

**LA FUNCION CREADORA DEL JUEZ PENAL Y SU VIGENCIA EN
EL AMBITO JURIDICO VENEZOLANO**

**(The creative role of the criminal court judge and its validity in
the Venezuelan legal field)**

Leani. Bellera

Corte de Apelaciones del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente con Competencia en Materia de Delitos de Violencia contra la mujer del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia.

leanibellera@gmail.com

Recibido:19/09/2013 Aceptado: 01/09/2017

RESUMEN

El propósito de este estudio se fundamentó en la función creadora del juez penal y su vigencia en el ámbito jurídico venezolano. Para tal objetivo, los criterios doctrinarios estuvieron apoyados en Cossio (1947), Recaséns (1975), Reale (1973), bajo la interpretación y síntesis realizada por Chacín (2001), y en el campo de la doctrina penal, el sustento del estudio fue conforme al postulado de Arteaga (2009); entre otros autores versados en la materia; asimismo los instrumentos jurídicos estudiados fueron la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Asamblea Nacional Constituyente, 1999), Código Orgánico Procesal Penal (Asamblea Nacional, 2012), Código Penal (Asamblea Nacional, 2005) y, el Código Civil (Congreso de la República de Venezuela, 1982), entre otros. En cuanto a la metodología aplicada, fue de tipo documental en un nivel descriptivo, extrayendo de un conjunto de decisiones surgidas en los años 2011-2012, elementos que permitan contrastar la vigencia de la doctrina moderna en este campo; a fin de constatar la relevancia de la labor interpretativa en este campo, la cual debe ser el sustento de las decisiones que surgen de cada uno de los juzgados de la República, con las limitaciones que se derivan de un área tan específica como la penal, donde el principio de legalidad y la exclusión de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, así como la preeminencia de los derechos humanos y la seguridad jurídica, juegan un papel estelar, destacando en consecuencia las peculiaridades del mismo. Atendiendo a lo señalado, el citado artículo analizó de manera sucinta la incidencia de la función creadora del juez en el campo jurídico penal; con ocasión de la aplicación de una norma al caso concreto, y la importancia, que en la relación jurídico-tradicional se le ha endosado a la aplicación estricta de la Ley. Según el estudio, se concluyó que la actividad interpretativa desplegada por los operadores de justicia no responde a las modernas tendencias que se manejan en esta materia.

Palabras claves: Norma penal, decisiones, función creadora, interpretación.

ABSTRACT

The purpose of this study was based on the creative function of criminal judge and his force in the Venezuelan legal field. To this aim, the doctrinaire criteria were supported by Cossio (1947), Recaséns (1975), Reale (1973), under the interpretation and synthesis by Chacín (2001) and in the field of criminal doctrine, the livelihood of the study it was under the assumption of Arteaga (2009); among others skilled in the art; also the studied legal instruments were the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela (National Assembly, 1999), Code of Criminal Procedure (National Assembly, 2012), Penal Code (National Assembly, 2005) and the Civil Code (Congress of Venezuela, 1982), among others. As for the methodology used was documentary type in a descriptive level, drawing from a set of decisions arising in 2011-2012, elements to test the validity of the modern doctrine in this field; in order to determine the relevance of the interpretative work in this field, which should be the sustenance of decisions arising from each of the courts of the Republic, with the limitations derived from an area as specific as criminal, where the rule of law and the exclusion of analogy as creative source of crime and punishment, and the preeminence of human rights and legal certainty, they play a starring role, thus highlighting the peculiarities of the same. Considering the above, the aforementioned article briefly analyzed the impact of the creative function of the judge in the criminal justice field; during the application of a rule to this case, and the importance, in the legal and traditional relationship has endorsed the strict application of the law. According to the study, it was concluded that the interpretative activity deployed by operators justice does not respond to modern trends that are handled in this area.

Key words: Criminal law, decisions, creative function, interpretation.

Introducción

Es importante señalar que dentro del campo de la Filosofía del Derecho debe plantearse la relevancia de la labor interpretativa de los jueces y qué tipo de actividad realizan cuando aplican el derecho. A partir del momento en el cual fueron promulgados los códigos y leyes, la doctrina decimonónica de principios del siglo XX, pasó a considerar que el ordenamiento jurídico era completo, sin lagunas, coherente y capaz, por tanto, de resolver cualquier caso práctico que se pudiera plantear por extraño que pareciera, aspecto este último, que en el campo de lo penal, riñe con la realidad.

