decir, que la visión formalista entraría en contradicción consigo misma.

La segunda subposibilidad consiste en que el sujeto, válido de la disposición constitucional, numeral 1 del artículo 49, actúe con asistencia de abogado, sin designación de defensor. Estimo que es la solución ante los inconvenientes que las otras soluciones presentan.

En tal caso, solo habría una diferencia entre la defensa en sentido procesal formal y la defensa en sentido constitucional material, que no es otro que la falta de designación de defensor, pero no de abogado asistente. Por supuesto, que

esta solución de hecho acarrea dificultades para la defensa, pues se requeriría siempre la comparecencia personal, que podría ser resuelta con una designación por documento público, pero esta designación no es de recibo en la práctica forense apegada a una visión inquisitiva del proceso.

Doctrina aquilatada se pronuncia a favor de una concepción material y no formal de la imputación, como de inmediato lo vamos a demostrar.

#### 8.- Doctrina sobre imputación material

Raúl Washington Abalos, en Argentina, cita la disposición constitucional argentina que no limita la defensa a la previa imputación, y el Código Nacional, vigente para la fecha de la obra que consultamos, cuyo artículo 72 preveía que el imputado podía ejercer su derecho de defensa desde el primer momento en que fuere perseguido, aun cuando no se hubiere promovido el proceso ni se hubiere ejercido la acción penal, y aclarado que los actos policiales son actos de procedimiento, aunque no sean procesales. Con base en estos texto legales, sostiene que «los autores unánimemente han sostenido que los derechos que la ley acuerda al imputado, podrá hacerlos valer el que sea detenido o indicado como partícipe de una infracción penal en cualquier acto del proceso, entendiendo que el vocablo “proceso” debe ampliarse a los actos iniciales de la investigación por parte de la Policía Judicial o por parte del Ministerio Público en la información sumaria.»<sup>24</sup>

Clariá Olmedo, muy claramente, establece que imputado es aquel sujeto que es perseguido penalmente, para lo cual basta cualquier acto de procedimiento en su contra, que coincide con la etapa cognoscitiva del proceso, la cual solo finaliza con la sentencia definitivamente firme, con el archivo o el sobreseimiento.<sup>25</sup>

Vásquez Rossi recuerda lo dispuesto en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que dispone en su artículo 79 que «La persona a la que se le imputare la comisión de un delito por el que se está instruyendo causa tiene derecho, aun cuando no hubiere sido indagada, a presentarse al tribunal,

---

<sup>24</sup> Conf. Raúl Washington Abalos, Derecho Procesal Penal. Tomo II, P. 93 y 86.

<sup>25</sup> Conf. Jorge A. Clariá Olmedo. Derecho Procesal Penal. Tomo II, P.60.

personalmente con su abogado de defensor, aclarando los hechos e indicando las pruebas que, a su juicio, pueden ser útiles.» Y a su vez, su artículo 6 *eiusdem* aclara que «las facultades que las leyes fundamentales del Estado y de este Código otorgan al imputado puede hacerlas valer la persona a quien se atribuye participación en un hecho punible, desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra hasta su finalización.»<sup>26</sup>

Sostiene el autor citado que cualquier acto de investigación que implique la imputación del hecho, como puede ser, agrega, un reconocimiento en rueda de personas, el resultado de una experticia, o los dichos de testigos, aunque no haya habido detención, dan lugar a que la persona ejerza sus derechos como imputado.<sup>27</sup>

Plantea también la situación de quien comparezca ante el órgano estatal y manifieste que es autor o partícipe de un hecho punible, ante lo cual sostiene que como la relación sustantiva y procesal es indisponible, tal autoincriminación no tiene efecto vinculante, «pero de tratarse de una versión de la que objetivamente se desprenden datos verosímiles sobre una conducta delictiva, ello se tomaría como *notitia criminis* y daría lugar a las pertinentes actuaciones.»<sup>28</sup>

Julio Maier puntualiza que la condición de imputado depende dos notas. La primera consiste en su individualización, sin que sea necesario que sea exacta, pues no es indispensable que se le identifique correctamente: «mientras tal indicación no exista, sólo se trata de acciones de investigación objetivas, que no se dirigen contra una persona determinada o que sólo se dirigen a su individualización como autor sospechoso del hecho punible o partícipe de él.»<sup>29</sup>

