

PROF. CARMELO BORREGO. ¿EXISTE LA CASACIÓN DE OFICIO EN VENEZUELA? 97-121. REVISTA CENIPEC. 28. 2009. ENERO-DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202

PROF. CARMELO BORREGO

**¿EXISTE LA CASACIÓN DE OFICIO EN VENEZUELA?**

**Recepción:** 20/11/2008.

**Aceptación:** 21/01/2009.



Prof. Carmelo Borrego  
INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES  
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA  
CARACAS-VENEZUELA  
*institutodecienciaspenales@gmail.com*

### **Resumen**

La depuración de faltas formales y sustanciales es un reto del proceso penal, con ello se busca evitar que los errores en juzgamiento y en el trámite procedimental adquieran validez deslegitimando la legalidad. La casación anterior habilitaba un medio oficioso a favor del reo que se ha visto trastornado con las reformas procesales y la insidia de la jurisprudencia constitucional, restando méritos a la función de la casación y sumando inseguridad jurídica por mecanismos alternos, incluso contra reo.

**Palabras clave:** casación, legalidad, impugnación, revisión, inseguridad jurídica, formas, acceso jurisdiccional.

### **Does discretionary annulment exist in Venezuela?**

#### **Abstract**

The elimination of formal and substantive errors is a challenge of criminal procedure. It is a means to prevent procedural or adjudication errors from becoming valid, which rests legitimacy from the law. The previous annulment procedure set in motion an informal but authorized procedure on behalf of the accused, which has been altered by reforms to criminal procedure and doubtfully motivated constitutional rulings, subtracting merits from the annulment procedure and adding legal insecurity through alternative mechanisms, including some against the accused.

**Key words:** annulment, legality, appeal, revision, legal insecurity, forms, jurisdictional access.

## **Existe-t-il la cassation d'office au Venezuela?**

### **Résumé**

La dépuración des fautes formelles et substantielles est un défi de la procédure pénale qui cherche à éviter les erreurs du jugement et que dans les procédures ces erreurs prennent de la validité, délégitimant la légalité. La cassation antérieure habilitait un moyen d'office à la faveur de la personne inquiétée par la justice au moment des réformes procédurales et la dissuasion portée par la jurisprudence constitutionnelle insidieuse ; tout cela enlevant du mérite à la fonction de cassation et rajoutant de l'insécurité juridique par des mécanismes alternes, y compris contre l'inculpé.

**Mots clefs:** cassation, légalité, pourvoi, révision, insécurité juridique, formes, accès juridictionnel.

## **Existe a cassação de ofício na Venezuela?**

### **Resumo**

A depuração de faltas formais e substanciais é um desafio do processo penal, visando evitar que os erros de julgamento e na tramitação processual adquiram validade, deslegitimando a legalidade. A cassação anterior, habilitava um meio oficioso em favor do réu que tem se visto transtornado com as reformas processuais e a insidia da jurisprudência constitucional, restando méritos à função da cassação e somando insegurança jurídica por mecanismos alternos, inclusive contra o réu.

**Palavras chave:** cassação, legalidade, impugnação, revisão, insegurança jurídica, formas, acesso jurisdicional.

## **Introducción.**

El presente trabajo persigue exponer la situación actual del Recurso de Casación mediante la actuación *ex officio* de la Sala de Casación Penal. Se comparan los dos regímenes tanto el respectivo al sistema procesal penal anterior regido por el Código de Enjuiciamiento Criminal y el sistema imperante actualmente ofrecido por el Código Orgánico Procesal Penal.

La institución de la casación de oficio como así se le denominaba en la doctrina procesal, parece perderse de vista, los cambios generados dieron al traste con este sistema o mecanismo de depuración de faltas formales o sustanciales cometidos en las instancias, en especial de la segunda instancia; pero existen otros aspectos que desde la dinámica actual ofrecen un derrotero distinto (nulidad), pero con características oficiosas, simbolizados con la intervención del TSJ, en especial la Sala Constitucional. Estos asuntos constituyen la esencia de este esfuerzo, se analizan los supuestos procesales correspondientes y se establecen las conjunciones, para luego arribar a conclusiones determinantes sobre el tópico propuesto.

### **1.- Antecedentes.**

La pregunta formulada a modo de título, viene debido a que en Venezuela la institución de la casación de oficio era conocida, al menos en el *anciem régimen*, bajo la prescripción legal en el denominado Código de Enjuiciamiento Criminal (CEC).

Este tipo de recurso estaba planteado en dos direcciones procedimentales: 1) En cuanto a la admisibilidad de pleno derecho y a favor del reo del Recurso de Casación, cuando el procesado hubiere sido condenado a una pena superior a los 10 años o más. Sólo la renuncia expresa del interesado o la falta de formalización del Recurso, daba lugar a su no procesamiento o al perecimiento del mismo, es decir, en esta última hipótesis decaía la oportunidad para plantear los *vitiums in iudicando o in procedendo* en que hubiere incurrido el fallo de segunda instancia; segunda instancia que por cierto, tenía la posibilidad de revisar todo lo acontecido en la primera instancia por efecto de una potestad *ex parte* como la consulta, cuyo dispositivo facilitaba

un nuevo examen de la partes<sup>1</sup>. 2) La segunda opción sobre casación de oficio, esto es, anular de oficio<sup>2</sup>, estaba en la procedencia del recurso cuando, con independencia de la formalización, se casaba o anulaba el fallo del tribunal superior penal, en interés de la ley y en beneficio del procesado<sup>3</sup>, esto hacía que se imponía el criterio de la Casación para evitar distorsiones y por ello, no sólo cabía la declaratoria con lugar, sino también la sentencia podía simbolizar la advertencia general a los jueces sobre la infracción o infracciones realizadas y prevenir sobre ellas; amén de instruir a los órganos disciplinarios sobre la denuncia originada por la falta cometida por el juzgador al sentenciar.

Obviamente, se trataba de un mecanismo acorde con la institución de la Casación, pues el sentido de este Recurso es evitar que los errores esenciales de juzgamiento o de actividad produjesen efectos perniciosos a la legalidad y tratándose de supuestos de interés público y con carácter oficioso no se podía dar crédito a la impunidad o a la injusticia; empero especialmente dirigido a proteger la situación de minusvalía jurídica del denominado reo<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> El artículo 334 del CEC disponía: “El recurso de casación se considerara admitido de derecho en beneficio del reo, así sea de fondo como de forma, salvo que este lo renuncie expresamente, contra las sentencias de última instancia que impongan la pena de presidio por diez o más años”.

<sup>2</sup> La palabra como es harto conocido en la doctrina y a su vez registrado en el DRAE casación es quebrantar o anular también puede implicar abrogar o derogar. El recurso constituye una instancia, acción de impugnación para dejar sin efecto una sentencia o un auto fundado que pudiera definirse como definitivo y que causa de por sí un gravamen irreparable para el accionante. La palabra también tiene el mismo significado para los ingleses en especial la expresión *cassation* se considera: *abrogation or annulment, as of a court decision, by a higher court*. Existe por ejemplo en el Derecho español los denominados recursos de *unificación de doctrina*, que se interponen ante el Tribunal Supremo distinto al que se acciona ante las Comunidades Autónomas en aras de una mayor seguridad jurídica y para dotar de unidad al Poder Judicial de España. Tales decisiones vinculan a los Tribunales Superiores de Justicia de todas las Comunidades para que haya una correcta aplicación e interpretación de la Ley, doctrina que debe ser continuada en sentencias posteriores.