Asociada a esta idea surgía otra, según la cual, los jueces carecían, ya no sólo de discrecionalidad; sino, también de iniciativa, reduciéndose su función a un mero automatismo lógico, que imponía que, dadas unas circunstancias fácticas particulares

(premisa menor) y una conducta genérica definida en la letra de la ley (premisa mayor), cabía una conclusión silogística, un fallo perfecto, concepción esta que en el campo del derecho penal, sobre todo por obra de Beccaria (1969) citado por Arteaga (2009), se encuentra arraigada en el sentir del operador de justicia. No obstante, los hechos y la doctrina posterior se han encargado de poner en tela de juicio semejante concepción.

Ciertamente, la aplicación del derecho significa su tránsito desde una regla general a una decisión particular, que se da no sólo en las sentencias judiciales o resoluciones administrativas, sino que bajo la estructura judicial moderna, se aplica cuando se interpreta la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, los tratados internacionales o normas de Derecho Internacional, con fundamento, tal y como lo explica Chacín (2001), sintetizando los aportes de Recaséns (1975), Reale (1973) y Cossio (1947), en la carga axiológica puesta por el juez en el proceso de elaboración de su decisión, atendiendo a los valores presentes como elemento estructural de la experiencia jurídica, los cuales dan cuenta de la influencia del elemento histórico, y la importancia de la ley en la aplicación del derecho.

En consecuencia, se precisa que la actividad que realiza el juez no es mecánica, y no puede serlo, en virtud que este se encuentra con toda una serie de problemas derivados de la imprecisión y ambigüedad propias del lenguaje natural en que está formulado el derecho, aunado a otros problemas como la determinación del precepto aplicable y, finalmente, problemas de hecho, como los de prueba y calificación.

Bajo este marco de ideas, es menester precisar que en el ámbito del derecho penal, dicha labor de aplicación de la norma responda comúnmente a los aportes que las concepciones clásicas han legado, donde el juez debe tomar una decisión en la cual se precisa el conocimiento de la ley y una actitud valorativa que en todo caso implica el alcance de la ley, es decir, debe interpretar la norma jurídica.

No obstante, ante los argumentos expuestos, en el ámbito interpretativo se encuentra, con algunas concepciones que deben ser abordadas a fin de constatar si en la práctica tribunalicia, los jueces en su labor interpretativa se han colocado en vanguardia, sin descuidar principios específicos como el de legalidad, de donde deriva aquel relativo a la exclusión de la analogía como fuente de creación de delitos y penas, destacando su relevancia solo como fuente de conocimiento, tal y como lo advierte Arteaga (2009).

Por ello, el artículo se propone constatar a través de una serie de decisiones surgidas de los Juzgados de Primera Instancia y de aquellas Cortes de Apelaciones que conforman la estructura judicial venezolana, en los años 2011 y 2012, respecto de la vigencia de la función creadora del juez penal, propuesta por Recaséns (1975), como parte de la labor de interpretación judicial que le ha sido encomendada.

La Función Interpretativa en el Campo Jurídico

Según el estudio planteado, de acuerdo al propósito de la fundamentación racional de la sentencia, el criterio hermenéutico previsto en el artículo 4 del Código Civil (1982) venezolano, ha jugado un papel determinante; demandando que a la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras y la intención del legislador.

En atención a lo señalado, se trata de dos técnicas de interpretación: con la primera se pretende dar el significado propio de las palabras, y con la segunda, desentrañar la intención del legislador. Ahora bien, no son técnicas dirigidas a descubrir el significado de la ley, sino a atribuírsele; además, tal y como lo revela Delgado (2004), ambas son técnicas problemáticas, visto que no hay lugar a su jerarquización completa y exhaustiva. En efecto, la disposición no disciplina la posibilidad de contraste entre ambas técnicas y por tanto tampoco indica lo que debe prevalecer. Caso de presentarse el contraste, habrá que admitir que la decisión sobre el criterio preferente dependerá de la discrecionalidad del juez, a la vista de las circunstancias del caso concreto.

Contra poniendo lo citado, la labor del intérprete, en primer lugar, se dirige a descubrir o develar el sentido inmanente en la norma; en segundo lugar, visto que una norma evoca varios sentidos, debe seleccionar o fijar el sentido con el cual se obtenga la solución más justa del caso concreto; y en tercer lugar, si el sentido o sentidos de la norma no se adecuan a la nueva realidad social, el intérprete debe atribuir a la norma el significado que lo actualiza.

Dado que las normas positivas y el derecho vigente en general se expresan y difunden mediante el lenguaje, según indica Cossio (1947), la interpretación no puede ser otra cosa que reconocer, descubrir, captar o asimilar el significado, sentido y alcance de la norma jurídica. Así, cuando la interpretación se ocupa o recae sobre el derecho, resulta obvio que es el derecho el objeto de la interpretación. El derecho que es objeto de la interpretación, a su vez, puede provenir bien de una norma jurídica, de la costumbre o de los principios generales del derecho; en cualquiera de estos casos la labor interpretativa estará presente. En efecto, su propósito u objetivo (fin inmediato) es desentrañar el sentido y significado del Derecho.