La segunda nota la suministran los actos de investigación contra la persona, que remite a la determinación del comienzo temporal de esa condición procesal: «... si para nombrar y definir las cosas o las personas adoptamos un punto de vista material, diremos que se trata de definir temporalmente, en el

---

26 Conf. Jorge E. Vásquez Rossi, Derecho Procesal Penal , Tomo II. El Proceso Penal. P. 78.

27 Id. P. 77, 78.

28 Ib. P. 78,79.

29 Conf. Julio B.J.Maier, Derecho Procesal Penal. II Parte general. Sujetos procesales. P. 188-189.

procedimiento, a la persona que es *persguida penalmente*, esto es, que corre el riesgo de sufrir la situación en que la coloca un procedimiento penal dirigido en su contra, de sufrir la *persecución penal*, estatal o privada, según los casos.» Y primer acto de procedimiento, según el mismo dispositivo es «cualquier indicación que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o partícipe en e él, ante alguna de las autoridades de la persecución penal. »<sup>30</sup>

Dadas las dificultades doctrinarias y forenses de caracterizar al imputado, Maier considera que se debe prescindir de las definiciones académicas, y optar por una de contenido material, como la adoptada por el código de Córdoba en 1939: «Los derechos que este Código acuerda al imputado podrá hacerlos valer hasta la terminación del proceso, cualquier persona que sea detenida o indicada de cualquier forma como partícipe de un hecho delictuoso.»<sup>31</sup>

En la doctrina nacional, Magaly Vásquez si bien ha sostenido que por acto de procedimiento se puede entender cualquier «señalamiento expreso por parte de un órgano oficial (como por ejemplo, el requerimiento fiscal) u otro acto que implique sospecha fiscal (citación), actos de particulares (denuncia o la aprehensión en los casos de delitos *in fraganti*) o una medida de coerción (detención).» Sin embargo, sostiene que la sola presentación de la denuncia o querrela no atribuye la condición de imputado, sino que se requiere su admisión «y subsiguiente realización de cualquier acto que haga aparecer al denunciado o querrellado por lo menos como “sospechoso” de la comisión del hecho punible que se le atribuye» para adquirir tal condición. Como ejemplos del susodicho «cualquier acto » menciona la citación para que declare asistido de defensor, como también «la práctica de actos de investigación que implique una lesión a cualquiera de sus derechos (vgr. Allanamiento en su domicilio, interceptación de sus comunicaciones, etc.)»<sup>32</sup>

Orlando Monagas, por su parte, parte de un concepto amplio del acto de procedimiento que señale a alguien como imputado, según sus propias palabras;

---

30 Id. P. 190.

<sup>31</sup> Ib. P. 192.

<sup>32</sup> Conf. Magaly Vásquez, Derecho Procesal Penal Venezolano, P. 97.

aunque, condiciona el acto a su validez y, en el caso de la denuncia o querrela, de modo similar a Magaly Vásquez, a que hayan sido admitidas:

*... la calidad de imputado, se adquiere con el simple señalamiento intraprocesal de haber participado en la perpetración de un hecho delictuoso, sea cual fuere esa actuación procesal, pues sólo basta que sea válida. Desde la admisión de la denuncia o de la querrela, la orden judicial de privación de medida, u otra medida cautelar sustitutiva, una orden de allanamiento domiciliario, la declaración inculpativa de un coimputado o de un testigo, a las cuales se les conceda crédito o trascendencia en la investigación, al punto de que la persona señalada se le entienda comprometida en la perpetración del hecho delictuoso, son actos idóneos para atribuir la condición de imputado»<sup>33</sup>*

Eric Pérez Sarmiento se pronuncia tanto a favor del derecho de designar defensor en ausencia<sup>34</sup>; como a una clasificación de los actos de imputación en directo e indirectos. Estos últimos los radica en actos de las autoridades «contra una persona, de los que puede deducirse claramente que le consideran incurso en un delito, sin haberla instruido de cargos previamente, tales como allanamientos de su domicilio, prohibición de movimientos, señalamientos públicos por los medios, etc.»<sup>35</sup>

A favor de que la cualidad de imputado no depende del acto formal, aun cuando no extrae todas las consecuencias, ni aporta mayores ejemplos, salvo el caso de la orden de inicio de la investigación que de oficio dicte el Ministerio Público, sin necesidad de que haya sido acusado, es la tesis de Fernando Fernández.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Conf. Orlando Monagas Rodríguez, *El proceso penal democrático. El proceso justo*. P. 149.