<sup>3</sup> El artículo 347 del CEC expresaba: “En interés de la Ley y beneficio del procesado, puede la Casación en lo Penal declarar con lugar el recurso de forma o de fondo, si encontrare, por la vista de los autos, que existe una de las causales legales, aunque no hubiere sido alegado por el formalizante. En solo interés de la ley, para advertir a los Jueces sentenciadores la infracción o infracciones cometidas, y para que no vuelvan a incurrir en ellas, la Corte las determinará en Capítulo aparte de su sentencia. También podrá hacer a los Tribunales que hayan intervenido en el proceso, las advertencias y amonestaciones necesarias, con motivo de las faltas o irregularidades que encuentren en la sustanciación del mismo; y denunciará el caso al Consejo Judicial o al Tribunal Superior de la Circunscripción, a los efectos de las sanciones disciplinarias correspondientes; u ordenará el enjuiciamiento penal respectivo, si las faltas advertidas asumen el carácter punible”.

<sup>4</sup> La expresión en interés de la ley podría interpretarse en el marco del juzgamiento con lo cual, la orientación de fondo o *in iudicando* cobraba especial relevancia.

De modo que la *casare* así vista podría considerarse un recurso ordinario<sup>5</sup>, pues suspendía la ejecución del fallo y no había posibilidad alguna de considerar la cosa juzgada. Es decir que el recurso tenía efectos devolutivo y suspensivo y hasta tanto no se resolviera el periclitamiento por falta de formalización o improcedente la anulación de oficio, no se podía ejecutar la sentencia que habría logrado la calificación de firmeza.

Entonces, estos dos mecanismos de la ley procesal penal anterior permitían a la doctrina y del mismo modo a la jurisprudencia interpretar la existencia de un recurso que, a pesar de lo férreamente formalista<sup>6</sup>, diera cabida a un planteamiento *ex officio*. Dando especial contenido a lo que hoy se denomina *tutela judicial efectiva*<sup>7</sup>, particularmente en el caso de aquellos condenados carentes de un real acceso a la jurisdicción casacional y que aún por defectuosa formalización podrían abrigar una esperanza salvadora o mitigadora de la prisión.

<sup>5</sup> Esta idea coincide plenamente con lo planteado por Roxin al señalar que el recurso de casación, a diferencia de lo que opina un sector mayoritario de la doctrina, es un recurso ordinario, este planteo referido específicamente a la suspensión de la cosa juzgada (Cfr. Derecho Procesal Penal. Editorial El Puerto, año 2000, Buenos Aires).

<sup>6</sup> La expresión se debe a la intensa aplicación del famoso artículo 340 cuyo contenido era del tenor siguiente: El recurso de Casación se formalizará por escrito. En la formalización del recurso de forma, se indicará el caso que lo haga procedente, con expresión del respectivo numeral del artículo 330; las formas o trámites del procedimiento, que se hayan quebrantado u omitido, con expresión de las disposiciones legales que lo establezcan, y los demás fundamentos en que se apoye. En la formalización del recurso de fondo, se citará el caso que lo haga procedente, con expresión del respectivo numeral del artículo 331; y con la mayor concisión y claridad, en párrafos separados, los fundamentos de cada denuncia de infracción de Ley; los motivos por los cuales esta influye decisivamente en la parte dispositiva del fallo recurrido; y con cita a la respectiva disposición legal cuya infracción se denuncia. Si el recurso de fondo se apoyare en el caso del numeral 10 del artículo 331, deberán indicarse, además, con toda precisión, el hecho o hechos que se denuncian como alterados en el fallo recurrido, como consecuencia de la infracción de determinada regla legal sobre el mérito de la prueba, o el falso supuesto en que por causa similar, haya incurrido dicho fallo. Si el recurso fuera a la vez de forma y de fondo, se formalizará aquel en el escrito antes que éste y separadamente del mismo. Si en el escrito se confunden ambos recursos; o cuando no llenen los demás requisitos establecidos en este artículo, no tendrán efecto y la Corte lo rechazará declarando periclitado el recurso. Las exigencias del escrito de formalización desde un punto de vista legal se vio acompañada de un incesante y cerrado criterio que originó un incommensurable número de causas periclitadas por defecto en la formalización, asunto que abrazaba sin duda alguna a los casos sobre casación de oficio.

<sup>7</sup> La Constitución en el artículo 26 ofrece una garantía propia del debido proceso y es garantizar al ciudadano que la acción intentada tendrá una respuesta de certeza bien a favor o contra, pero alineada al valor justicia. Del mismo modo la persecución penal ha de traducirse en respuesta efectiva acerca del conflicto planteado, dejando de lado la impunidad o la injusticia. Por lo tanto, la tutela judicial efectiva constituye una atribución jurisdiccional, la potestad decisoria y de ejecución fundamentales para consagrar su legitimación.

Ahora bien, no es para hacerse muchas conjeturas o elucubraciones positivas sobre la aplicabilidad de este dispositivo procesal de la casación en tiempos de la vigencia del CEC, la actividad forense anquilosada en una dinámica especialmente conformista, nada heterodoxa, formalista y confusamente represiva, se llevó por delante al emblemático artículo 347, al punto que era difícil observar algún fallo que, con el carácter oficioso sirviera para, en beneficio de reo, se procurase un margen de justicia. Esto es que había que buscar con la lupa algún caso que dignificara a la oficiosidad del recurso, especialmente en cuanto se refiere a la procedencia de calificar la falta del tribunal superior penal al producir el fallo.

Según Monsalve, la metodología utilizada a los efectos de la Casación de oficio era: 1) Al considerar el recurso anunciado se iniciaba el estudio de las denuncias formales o de forma presentadas en la formalización (escrito de formalización). 2) Una vez declarado sin lugar el recurso de forma o declarado perezoso se podía pasar a conocer la casación de oficio en beneficio del reo. No obstante, argumenta el autor que en puridad nada impedía que la Corte pudiera casar oficiosamente, sin entrar a conocer las denuncias planteadas por el recurrente, porque en ambos casos el resultado era la nulidad del fallo accionado. Como también podía darse de que en un caso de formalización de fondo, la Corte podía entrar a casar de oficio por forma sin previa denuncia y sin conocer las denuncias de fondo planteadas por el recurrente (1985; p. 201). De ahí el carácter oficioso empeñado en esta particular intervención de la Corte Suprema ante vicios trascendentes que afectaban los actos procesales y los aspectos sustanciales de éstos.

## **2.- ¿Qué ocurrió en el régimen transitorio?**

Los vientos de cambios sucedidos a partir de 1998 con la puesta en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, condujo a plantearse un nuevo y distinto derrotero para el enjuiciamiento criminal.

La relevancia de un sistema acusatorio casi en su totalidad, dio al traste con la oficiosidad y el sistema pseudo inquisitivo imperante y por ende, las instituciones del proceso sufrieron evidentes modificaciones: la titularidad de la acción de parte del Ministerio Público y el monopolio de la persecución penal, el



procedimiento oral, público, inmediato concentrado y contradictorio adquiere relevante protagonismo, la falta de escritura, la concentración de actos procesales, la apertura en el régimen de las pruebas, tanto en la libertad de los medios como la definitiva incorporación de la sana crítica, la aparición de un sistema de nulidades confuso (Borrego; 2006: 25), implícito y variable, la casación con un perfil más ligado a una apelación, con características abiertas y menos formalista, la eliminación del reenvío, la incorporación de la casación *per saltum*, la casación de instancia, la simplificación de los motivos de procedencia tanto de casación sustancial y procesal, entre otros aspectos, algunos de ellos modificados en la reforma acaecida en septiembre del 2001, en particular la casación *per saltum* debido a la eliminación del juicio por jurado.