En este marco, la interpretación ha enfrentado a los partidarios del intelectualismo y a los del voluntarismo. Los “intelectualistas”, propugnan que la interpretación es un acto de razonamiento, una operación lógica mental destinada a revelar el significado o sentido de la norma jurídica (interpretación propiamente dicha). Los “voluntaristas”, en cambio, entienden que la interpretación no se queda en lo que la palabra podría denotar, sino que dicha tarea llega a involucrar una labor mucho más acabada, mucho más compleja, una labor de creación en la que el juez podrá actuar con considerables parámetros de libertad. Visto desde este enfoque, es la postura que acoge la autora del artículo, en virtud de los avances que se han generado en todas las áreas del conocimiento, y en especial en la jurídica. Bajo este orden de ideas, Jiménez (1997:49), ilustra:



La acción de interpretar, siempre, hace que el objeto en cierta medida sufra el proceso de subjetivación por estar unido con la inteligencia que lo interpreta, pero a su vez constituye tal objeto una realidad distinta incluso, con su propia inteligencia. Por ello, interpretar es dar sentido inteligente al objeto interpretado que de por sí tiene su inteligencia, por lo que han de encontrarse en algún punto la inteligencia subjetiva de quien interpreta, con la inteligencia objetiva del objeto interpretado, en la relación armónica y sabia que posibilite al objeto tener la certera aplicación al caso, y no simplemente al hecho, requerido de solución.

Ahora bien, no genera duda el alcance de la potestad de los jueces. Sobre este punto, refiere Delgado (2004), que la *potestas* no es *iubere licere*, como el derecho subjetivo, sino más bien *iubere debere*, es decir, no es solamente “poder mandar”, sino “deber mandar”. Se trata de una potestad, según explica el autor, cuyo alcance fue expresado en términos extremos, en el Siglo XVI, por tanto la cosa juzgada hace derecho, por cuanto no se puede revocar, ya que hace de lo blanco negro, crea desde el origen, transforma lo cuadrado en redondo, une por la sangre y transforma lo falso en verdadero.

Sin embargo, el acto que expresa el ejercicio de esta potestad se halla sometido a límites. Uno de ellos es que la sentencia ha de ser internamente consistente y racionalmente fundada. Como se advierte, límites que en el campo del derecho penal, por la relevancia de los asuntos a tratar, según los autores consultados han impedido el paso a las modernas teorías sobre la labor de interpretación que les ha sido encomendada a los jueces.

La Función Interpretativa en el Campo Jurídico Penal y sus Límites

Interpretar la ley consiste, en indagar su verdadero sentido y alcance, en orden a aplicarla a los casos concretos de la vida real, circunstancias que surge de la teoría objetiva expresada en el artículo 4 del Código Civil (1982), lo cual ha sido considerado como simplemente descifrar lo que se propusieron los hombres que redactaron la ley, sin atender al dinamismo de la vida, al incesante fluir de la realidad.

Posiblemente esto ocurre, por el celo de evitar la extensión de la ley penal, como afirma Soler (1956) (citado por Arteaga, 2009) como reacción frente a una situación que se había prolongado por siglos de predominio abusivo del arbitrio judicial, lo cual llevó a que un grupo de notables pensadores combatieran con vehemencia la necesidad de interpretar la ley penal, en el sentido de la búsqueda de su sentido o voluntad.

Así, Beccaria (1969) (citado por Arteaga, 2009), señalaba que la autoridad de interpretar las leyes penales, no puede residir en los jueces criminales, por la misma razón que no son legisladores, afirmando que el juez, debe limitarse a formular un silogismo perfecto. Es interesante trasladar las palabras exactas de Beccaria (1969) (citado por Arteaga, 2009:53), para ilustrar esta tajante posición, rescatando textualmente lo siguiente:

En todo delito debe hacerse un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o pena. Cuando el juez sea constreñido, o cuando quiera hacer aunque sea sólo dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre.

Semejante concepción, en criterio de la autora del presente estudio, se encuentra arraigada en algunos operadores de justicia, quienes bajo la influencia clásica del padre del derecho penal, y con fundamento en el principio de legalidad de los delitos y de las penas, advierten que no es posible crear derecho sino sujetarse a la ley. Por su puesto que, tal concepción como lo expresa Arteaga (2009: 54), implicaría convertir al juez en un autómatas que absuelve o condena según los resultados a que lo conduzca la “geometría conceptual”, por lo que en forma alguna puede sostenerse la posición ante expuesta.