<sup>34</sup> Conf. Eric Lorenzo Pérez Sarmiento, *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal. Concordado con el COPP de 2012*. P. 213.

<sup>35</sup> Conf. Eric Lorenzo Pérez Sarmiento, *Manual de Derecho Procesal Penal*. P.168.

<sup>36</sup> Conf. Fernando M. Fernández, *Manual de Derecho Procesal Penal*. P. 200.

González Manzur parece opinar a favor de la necesidad de la imputación formal a fin de garantizar el ejercicio de defensa. Aunque emplea el concepto de imputación material, no resulta claro, a nuestro entender, si considera si antes del acto formal, puede el sujeto ejercer el derecho de defensa de modo similar a cuando ha sido formalmente imputado.<sup>37</sup>

Como se desprende de la breve reseña que antecede, la doctrina venezolana se manifiesta abrumadoramente a favor de la tesis material del concepto de «acto de procedimiento de imputación», sin embargo, casi todos los autores introducen limitaciones, tales como la admisión de la denuncia o querrela, e incluso con el agregado de actos de investigación sucesivos e inequívocos; la validez de los actos. No hay claridad en cuanto si incluyen actos implícitos de señalamiento contra determinada persona, ni tampoco si hay alguna diferencia material o formal entre el derecho reactivo que surge de dichos actos materiales o indirectos de imputación, y el que genera la imputación formal. Tampoco se precisa el alcance que se le debe dar al «crédito o trascendencia» del señalamiento de un coimputado o de un testigo.

Doctrina de la Sala Constitucional, que a continuación vamos a reproducir, parece ir más allá de los límites antes señalados.

#### 9.- Jurisprudencia sobre imputación en sentido material

Algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo de Justicia son favorables al reconocimiento de la imputación en sentido material. Así, por ejemplo la siguiente:

... en sentencia n. 1.636/2002, del 17 de julio, estableció lo siguiente:

*Conforme al artículo 124 del Código Orgánico Procesal Penal, imputado es toda persona a quien se le señala como autor o partícipe de un hecho punible, por un acto de procedimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal. **No se requiere de un auto***

---

<sup>37</sup> Conf. Hildemaro González Manzur, *La imputación formal o instructiva de cargos*. P.68

***declarativo de la condición de imputado, sino de cualquier actividad de investigación criminal, donde a una persona se la trata como presunto autor o partícipe.***

(...)

***En la fase de investigación, la imputación puede provenir de una querrela (artículo 296 del Código Orgánico Procesal Penal), o de actos de la investigación que de manera inequívoca señalan a alguien como autor o partícipe, bien porque la denuncia menciona a una persona en particular que se interroga o entrevista como tal, o porque los actos de investigación, como allanamientos, etc, reflejan una persecución penal personalizada***

En nuestro ordenamiento procesal penal, la cualidad de imputado es susceptible de ser adquirida por el acto a través del cual el Ministerio Público, de conformidad con el artículo 131 del Código Orgánico Procesal Penal, comunica detalladamente a la persona investigada el hecho que se le atribuye.

A mayor abundamiento, dicha norma describe los requisitos de forma que deben ser cumplidos antes de comenzar la declaración del imputado, siendo que entre aquéllos resalta uno que se adapta conceptualmente a la figura procesal aquí analizada. Dichos requisitos son los siguientes: a) la imposición del precepto constitucional que exime a la persona de declarar en causa propia y, aun en caso de consentir a prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento; b) la comunicación detallada a la persona de cuál es el hecho que se le atribuye, con indicación de todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, incluyendo aquellas que son de importancia para la calificación jurídica; c) la indicación de los preceptos jurídicos que resulten aplicables; d) la

comunicación de los datos que la investigación arroja en contra de la persona; e) el señalamiento de que la declaración es un medio para su defensa y, por consiguiente, que tiene derecho a explicar todo cuanto sirva para desvirtuar las sospechas que sobre él recaigan, y a solicitar la práctica de diligencias que considere necesarias. Así, se evidencia entonces que el segundo requisito (comunicación detallada del hecho punible) configura, a todas luces, un acto de imputación.