A todas estas, ante la situación evidente que produjo el cambio de sistema procesal, era necesario dar respuestas a los juicios que estando en la transición, se estaban tramitando bajo un esquema procedimental completamente distinto al que se incorporaba a través del nuevo Código, muy a pesar de que en materia procesal la nueva ley deroga a la anterior y al tratarse de normas procesales éstas entran en vigencia inmediatamente; no obstante, esa regla general de la validez legal, fue desplazada quizás justificadamente, y para evitar los traumas, se postuló un sistema de vigencia anticipada de normas y se dio *vacatio legis* durante un año<sup>8</sup> para que el nuevo régimen pudiera realizarse

<sup>8</sup> El régimen de vigencia se encuentra dispuesto en Los artículos que siguen y además en el artículo 518 se establecía el régimen de vigencia anticipada véase: **Artículo 516. Vigencia y Derogatoria.** Este Código entrará en vigencia el 1º de julio de 1999 y desde esta fecha quedarán derogados el Código de Enjuiciamiento Criminal promulgado el 13 de julio de 1926, reformado parcialmente por leyes del 5 de agosto de 1954, del 26 de junio de 1957, del 27 de enero de 1962 y del 22 de diciembre de 1995, y los procedimientos penales especiales contemplados en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y cualesquiera otras disposiciones de procedimiento penal que se opongan a este Código. **Artículo 517. Aplicación.** Las disposiciones de este Código se aplicarán a los procesos que se inicien desde su vigencia, aun cuando los hechos punibles se hayan cometido con anterioridad. **Artículo 518. Vigencia Anticipada.** Transcurridos sesenta días desde la publicación de este Código en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, entrarán en vigencia las normas relativas a los acuerdos reparatorios contenidas en la Sección Segunda, Capítulo III, Título II del Libro Preliminar; y el procedimiento por admisión de los hechos establecidos en el artículo 376, con las modalidades indicadas en los artículos 519 y 520. Entrará en vigencia, en la misma oportunidad, la norma prevista en el artículo 304, relativa a la publicidad, para el imputado y su defensor, de los actos de la investigación. Durante el período de transición, esto es, hasta el 1º de julio de 1999, el Ministerio Público podrá solicitar al juez de la causa la reserva total o parcial de las actuaciones, por un lapso que no podrá superar los diez días continuos, siempre que la publicidad entorpezca la investigación.

con menos crudeza y así los operadores del sistema de justicia, pudieran adaptarse a las nuevas coordenadas y además, se estableció un régimen procesal transitorio. Es de hacer notar que a la par que se pone en vigencia el COPP entra en vigencia una nueva Constitución, dicha norma fundamental ponía de relieve para el sistema procesal especiales condiciones de juzgamiento, similares a los incorporados por el COPP, pues, el proceso no podía ser de otra manera sino oral, breve, concentrado, con prescindencia de formalidades inútiles y con prohibición de yuxtaponer el formalismo frente al valor justicia, se dan las pautas para el acceso y la tutela judicial efectiva y se establece un sistema jurisdiccional concentrado en el Tribunal Supremo de Justicia, donde cobra relieve la Sala Constitucional, que hasta ahora ha significado un acervo de aciertos, desaciertos y desconciertos, donde adquiere relevancia la potestad de injerir en la actividad jurisdiccional a través de precedentes indiscutibles y obligatorios a modo de aparente norma legal.

El régimen procesal transitorio era bastante variopinto debido a que daba aparentes soluciones a los casos que se encontraban en las distintas etapas del procedimiento penal anterior, causas en sumario dependiendo o no de la orden de detención, causas en la etapa del plenario y las causas que se encontraban en apelación<sup>9</sup>. En este último caso, valga mencionar que se elimina de pleno la

<sup>9</sup> **Artículo 522. Causas en Etapa Sumarial.** Las causas que se encuentren en etapa sumarial de conformidad con el Código de Enjuiciamiento Criminal derogado por este Código se regirán por las reglas siguientes: 1. En los procesos en los cuales no se haya dictado auto de detención o de sometimiento a juicio el juez ordenará practicar todas las diligencias pendientes, y cumplidas éstas remitirá las actuaciones al fiscal del Ministerio Público, a fin de que proceda a acusar con base en los recaudos recibidos, o a archivarlos. En este último supuesto la víctima podrá solicitar al juez de la causa la revisión de la decisión del fiscal; 2. En los procesos en los cuales no se haya ejecutado el auto de detención o de sometimiento a juicio, el juez diligenciará la ejecución del auto, y una vez ejecutado y firme, remitirá la causa al fiscal del Ministerio Público correspondiente, para que proceda como se indica en el ordinal siguiente; 3. Los tribunales y juzgados remitirán al fiscal del Ministerio Público todas las causas en las cuales haya auto de detención o de sometimiento a juicio firme, y no se hubiere formulado cargos. El fiscal podrá formular la acusación respectiva o solicitar el sobreseimiento, con base en los recaudos que le fueron remitidos. El procedimiento continuará conforme a las normas de este Código. **Artículo 523. Causas en Etapa de Plenario.** A los procesos que se encuentren en la etapa de plenario, según el Código de Enjuiciamiento Criminal derogado por este Código, se les aplicarán las siguientes reglas: 1. Cuando hayan sido formulados los cargos y vencido el término de promoción de pruebas, se procederá a fijar la oportunidad de la audiencia oral, la cual se realizará de conformidad con las normas de este Código, al igual que el resto del procedimiento; 2. Cuando se encuentren en el lapso de evacuación de pruebas, agotado éste según el Código de Enjuiciamiento Criminal derogado, se procederá a fijar el acto de informes para el sexto día siguiente, y se dictará la sentencia dentro de los diez días posteriores a su realización; 3.

consulta obligatoria y todos los casos que se estuvieran conociendo debían al menos exhibir la apelación en los términos pautados en la norma transitoria. De modo que era aplicable el régimen derogado en aspectos relevantes como por ejemplo la prueba<sup>10</sup>.

Ahora bien, en cuanto a la casación, es importante destacar que si el proceso se encontraba aún sin el recurso formalizado, éste se podía realizar conforme a lo previsto en los artículos 330<sup>11</sup>, 331<sup>12</sup> y 333, es decir, podía formalizarse

---

Cuando se encuentren en estado de sentencia, se pronunciará el fallo dentro de los diez días contados a partir de la vigencia de este Código. **Artículo 524. Causas en Apelación.** Las sentencias definitivas o las interlocutorias no serán objeto de consulta y sólo podrán ser apeladas dentro de los cinco días siguientes a su notificación. El recurso deberá ser fundado. De la apelación conocerá la Corte de Apelaciones. Si se trata de un recurso contra el auto de detención o de sometimiento a juicio, la decisión debe dictarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la recepción del expediente. Si la apelación versa sobre la sentencia definitiva, el acto de informes se realizará en el sexto día siguiente de la recepción del expediente, y la sentencia debe pronunciarse dentro de los diez días posteriores a la realización del acto de informes. El auto de segunda instancia que declare o confirme la terminación de la averiguación no será recurrible en casación.