Al respecto, se hace necesario entonces interpretar la ley, esto es, indagar su verdadero sentido y alcance, y esto no es una labor superflua, se trata de una verdadera función creadora del juez al momento de aplicar la norma. Con fundamento en lo expuesto Arteaga (2009:54), explica:

La ley como abstracción se formula para ser aplicada por el juez a casos concretos de la vida real; de esta forma, la ley se hace viva; y ello exige, necesariamente; una labor de interpretación que, por supuesto, no ha de considerarse como un proceso mecánico, sino como labor humana que hace posible su adaptación a la realidad social. Y no se diga que la interpretación solo tiene cabida cuando la ley no es clara; en todo caso, es necesario interpretarla.

En definitiva, la labor interpretativa según explica Ferro (2002:110), es de gran relevancia debido a las consecuencias extremas que el juzgamiento en materia penal acarrea para cualquier administrado en justicia, señala: “un error afectara de manera sustancial los derechos individuales y la credibilidad que la sociedad deposita en sus organismos dispensadores de justicia”.

Partiendo de la existencia de la norma en general, como creación de los Estados contemporáneos donde las reglas aseguran las condiciones mínimas de convivencia, contando, además con un aparato: el jurisdiccional, dotado de alguna independencia, a fin

de resolver los conflictos más trascendentes dentro del ente colectivo, ajustándose a formulas que encarnan la voluntad genérica del grupo.

Con atención a lo anterior, es que por lo mismo extraen su importancia de fuentes de claro timbre axiológico; las que pese a su estatismo aparente, debe poseer la virtud de facilitar el entendimiento de los cambios y transformaciones que se operen en las entrañas de la sociedad regidas por ellas; de tal suerte que, no existiendo forma diferente de traducir el querer de todos que mediante el auxilio de símbolos, en este caso idiomáticos, se torna indispensables establecer su sentido y alcance.

En conclusión, se hace primordial destacar que en el campo jurídico penal, fuera de la disposición contenida en el artículo 4 del Código Civil (1982), en ninguno de los cuerpos de carácter penal, se encuentran regulados mecanismos normativos que orienten los criterios a los que debe someterse la actividad interpretativa, de manera explícita o directa. Sin embargo, existen ciertas reglas que hace alusión a límites como el de la exclusión de la analogía como fuente de creación de delitos y penas y en el ámbito adjetivo penal, a la aplicación analógica o prevalencia interpretativa a favor del reo, verbigracia la dispuesta en el artículo 247 del Código Orgánico Procesal Penal (2012).

La Interpretación de la Norma por parte del Juez al Momento de Dictar una Decisión

Partiendo del estudio, se exhorta el criterio expuesto por Cossio (1959), acerca de que la concepción mecánica de la actividad judicial, así como la visión de las sentencias como un silogismo han sido ya enérgicamente repudiadas, por la casi totalidad del pensamiento jurídico. Sin lugar a dudas, bajo esta concepción, se reconoce que la obra de los órganos judiciales no consiste simplemente en subsumir bajo una norma general el caso particular planteado y, como resultado de ello; en emitir seguidamente, a modo de conclusión silogística, la sentencia pertinente.

Al respecto, en la actualidad la actividad judicial aporta siempre algo nuevo, ya que se realiza sobre un terreno (el de los hechos y las normas), que tiene alto grado de elasticidad, movilidad y ambigüedad, de modo que resulta inevitable aclarar y precisar aspectos que no aparecen explicados en las normas generales ni en los hechos jurídicos. Como corolario, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha señalado que para garantizar la uniformidad de la interpretación de las normas y principios constitucionales, es necesario observar lo establecido en la sentencia N°. 00-1683 de 10 de mayo de 2001 (Caso Juan Adolfo Guevara y otros), cuyo texto parcial es del siguiente tenor:

En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 eiusdem), la

interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaura. La conjugación de artículos como el 2, 26 o 257 de la Constitución de 1999, obliga al juez a interpretar las instituciones procesales al servicio de un proceso cuya meta es la resolución del conflicto de fondo, de manera imparcial, idónea, transparente, independiente, expedita y sin formalismos o reposiciones inútiles.

De acuerdo a los criterios planteados, se debe inferir, sin lugar a dudas que la norma en sí, sólo es un medio para el fin, pero, sin embargo, el fin de toda norma lo constituye en sí, el orden jurídico. Visto desde este enfoque, el juez en su devenir, así como en su función sólo es, por eso el servidor de la ley, en razón del auxilio que brinda a este medio, esto es, al derecho en sí.