Ahora bien, **ese acto de comunicación que efectúa el Ministerio Público (generalmente, previa citación de la persona investigada) no niega ni excluye cualquier otra modalidad de imputación posible durante la investigación. Sostener lo contrario podría conllevar a prácticas deleznable y perjudiciales para la persona contra la cual se ha motorizado la persecución penal.**

Claro está, **no toda persona que aparezca en una investigación penal, con ocasión de una denuncia formulada por la comisión de uno o varios hechos punibles, será considerada como imputada (sentencia n. 2.921/2002, del 20 de noviembre).**

Debido a que el objeto del proceso penal se configura no sólo con la existencia de un hecho punible, sino también con la atribución de su comisión a una persona concreta, la adquisición de la cualidad de imputado genera los siguientes efectos procesales: a) determina el elemento subjetivo del proceso; b) determina el presupuesto de la acusación, por lo cual, no podrá ejercerse acusación contra una persona si ésta no tiene la cualidad de imputada; y c) habilita automáticamente para el ejercicio de cualesquiera de los derechos previstos en el artículo 125 del Código Orgánico Procesal Penal, y concretamente, posibilita un ejercicio eficaz del derecho a

la defensa, así como también de los demás derechos y garantías que integran el debido proceso.

**Excepcionalmente, el nacimiento de tales derechos y garantías en cabeza del encartado puede darse antes de que le sea comunicado formalmente el hecho que se le atribuye, ya que es plausible que aquél pueda enterarse de la existencia del procedimiento penal que se ha instaurado en su contra, antes de que se produzca tal comunicación formal, resultando obvio que, en ese supuesto, también tiene el derecho a oponerse a la persecución penal (es el caso, por ejemplo, del artículo 125.8 del Código Orgánico Procesal Penal), tal como ocurrió en el caso de autos.**

El artículo 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra el derecho a la defensa, del siguiente modo:

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

*1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley*

.El contenido de este derecho, se traduce en la facultad de toda persona de intervenir en el proceso penal que contra ella se haya incoado, así como también de llevar a cabo las actividades procesales necesarias para evidenciar la falta de fundamento de la potestad penal

que contra él ejerce el Estado, o cualquier circunstancia que la excluya o la atenúe.

Como un claro desarrollo del contenido de este último -y por ende del debido proceso-, se perfila el artículo 125 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual articula el catálogo de derechos que nacen en cabeza de quien ha adquirido la cualidad de imputado en los términos expuestos supra.(Decisión 1381, 30-10-09. Sala Constitucional. Ponente: Francisco Carrasquero) ( He destacado)<sup>38</sup>

Sin embargo, el siguiente pronunciamiento de la Sala de Casación Penal, si bien reconoce la imputación en sentido material, parece que restringe su alcance a la realización de actos formalizados con la presencia del defensor, con lo cual, de ser este el sentido de la misma, se desnaturaliza a la figura en cuestión:

***La institución de la imputación, constituye un medio necesario para el efectivo ejercicio del derecho a la defensa, por cuanto es la vía que garantiza los derechos delimitados en el artículo 125 del Código Orgánico Procesal Penal. No obstante a ello, la imputación material es implícita en aquellos actos que por su naturaleza deban ser realizados bajo la presencia de la partes y bajo la asistencia de la defensa técnica, o en actos dirigidos a la individualización o identificación de los autores o partícipes del hecho, por lo cual no puede alegarse la ausencia de imputación para los actos propios de la fase preparatoria que se lleven a cabo con la formalidades que el Código Orgánico Procesal Penal establece y se materialice el efectivo ejercicio de la defensa.***

*Lo anterior supone que no puede limitarse la acción del Ministerio Público en aquellos actos necesarios y urgentes que permitan la individualización de los partícipes del hecho, siendo que en reiteradas ocasiones es a través de dichos*

---

<sup>38</sup> <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>. En sentido similar, decisión No. 2055, del 29-7-05, Sala Constitucional, con ponencia de Jesús Eduardo Cabrera.

*procedimientos que se determina la dirección de la investigación y la posible colección de elementos que permitan fundar el acto formal de imputación y posteriormente el acto conclusivo.* (Sala de Casación Penal, decisión 713, de fecha 16-12-2008. Ponente Eladio Ramón Aponte Aponte.<sup>39</sup>

### **Referencias bibliográficas**

Bello Rengifo, Carlos Simón (2006): *La defensa en la etapa preparatoria*. En: *Temas de Derecho Penal Económico. Homenaje a Alberto Arteaga Sánchez*. Caracas. Universidad Central de Venezuela. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Fondo Editorial A.V.D.T. Obras colectivas OC 2. Compiladora Carmen Luisa Borges Vegas.

Binder, Alberto (1999): *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Ad-Hoc S.R.L. Segunda edición actualizada y ampliada.

Clariá Olmedo, Jorge A. (1998): *Derecho Procesal Penal*. T. II. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni editores. Actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz.

---

<sup>39</sup><http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/diciembre/713-161208-2008-A08-307.HTML> Importante es el voto salvado de Blanca Rosa Mármol de León: «En el presente caso fueron realizados distintos actos que requerían la orden judicial para su realización (allanamiento) no obstante dichas órdenes debieron encontrarse sustentadas en las circunstancias de extrema necesidad y urgencia, para ser consideradas efectivamente como actos de imputación formal, ello con el objeto de no obstaculizar la labor de investigación policial, la fuga del presunto autor, la perpetración de otros hechos delictivos y otros actos que podrían poner en peligro los resultados del juicio o la integridad de las personas involucradas, entre otras circunstancias que deberán siempre ser fundamentadas, tanto por el Ministerio Público como por el Juez que dicte la orden de aprehensión en el supuesto previsto en el ya mencionado último aparte del artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal.

En la presente causa, fue realizado un primer allanamiento, sin que la Fiscalía hubiese solicitado la orden como una actuación urgente, a los efectos de sorprender a los sospechosos con elementos de interés en los hechos investigados.

Posteriormente se llevó a cabo un segundo allanamiento y una rueda de reconocimiento sin haber sido notificados de su condición de imputados; en consecuencia resulta a todas luces improcedente y a destiempo, en perjuicio de los investigados, que se haya solicitado la aprehensión “por extrema necesidad y urgencia” después de realizados dichos actos.

Por ello, quien aquí disiente considera que no están dadas en el presente caso las condiciones para dictar la aprehensión en el supuesto referido, dado los actos procesales previos que no fueron dictados ni ejecutados conforme a la ley y a los que luego se les pretendió dar validez con una solicitud de aprehensión posterior, que tampoco cumple con lo previsto en los artículos 124 y 250 del Código Orgánico Procesal Penal.»

Fernández, Fernando M. (1999): *Manual de Derecho Procesal Penal*. Caracas. Mc Graw Hill. Baker &Mc Kenzie. Serie Jurídica.

González Manzur, Hildemaro (2009): *La imputación formal o instructiva de cargos*. Caracas. Vadell Hermanos Editores.

Maier, Julio B.J. (2003): *Derecho Procesal Penal II Parte General. Sujetos procesales*. Buenos Aires. Editores del Puerto S.R.L.

Monagas Rodríguez, Orlando (2015): *El proceso penal democrático. El proceso justo*. Caracas, s/e

Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo (2013): *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal. Concordado con el COPP 12 de junio de 2012*. Caracas. Vadell Hermanos editores.

\_\_\_\_\_ (2009): *Manual de Derecho Procesal Penal*. Caracas. Vadell Hermanos Editores. Tercera edición.

Vásquez González, Magaly (2019): *Derecho Procesal Penal Venezolano*. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello. Abediciones. Colección Cátedra. Séptima edición.

Vásquez Rossi, Jorge E. (1997): *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. *El proceso penal*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores.

Washinton Abalos, Raúl (s/f): *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Mendoza. Ediciones Jurídicas Cuyo.

Fuentes

electrónicas:

[www.tsj.gob.ve](http://www.tsj.gob.ve)