<sup>10</sup> Valga en este caso referir la Sentencia N° 544 de Sala de Casación Penal, Expediente N° C02-0312 de fecha 29/11/2002 donde se estableció: El recurso de apelación ejercido contra una decisión dictada bajo la vigencia del Régimen Procesal Transitorio debe ser resuelto por una Corte de Apelaciones y ello implica un nuevo estudio sobre los hechos objeto del proceso. Ello significa que debe examinarse el material probatorio analizado por el tribunal de primera instancia y valorar las pruebas de acuerdo con el sistema tarifado que establecía el mencionado código.

<sup>11</sup> El quebrantamiento de forma o casación de forma estaba circunscrito a las causales establecidas en el **Artículo 330**. El que establecía: Se entenderá que hay quebrantamiento de trámites procedimentales suficientes para fundamentar el recurso de forma, únicamente en los siguientes casos: 1. Cuando no se resuelva en la sentencia sobre todos los puntos esenciales que hayan sido objeto de los cargos del Ministerio Público, de la acusación privada y de la reclamación civil o que hayan sido alegados por el procesado o su defensor. Cuando el fallo no exprese clara y terminantemente cuales son los hechos que el Tribunal considera probados; cuando deje de citar los artículos de la ley sustantiva penal, o de la procedimiento penal, si fuere el caso, en que apoye la sentencia; cuando resultare manifiesta contradicción entre los hechos que se dan por probados; o cuando, al absolver, no exprese con la debida claridad y precisión las razones de hecho y de derecho en que se funde la absolución. Cuando el fallo sea contradictorio en sus disposiciones y no pueda ejecutarse. Cuando no decida sobre todos los puntos esenciales que fueron objeto de pronunciamiento en la sentencia de primera instancia; o cuando absuelva de la instancia. Cuando el fallo se refiera a un hecho distinto del imputado al procesado en los cargos. Cuando el fallo no este firmado por el Juez y por el Secretario. Cuando el fallo haya sido dictado por un Juez que carecía de jurisdicción sobre el asunto, por razón de la materia; que no había prestado el juramento legal; que conoció del asunto quebrantado las disposiciones legales pertinentes; o después de haber sido recusado. Cuando el fallo se hubiere dictado por menor número de magistrados o con menor número de votos conformes. Cuando en los casos de reposición de oficio, no se la hubiere decretado; cuando se hubiere negado indebidamente la solicitud de alguna de las partes, fundada en vicios sustanciales del procesado o en la falta de jurisdicción por la materia en el Tribunal que resolvió el asunto en primera instancia; en la ilegal constitución del mismo o en la no intervención del Ministerio Público en aquellos actos en que la Ley se declara obligatoria so pena de nulidad. Cuando no se decretó la cesación o suspensión del proceso, en los casos previstos en el artículo 310.

contra las decisiones especialmente referidas en el artículo 333 (impugnabilidad objetiva) y partir de los motivos de casación de fondo y de forma según las distintas causales allí referidas. El procedimiento a seguir o que debía seguirse es el que concierne al COPP y en cuanto a los efectos del recurso de forma declarado con lugar debían regirse según las pautas del artículo 345<sup>13</sup> del CEC, en cuyo caso la sentencia debería dictarla la

<sup>12</sup> El artículo 331 simbolizaba lo que en aquél entonces se llamó *casación de fondo o in iudicando*, en especial el criterio relevante era el error de Derecho. Pues bien el contenido normativo era del siguiente tenor: Se entenderá que hay infracción de ley, suficiente para hacer procedente el recurso de fondo: Cuando los hechos que se declaren probados, no sean delitos sino faltas. Cuando los enjuiciados sean penados, a pesar de existir, ya una circunstancia eximente de responsabilidad criminal, ya un motivo de sobreseimiento. Cuando los enjuiciados sean declarados exentos de responsabilidad criminal, no obstante aparecer probados los delitos que se les imputan y su culpabilidad en la comisión de estos. Cuando se haya incurrido en error de derecho en la calificación del delito. Cuando se haya incurrido en error de derecho al determinar la respectiva participación de los procesados en los hechos punibles que se declaren probados. Cuando se haya incurrido en error de derecho al calificar, en concepto de circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de responsabilidad criminal, los hechos que se declaren probados. Cuando la pena impuesta no corresponda, según la ley, a la calificación dada al hecho punible, o respecto a la participación que hayan tenido los procesados o a las circunstancias atenuantes o agravantes. Cuando existiendo los hechos que se declaren probados, se haya incurrido en error de derecho, al admitir o desestimar las excepciones dilatorias opuestas a la acción penal. Cuando establecida la calificación de los hechos enjuiciados, el Tribunal haya incurrido en error de derecho, al resolver sobre su competencia. Cuando haya habido violación de regla legal expresa sobre el mérito de la prueba, por errónea interpretación, indebida aplicación o falta de aplicación; o el fallo recurrido se funde en un falso supuesto. Se entenderá que hay falso supuesto, cuando se atribuya la existencia, en las actas del proceso, de menciones que no existan; cuando se de por demostrado un hecho, con pruebas que no aparecen en los autos; o cuya inexactitud resulte de actas o instrumentos del expediente, no mencionados en la sentencia recurrida. Cuando haya habido violación de algún otro precepto legal expreso, por errónea interpretación, indebida aplicación o falta de aplicación, siempre que dicha violación haya tenido influencia decisiva sobre el dispositivo del fallo recurrido. **Parágrafo Único:** En los casos determinados en el ordinal 10°, la Corte de Casación en lo Penal establecerá correctamente los hechos que resulten afectados por la violación de la regla legal expresa, o los alterados por el falso supuesto, y su decisión será obligatoria para el Tribunal de Reenvío. Fuera de estos casos excepcionales, la Corte ejercerá su jurisdicción, con absoluta sujeción a los hechos establecidos en la sentencia recurrida.

<sup>13</sup> El susodicho artículo 345 orientaba los efectos del recurso de forma, tal norma establecía expresamente: Cuando la Corte de Casación en lo Penal al dictar su sentencia, encuentre que el recurso de casación de forma es procedente por alguno de los motivos en que se funda la formalización, declarara con lugar el recurso, anulara el fallo impugnado y dispondrá lo siguiente: a) Si el recurso se declara con lugar en virtud de lo dispuesto en los ordinales 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6° y 8° del artículo 330, que el proceso vaya al Tribunal de Reenvío en lo Penal para que lo sentencie de nuevo, evitando los vicios que dieron lugar a la nulidad del fallo anterior; y b) Si el recurso se declara con lugar por fuerza de cualquiera de las otras causales previstas en la disposición citada, repondrá el proceso al estado en que se cometió el vicio de procedimiento que dio lugar al recurso, y remitirá los autos al Tribunal correspondiente según el estado a que se repone para que lo sustancie y termine con arreglo a derecho. Declarado con lugar el recurso de casación de forma, la Corte no conocerá del recurso de fondo que también hubiere sido formalizado. Si la Corte estima no haberse cometido el quebrantamiento de forma alegado, declarara no haber lugar al recurso de casación de forma y procederá, Capítulo separado a resolver los motivos de casación por infracción de ley, que también se hubieren alegado.

Corte de Apelaciones de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, según la distribución que se haga entre sus salas y si el Recurso era de fondo o *in iudicando* el TSJ en Sala de Casación Penal en el mismo acto dicta o dictaba la sentencia sin necesidad de reenvío<sup>14</sup>.