Decisiones con Base en la Función Creadora del Juez Penal

En iguales términos, destacan las escasas decisiones que en el ámbito jurídico penal patrio fueron ubicadas para resaltar la dificultad que enfrentan los operadores de justicia en relación con la función creadora del juez al momento de interpretar una norma de carácter penal. Para ello, la mayoría de las decisiones indican que la interpretación debía limitarse a la adecuación estricta de los hechos a lo dispuesto en la ley, la cual entienden que es clara y precisa, sólo porque el legislador penal, conoce en su estructura el alcance del principio de legalidad, según el cual no hay delitos ni penas sin ley previa que lo establezca, con lo cual no queda margen de dudas sobre su sentido, obviando que en la adecuación de los hechos con el precepto el juez debe realizar su función interpretativa.

Atendiendo a este orden de ideas, es menester traer a colación tres decisiones que son necesarias para ilustrar el avance que se ha presentado en el ámbito judicial penal, respecto a la función creadora, como sustento de la aplicación de las normas. La primera de las decisiones a reseñar le corresponde a la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Apure (2012), referente al Recurso de Apelación de fecha 19 de marzo de 2012, bajo Causa Penal 1Aa-2192-12, interpuesto por la Fiscal Quincuagésima Cuarta del Ministerio Público, contra la decisión del Tribunal Segundo de Primera Instancia en función de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Apure, contestado por el abogado en ejercicio, la cual es del tenor siguiente:

“... (Omissis)... Analizando lo anteriormente expuesto, se infiere en forma clara que no existe un peligro de fuga que pudiese acreditarse a mis patrocinados, por lo tanto se da por demostrado que ese queda desvirtuado... (Omissis)... Como bien puede apreciarse Honorable Magistrados, el hecho objeto de esta causa, consiste en la posesión de 70.000 dólares americanos, por parte de mi defendido. Y este hecho en sí, no causa ningún tipo de daño, pues estos habían sido adquiridos en forma legal en el país vecino; en donde no existe restricción cambiaria, y su uso en nuestro país estaba destinado a compra de bienes de lícito comercio, que requieren para una mejor economía el pago en moneda extranjera.



(Omissis)... Y que esto fue precisamente lo que solicitó la defensa al Tribunal que acordó la medida cautelar sustitutiva. Y que además, si bien es cierto que el cambio de una medida se suscita cuando existen circunstancias que deban ser tomadas en consideración para producir la misma, no es menos cierto que tal como lo explica Nieves Sanz Mulas, en su obra Alternativas a la Pena Privativa de Libertad, refiriéndose a Roxin, C. Derecho Penal, parte general: “debemos adherirnos al acuerdo unánime de que el juez, al elegir entre las diversas posibilidades de significado, cumple una función creadora: la función interpretativa”. Y esto precisamente fue lo que hizo (sic) la ciudadana Juez de Juicio después de valorar las normas contempladas en los artículos 250, 251, 252, 256, 264 del Código Orgánico Procesal Penal, e interpretar en una forma creadora y justa, para así determinar que mis representados, eran merecedores de una medida cautelar menos gravosa a la privación judicial preventiva de libertad.

En atención al caso expuesto, si bien fue el abogado en ejercicio quien solicita la interpretación bajo la concepción moderna relativa a la función creadora del juez, concluye la Corte de Apelaciones, en su decisión que este tiene ciertamente una función creadora y que debe realizar una interpretación en la que se equilibren los derechos de la víctima así como los de los imputados de delito.

Para tal efecto, según el caso señalado fue declarando Sin Lugar el Recurso de Apelación interpuesto por las Fiscales Quincuagésima Cuarta del Ministerio Público a nivel nacional con competencia contra la Legitimación de Capitales, Delitos Financieros y Económicos juntamente al Fiscal Décimo Quinta del Ministerio Público de esta Circunscripción Judicial, respectivamente, contra la decisión (auto) emanada en fecha 20 de diciembre de 2011, por parte del Tribunal Segundo de Juicio de este Circuito Judicial Penal, que sustituyó la medida de privación judicial preventiva de libertad dictada contra los encartados, otorgando medidas cautelares sustitutivas a dicha privación de libertad, en la causa penal que se les sigue por la presunta comisión de los delitos de legitimación de capitales y asociación para delinquir.

Como complemento, la segunda de las decisiones localizadas está referida a una sentencia de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Lara (2012), en virtud del Recurso de Apelación interpuesto por el defensor privado contra la sentencia publicada por el Tribunal Primero de Violencia contra la Mujer en función de juicio de este Circuito Judicial Penal, en fecha 21 de junio de 2011, en la causa signada con el N° KP01-s-2010-004869, mediante el cual condenó a su defendido, a cumplir la pena de doce meses de prisión, por el delito de violencia física, previsto y sancionado en el artículo 42 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.



En atención al caso enunciado, la jueza de instancia al momento de valorar las pruebas, al considerar los aspectos más sustanciales del proceso basando su criterio en la especial circunstancia de que la víctima no había asistido al juicio, admitiendo con ello; el hecho cierto de que no se podría considerar sus dichos, llega a exponer lo siguiente:

Por otra parte, resulta necesario señalar que la ausencia en el juicio oral y público de la víctima y, por ende, su falta de declaración, no se constituye en limitante para emitir un fallo acorde con el Derecho, pues este juzgador entiende plenamente la situación de vulnerabilidad y riesgo en la que se encuentran las víctimas de violencia de género, las cuales en su mayoría sienten temor por lo ocurrido y vergüenza de ser estigmatizadas en un tribunal, carecen de recursos económicos para trasladarse y, en muchos casos, son coaccionadas o amenazadas para que no concurren, por lo que no se puede justificar su traslado por la fuerza pública, ya que ello generaría una suerte de doble victimización, lo que provoca la necesidad para quien decide de nutrirse de los otros medios de prueba, siempre y cuando los mismo resulten suficientes para generar una decisión ajustada a la realidad social que se vive en un momento histórico determinado. En efecto, así lo asienta Rivera Llano, cuando sostiene que: “...la misión del juez, en toda sociedad democrática y pluralista, consiste en transformar el derecho en justicia; para esto, hoy se le reconoce una función creadora, como se ha dicho, marginada de toda neutralidad valorativa (por tanto abierta a consideraciones valorativas)...”

Lo anterior resulta apenas comprensible y, por demás lógico, pues no puede quedar simplificado al papel de juez o jueza repetidor o repetidora de los preceptos genéricos y abstractos, indiferentes a la realidad social, siendo uno de ellos, si no el más relevante en las sociedades mundiales, a la cual no escapa la venezolana, el maltrato omisivo e invisibilizador de las cuales son sujetas permanentemente las mujeres. (subrayado de la autora)

De lo expuesto, es menester destacar la labor realizada por la jueza quien construye, su decisión a partir de las modernas teorías que abogan por la función creadora del juez, en pro de principios fundamentales como el de la justicia, haciendo uso de los mecanismos que permiten la protección de los derechos fundamentales de las partes intervinientes en un proceso.



En efecto, los jueces de la Corte de Apelaciones, advierten que el juez a quo, expuso suficientemente las razones y motivos por los cuales llegó al convencimiento de su decisión, en donde luego de analizar el acervo probatorio incorporado al debate del juicio, concluye de una manera lógica, incluso en cuanto las lesiones que presentó la víctima, indicadas en la experticia médico legal, de fecha 11 de noviembre de 2009, así como también sobre el hecho de la ausencia de la víctima en el juicio, explicando, el por qué, tal ausencia, no se constituía una limitante para emitir un fallo acorde con el derecho, por lo que de la revisión y análisis de la decisión y de los puntos objeto de impugnación, se constata el debido análisis y logicidad en la valoración de los órganos de pruebas incorporados al debate oral y público denunciados por el recurrente.

De allí, que al caso señalado al considerar el juez a quo, los testimonios de los funcionarios y expertos actuantes, así como las pruebas documentales, donde se determinó axiomáticamente que el acusado en la litis planteada, fue la persona que le causó las lesiones a la víctima. Como se advierte, la juez competente al considerar todos los elementos probatorios del proceso pudo desvirtuar la presunción de inocencia del acusado de autos, confirmando en consecuencia la decisión recurrida.

Paralelamente, se cita una decisión del Tribunal de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Control de la Circunscripción Judicial del Estado Lara (2010), causa N°. KP11-P-2008-000105. en la cual se adoptó una Medida Cautelar Innominada, de conformidad con lo previsto en el artículo 256 ordinal 9º, (actualmente artículo 242 ordinal 9º del Código Orgánico Procesal Penal), y artículo 550 del Código de Procedimiento Civil, consistente en el Desalojo de un Inmueble, siendo acordada la misma por la juzgadora, con base a los fundamentos siguientes:

Es necesario destacar la existencia de la ampliación de los poderes que posee el Juez Constitucional para tornar más efectiva la tutela judicial que está llamado a ofrecer, como un mecanismo óptimo que le permita y habilite de manera inmediata otorgar al justiciable la medida judicial acorde, que lo haga gozar y disfrutar el derecho o garantía constitucional vulnerado, restituyéndolo a la situación jurídica que le había sido infringida. A tal efecto, y considerando los derechos e intereses de los ciudadanos, el juez está obligado a realizar una ponderación de las circunstancias y elementos del caso, el derecho que se alega violado y asegurarse que efectivamente la medida dictada o acordada, sea el medio idóneo para proteger la situación del accionante, de allí que deba proceder a examinar si, en cada caso, se cubren los supuestos exigidos por la ley, es decir, si se verifican las condiciones de procedencia tales como: que el solicitante presente prueba, aun cuando sea presuntiva del derecho que se reclama y que exista riesgo manifiesto que haga ilusoria la ejecución de fallo. ...Omisis...



La segunda vertiente referida a las medidas cautelares innominadas, apunta a los aspectos materiales sobre los cuales puede recaer, es decir, se trata de medidas cautelares creadas ad hoc esto es, atendiendo al específico daño temido, denunciado y probado por la parte que pretenda beneficiarse de ella; no se trata de un catálogo de medidas, previamente establecidas por el legislador y que el juez pueda dictar, sino de verdadera creación del derecho en razón que el juez mide cada situación in concreto y determina la orden jurisdiccional más adecuada para regular la conducta de las partes en el marco de un proceso, no obstante, el hecho que sean las partes quienes soliciten la medida no merma en modo alguno la verdadera función creadora de Derecho que se manifiesta cada vez que el juez adopta una medida cautelar innominada. (Subrayado de la autora)

En este orden, se puede colegir de lo expuesto, que las medidas cautelares innominadas prevista, tanto en el texto adjetivo civil como en el penal, son objeto de una profunda interpretación por parte del juez, al momento de su aplicación, en virtud de que exigen, entre otros, una capacidad creadora del mismo, ya que no están dispuestas en la ley de forma taxativa, y precisamente atienden a la dinámica real y procesal que es objeto de la controversia, convirtiéndose estas figuras jurídicas (medidas innominada), en una especie de reto para el operador de justicia, quien debe en todo momento equilibrar los intereses debatidos, en función de los valores que instruyen el ordenamiento jurídico.

De las decisiones expuesta se tiene que la actividad del juez, tal y como lo advierte Recansés (1975) (citado por Chacín, 2001:151), “consistente en la interpretación judicial o aplicación de la ley, es la continuación del proceso de producción o creación del derecho iniciado por el legislador, sólo que en estos casos en el plano particular”. En criterio de la autora, toda la evolución de la interpretación, que es hermenéutica jurídica, asegura a esta ciencia social la flexibilidad de tratamiento ante las situaciones existentes, cuyo grado de permanente transformación se manifiesta en el ejercicio de la actividad jurisprudencial o lo que algunos denominan “doctrina de los tribunales”.

Indubitablemente, se puede constatar que a través de los dictámenes en donde más puede confirmarse el ejercicio de la ciencia jurídica, es en la función judicial, cuando se relaciona al caso con la normativa en su letra y en su valor, por cuanto entran toda una serie de elementos fácticos, históricos y axiológicos. De igual modo, se comprueba tales criterios, también de medios interpretativos y probatorios, con el uso de la técnica por métodos de interpretación que, en ocasiones, el legislador los incluye con rango decreciente de preferencia o; incluso, con rango de exclusión aplicativa.

Así, no cabe duda, que el juez por su parte, y de forma excelsa, debe marcar la pauta de mayor rigurosidad en la interpretación y aplicación del derecho, tanto por su investidura como por la trascendencia del resultado de su actividad que, en un Estado de Derecho, está sujeta a la supremacía constitucional juntamente a la sujeta revisión y control, con las garantías, derechos y deberes procesales para las partes en conflicto.

Como corolario de lo expuesto, es menester precisar que el juez, bajo la concepción sostenida por los voluntaristas, también, es creador del derecho, y si el acto de creación lo entendemos como actualización integral del ordenamiento jurídico, con el soporte de la inteligencia vivificadora del mismo, aun en plano de integración, este podrá (potestad), en ocasiones, si la normativa no está lo suficientemente robustecida en sí misma, y requiere de aquella intervención para su aplicación, hacer uso de manera complementaria de la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho.

CONCLUSIONES

Con base en cada uno de los aspectos expuestos, y en la propia experiencia de la autora del artículo, es preciso señalar que en general, la labor interpretativa que realizan los jueces en Venezuela, se sustenta en la llamada concepción clásica, es decir en la doctrina que propugna la estricta separación entre las funciones de “creación” y “aplicación” del derecho, asignando la primera a los órganos legisladores y la segunda a los jueces, con fundamento en la garantía de los ciudadanos en una mayor seguridad jurídica, lo cual implica que los jueces se limitan a aplicar con ciega y estricta fidelidad el derecho contenido en las leyes, absteniéndose de cualquier tipo de actuación discrecional o arbitraria.

Tal aspecto, se fundamenta atendiendo al criterio de Recansés (1975) (citado por Chacín, 2001), porque así lo demanda la ley, razonamiento este que después de una exhaustiva reflexión acerca de los aspectos supra asentados, han derivado en una comprensión distinta sobre la labor de interpretación que corresponda realizar a los jueces.

En efecto, es importante atender a las llamadas “teorías de la voluntad”, las cuales se oponen a la radical separación entre la creación y la aplicación del derecho, por cuanto asumen el postulado de que los jueces no son autómatas que transforman normas y hechos en sentencias, sino que realizan siempre una actividad valorativa y decisoria que, en consecuencia, es también inevitablemente creadora, siendo esto acreditables bajo las escasas decisiones encontradas, con ocasión de una exhaustiva revisión que

emprendiera la autora de este estudio, con la finalidad de verificar la vigencia de este criterio acerca de la función creadora del juez al momento de realizar la interpretación de las normas jurídicas y la aplicación del derecho .

La relevancia, en criterio de la autora es que estas teorías no rechazan la diferencia entre las normas generales establecidas por los legisladores y las normas particulares o individualizadas establecidas por los jueces, ni tampoco rechazan la distinción entre la creación de las normas generales, así como la aplicación de tales normas a los casos particulares de la vida real, aunque la mayoría de los autores afirman expresamente que ésta última tienen siempre dimensión creadora.

En último lugar, con base a lo expuesto, la teoría voluntarista tiene aplicación real en Venezuela, aunque de forma muy disuadida, lo cual lleva indefectiblemente a concluir que los jueces, en general, así como los penalistas en particular, al aplicar la norma, lo cual se hace comúnmente bajo una carga axiológica del juez en el proceso de elaboración de su decisión, atendiendo a el elemento valorativo, en contraste con la influencia del elemento histórico, y con fundamento en la ley, también crean derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Arteaga, A. (2009). Derecho Penal Venezolano. Décima Edición. Venezuela. Editorial McGraw Hill.
- Asamblea Nacional Constituyente (1999). Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial número 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999. Venezuela.
- Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (2012). Código Orgánico Procesal Penal. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, número 6.078 (Extraordinaria), de fecha 15 de junio de 2012. Venezuela.
- Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (2005). Código Penal. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, número 5.768 (Extraordinaria), de fecha 13 de abril de 2005. Venezuela.
- Beccaria, C. (1969) De los Delitos y de las Penas, Edición Española, Madrid. Editorial Aguilar.
- Chacín, R (2001). La Doctrina de Interpretación Judicial en Latinoamérica: Un Énfasis sobre los elementos axiológicos en la aplicación del derecho. Separata de Estudios de Filosofía del Derecho y de Filosofía Social, Libro Homenaje a José Manuel Delgado Ocampo
- Congreso de la República de Venezuela (1982). Código Civil. Gaceta Oficial número 2.990 (Extraordinaria), de fecha 26 de julio de 1982. Venezuela.



Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Apure (2012). Recurso de apelación de fecha 19 de marzo de 2012 de la Causa Penal 1Aa-2192-12. Disponible en: <http://apure.tsj.gob.ve/decisiones/2012/marzo/422-19-1Aa-2192-12.html>. Fecha de consulta: 10 de mayo de 2014

Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Lara. Recurso de Apelación de fecha 02 de abril de 2012 en la causa KP01-R-2011-000504. Disponible en: <http://lara.tsj.gob.ve/DECISIONES/2012/ABRIL/612-2-KP01-R-2011-000504-.HTML>. Fecha de consulta: 10 de mayo de 2014.

Cossio, C. (1947). La Plenitud del Ordenamiento Jurídico. Buenos Aires. Editorial Losada
_____ C. (1959). El Derecho en el Derecho Judicial. Tercera Edición. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.

Delgado, J (2004). Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica. Tribunal Supremo de Justicia, Serie Eventos N° 3. Caracas/Venezuela.

Ferro, G (2002). Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Jiménez, M (1997). "La pluralidad científica y los métodos de interpretación jurídico constitucional.

Reale, M. (1973). Il Diritto Come Esperienza. Milán. Giufre Editore, citado por Chacín, R. (2001) en: La Doctrina de Interpretación Judicial en Latinoamérica: Un Énfasis sobre los elementos axiológicos en la aplicación del derecho. Separata de Estudios de Filosofía del Derecho y de Filosofía Social, Libro Homenaje a José Manuel Delgado Ocando.

Recansens, L. (1975). Tratado General de Filosofía del Derecho. México. Porrúa.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (2001). Sentencia 00-1683 de fecha 10 de mayo de 2001 Caso: Juan Adolfo Guevara y otros. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/708-100501-00-1683.html>. Fecha de consulta: 17 de mayo de 2014.

Soler, S. (1956). Derecho Penal Argentino, Tercera Reimpresión, Buenos Aires. Tipografía Editora Argentina.

Tribunal de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Control de la Circunscripción Judicial del Estado Lara (2010) Decisión de Medida Cautelar Innominada de fecha 11 de marzo de 2010 en la causa N°. KP11-P-2008-000105. Disponible en: <http://lara.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/MARZO/640-11-KP11-P-2008-000105-.HTML>. Fecha de consulta: 10 de mayo de 2014.