En el supuesto de que las causas se encontrasen en reenvío<sup>15</sup> se procedería a fijar informes al sexto día y dictar la sentencia dentro de los diez días posteriores. Y si se planteaba un recurso de nulidad o nuevo recurso de casación según las prescripciones de los artículos 352<sup>16</sup> y 353<sup>17</sup> del CEC se pasarían a salas especiales según lo previsto en el artículo 528 del COPP.

<sup>14</sup> Dado que el sistema actual tiene casi los 9 años y fracción es posible que ya no queden causas en transición, una investigación más exhaustiva pudiera dar mejores precisiones en tal sentido, por ello, la expresión en presente y pasado utilizada en el párrafo.

<sup>15</sup> Algunas sentencias o autos con fuerza de definitiva anulados debían remitirse al tribunal de reenvío para que éste dictase un nuevo fallo, tribunales éstos ubicados en Caracas, independientemente que la causa fuese de cualquier parte del país. En otros casos, si se trataba de reposición por nulidad de actos procesales, debía regresarse el expediente para comenzar desde el último acto válido en tribunal competente según las reglas planteadas por la Sala de Casación en su fallo anulatorio. Otros supuestos sin reenvío fueron los contemplados en el artículo 349 del CEC errores de la motivación del fallo impugnado y las erratas en indicaciones de disposiciones legales, que no hayan tenido influencia en la dispositiva, además aquellos errores que sólo sean en el cómputo, especie o cantidad de la pena; en estos casos, la ley autorizaba a la Sala a realizar las correcciones y las censuras más convenientes.

<sup>16</sup> En cuanto a nulidad del fallo de reenvío establecía el **Artículo 352** del CEC lo siguiente: Fuera de los casos previstos en el primer aparte del artículo 346, todo lo que en el fallo del Tribunal de Reenvío se resuelva contrariando la decisión de la sentencia de la Casación, será nulo, y así lo declarara ésta de oficio o a petición de parte. El recurso de nulidad deberá anunciarse y formalizarse directamente ante el Tribunal de Reenvío o por órgano de un Tribunal cualquiera, dentro de las cinco audiencias posteriores a la notificación de la sentencia, más el término de la distancia, según el caso, y dicho Tribunal de Reenvío remitirá los autos en la siguiente a la Casación en lo Penal. Si no fuere anunciado el recurso de nulidad, el Tribunal de Reenvío enviará a la Corte, en la misma oportunidad mencionada, una copia certificada de su fallo. La Corte, tan luego como reciba el expediente o la copia certificada, según su caso, fijará para la vista del recurso de nulidad una de las tres audiencias siguientes y leerá solamente la sentencia anterior del recurso de Casación y la nueva del Tribunal de Reenvío, con las demás que fueren estrictamente necesarias para formar concepto. Concluida la lectura, se leerán los informes escritos de las partes, siempre que los hubiere presentado en el acto de concluir aquella, cada uno de los cuales no excederá de ocho folios. No se admitirán réplicas ni contra réplicas. Si la Corte encontrare que, efectivamente, el Tribunal de Reenvío contrario lo decidido por ella, declarará la nulidad del fallo examinado, y le ordenará que dicte nuevamente sentencia, sujetándose a la doctrina establecida. La declaratoria de nulidad acarreará una multa disciplinaria de un mil (1.000) bolívares para el Juez de Reenvío, que impondrá en la misma sentencia la Casación, cuando, a juicio de ésta, resultare manifiestamente injustificable el incumplimiento de su doctrina.

<sup>17</sup> En cuanto a la nueva casación intitulada muchas veces como *casación múltiple* se establecía en el **Artículo 353** del CEC lo siguiente: Después de anulado o casado un fallo solo procederá un nuevo recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de instancia o del Tribunal de instancia o del Tribunal de Reenvío, en los casos siguientes: Cuando la casación se hubiere declarado por quebrantamiento de forma. Cuando se alegare infracción de ley en puntos que no cayeron bajo la censura de la Casación, porque no fueron tratados en el fallo primeramente recurrido, o porque la parte a quien interesan no

### 3.- ¿Qué pasó con el régimen de la casación de oficio?

En el artículo 525<sup>18</sup> del régimen transitorio puede observarse que el legislador de entonces tuvo el criterio suficiente para establecer la vigencia del artículo 347, es decir aquél que señala la disposición de la casación en interés de la ley y en beneficio del reo, lo que facilitaba anular el fallo cuando se infringiera aspectos fundamentales del proceso. Es decir, sólo se registra el caso de la procedencia de la casación oficiosa, pero no de la admisibilidad habida cuenta de la sanción impuesta en la sentencia, recuérdese que se admitía sin miramientos el recurso de casación, si el reo era condenado a pena de diez años y más.

En este sentido, habría que plantearse una indagación empírica para conocer a ciencia cierta cuántas causas en transición fueron objeto de casación de oficio. Lo cierto es que era razonable pensar en que independientemente de la formalización, la Sala de Casación Penal o de las llamadas salas especiales, podría aplicar correctivos jurídicos en los términos exigidos por la norma legal derogada, pero válida a los efectos del régimen transitorio.

Pero es bueno advertir que ningún caso bajo el nuevo esquema procesal del COPP podía orientarse por lo expresamente dispuesto en el artículo 347 CEC, toda vez que la vigencia de esta norma era o es para casos que estuvieren en la temporalidad o transitoriedad vigente. De modo que en una primera vista pudiera afirmarse la inexistencia de la casación de oficio en los términos ya consignados anteriormente.

---

pudo llevarlos al conocimiento de la Corte. Cuando se han apreciado elementos existentes en autos al tiempo de la sentencia primeramente casada, pero que no se tuvieron en cuenta para fundar dicha casación. Cuando, cumplida la doctrina de casación, se alegare infracción de ley en puntos que quedaron a la decisión del Tribunal de Reenvío y sobre los cuales nada había establecido la Casación. Cuando el fallo de Casación resultare que el Tribunal de Reenvío tiene que considerar y decidir cuestiones que no había juzgado la sentencia casada. Cuando en virtud del fallo de Casación quedare legalmente al Tribunal de Reenvío libertad en la apreciación de los hechos. El nuevo recurso de casación puede ser anunciado subsidiariamente al interponerse el de nulidad. En caso de anunciarse únicamente recurso de casación, se le dará la misma tramitación señalada en este Capítulo.

<sup>18</sup> El artículo además estableció la procedencia vigencia de lo establecido en los artículos 350 y 351 del Código de Enjuiciamiento Criminal derogado, en cuanto a los efectos suspensivos y expansivos del recurso de casación.

#### **4. El COPP y su galantismo procedimental<sup>19</sup> en materia de Casación.**

Las normas del COPP referidas al recurso de casación se caracterizan en lo siguiente:

*4.1.- En cuanto a la impugnabilidad objetiva:* Tal como se encontraba establecido en el anterior régimen opera contra sentencias de las cortes de apelaciones siempre que el MP hubiere pedido en la acusación o la víctima en su acusación particular o en su acusación privada (delito a instancia de parte), la aplicación de una pena privativa de libertad que en su límite máximo exceda de cuatro años; o la sentencia de la corte de apelaciones que condene a penas superiores a esos límites, cuando el Ministerio Público o el acusador particular o acusador privado (delito a instancia de parte) hayan pedido la aplicación de penas inferiores a las señaladas. Las decisiones de las Cortes de Apelaciones que confirmen o declaren la terminación del proceso o hagan imposible su continuación, aún cuando sean dictadas durante la fase intermedia, o en un nuevo juicio verificado con motivo de la decisión del Tribunal Supremo de Justicia que haya anulado la sentencia del juicio anterior.

*4.2.- En cuanto a la impugnabilidad subjetiva:* El código exige que para recurrir en cualquiera de los casos de impugnación se requiere que la ley reconozca expresamente este derecho (Ministerio Público, imputado y defensor, responsable civil, representación legal, parte civil).

*4.3.- En cuanto a los motivos de procedencia del recurso:* Podrá fundarse en violación de la ley, por falta de aplicación<sup>20</sup>, por indebida aplicación<sup>21</sup>, o por errónea interpretación<sup>22</sup>. Expresión de vicios de juzgamiento o casación

<sup>19</sup> El discurso que muestra el COPP da a interpretar una inclinación hacia el comportamiento procesal equilibrado y al cumplimiento de pautas éticas. No obstante es común la confusión que se genera por la ambigüedad de sus normas e interpretaciones antojadizas que contradicen al declamado debido proceso que se plantea en el artículo 1.

<sup>20</sup> El juez de alzada dejó de aplicar las normas legales correspondientes, yerra por omitir las normas que aplicadas para el caso concreto podían ofrecer una solución distinta a la expresada en el fallo impugnado.

<sup>21</sup> La alzada erró en la aplicación del dispositivo legal, no correspondiendo para el caso concreto o se trataba de un dispositivo impertinente, frente a otro más adecuado, lo que muestra un grave defecto de juzgamiento o del procedimiento que invalida las conclusiones a que hubiere podido llegar la instancia al momento de decidir.

<sup>22</sup> Función esencial del juzgador que al no manejar eficientemente la hermenéutica causa perjuicios insuperables a la cuestión debatida y resuelta. De modo que todo juez está sometido a una metodología de interpretación que facilita la aplicación de las normas legales y con ello facilita la resolución del conflicto.

sustancial. Cuando el precepto legal que se invoque como violado constituya un defecto del procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su subsanación, salvo en los casos de infracciones de garantías constitucionales o de las producidas después de la clausura del debate. Expresión de vicios procesales o casación procesal.

Puede observarse que a pesar de lo escueto de la norma existe una presentación enunciativa de posibilidades de casación. Sin embargo, algunas sentencias del TSJ han suprimido esa caja de Pandora. Valga citar la sentencia de la Sala de Casación Penal A- 040 del 17/10/2002, en la que se llega a la siguiente conclusión:

El falso supuesto, consistente, de acuerdo al Código de Enjuiciamiento Criminal, en atribuirle la existencia, a las actas del proceso, de menciones que no existen, en dar por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en los autos o cuya inexactitud resulte de actas o instrumentos del expediente, no mencionadas en la recurrida, no constituye motivo del recurso de casación previsto en el Código Orgánico Procesal Penal.

Habría que señalar que probablemente no existe el falso supuesto como vicio de juzgamiento, pero esto no impide que la argumentación y demás circunstancias de la formalización puedan denunciar un asunto tan delicado como el falso supuesto. De modo que este tipo de decisiones son equívocas y propende a que cualquiera pueda sentirse intimidado a invocar el defecto de la sentencia que extrae y crea pruebas o falsea las existentes.

*4.4.- Aspectos de la admisibilidad:* Si el Tribunal Supremo de Justicia estima que el recurso es inadmisibile o manifiestamente infundado, así lo declarará, por la mayoría de la Sala de Casación Penal, dentro de los quince días siguientes de recibidas las actuaciones, y las devolverá a la Corte de Apelaciones de origen. Supone este artículo una evaluación previa de Sala sobre los aspectos formales del recurso o la falta o incumplimiento de los aspectos atinentes a la impugnabilidad objetiva, a la legitimación y otros presupuestos como: el principio de agravio o el incumplimiento de las condiciones de tiempo, forma y lugar.



El recurso de casación será interpuesto ante la Corte de Apelaciones, dentro del plazo de quince días después de publicada la sentencia, salvo que el imputado se encontrare privado de su libertad, caso en el cual este plazo comenzará a correr a partir de la fecha de su notificación personal, previo traslado. El recurso se interpondrá mediante escrito fundado en el cual se indicarán, en forma concisa y clara, los preceptos legales que se consideren violados por falta de aplicación, por indebida aplicación, o por errónea interpretación, expresando de que modo se impugna la decisión, con indicación de los motivos que lo hacen procedente, fundándolos separadamente si son varios. Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse otro motivo. En todo caso, es importante señalar la solución más acorde al plantear la corrección del fallo.

Cuando el recurso se fundamente en un defecto de procedimiento sobre la forma en que se realizó el acto, en contraposición a lo señalado en el acta del debate o la sentencia, deberá promoverse la prueba contenida en el medio de reproducción a que se contrae el artículo 334, si fuere el caso. Si éste no pudiere ser utilizado o no se hubiere empleado, será admisible la prueba testimonial. El medio se promoverá en los escritos de interposición o de contestación del recurso, señalando de manera precisa lo que se pretende probar, so pena de inadmisibilidad. La Corte de Apelaciones lo remitirá debidamente precintado.

Presentado el recurso, éste podrá ser contestado por las otras partes dentro de los ocho días siguientes al vencimiento del lapso para su interposición, y en su caso, promuevan pruebas. No importa que el recurso hubiere sido interpuesto dentro del lapso, por lo tanto, la parte que pretenda replicar debe hacerlo al término del lapso de interposición del recurso, en el curso de los ocho días posteriores, no antes, por lo que de hacerlo pudiere considerárselo presentado extemporáneamente. La Corte de Apelaciones, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al vencimiento del plazo correspondiente, remitirá las actuaciones al Tribunal Supremo de Justicia para que éste decida.

En general existe una prohibición expresa al Ministerio Público para que éste no utilice o invoque las garantías del acusado que hubieren sido

lesionadas en la instancia para causar perjuicio al procesado. En tal sentido la norma procesal indica: La violación de garantías que solamente hayan sido establecidas en favor del acusado, no podrá hacerse valer por el Ministerio Público con la finalidad de obtener una decisión en perjuicio de aquél. Esto indica que a interpretación en contrario, si puede el MP invocar las garantías a favor del procesado, para favorecerle.

*4.5.- Aspectos de la casación de instancia*<sup>23</sup>: Es de necesidad expresar que el recurso de casación venezolano contiene elementos que hacen posible conocer las actividades ocurridas en la primera instancia, si por ejemplo el recurso se fundamenta en un defecto de procedimiento sobre la forma en que se realizó el acto, en contraposición a lo señalado en el acta del debate o la sentencia, deberá promoverse la prueba contenida en el medio de reproducción a que se contrae el artículo 334, si fuere el caso. Si éste no pudiere ser utilizado o no se hubiere empleado, será admisible la prueba testimonial, es decir, existe una vista directa no de mero Derecho del incumplimiento de normas. Con lo cual el acta del debate se torna en prueba documental suficiente de lo ocurrido, pero también es necesario considerar que a partir del 2001 la entrada en vigencia de la reforma del COPP, dio lugar a la documentación y registro de las audiencias, con lo cual es posible utilizar estos documentos, sean videográficos o de cualquier otra plataforma permitida para documentar lo ocurrido en la instancia, si este es el caso. Por otro parte, la prueba testimonial resulta una prueba admisible por excepción, ante la falta de otros instrumentos documentales.

*4.6.- Prohibición de casación múltiple*<sup>24</sup>: Si se ordena la apertura de un nuevo proceso en contra de un acusado que haya sido absuelto por la sentencia de primera instancia, y obtiene una sentencia absolutoria, en contra de ésta no será admisible recurso alguno. En general, dada la capacidad de corrección jurídica directa de parte de la casación y la inexistencia del reenvío

<sup>23</sup> En ningún caso se refiere este asunto a establecer una tercera instancia por lo cual debe evaluarse el mérito, sino que al establecerse una actividad probatoria y aducir hechos ocurridos en la instancia con ocasión del juicio facilita pensar en una casación alejada a la mera evaluación de las normas jurídicas violentadas, propio del recurso del antiguo régimen.

<sup>24</sup> Recurso intentado en contra de la nueva decisión y que había sido producto de una casación acaecida previamente.

se evita la nulidad como recurso como bien se encontraba previsto en el régimen del Código de Enjuiciamiento Criminal. Pero no impide la impugnación, incluso otra casación, salvo la situación especial referida anteriormente.

*4.7.- Procedimiento del Recurso de Casación:* Si el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Penal considera que el recurso es admisible, convocará a una audiencia oral y pública que deberá realizarse dentro de un plazo no menor de quince días ni mayor de treinta. El que haya promovido prueba tendrá la carga de su presentación en la audiencia, salvo que se trate del medio de reproducción a que se contrae el artículo 334, caso en el cual, la Sala dispondrá su utilización. El secretario de la Sala, a solicitud del promovente, expedirá las citaciones u órdenes que sean necesarias, las cuales serán diligenciadas por éste. La prueba se recibirá conforme a las reglas del juicio oral, en lo pertinente. La audiencia se celebrará con las partes que comparezcan. La palabra, para las conclusiones, será concedida primero al abogado del recurrente. Se admitirá réplica y contraréplica.

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación penal resolverá sobre el defecto de procedimiento, de ser el caso, únicamente con la prueba que se incorpore en la audiencia. La Sala de Casación Penal decidirá al concluir la audiencia o, en caso de imposibilidad por la importancia y la complejidad de las cuestiones planteadas, dentro de los veinte días siguientes.

*4.8.- Casación sin reenvío:* Si la sentencia declara con lugar el recurso fundado en la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal de carácter sustantivo, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Penal, dictará una decisión propia sobre el caso, en tanto que para ello no sea necesario un nuevo debate sobre los hechos por exigencia de la inmediación y la contradicción, ante un tribunal distinto del que realizó el juicio.

En los demás casos se anulará la sentencia impugnada y ordenará la celebración del juicio oral ante un nuevo tribunal, o repondrá el proceso al estado en que se incurrió en el vicio de procedimiento que dio lugar al recurso, si se cometió en las etapas anteriores.

Si se trata de un error en la especie o cantidad de la pena, La Sala hará la rectificación que proceda. Si la decisión declara sin lugar el recurso, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Penal devolverá las actuaciones a la Corte de Apelaciones de origen.

*4.9.- La Casación y sus efectos:* El Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Penal ordenará inmediatamente la libertad del acusado, si está presente en la audiencia, cuando por efecto de su decisión deba cesar la privación de libertad.

*Efecto Extensivo:* Cuando en un proceso haya varios imputados o se trate de delitos conexos, el recurso interpuesto en interés de uno de ellos se extenderá a los demás en lo que les sea favorable, siempre que se encuentren en la misma situación y les sean aplicables idénticos motivos, sin que en ningún caso los perjudique. Esto que el efecto extensivo sólo tiene que ser interpretado en el marco de la favorabilidad, lo que procura que sea conducente mejorar la situación procesal y sustancial de los otros reos aún cuando no hubieren recurrido o hubieren renunciado el recurso. Valga pues hacer hincapié en esta idea la norma está dispuesta en una fórmula positiva que abarca todos los casos o supuestos en que pueda apreciarse la favorabilidad.

*Efecto Suspensivo:* La interposición de un recurso suspenderá la ejecución de la decisión, salvo que expresamente se disponga lo contrario. Esta descripción es atinente a los efectos en que debe señalar el aquo sobre de qué manera se escucha el Recurso, bien en el efecto suspensivo o devolutivo o en ambos. Normalmente, la Casación se escucha en ambos efectos dada las características de la decisión que se recurre (sentencias y autos fundados) y las causales invocadas. Sin embargo, decisiones como el sobreseimiento o sentencias absolutorias son escuchadas en el efecto devolutivo, pues estas decisiones deben ejecutarse al ser declaradas por la instancia. Distinto en el régimen anterior en algunos casos estaba vedado ejecutar la libertad ambulatoria por efecto de la decisión de absolución en segunda instancia, en el caso del homicidio se daba la libertad bajo fianza, si la parte, el acusador o el MP recurrían en Casación, también en materia de drogas bajo el esquema de la revisión de oficio contra el fallo que acordaba la libertad del procesado.

## **5.- De la casación de oficio a la nulidad de oficio.**

Al realizarse la revisión de los contenidos normativos del COPP es innegable la desaparición de la casación de oficio. No existe la posibilidad de aplicar los términos del 347 CEC en el marco del interés de la ley y en beneficio del imputado, parámetros esenciales para que en cualquier circunstancia, bien mediante el recurso planteado por el MP o por el acusador o bien del mismo imputado, así sea errónea la formalización activaba la nulidad.

Quizás, el supuesto normativo del artículo 461 que impide al Ministerio Público utilizar la violación de garantías que solamente hayan sido establecidas en favor del acusado, para obtener una decisión en perjuicio de aquél, podría implicar un atisbo a favor de este planteamiento; pero la disposición de la norma va en dirección a aspectos atinentes al debido proceso, bien en la perspectiva del COPP o de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 49 y el contenido del anterior 347 CEC iba en una dirección más allá de la mera forma.

Asimismo, el planteamiento de la Casación de Oficio pudiera esgrimirse ante el contenido del artículo 436 donde se establece que el imputado podrá siempre impugnar una decisión judicial en los casos en que se lesionen disposiciones constitucionales o legales sobre su intervención, asistencia y representación, aunque haya contribuido a provocar el vicio objeto del recurso. Pero, nuevamente se destaca la cuestión procedimental antes que sustancial.

El sistema procesal del COPP al obviar el contenido del 347 CEC dejó el vacío sin solución de continuidad, dicha omisión o falta legislativa, aparentemente ha sido considerada por la Sala de Casación Penal del TSJ, al parecer apoyándose en lo dispuesto en el artículo 257 de la Constitución del 99; pero resulta ser una tesis completamente ficticia, pues introdujo la noción de la nulidad en beneficio del imputado o en interés de la ley, situándolo específicamente en supuestos vinculados al debido proceso según se refiera a derechos o garantías a favor del imputado, o sea en cuanto a actos procesales desarrollados en contradicción o inobservancia de las formas y condiciones previstas en la ley procedimental, en la Constitución, en los

tratados, convenios y acuerdos internacionales, normas que se constituyen en garantías aplicables también a favor de las partes que intervengan en el proceso<sup>25</sup>.

En este sentido, en otro fallo la Sala de Casación Penal de este Supremo Tribunal, en sentencia del 14 de mayo de 2004, entra de nuevo a formular la tesis oficiosa y desestimó por manifiestamente infundados, los recursos de casación interpuestos por la Fiscalía y la defensa contra la decisión dictada el 13 de junio de 2002, la Sala Accidental Segunda para el Régimen Procesal Transitorio de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, el argumento principal fue:

El Tribunal Supremo de Justicia, en atención a lo dispuesto en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en el artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal, pese a la desestimación del recurso de casación, propuesto por la representante del Ministerio Público y la Defensa de los imputados observa lo siguiente: En la presente causa se produjo la muerte de cuarenta y dos personas y catorce heridos, lo cual constituye un daño social grave ocasionado por un hecho punible que amerita una respuesta de la Administración de Justicia Penal, pronta y definitiva, evitando la impunidad que tanto daño ha causado a la Justicia Penal en nuestro país. Teniendo en consecuencia este Máximo Tribunal que pronunciarse sobre la calificación definitiva que hay que otorgarle a los hechos punibles a que se contrae la presente causa.

Hay una cuestión procesal sobre la cual esta Sala Accidental debe pronunciarse y lo cual pasa a hacer como punto previo: es lo referente a la posibilidad del cambio de calificación jurídica que puede hacer el juzgador al momento de dictar la sentencia. En el caso de autos, la representación del Ministerio Público ante los Tribunales de Reenvío en lo Penal solicitó que

<sup>25</sup> Véase la decisión C0250 del 1 de marzo de 2001. al respecto argumenta la Sala: *“Es criterio de esta Sala que si del escrito se desprende cuál es la pretensión del recurrente, no se debe sacrificar la aplicación de la justicia por formalidades innecesarias, en congruencia con el artículo 257 de la Constitución.....”*.

los acusados Reyes Rafael Cumache y Heny Prada Gómez, fuesen condenados por el delito de homicidio calificado a título de dolo eventual, según el ordinal 1° del artículo 408 del Código Penal.

En este supuesto, independientemente de las buenas intenciones, la variación de la oficiosidad va en una dirección opuesta a la ortodoxia de la casación de oficio, pues la casación se manifestó en interés de evitar la impunidad, dando al hecho una calificación que la Sala creyó pertinente y adecuada según los aspectos materiales o de méritos vistos en la instancia en primer grado, incluso en perjuicio de los enjuiciados. De modo que la modalidad utilizada en la doctrina de la Sala de Casación Penal ya no es una *casación de oficio*, sino un impulso de la nulidad de oficio a raíz de lo establecido en el artículo 257 de la Constitución y apoyándose en los contenidos del artículo 190 COPP. Tesis que resulta falsa, pues la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela sólo se refiere a aspectos procesales, igual puede afirmarse del contenido del artículo 190<sup>26</sup>.

Pero, para que el escenario no termine de estar claramente dispuesto en razón de la Casación de Oficio, el mecanismo de la revisión ofrecido por la Ley Orgánica del TSJ a través del numeral 4 del artículo 5 de la Ley que incardina las competencias del Tribunal, establece como supuestos de procedencia de la llamada: revisión: la violación de principios fundamentales de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de los Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, o que la sentencia haya incurrido en error inexcusable, dolo, cohecho o prevaricación; pero, estas facultades no son para ser ejercidas por la Sala Penal, sino por la Sala Constitucional, pues el artículo 5 en uno de sus extensos acápitea señala: *El Tribunal conocerá en Sala Constitucional los asuntos previstos en los numerales 3 al 23*. Es decir, una acción de impugnación abierta<sup>27</sup>. Con lo cual la Sala Penal no tiene

<sup>26</sup> El artículo 190 establece como principio de la nulidad la siguiente descripción normativa: No podrán ser apreciados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos en contravención o con inobservancia de las formas y condiciones previstas en este Código, la Constitución de la República, las leyes, tratados (...).

<sup>27</sup> Aunque en el numeral 4 también se expresa el avocamiento ex officio como otra posibilidad de injerir en las decisiones de las demás Salas y los otros tribunales de la República.

facultades de aplicar la revisión de oficio, según lo pauta la ley que rige las competencias del Tribunal Supremo de Justicia. Dada esta facultad de revisión, la sentencia anteriormente referida de la Sala Penal fue revisada y anulada, esta vez por acción intentada por los defensores de los enjuiciados. Empero, bien vale la pena hacer un alto para mirar esta sentencia, pues tiene contenidos que tergiversan la tesis de la revisión y del sistema de nulidades del COPP. La Sala reproduce una doctrina sobre las nulidades extraída de la sentencia número 3242 del 12 de diciembre de 2002 (Caso: Gustavo Gómez López), donde se expresan cuestiones como:

1.6 Excepcionalmente, los supuestos de nulidad de oficio están preestablecidos en el Código Orgánico Procesal Penal, cuyas normas, en esta materia, son, obviamente, de interpretación restrictiva: 1.6.1 Cuando se trate de alguno de los vicios de nulidad absoluta descritos, de manera taxativa, en el artículo 208 (ahora, modificado, 191) del Código Orgánico Procesal Penal; 1.6.2 Cuando se trate de un vicio de inconstitucionalidad que obligue al juez a hacer valer la preeminencia de la Constitución, a activar el control difuso que dispuso el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal, disposición ésta que desarrolla el principio fundamental que contiene el artículo 7, en concordancia con el 334, de la Constitución; 1.6.3 Cuando la nulidad comporte una modificación o revocación de la decisión, a favor del imputado o acusado, según lo establece el segundo párrafo del artículo 434 (ahora, 442) del Código Orgánico Procesal Penal (...).”

Reiteró la Sala que: *Igualmente el fundamento de la nulidad en mención, no se encuentra entre los que, de manera restrictiva, dispuso el legislador.*

Es necesario puntualizar que el sistema de nulidades del Copp no es entre nulidades absolutas o no convalidables y nulidades saneables como refiere la Sala. Lo que se patentiza es que el efecto del error impulsado por un medio de impugnación lleva como efecto la nulidad en aquellos supuestos en donde las formalidades esenciales han sido soslayadas por el juzgador, ya que éste no puede fundar un fallo a partir de errores de esta naturaleza, por lo tanto, es un error decir que las nulidades son saneables, si el error no es esencial el saneamiento es una salida o recurso que puede facilitar la corrección, así como



el fenómeno de la convalidación que sólo es posible en todos los casos menos en lo que concierne a formalidades esenciales y más especialmente en supuestos como la intervención, asistencia y representación del imputado, la forma en que se establezca, la inobservancia y violación de derechos y garantías en general; de modo que no existen nulidades saneables que requieren instancia de parte para ser corregidas en el proceso, parte la sentencia de una confusión insostenible.

## 6.- Conclusión.

En fin, es necesario advertir que ya el asunto de la *casación de oficio* a estas alturas se perdió de vista, como ya se dijo la reforma del procedimiento penal venezolano extinguió este tipo de planteamientos de la Casación penal. Por lo tanto, hoy la discusión se centra entre el poder de la Casación con sus planteamientos sui generis y poco diáfanos o el poder de la revisión, del avocamiento y las cláusulas abiertas existentes, tomando voto favorable éstas últimas especies oficiosas, dadas las directrices emanadas de la Constitución, la Ley y la jurisprudencia vinculante y exacerbada de la Sala Constitucional que interviene y decide fuera del Recurso de Casación Penal. Con lo cual prácticamente queda sin justificación la existencia del recurso de casación y la actividad de las Salas respectivas del Tribunal Supremo de Justicia. Tergiversándose con ello el sentido *ex officio* extremo que se le atribuye a la potestad jurisdiccional para que la interpretación de la legislación y la jurisprudencia vayan en un sentido jurídico acorde con el Estado de Derecho y de justicia.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Borrego, C. (2007). *Procedimiento Penal Ordinario. Actos y Nulidades Procesales*. Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas.
- Monsalve, E. (1985). *Lecciones de Casación Penal*. Editorial Panapo. Caracas.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires.