aas 4039

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLOGICAS

LOS RECURSOS EN EL CODIGO ORGANICO PROCESAL PENAL. ESPECIAL REFERENCIA AL RECURSO DE APELACION PENAL Y A LA FACULTAD REVISORA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Trabajo Especial de Grado, presentado Como requisito parcial para optar al Grado de Especialista en Derecho Penal.

Autor: Malva M. Moreno Gurley de Acosta

Asesor: Magaly Vásquez González

Caracas, 08 de Marzo de 2012

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLOGICAS

APROBACION DEL ASESOR

Por la presente hago constar que he leído el Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada Malva Marina Moreno Gurley, para optar al Grado de Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, cuyo título es LOS RECURSOS EN EL CODIGO ORGANICO PROCESAL PENAL. ESPECIAL REFERENCIA AL RECURSO DE APELACION PENAL, Y A LA FACULTAD REVISORA DE LA SALA CONSTITUCIONAL y que acepte asesorar a la estudiante, durante la etapa de desarrollo del Trabajo hasta su presentación y evaluación.

En la ciudad de Caracas a los 08 días del mes de marzo de 2012.

Magaly Vásquez

A mi Padre Celestial por la vida y por enviar a su hijo Jesucristo, a mis amados hijos Nelson, Luis y Malva por ser mi mayor alegría de vivir; a Nelson Luis mi amor, esposo, maestro y compañero; a mis hermanos Luis y María, mis padres y mis suegros por su apoyo incondicional de todo los tiempos.

TABLA DE CONTENIDO

Pág.

APROBACIÓN DEL ASESOR ii

DEDICATORIA iii

TABLA DE CONTENIDO iv

RESUMEN vi

INTRODUCCIÒN

CAPITULO

I. **DE LOS RECURSOS** 6

- A. Fundamentos Teóricos.
- B. Antecedentes
- C. Características Comunes
  1. Legitimación.
  2. Objeto del recurso.
  3. Forma de Interposición de los recursos

II. **TIPOS DE RECURSOS** 25

- A. El Recurso de Revocación
- B. El recurso de Casación
  1. Antecedentes
  2. Fundamentos Teóricos
  3. Tramite.
  4. Motivos

- C. El Recurso de Revisión
  1. Trámite

III. El RECURSO DE APELACION 52

IV. LOS RECURSOS Y EL DERECHO A LA DEFENSA 62

A. El Recurso como Garantía

V. POTESTAD REVISORA DE LA SALA CONSTITUCIONAL 76

CONCLUSIONES 90

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS 94

UNIVERSIDAD CATOLICA "ANDRES BELLO"
DIRECCION GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLOGICAS

LOS RECURSOS DEL CODIGO ORGANICO PROCESAL PENAL. ESPECIAL REFERENCIA AL RECURSO DE APELACION PENAL Y A LA FACULTAD REVISORA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Autor: Malva Moreno Gurley
Asesor: Magaly Vásquez González
Fecha: Marzo, 2012

RESUMEN

El presente Trabajo de investigación plantea realizar un estudio de la vía recursiva que contempla el Código Orgánico Procesal Penal con un breve énfasis en la facultad de revisión de la Sala Constitucional. Es un estudio documental de corte monográfico, y de nivel descriptivo. Para tal fin se analizarán, los antecedentes de los recursos, así como también la justificación e importancia de los mismos. Se procederá a determinar en base a la doctrina y criterios jurisprudenciales, la naturaleza jurídica, las características y el ámbito de aplicación de estas vías recursivas, para así poder identificar los supuestos de procedencia de los recursos (contra autos y sentencias) previstos en el Código Orgánico Procesal Penal y los del Recurso de Revisión por parte de la Sala Constitucional establecido en la Carta Magna. En la investigación también se plantean los efectos de los recursos previstos en el Código Orgánico Procesal Penal y como afecta la revisión del fallo por parte de la Sala Constitucional en caso en que se hayan ejercidos aquellos. Se analizará el recurso como garantía del derecho a la defesa y como la Sala Constitucional del Máximo Tribunal ejerce esa facultad a través de la interpretación constitucional finalizando con una breve descripción de la cosa juzgada y como la referida Sala pudiera afectarla.

Descriptores: Recurso, Código Orgánico Procesal Penal, Apelación, Potestad Revisoría, Autos, Sentencias, Recurso Extraordinario, Recurso Extraordinario de Revisión.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación halló como punto de origen el régimen legal de los recursos, previstos en el Código Orgánico Procesal Penal vigente, cuya última reforma fue publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.930 de fecha 04 de Septiembre de 2009. Frente a un desarrollo constitucional innovador con la materialización por la nueva constitución del año 1999 de la Sala Constitucional del máximo tribunal y su facultad revisora, surgió una inquietud en cuanto a la facultades de esta Sala frente a las demás y los recursos previstos en el Código Orgánico Procesal Penal en cuanto a su alcance constitucional, y su garantía como derecho a la defensa.

Partiendo de tal inquietud, concatenamos la jurisprudencia y la doctrina en algunos casos prácticos a la luz del desarrollo que hasta la fecha la Sala Constitucional ha realizado.

Igualmente relacionamos la doctrina comparada con la nuestra ya que es muy similar en cuanto a regulación procesal penal venezolana, en cuanto a las instituciones que los recursos contemplan.

Los recursos son medios de impugnación necesarios en toda causa penal, muy escasos son los procesos penales en los cuales no exista por lo menos la interposición de alguno de ellos.

No escapa de la diatriba del tema de los recursos si existen como consecuencia de la injusticia en las decisiones jurídicas, o por la necesidad de que un juez superior controle la actuación del inferior, o para tratar de

enervar las decisiones que causen una justicia no prevista en la ley, cualquiera sea la posición del que lee, no puede negar que los recursos son un manifiesto de la posibilidad de queja, defensa y publicidad de una situación que no solo cause agravio, sino que sea injusta o ilegal hasta inconstitucional.

El recurso puede utilizarse también contra vicios diversos de injusticia, como la nulidad que afecta a la resolución del juez.

No hay otra forma de garantizar una pretensión distinta a lo decido en un proceso judicial, sino a través de la interposición de estos.

La interposición de los recursos requieren ciertas formalidades descritas en la ley, uno de los inconvenientes en la resolución de los recursos por parte de un tribunal de segunda instancia lo constituye que en la práctica existe un gran número de impugnaciones, no solo en la materia ordinaria, sino a través de la vía excepcional del amparo.

De allí que podamos observar amparos constitucionales interpuestos en el año 2008, posteriormente, en el año 2011, la Sala Constitucional lo resuelve o decide. En el presente trabajo encontraremos esta decisión a la cual hacemos mención en esta introducción, aunque no será narrada con ocasión al tiempo que tomó la Sala Constitucional para decidir el amparo el constitucional, sino más bien al control que deriva de la motivación que contiene. Esta tardanza constituye un detrimento a la celeridad procesal que debe existir en todo proceso penal.

Los recursos no pueden verse como una instrumentación aislada están íntimamente ligados a las instituciones de la sentencia, derecho a la defensa, tutela judicial efectiva, agravio, motivación, etc.

Por ello no es posible hablar de los recursos sin hacer alusión a todos estos, ya que la relación es directa y ellos se ejercen como consecuencia del concurso y presencia o no de estos.

Tampoco podemos negar que el recurso posee un carácter extensivo de la controversia, ya que al intentarlo se podrían anular etapas ya precluidas (reposición de la causa) o volver a colocarse en el momento que se anule la decisión injuriosa para obtener una nueva.

Por cuanto se trata de un tema que constituye el diario vivir de todas las personas que estudian, o forman parte del sistema penal, el presente trabajo pretende convertirse en un instrumento útil, del cual se sirvan estudiantes, operadores jurídicos y todo el que desee conocer de esta materia en general.

Una vez afrontados los temas y objetivos previamente señalados y bajo la conducción de un estudio monográfico a nivel descriptivo basado en una investigación teórica de diseño documental a través del análisis de los textos legales, jurisprudenciales y doctrinales, todos analizados con sentido crítico, se obtuvieron resultados que llegaron a la conclusión de que los recursos constituyen una garantía mínima en los estados de derecho y justicia como manifestación del derecho a la defensa.

Así mismo creemos que constituyen parte indispensable en la manifestación efectiva de la tutela judicial efectiva venezolana

El presente trabajo consta de cinco capítulos, en el primero nos referiremos a los recursos en general, sus fundamentos teóricos abarcando las distintas definiciones, los antecedentes de estos y las características comunes de los diferentes recursos, entre estas la legitimación, objeto del recurso y la forma en que deben interponerse los mismos.

En el segundo capitulo trataremos tres de los cuatro tipos de recursos que contempla el Código Orgánico Procesal Penal, defiendo cada uno de ellos, mencionando los aspectos resaltantes de orden jurídico que los sustentan, en el tercer capitulo haremos referencia al recurso de apelación, completando la gama de los cuatro recursos que contempla el Código Orgánico Procesal Penal referente a los tipos de recursos, este ultimo comprende un capitulo aparte por ser el recurso ordinario de mayor uso práctico.

El cuarto capitulo corresponde a los recursos y el derecho a la defensa, ya que esta íntimamente ligado a las nociones de garantías mínimas que debe tener un estado democrático de derecho y de justicia frente a sus ciudadanos. El quinto corresponde a la facultad revisora de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, órgano que dicta la pauta en interpretación constitucional y que afecta con sus decisiones a los demás tribunales del país.

No quisiéramos dejar de señalar que a partir del presente trabajo y vista la jurisprudencia del máximo tribunal es evidente que no siempre ejercida la apelación o acción de amparo se asegura que la sentencia de segunda instancia sea más justa que la del juez de primer grado. En nuestro concepto es discutible la premisa que "*una sola instancia no ofrece garantías suficientes para producir una sentencia justa*." Pues se ha observado como

en la jurisprudencia patria a veces la segunda instancia coloca al imputado en una situación de desmejora de su situación jurídica al aumentar la pena impuesta que estableció la sentencia de primer grado.

CAPITULO I
DE LOS RECURSOS

Nuestro Código Orgánico Procesal establece en su Libro Cuarto los medios de impugnación que pueden utilizar las partes para atacar las medidas o resoluciones judiciales que le sean desfavorables o que estos las consideren como tales. Así el Artículo 432 expresa:

"Impugnabilidad Objetiva:

Las decisiones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos"

Los países cuyos sistemas judiciales son de corte democrático, adoptan la vía recursiva como una forma de política social, que les proporciona a los particulares y al estado la posibilidad de enervar decisiones desfavorables en un proceso legal.

A través del establecimiento de una vía recursiva, los estados cumplen en parte su finalidad en cuanto a justicia social, y se convierten en materializadores de la garantía del derecho a la defensa de sus ciudadanos e instituciones.

Por cuanto la existencia de los recursos constituyen una de las manifestaciones del desarrollo jurídico de un estado de derecho y de justicia,

es necesario no solo estipularlos, sino también establecer los mecanismos para hacerlos efectivos.

Este trabajo se enfoca en los recursos previstos en el Código Orgánico Procesal, haciendo especial referencia al recurso de apelación y a la facultad revisora de la Sala Constitucional, por ello es necesario referirnos a los fundamentos teóricos de los recursos, sus antecedentes, características comunes, entre estas quienes están legitimados para ejercerlos, cual es el objeto del recurso y la forma en que se deben interponer estos.

A. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Existen innumerables definiciones de "recursos"; no obstante una generalizada es aquella que lo define como el mecanismo que establece la ley, mediante el cual se aspira obtener la modificación de una resolución o sentencia, a los fines de materializar una pretensión determinada.

No cabe duda que estos constituyen la posibilidad de pedir la revocación o revisión de una sentencia o fallo que es desfavorable a una de las partes involucradas en un proceso, sea este judicial o administrativo, dichos instrumentos constituyen una facultad otorgada por la ley, es decir, el interesado o sujeto afectado por el veredicto puede ejercerlos o no, y su falta de ejercicio no trae como consecuencia otro perjuicio distinto al fallo emitido.

En el derecho penal, la ley adjetiva también prevé la posibilidad de ejercer estos mecanismos, que por lo general son considerados de defensa, ya que están íntimamente ligados al ejercicio de esta.

Una de las características más importantes del derecho penal, tanto en la determinación sobre si un sujeto procesal realizó una conducta prevista en el ordenamiento jurídico como punible, o si este llena presupuestos de índole procesal; es que en ambos casos se puede limitar o restringir la libertad personal del individuo. El derecho penal en definitiva mediante una sanción que por lo general es tipo corporal, tiene una gran relevancia al efecto de medir las consecuencias de un fallo.

Como señala Maier (2000, 19) en el prefacio del libro introducción al derecho procesal penal de Binder "... el sistema penal es el mecanismo que utilizamos los seres humanos para encerrarnos los unos a los otros en jaulas,... *jaulas para encerrar seres humanos*..."

Recalca el autor:

> "...el gran peligro de todo aquel que se dedica al estudio del derecho penal o procesal penal es que le suceda lo que al fabricantes de guillotinas: que se enamora del brillo de la madera... la historia nos ha enseñado que esa guillotina... ha asesinado a muchos de los ciudadanos que lucharon por las ideas que trata de explicar este libro... es un libro para que nadie se enamore del derecho procesal penal".

De allí la importancia en el derecho procesal penal del establecimiento de los recursos, porque para algunos con ellos se mantiene el equilibrio entre las partes, y así estas puedan o procuren enervar de un modo lícito el agravio que con la decisión les pudiera haber ocasionado.

Es así como los recursos, son una forma de impugnación de determinados actos procesales a través de los cuales por lo general se aspira a obtener la reforma de los mismos. Donde como señala Guariglia (2004, 1): "El tribunal

de grado superior limita su control a una revisión posterior de lo actuado por el inferior, dependiendo de la voluntad de quienes se presume damnificados por la decisión que se estima errónea..."

Los recursos forman parte del derecho procesal penal, y esté a su vez limita al poder penal.

En general son entendidos los recursos como lo afirma Rengel-Romberg (1992, 395):

> "... como aquellos que tienden a controlar la justicia del acto y son concedidos solamente a quien sufre un daño por la injusticia de una resolución judicial ", de allí que uno de los requisitos para su procedencia es que la decisión impugnada cause agravio".

Carnelutti (1943, 14) señala:

> "Nace el concepto de impugnación y puede percibirse claramente la semejanza y la diferencia entre este concepto y el de invalidación; se trata en un caso y en el otro, de una reacción contra el acto, dirigida a eliminar su eficacia, pero la invalidación tiende a hacer declarar nulidad y la impugnación al contrario a obtener la reforma".

Los recursos constituyen actos procesales, cuyo ejercicio pueden derivar en la modificación de una resolución e incluso podría afectar el desarrollo de un proceso. Rengel-Romberg (1992, 395) se refiere a ellos como un remedio procesal de la siguiente manera:

> "El tema de los recursos... corresponde a una de las especies de remedio de los actos procesales aislados por la doctrina y por tanto en cierta forma conexo con el tema de nulidad de los

> actos procesales... Pero... los recursos tienden a controlar la justicia del acto y son concedidos solamente por quien sufre un daño por la injusticia de una resolución judicial".

Es por ello que la impugnación no es más que la acción y el efecto de atacar, tachar o refutar un acto judicial, con el objeto de obtener su revocación o sustitución. Sin embargo la noción de recurso es más restringida que la de impugnación ya que supone una sucesión de instancias fundadas en una relación jerárquica entre tribunales.

Si bien todo recurso es un acto de impugnación de una sentencia, no toda impugnación es un recurso, este seria el caso del llamado recurso de revocación que contempla nuestro Código Orgánico Procesal Penal, en lo adelante COPP.

B. ANTECEDENTES

El doble grado de la Jurisdicción nació en la ley 16-24 de Agosto de 1790, cuando la constituyente francesa se propuso resolver los problemas jurídicos de la época, allí se estableció el doble grado de jurisdicción, o sea la facultad de apelar una sola vez contra la primera sentencia Rengel-Romberg (1992, 400).

La Constitución de los estados Unidos de Venezuela del 19 de junio de 1914, establecía el sistema de la doble conformidad del fallo que conducía a la tercera instancia; sobre esta base se partía de la idea de que la cosa juzgada la constituía la conformidad de dos fallos, es decir, dos sentencias consecutivas una que ratificaba el fallo anterior concretaba la cosa juzgada, pues ambas se presumen justas, mientras que encontrarnos con dos fallos

consecutivos que diferían daban lugar a la tercera instancia, esto es, a la revisión de ambas sentencias por un magistrado para que este tomara una decisión o a favor de la segunda, o bien de la primera. Este sistema ha sido superado y sólo constituye parte de la historia de los recursos venezolanos.

En 1945 se acogió el sistema de doble grado de jurisdicción por cuanto las Constituciones Venezolanas sucesivas, inclusive la de 1999 y la anterior 1961, así lo han señalado, al otorgar al Poder Nacional la administración de justicia, la creación, organización y competencia de los tribunales de la República. El doble grado de jurisdicción a nuestro entender, parte de la premisa que una sola instancia no ofrece garantías suficientes para producir una sentencia justa, a menos que exista la posibilidad que en la controversia la parte pueda obtener dos decisiones.

El derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, en lo adelante CEC, establecía la posibilidad de intentar recursos e incluso si estos no eran ejercidos, toda sentencia absolutoria o condenatoria cuya pena excedía más de un año, era consultada con el tribunal superior (articulo 51 CEC).

El actual sistema de doble grado de jurisdicción se basa en el principio de la legalidad, a través del cual el juez superior sólo puede conocer de aquellos asuntos que le son sometidos por las partes en su escrito de apelación y por las causales que están taxativamente previstas en la ley (432 del COPP).

El recurso fue reconocido como derecho en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en el Artículo 8 cuando desarrolla las garantías judiciales del "...Derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior..." Así podemos afirmar que un estado de

derecho que se denomine tal, debe postular y establecer el derecho al recurso como garantía procesal mínima.

Algunos principios del proceso penal fueron constitucionalizados en cierta manera por la Constitución de 1999, así el Artículo 49 numeral 1 de la Constitución dispone que toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, consagrando así un derecho al recurso como regla general, esto quiere decir que debe favorecerse toda interpretación que tienda a la admisibilidad de un recurso y no a su inadmisibilidad, por supuesto salvo las excepciones que el mismo artículo establece.

La constitución de 1999 dispone de otro tipo de potestad revisora que si bien no es un recurso de apelación teóricamente hablando, consagra una potestad de reexamen del fallo, la cual está establecida en el artículo 336 de la Constitución numeral 10, ello en base al carácter de máximo intérprete que según el Artículo 335 de la Constitución, tiene la Sala Constitucional del Máximo Tribunal.

C. CARACTERÍSTICAS COMUNES

El Código Orgánico Procesal Penal, consagra en el Libro Cuarto, Titulo I las disposiciones generales relativas a los recursos, en el artículo 451 la motivación de apelación de sentencias definitivas, extremos estos que deben cumplirse para producir el llamado judicium recindens, es decir, que el juez superior anule el fallo del juez inferior. Queda plasmada esta sucesión de instancias jerárquicas donde un conocedor superior revisa el fallo judicial menor, para declarar si es necesaria la reforma del veredicto impugnado, se habla de tribunales de primera instancia y de tribunales superiores, cortes o

segunda instancia. La apelación entendida como es conocida en la actualidad, no es una institución tan antigua como se supone ya que no siempre ha sido establecida una jerarquía jurisdiccional e institucional entre los jueces.

Los recursos siempre han planteado polémicas en cuanto a su función correctora del primer fallo, por cuanto no siempre la segunda instancia es más justa que la primera, de allí que surgiera la noción de no reforma en perjuicio del imputado por el juez superior, cuando el recurso había sido ejercido por el imputado, la primera sentencia no puede subsistir después de la segunda, si es reformado el fallo, y si es confirmado el primero tampoco subsiste, ya que la primera sentencia queda sustituida por la de segundo grado y causa ejecutoria. En este caso se concreta un efecto suspensivo de la causa con la interposición del recurso, ya que se hace transitoria la sentencia del primer grado e impide su autoridad de cosa juzgada.

Es así como a través del ejercicio de los recursos se pasa de un primer a un segundo grado de jurisdicción.

Ahora bien, la ley exige a cada sujeto implicado en la relación jurídica deberes con respecto a la interposición de los recursos, las partes adquieren facultades, para tratar de desvanecer la incertidumbre la cual será superada solo con la resolución del recurso por parte del superior jerárquico, entendida la resolución no como que se la dado la razón al que lo interpuso, sino con cualquier decisión que cause estado, pudiera ser incluso la no admisibilidad del mismo.

En Venezuela, de forma genérica quien conoce de los recursos en materia penal, una vez que son ejercidos contra las decisiones de Primera Instancia son los Tribunales colegiados denominados Cortes de Apelaciones, el Tribunal Supremo de Justicia con su Sala de Casación Penal revisa, si alguna de las partes impugna las decisiones dictadas por las cortes de apelaciones, en base a los motivos que autorizan a formalizar el llamado Recurso de Casación y además la Sala Constitucional del mismo Tribunal puede de manera extraordinaria, acordar la revisión tanto de sentencias de las propias Salas del mismo Tribunal, (en cuanto a este último aspecto, si bien tal competencia no se encuentra establecida de forma explicita en la ley o en la Constitución, la Propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha manifestado que sí puede hacerlo y que de hecho es una de sus competencias haciendo una interpretación extensiva de la lectura constitucional), así como de los demás tribunales del país.

Esta facultad de revisión de la Sala Constitucional se encuentra contemplada en el Artículo 336 numeral 10 de la Carta Magna.

Como disposiciones generales en cuanto a las características de todos los recursos Vásquez (2001, 198) ha señalado lo siguiente:

> "... se delimita la legitimación objetiva para recurrir, disponiéndose que las decisiones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos. De la misma manera se legitima para recurrir solo a las partes que la ley reconozca expresamente ese derecho. En cuanto al imputado se prevé la posibilidad de su defensor pueda recurrir por él, pero en ningún caso en contra de su voluntad expresa. A fin de evitar la posible incompetencia subjetiva de los jueces, se prohíbe, la intervención en el nuevo proceso de aquellos que pronunciaron o concurrieron a dictar la decisión anulada. Se

> reconoce el efecto extensivo de los recursos y en tal virtud se prevé que cuando en un proceso hubiere varios coimputados, el recurso interpuesto en interés de uno de ellos favorecerá a los demás..."

1. Legitimación

La legitimación está referida a la posibilidad real que se tiene de recurrir de una resolución judicial, es decir, la facultad de promover la revisión judicial de un fallo. El artículo 433 del COPP se refiere expresamente a la legitimación de las partes para recurrir.

En primer lugar, los que pueden recurrir son todos aquellos que son partes en un proceso, pero para hacerlo deben satisfacer dos requisitos concurrentes: 1- La autorización expresa de la ley (Art. 432 COPP), y la existencia de un agravio (Art. 436 COPP), de allí se deriva el interés legítimo y directo. Por lo general la ley frente a cada resolución establece quienes la pueden recurrir o impugnar y a falta de tal distinción se debe entender que todas las partes pueden hacerlo.

En cuanto al agravio, no debe ser una mera percepción subjetiva del sujeto que lo alega, es decir, que el perjuicio debe ser real, materialmente hablando; Guariglia (2004, 3) mantiene que el perjuicio efectivo es un presupuesto de la facultad de impugnación, señalando como ejemplo que se consideraría inexistente el perjuicio en el caso de un imputado que se absuelva mediante un fallo, pero que este discrepe de la fundamentación. También se refiere al caso en que absuelva al imputado pero en lugar de atipicidad del hecho, manifestada por su defensa técnica, el juzgado lo haga por una causa de justificación.

Tal afirmación en nuestro concepto sólo se hace para hacer entender mejor al lector en cuanto al agravio efectivo, ya que en materia penal por las circunstancias e implicaciones en cuanto a la libertad personal y las consecuencias de un fallo penal (limitaciones al ejercicio de derechos civiles, establecimiento de antecedentes penales), no creemos posible que ningún imputado trate de enervar la dispositiva del fallo en caso de una absolución.

Sin embargo, por cuanto la valoración que el hombre otorga a cada hecho es distinta, y estas variarán según sus creencias políticas, posición social, profesión, etc., es que se ha creado esta limitación de tipo subjetivo, para evitar la constante interposición de recursos ó impugnaciones, cuyo resultado en la mayoría de las casos, pudiera llegar a las mismas conclusiones a las que arribó la decisión impugnada.

Un sector de la doctrina entre ellos Guariglia (2004, 5) considera que aquellas causas que permiten la apelación al fallo del sobreseimiento (que se dictó para poner fin de forma anticipada a la causa) constituyen una flexibilidad al análisis del perjuicio efectivo.

Este criterio subjetivo, en cuanto a la consideración de lo que resulta un agravio, también puede explicarse de la siguiente manera: supongamos que en caso de una mal praxis médica, se le imputó un delito culposo a un médico por negligencia en el ejercicio de su profesión, posteriormente la causa le es sobreseída en la etapa preparatoria por prescripción de la acción penal, sin embargo esta forma anticipada de conclusión de la investigación, a él en su concepto no le es más favorable, ya que él desea que se demuestre

que el no fue negligente o que no realizó ningún acto u omisión que contribuyera a la muerte o lesión del paciente.

Podríamos decir que esa decisión anticipada de conclusión del proceso en donde no se materializó la pretensión de inocencia de éste, sino que se sobreseyó por prescripción, le causo agravio profesional y moral, ahora bien, ¿podría él entonces recurrir? Atendiendo al criterio objetivo en nuestro concepto no, pues la administración de justicia perdería un tiempo y horas preciosas en la consecución de una investigación que finalmente en cuanto a la dispositiva llegarían al mismo resultado (entre sobreseer por prescripción y sobreseer porque el hecho no se realizó).

El mencionado autor Guariglia (2004, 4), dice que tal circunstancia pone en tela de juicio el perjuicio objetivo, sin embargo nosotros no estamos de acuerdo con dicha tesis por la anterior fundamentación desarrollada.

Para intentar los recursos contra sentencias o contra autos, hay que poseer legitimación, la ley la define de manera indirecta y descriptiva al contemplar los requisitos que deben cumplirse para poder ejercer los recursos. La norma procesal establece condiciones taxativas para poder acceder a los recursos, sin embargo esa taxatividad tiene un rango de flexibilidad, lo cual deriva en diversos motivos de apelación como lo hemos señalado.

En resumen podemos afirmar que el Código Orgánico Procesal Penal, establece dos requisitos los cuales deben concurrir a saber: a) Una autorización expresa de la ley, b) Un agravio. Es decir, el primero se circunscribe a los autorizados por la ley procesal y el segundo se refiere a

que la decisión necesariamente le debe ser desfavorable a la parte que pretenda impugnarla.

Esta facultad de recurrir señala expresamente quienes son los autorizados, es decir, se cumple una regla legal o taxativa, como principio general cada resolución señala en la ley quienes la pueden recurrir. Sin esta autorización taxativa o expresa, se entiende que todas las partes pueden recurrir. Pero este entendido se deriva de lo que el mismo Código establece.

Ahora bien, como ya lo hemos expresado estos requisitos concurrentes a la interposición de un recurso contra un fallo, como lo es la autorización expresa de la ley y el agravio se establecieron con un fin práctico como es evitar la saturación del sistema de justicia, con un sin fin de impugnaciones.

2. Objeto del recurso

Objeto de recursos son los autos y sentencias, y todos ellos en definitiva son decisiones judiciales, susceptibles de apelación en la medida que la ley lo autorice. De allí que a estos el COPP les denomine Impugnabilidad objetiva (Art. 432).

Quedan expresamente fuera del ámbito de la posibilidad de recurrir, aquellas decisiones que constituyan autos de mero trámite, es decir aquellos que no diriman ninguna incidencia ó petición entre las partes o que no resuelven el fondo del asunto. Entre estos autos estarán aquellos que acuerdan abrir otra pieza del expediente, corregir la foliatura, la fecha para la celebración de una audiencia determinada, el otorgamiento de copias simples o certificadas, etc.

Los autos son llamados en la doctrina argentina autos interlocutorios, ya que no resuelven de modo alguno el fondo del asunto declarando la culpabilidad o absolución del imputado, ellos están dirigidos como señala Palacio (2001, 61) a resolver un incidente o artículo del proceso; es decir, se dictan para poner fin a una tramitación procesal con carácter contradictorio. En consecuencia, ningún auto podría señalar que se determinó la inocencia o culpabilidad del imputado en determinado hecho punible.

A la hora de determinar que es susceptible de recurso, lo importante no es la forma que la resolución adopte (auto o sentencia) sino la materia que resuelva.

Todo auto debe ser motivado, salvo los de mera sustanciación, esto es, debe estar fundado, el juez se encuentra obligado a explicar las razones jurídicas que lo hacen determinar el curso de una decisión.

Ahora bien, en cuanto a la sentencia algunos señalan que es el modo en que normalmente debe concluir una etapa procesal. De manera genérica podríamos decir que una sentencia es el acto emanado de los organismos jurisdiccionales en donde se decide la causa o punto sometido a controversia. Cabanellas (2001, 62) la define como "la resolución judicial en una causa y fallo en la cuestión principal de un proceso". Nuestro COPP se refiere a ella como aquella mediante la cual se absuelve, se condena o se sobresee (artículo 173).

En nuestro concepto la sentencia en materia penal es la resolución jurídica que emite un Tribunal formado por un Juez o jueces, mediante la cual se determina la culpabilidad (en este caso imponiendo una pena o medida de

seguridad), absolución penal o el sobreseimiento de una o un grupo de personas, a través de un razonamiento, cuyos parámetros son establecidos por la ley.

La apelación procede contra autos y sentencias que causen gravamen irreparable.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia ha tratado de delimitar cuando se produce un gravamen irreparable, por cuanto el gravamen varía de acuerdo al caso concreto.

De manera indirecta los criterios de la apelación de la sentencia definitiva constituyen limitaciones al agravio, pero estas limitaciones en nuestro concepto tienen una razón lógica y poseen un rango de flexibilidad tal, que permite sin mermar el derecho a la defensa, cualquier tipo de apelación ya que los motivos encuentran un gran campo de subsunción en la norma del Artículo 452 del COPP.

Toda Impugnación de sentencia definitiva o interlocutoria debe atacar el dispositivo del fallo.

Como regla general sólo se puede recurrir resoluciones judiciales, por tal razón nuestro COPP señala los autos o sentencias, los cuales serán recurribles de acuerdo con la regla legal o de taxatividad, es decir, se pueden recurrir siempre que la ley autorice tal impugnación.

Nuestro COPP también tiene algunas limitaciones al ejercicio del recurso, cuando se trata del agravio y de aquellas decisiones en las cuales

expresamente se señalan que no tendrán apelación, o de aquellas incidencias que solo se podrán apelar con la sentencia definitiva.

3. Forma de interposición de los recursos

La mayoría de los recursos deben ser interpuestos en forma escrita, es decir, la regla general es la escritura. En dicha escritura, debe estar contenida una manifestación de voluntad de recurrir en potestad del afectado. Aunado a esta manifestación debe expresarse los motivos por los cuales se recurre, indicando la solución que se pretenda, es decir, o bien la revocación del fallo, la nulidad o la sustitución de éste.

Esta manifestación de voluntad, es de suma importancia por cuanto identifica el agravio, expresa la manera en que el agravio afecta al recurrente y limita la actuación del tribunal de alzada que va a conocer de la disconformidad.

La forma de interponer el recurso es de suma importancia, ya que la ley exige requisitos para su ejercicio, el tiempo es una limitante de la actuación del recurrente, por lo general el COPP señala el tiempo que se dispone para recurrir de un auto o una sentencia definitiva, en consecuencia, se establecen términos perentorios. El modo se refiere a exigencias formales en cuanto a la firma del recurrente y su apoderado, y por supuesto a la regla general de la escritura en la mayoría de los casos. También señala la ley el lugar de interposición del recurso, pues estos deben presentarse ante el mismo tribunal que dictó la decisión, por regla general con algunas excepciones.

La forma de interponer los recursos y el cumplimiento de los requisitos formales persigue a este hasta el tribunal de alzada, ya que el examen de su admisibilidad dependerá que estos extremos se encuentren llenos, de no ser así, no se entrará al análisis de los vicios que según el recurrente afectan al fallo.

La forma de los recursos conlleva a la observación de tres principios generales, el dispositivo que es aquel mediante el cual las partes ponen mediante la interposición de un mecanismo judicial, en este caso el recurso, en conocimiento al tribunal de alzada de una disconformidad con una decisión. Con este mecanismo las partes fijan los límites de conocimiento del tribunal de alzada. Esta disposición también se manifiesta en la posibilidad que tienen el recurrente de atacar sólo una parte de la decisión, lo que trae como consecuencia la interpretación que está de acuerdo con la parte no recurrida; por otro lado también puede desistir del recurso interpuesto o renunciar expresamente a la posibilidad de recurrir.

El segundo principio tiene que ver con la facultad que tiene la parte recurrente de limitar el conocimiento del asunto en el tribunal de alzada, ya que este no puede conocer de aquello que no le fue planteado por las partes, sin embargo existe una excepción a este principio y es aquélla cuando esté presente una nulidad absoluta en el proceso, la cual puede ser decretada de oficio por el Juez.

El tercer principio se refiere a la prohibición de la reforma en perjuicio del imputado si es este quien recurre; resulta de importancia resaltar que en algunas decisiones nuestro máximo tribunal, viola este principio general revocando una decisión impugnada por este, para luego reformar en su

perjuicio, aumentando la pena y anulando figuras procesales, como por ejemplo la admisión de los hechos, en donde el imputado no obtiene ninguna rebaja en el quantum de la pena como consecuencia de su admisión. Sentencia 135, de fecha 13-02-2003, Sala Constitucional Chacón (2003, 388).

Otro aspecto es determinar que frente al tipo de vicio que denunciamos existen el vicio in procedendo y el vicio in iudicando: el primero según Gorsd (2004, 29): "Debe tratarse de una norma que establezca o determine una forma procesal de acatamiento imperativo, cuya violación sea expresamente prescrita bajo alguna sanción (caducidad; preclusión, inadmisibilidad ó nulidad: Y señala con respecto al segundo:

> "El Juez se encuentra frente a las normas sustanciales en una posición diversa a la señalada precedentemente. En estos casos, el juez interpreta, declara, aplica el derecho a los hechos. Si su error versa sobre una fijación de los hechos que difiere de la verdad histórica, será un vicio in factum; es decir, sobre el mérito de los elementos probatorios que el juzgador tuvo en cuenta para determinar el núcleo fáctico. Si en cambio el error radica en la inteligencia de la norma aplicable al hecho fijado, será un vicio in iuris, comprensivo de los supuestos de inobservancia de la ley (omitir el cumplimiento de lo que la ley manda en un caso concreto); errónea aplicación de la ley (inexacta valoración jurídica del caso ya sea por un defecto en la selección de la norma aplicable o por un defecto de la interpretación de ella)".

Resulta oportuno resaltar que el incumplimiento de las formas cuando se interponen los recursos, acarrean como consecuencia la inadmisibilidad de los mismos. Es decir, si no existe una manifestación de voluntad en forma escrita, salvo el recurso de revocación, que identifique el agravio y la manera

en que este afecta al recurrente, así como si se interpone extemporáneamente fuera de los lapsos establecidos en la ley, el tribunal de alzada deberá pronunciarse sobre su inadmisibilidad.

El COPP establece una clasificación en cuanto a los recursos, una según su importancia y otra según indica el propio Código. Tal como se ha citado, estos requisitos de temporalidad que señala la ley, varían de acuerdo al recurso de que se trate. Así, en el siguiente capitulo veremos tres de los cuatro diferentes tipos de recursos que contempla el COPP con sus particularidades y mencionaremos algunas clasificaciones realizadas por la doctrina de acuerdo al tribunal que corresponde conocer del recurso.

CAPÍTULO II
TIPOS DE RECURSOS

Una de las características de los recursos corresponde a su clasificación de acuerdo al tribunal que conocerá de estos, es decir, se les llama recursos ordinarios y extraordinarios. Los ordinarios son aquellos que se plantean y resuelven por los tribunales comunes; es decir, aquellos que no revisten ninguna especialidad, entre estos se encuentran la reposición o revocación, la apelación y la queja. Los extraordinarios son aquellos que son conocidos ante un tribunal específico por cuestiones excepcionales de derecho, entre ellos el de Casación o el de Revisión.

El COPP consagra diversos tipos de recursos que se han clasificado por su importancia sistemática y otras según las que indica el propio código. Se distinguen los recursos que dan lugar al examen de la cuestión por un Juez diverso del que efectuó el fallo (449 COPP y 454 del COPP), el que es conocido por el mismo Juez que dictó la resolución (444 COPP); recurso de las partes, y recursos de terceros como lo es la victima que no ha intervenido en el proceso (316, 325 COPP); recursos ordinarios (apelación) y recursos extraordinarios (casación, revisión); recursos contra sentencias interlocutorias (apelación de autos) y recursos contra sentencias definitivas (apelación de sentencias definitivas).

Señala Vecchionacce (2000, 232) que existen cuatro recursos contemplados en el COPP y los describe en los siguientes términos:

> "Junto con la revisión, la revocación y la casación, la apelación es uno de los cuatros recursos que encontramos en el COPP, con los cuales el nuevo instrumento contempla el cuadro impugnaticio aplicable en todos los procedimientos, tanto en el ordinario como en los especiales, con el recurso de casación y apelación se da satisfacción al principio de la doble instancia"

En esta parte analizaremos el recurso de revocación, casación y revisión; por su especial connotación en el presente trabajo dejamos el de Apelación para el próximo capitulo.

A. DEL RECURSO DE REVOCACION

Para algunos esta figura no constituye un recurso impugnativo como tal, Olmedo, (1996, 497), en virtud que es el mismo juez de la causa, quien conocerá de la solicitud de revocación.

La definición de la oportunidad o de los motivos que conllevan al ejercicio del recurso de revocación se encuentra en el COPP (artículo 444); visto como una forma expedita de plantear al Juez el reexamen de un acto ya decidido.

Se pretende evitar así nuevas instancias, en casos que por su misma naturaleza no lo amerite, es decir, se trata de un trámite de carácter incidental, expedito, en aras de una economía y celeridad procesal, así también se señala en nuestra legislación, que el mismo por ser procedente solo contra los autos de mera sustanciación, no se ve afectada ninguna de las partes.

Pareciera paradójico que el COPP mencione que sólo procede contra los autos de mera sustanciación y según la doctrina y la propia legislación definen un auto de mero trámite o sustanciación, como aquel que no conlleva ningún perjuicio a las partes, no tiene carácter de contradictorio y no comporta la resolución de ningún asunto, ¿Por qué entonces la necesidad de establecer un recurso que conlleve un nuevo examen?. Una interpretación apunta a incidentes de índole práctico, como el mal cálculo de computo; sin embargo el mal cálculo de un cómputo en nuestro concepto no constituye un acto de mero trámite, ya que podría nada más y nada menos que resquebrajar el derecho a la defensa de algunas de las partes.

Otra perspectiva del asunto es más simple, en el caso de una boleta que fue dirigida a una dirección errada (del imputado o de un testigo), y una de las partes pida al tribunal que reexamine el auto de notificación para corregir el error y se vuelva a librar una boleta para no volver a plantear otra fecha más distante de la seleccionada y se celebre el acto, sin implicar pérdida de tiempo.

Ahora bien, más que un recurso la revocación es un instrumento que coadyuva en la sucesiva consecuencia de los actos, donde la parte puede canalizar un simple reclamo, en virtud de la aplicación incorrecta de un trámite procedimental. Más allá de la naturaleza jurídica que se le asigne, lo importante es que constituye un medio impugnativo susceptible de ser ejercido por las partes, a través del cual estas pueden pedir la sustitución o modificación por contrario imperio ó rectificación de un acto de mera sustanciación.

Como ya lo señalamos un sector de la doctrina no lo considera un recurso en sí, ya que no cumple con las características propias de los recursos, principalmente porque no existe una incidencia, ya que lo decide el mismo Juez que dictó la primera medida, es decir, no existe aquí un recurso de tipo devolutivo, ya que no habrá un tribunal superior que conozca del reclamo planteado.

En la práctica lo que se solicita al juez es la revisión de un asunto para que lo revoque por contrario imperio, aquí observamos una actividad jurisdiccional sin efecto devolutivo.

Lo difícil para algunos juzgadores según lo plasmado en párrafos anteriores, es determinar a qué se refieren estos autos de mero trámite, ya que estos pueden suceder como consecuencia de inobservancia de situaciones de carácter instrumental procedimental.

En consecuencia, se ataca a los autos de mera sustanciación, por regla general, lo constituyen todos aquellos actos realizados sin la presencia de las partes, o sin la participación de estas ya que estos actos pueden devenir, después de realizada una audiencia, como consecuencia de algún pedimento o simplemente en la ejecución de normas procedimentales.

Es así como las partes, quienes no tuvieron oportunidad para sentar su posición sobre la actuación del juez, pueden mediante este medio o recurso, exponer razones de disentimiento, siempre que estas razones se refieran a cuestiones de naturaleza netamente procesal (autos de mero trámite).

Como puede observarse, el COPP no señala con precisión quienes pueden intentarlo, pero de acuerdo a las normas generales de los recursos, podemos interpretar que se trata de las partes, lo cual lógicamente presupone la existencia de un interés en el asunto, e incluso de no tratarse de errores materiales podríamos también señalar algún tipo de agravio.

La forma de interponerlo en las audiencias es en forma oral, y el juez deberá resolverlo de inmediato, caso contrario deberá ser interpuesto por escrito, debidamente fundado y dentro del tercer día siguiente a la notificación (COPP Art. 445 y 446). Una vez interpuesto el Tribunal deberá resolver dentro del plazo de tres días y dicha decisión tiene carácter ejecutorio.

Por ser este trámite incidental tan expedito, el código no establece la necesidad que se notifique a la parte contraria del que interpuso el recurso, es lo que se conoce como "resolver sin vista a las partes interesadas". En consecuencia este recurso debe estar debidamente fundado desde su interposición, incluso si se ejerciera este oralmente, para que el tribunal pueda dividir su actuación en dos vertientes, la primera de ellas, se refiere a la verificación de las disposiciones generales en cuanto a la existencia de un interés, que se trate efectivamente de la impugnación de un acto de mera sustanciación, para luego poder pasar al examen y resolución del recurso planteado.

Establece como imperativo el COPP que el único recurso admisible durante las audiencias es éste; pero, ¿qué acto de mero trámite puede ocurrir en medio de una audiencia? Llama aún más la atención que bajo la tutela de ejercer este recurso en audiencias para oír al imputado, se trate de obtener cambios en las medidas impuestas que afectan la libertad personal de este y

el juez resuelve y entra a conocer el recurso, manteniendo la medida o ratificándola, sin declararlo inadmisible, que esta debería ser su decisión, por no ser este el recurso dirigido a controlar su fallo en materia de limitación de la libertad personal.

Otra característica importante aunque el Código no lo establece expresamente, es la posibilidad que se tiene de interponer este en cualquier fase o etapa del proceso, por supuesto siempre bajo la premisa de que se trate de actos de mera sustanciación, y concurrentemente también debe ser sobre un acto decretado por el juez. Entonces cabe la pregunta si es posible plantearlo en la etapa preparatoria, en nuestro concepto, si se puede si se ataca un acto de mera sustanciación, en ejecución de una actividad jurisdiccional sobre el control de un acto del Fiscal. Por demás esta aclarar que también se ejerce en la fase intermedia e incluso en la de juicio.

En el caso de juicio, el juez siempre que se trate de un acto de mera sustanciación y se plantee oralmente, debe resolver inmediatamente o acogiéndose al lapso de tres días que establece el código, pero por ser interpuesto en esta etapa, debería respetarse el principio de contradicción e inmediación que rigen en esta materia por lo tanto, podría solicitar a la otra parte su posición ante el recurso.

Ahora bien, este tipo de recurso en nuestro concepto no tiene apelación, es decir, la parte no satisfecha o que se considere agraviada con el nuevo reexamen de la medida no podrá interponer recurso de apelación. Si bien la anterior afirmación no surge de manera explícita del texto de la ley, es inferible por tratarse de actos de mero trámite.

Lo que si consideramos factible y ajustado a derecho y a los principios generales del proceso penal venezolano es la posibilidad que el juez de la causa una vez negado lo planteado en el recurso, posteriormente observe motus propio un vicio que afecte el procedimiento, y en consecuencia, proceda a subsanar el error cometido revocando su propia decisión, en vista del debido proceso como garantía fundamental, aspecto este que tiene cierta semejanza con las nulidades absolutas, las cuales el juez debe declararlas de oficio.

Otra interrogante que nos hemos planteado es sobre la revocación de oficio, en nuestro concepto, en la práctica, tal circunstancia se ve a diario en los tribunales de control de la capital, en donde el Juez subsana errores de foliatura, audiencias fijadas para fechas feriadas etc., La diferencia esta, que los autos que realizan para corregir estos errores en los actos de mera sustanciación no conllevan el titulo de revocación de oficio, sino que directamente se les denomina autos, pasan a explanar en el fallo las razones de la corrección y las ejecutan, pero en la práctica estos no son más que revocaciones de oficio, sin la instancia de ninguna de las partes, en donde el tribunal luego de observado el error procede a subsanarlo.

En cuanto a su utilidad, podemos mencionar que es el único recurso o vía impugnativa que permite atacar cierto tipo de actos que no poseen otros medios de impugnación, en consecuencia son necesarios para las partes ya que a través de estos se materializa también el efectivo ejercicio del derecho a la defensa.

B. El RECURSO DE CASACION

1. Antecedentes

El tribunal de Casación nació en Francia por Decreto del 27 de Noviembre de 1790, para sustituir al anterior Conseil des Parties "Consejo de Partes", el cual fue creado en la época real para conocer los asuntos jurisdiccionales, en los cuales conocía de los recursos particulares y anulaba sentencias viciadas constituyéndose en un verdadero método impugnaticio (De la Rúa, 1994. 10).

En realidad este Consejo revelaba la lucha librada entre el rey y los Parlamentos, el afectado enervaba a través de este consejo las decisiones del parlamento, es así como alegaban violaciones a las ordenanzas, edictos y declaraciones regias. Entonces el parlamento con su matiz descentralizador y el rey con su tendencia a la concentración de poder característico de las monarquías absolutas libraron una lucha de poder en una sociedad centrada en un sistema real. Es así como bajo la influencia Monárquica se señala la necesidad de la creación de un órgano supremo que se encargara de velar por el exacto cumplimiento de la ley.

Nació entonces el consejo, bajo una gran desconfianza hacia el parlamento desde allí los jueces aplicaban la ley, ya que se decía que a través de la interpretación de estos, los jueces podían desconocerla a través de los actos llevados a cabo por los parlamentos con ocasión de ejercer sus funciones jurisdiccionales contrarias a la corona.

Entonces la parte vencida denunciaba al soberano (parlamento) con fines de la anulación de la sentencia por contrariar ordenanzas viciadas de forma o fondo.

Acaecida la revolución francesa el Conseil des Parties es suprimido según los revolucionarios, por una institución nueva, lejos de aquel que entonces existió, sin embargo creado ya el Tribunal de Casación, conserva sus caracteres esenciales como competencia de un tribunal superior para conocer las violaciones de las ordenanzas, edictos y declaraciones regias, error de la aplicación del derecho por parte de los parlamentos y ambos representaban la suprema garantía de justicia frente a la violación de la ley.

Por supuesto existieron diferencias entre el nuevo Tribunal de Casación y el antiguo Consejo, en cuanto a que las ideas de Montesquie y Rousseau cobraron más vigencia ya que establecieron la separación de poderes como pilar fundamental, así como la idea de la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Fue concebido como un instrumento de control constitucional, para vigilar la actuación de los jueces. Así mismo este velaba porque no se subrogara el poder judicial competencias del poder legislativo.

La casación nace entonces con la finalidad de afianzar el imperio de la ley frente a la desconfianza que inspiraban los jueces, a los legisladores revolucionarios.

A los fines de determinar su naturaleza legal es importante observar que era necesario el impulso privado para su procedencia y su extensión a los errores en el procedimiento.

Así el Tribunal de casación se fue posicionando en la cúspide de las jerarquías judiciales. Aunándose la casación por interpretación viciosa de la ley; violación expresa de la ley o cuando se hubiere vulnerado su espíritu.

En el año 1803 el 18 de Mayo específicamente se crea la Corte de Casación "Cour de Cassation", esta nueva corte asumió un nuevo rol que fue el de unificación de la jurisprudencia, funciones que no tenía el tribunal de Casación; sin embargo De la Rúa (1994, 18) señala: "en ningún texto legal se establece la posibilidad concreta y efectiva de que la Corte ejerza esa función, que aparece como una finalidad genérica, de carácter político".

Con la creación de esta corte se consagra definitivamente el carácter jurisdiccional de está y su configuración como un verdadero medio de impugnación, es decir un medio procesal.

2. Fundamentos Teóricos

Para Calamandrei (1945, 376) esta institución tenía por norte controlar que los jueces no abandonaran la ley. Y que se mantuviera la unidad de la jurisprudencia. Constituye una forma de reafirmar la vigencia de la ley.

El profesor Binder (2000, 291) ha señalado que la Casación es propia de los sistemas respetuosos del principio de inmediación, por cuanto no toca lo referente a la construcción de los hechos.

Siendo la Casación un control del producto de la aplicación legal dada en fundamentación por el juez en una sentencia, se hace necesaria la aplicación de ciertos requisitos de forma, sin embargo esta aplicación no debe

prevalecer sobre los fundamentos de un estado de derecho y justicia, porque en muchas ocasiones la estricta observación de requisitos formales puede conllevar al fracaso de la justicia. Sobre este particular debe recordarse que la Constitución venezolana dispone que no se sacrificará la justicia en aras del cumplimiento de formalidades no esenciales (art. 257)

Por ello se dice que son estrictas en cuanto a las razones por las cuales se recurre en casación. Este problema del formalismo excesivo se pudiera relajar en nuestro criterio, adoptando una posición semejante a la establecida en la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establecida en el artículo 19, en la cual se establece si la solicitud fuere oscura o no llenare los requisitos, se notificará al solicitante para que corrija el defecto u omisión dentro del lapso de 48 horas. Es decir, si el máximo tribunal considera que la forma es de vital importancia para poder entrar al análisis del asunto denunciado en casación, podría señalar al recurrente los vicios de forma que pueden ser subsanados, para luego entrar a conocer sobre el recurso.

Entonces podemos afirmar que el recurso de casación supone un control sobre la sentencia y sus fundamentos.

El tribunal de casación puede anular la sentencia de la corte de apelaciones impugnada, si esta posee vicios formales o adecua la interpretación de la ley, a los hechos sin alterarlos. Es así como López (2004, 138) afirmó que: "Constituye la vía fundamental para atacar, en una instancia máxima, la sentencia dictada en el juicio oral".

Sobre este aspecto Núñez (1988,18), señala que el tribunal de casación siendo el contralor se limita a verificar como el tribunal de juicio ha aplicado los hechos al derecho, y que el tribunal de casación debe de atenerse a los hechos fijados por el tribunal de juicio en la sentencia impugnada, y manifestar si esos hechos han sido correcta o incorrectamente tratados desde el punto de vista de la ley sustantiva. Es aquí donde tiene lugar las cuestiones de hecho y derecho, las de hechos están excluidas del contralor de la casación por la vía de la aplicación de la ley sustantiva, señala el autor; por esta vía solo se casa la cuestión de derecho.

El recurso de casación si es declarado con lugar, anula la sentencia de la corte de apelaciones ordenando la celebración de un nuevo juicio o reponiendo la causa a fases anteriores. Excepcionalmente tiene la facultad de anular la sentencia de primera instancia y dictar un nuevo pronunciamiento, en virtud que el error de derecho es muy evidente y el caso no requiera prueba para tomar la decisión, pues lo contrario implicaría una afectación al principio de inmediación.

La distinción de lo que es hecho y es derecho dentro de los poderes de la casación, es el problema de la materia continúa el autor (1998, 20), pues no se puede generalizar al tratar el problema y manifiesta:

> "No se puede decir, por ejemplo, que son cuestiones de hecho: La premeditación, la ebriedad... la distinción entre los hechos de cooperación y los de auxilio, lo relativo al ardid o engaño, etc. No se puede proceder así, porque el Derecho no mira ninguna de esas cuestiones como puros hechos. La premeditación, la ebriedad, el ardid, etc.., son conceptos jurídicos no entidades materiales. Una cosa es la materialidad que sustenta el concepto jurídico, y otra el concepto jurídico relativo a esa materialidad. La casación se mueve en el ámbito

> del examen y corrección de esa conceptuación por parte de los tribunales de juicio".

Entonces se entiende como cuestiones de hecho los acontecimientos de la vida que constituyen las materias justiciables Núñez (1988, 21), determinadas por la sentencia en curso. Así la defina como todas las que se refieren a la reestructuración subjetiva y objetiva, física y psíquica de lo sucedido".

En cuanto a la cuestión de derecho el mismo autor señala que "son todas las cuestiones relativas a la consideración jurídica de los hechos de la causa (calificación, definición, subsunción legal de los hechos de la causa). Tiene por objeto el encuadramiento del caso en la ley en todos los aspectos que supone la responsabilidad o la irresponsabilidad penal.

El recurso de Casación no puede controlar la valoración de la prueba hecha por el juez, lo único que puede controlar es la expresión que hace el juez de ella, es decir, verifica si se ha seguido los "pasos lógicos de un pensamiento correcto". (Binder, 2004. 292).

Así mismo al tribunal de casación le está prohibido determinar los hechos de la causa, ya que estos ya fueron determinados por el tribunal de juicio, pues este por el principio de inmediación fue el que tuvo a su disposición la prueba.

La inexacta valoración jurídica a la que arribe el juez, constituirá en casación una errónea aplicación de la ley sustantiva.

Ahora bien, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de justicia ha estado restringiendo cada vez la posibilidad de intentar el recurso de casación, es interesante señalar lo establecido por esta Sala en sentencia 302 de fecha 06 de Febrero del 2000:

> "El recurso de Casación dado su carácter extraordinario, demanda que las cuestiones llevadas a la Sala del Tribunal Supremo, sean correctamente planteadas. El Impugnante alega inobservancia y errónea aplicación del Artículo 376 del Código Orgánico procesal Penal, que conforman distintos motivos de procedencia del recurso y, por consiguiente, de conformidad con lo ordenado en el artículo 455 ibídem, deben ser fundamentados separadamente.
> En atención a lo antes expresado, esta Sala encuentra procedente la desestimación del recurso, por manifiestamente infundado de conformidad con lo previsto en el 458 del Código Orgánico Procesal penal. Así declara".

Según señala Brown (2002, 202) "... Esta jurisprudencia atenta contra el derecho al Recurso...". Todo ello según criterio del autor porque la jurisprudencia de la Sala Penal ha ido restringiendo la posibilidad de casación no limitada por el legislador, a su vez esta exigencia para él atenta contra las garantías judiciales mínimas y que el derecho penal debe ser garantizador, es decir, debe garantizar el derecho a la facultad de recurrir del fallo, es así como Brown expresó (2002, 204):

> "...De modo pues, que nuestro recurso de casación, regulado sin rigor formalista, no cumpliría con la Convención si es interpretado y aplicado, como en la especie, con rigor formalista, pues ello se limita severamente el derecho al recurso, y con ello, el derecho una tutela efectiva".

A esta misma conclusión conduce la lectura del artículo 49 Ord. 1. in fine, de la Constitución "Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la Ley" y la del artículo 257 de la Constitución "No se sacrificara la justicia por la omisión de formalidades no esenciales".

3. Trámite

El recurso de casación debe ser interpuesto ante el mismo tribunal que dictó la sentencia recurrida, en nuestro caso ante la Corte de Apelaciones dentro del plazo de 15 días después de haber sido publicada la sentencia, salvo que el imputado se encuentre privado de su libertad, en cuyo caso el plazo empezará a correr una vez realizada su notificación personal previo traslado.

Consideramos que esta inclusión en la reforma de 2001, se debió a una forma más expedita de garantizar al imputado el correcto cumplimiento de los lapsos legales, ante la observancia en la práctica que el imputado muchas veces no era notificado de la publicación de la sentencia y en consecuencia desconocía incluso el lapso cierto para ejercer el recurso.

De la misma forma el artículo 462 del COPP señala que se deben exponer los motivos por los que se casa de forma clara, así como establecer las causales por las que se impugnan de forma separada si los motivos son varios.

Podemos observar que el recurso pasa por un doble examen, si bien la corte de apelaciones no puede pronunciarse sobre su admisibilidad, hace un examen parcial ya que si está facultada directamente para observar los

tiempos del trámite, de esta manera debe estar atentos a ellos, ya que vencidos los ocho días siguientes al lapso de su interposición sin haberse este contestado por la parte contraria o habiéndose contestado, debe remitirlo a las cuarenta y ocho horas siguientes a la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

El segundo examen el cual podríamos llamar total, sí lo hace la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, pudiendo rechazar el recurso o admitiéndolo, en este caso convoca a una audiencia que debe realizarse en un plazo no menor de quince días ni mayor a treinta. Seguidamente deberá realizar todo el procedimiento formal establecido según las reglas del juicio oral y público pautado de conformidad con el artículo 466 del COPP.

En este aspecto nuestro sistema difiere de otros latinoamericanos como es el caso Argentino, en donde quien se pronuncia sobre la admisibilidad del recurso es el mismo tribunal de cuya sentencia se recurre, es decir, es quien dictó la sentencia quien verificará si se cumplen los requisitos formales que exige la ley de interposición, o si se trata de una hipótesis de impugnación. En este sentido consideramos más sana nuestra práctica que la argentina.

4. Motivos

El artículo 460 de nuestro código señala los motivos por los cuales se puede impugnar mediante la casación, existiendo un criterio de separación de los vicios in iudicando e in procedendo. Todos se refieren a Violación de la ley por tres supuestos: Falta de Aplicación, Indebida Aplicación y errónea Interpretación.

En la inobservancia (falta de aplicación) o indebida aplicación de un precepto legal, se trata en que se deja lado la aplicación de una norma pertinente o se aplica desacertadamente otra, es decir, errónea convirtiéndose estos vicios en iudicando.

El vicio in procedendo consiste en la inobservancia de normas procesales dirigidas a obtener la sentencia. Dichas normas deben estar referidas a aquellas normas sustanciales o fundamentales del proceso.

Ahora bien, la errónea interpretación puede estar referida a vicios en la motivación e incluso en la aplicación de una consecuencia distinta a aquélla a la cual se aplica.

En cuanto a los defectos de procedimiento el código exige una protesta previa del recurrente, es decir, que el recurrente haya reclamado oportunamente su subsanación, exceptuando las infracciones de carácter constitucional. Así como podríamos llamar a este defecto de procedimiento vicio de carácter relativo, es necesario que ella no esté subsanada, ya que si no implica la aceptación del mismo o la subsanación de este.

Digamos que con este requisito lo que se espera es cierta seriedad del recurrente. Por cuanto se requiere que este no lo haya observado y luego pretenda hacerlo valer, cuando en su momento la infracción no le pareció que le vulneraba o afectaba.

Ahora bien, este defecto de procedimiento será admisible aunque el interesado no lo haya reclamado oportunamente si este se refiere a los

motivos absolutos de casación formal, es decir, todos aquellos relativos a las nulidades absolutas o que tengan que ver con la asistencia y representación del imputado, en donde no será necesaria la protesta previa.

La denuncia del defecto de procedimiento en casación, admite en nuestro COPP la promoción de prueba, se refiere al medio de reproducción establecido en el articulo 334 si fuere el caso, e incluso en caso no poder obtenerlo (porque no se hubiere utilizado o empleado) admite la prueba testimonial.

Así mismo, se establece que con la promoción de este medio se debe señalar de manera precisa lo que se pretende probar, o lo que se debe observar a través de él. Por lo tanto no solo bastará con el simple ofrecimiento, sino que se debe señalar so pena de inadmisibilidad lo que se pretende probar, siendo esta posición del código congruente en cuanto a la necesidad de expresión de los motivos de la impugnación, tal como lo establece el artículo 462 del COPP.

Ahora bien, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia pudiera declarar con lugar el recurso, en el caso que sea por inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal dictará una decisión propia sobre el asunto, siempre que no fuere necesario ordenar la celebración de un nuevo juicio oral y público, en virtud de la exigencia del principio de inmediación y la contradicción.

En los demás casos, anulará la sentencia impugnada y ordenará la celebración de un nuevo juicio, ante un tribunal distinto al que conoció con anterioridad. Podrimos señalar que en materia penal la devolución con la

orden de celebración de un nuevo juicio constituye un reenvío. También podría reponer la causa a fases anteriores, o a aquellas en las cuales se incurrió en el vicio de procedimiento.

En el caso que solo fuere un error en el cálculo o en la especie de la pena, el Tribunal podrá hacer la rectificación que corresponda, a tenor de lo establecido en el artículo 467 del COPP. Si por el contrario el tribunal declara sin lugar el recurso de casación podrá devolver las actuaciones a la corte de apelaciones que corresponda.

Ahora bien, el conocimiento del recurso de casación por parte de nuestro máximo tribunal supone el examen de los requisitos de forma previos, y si se encuentran llenos estos deben ir a conocer de los requisitos de fondo es decir resolver el recurso, así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en reiteradas oportunidades.

Es el caso de la sentencia No. 33 de fecha 6 de Febrero de 2003 Díaz (2003, 391) con ponencia de la magistrado Blanca Rosa de Mármol, en la cual una vez desestimado el recurso de casación, anula de oficio la decisión de una corte de apelaciones que a su vez había declarado sin lugar el recurso de apelación interpuesto en contra de una sentencia condenatoria, en virtud que la corte admitió el recurso convocó a las partes a la celebración de la audiencia oral y pública y posteriormente declaró sin lugar el recurso por cuanto la denuncia no estaba fundamentada. En su lugar debió resolver el fondo de lo planteado ya que al admitir el recurso se supone que cumplía con todos los requisitos de forma para conocer el fondo de la denuncia. Es así como la sala ordenó que otra Corte de Apelaciones conociera de las denuncias del fondo del asunto. La sala considera que tal infracción

constituye una vulneración a la tutela judicial efectiva y al debido proceso consagrado en el artículo 26 y 49 de nuestra carta magna.

La anterior situación quizás se debió a la inclusión en la reforma del COPP del año 2001 al artículo 437, en el cual se establecen causales para la inadmisibilidad de los recursos, sin embargo, consideramos que este articulo tal cual lo afirma el profesor Díaz es confuso. En este sentido expresó (2003, 395):

> "Consideramos inútil dicho artículo y fuente generadora de confusión, pues con las disposiciones generales en materias de recursos es suficiente para deducir los casos de inadmisibilidad del recurso de apelación y la posibilidad además de desestimarlo por manifiestamente infundado".

Es así como efectivamente señaló el autor que de la lectura aislada de este articulo, limita a las cortes de apelaciones, ya que establece de manera taxativa las causas de inadmisibilidad. Es por ello que el artículo 437 del COPP debió incluir la posibilidad de desestimación por falta de fundamentación.

El artículo 437 del COPP apunta en un sentido mas a la admisión de un recurso que a su inadmisibilidad. Habría que analizar cada caso en concreto por como afirma Pico I. Junoy (2002, 82): "Si bien las formas y requisitos procesales cumplen un papel de capital importancia para la ordenación del proceso, no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable de prosecución".

Otro aspecto importante de plantear es la posibilidad que ha establecido la Sala de Casación Penal del máximo tribunal, con ocasión del recurso de

casación interpuesto es el relativo a situaciones excepcionales no previstas claramente en la ley, como a la oportunidad para la interposición del recurso de apelación, teniendo que establecer una oportunidad distinta, para que comience a contarse el lapso de diez días para interponer el recurso de apelación.

Es decir, en el caso previsto del artículo 365 del COPP, el lapso para interponer el recurso de apelación comenzará a contarse desde el día siguiente a la fecha de publicación in extenso de la decisión, y que no era necesario notificar a las partes de la publicación de la decisión, pues las partes se encontraban a derecho, pero si el juez de juicio decidía notificarlas, en estos casos la Sala concluyó que el lapso debía contarse a partir de la fecha de la notificación de la publicación de la sentencia y no de la publicación de la misma (Sentencia 10 de Diciembre de 2002).

Ahora bien, en cuanto a este punto el Tribunal Supremo ha señalado que no es necesaria la notificación si la sentencia se publica dentro de los diez días pero si este lapso se excede es absolutamente necesaria la notificación a las partes y es a partir de allí que debe de empezar a contarse el lapso para la apelación.

No quisiéramos cerrar el punto concerniente al recurso de casación sin antes mencionar la limitación de tipo objetivo establecida en el Artículo 459 del COPP, que se refiere a la aplicación de la pena privativa de libertad en su límite máximo cuando esta exceda los cuatro (04) años, o la sentencia condene a pena superiores a esos límites, para qué proceda el recurso de casación, ¿que pasa en aquellos casos donde la pena no excede los cuatro (04) años? ¿O si se condena a penas inferiores a cuatro (04) años?

¡Constituye esta limitación un perjuicio? ¿O una afectación al derecho a la defensa y al debido proceso? Este tipo de limitaciones está centrada en razones de economía procesal y descongestionamiento del máximo tribunal, pero este principio colide y afecta directamente el derecho a la defensa del imputado o condenado, ya que limita incluso el derecho que posee a recurrir del fallo, tal circunstancia no debería ser limitante para el recurrente, ya que una persona condenada a pena inferiores a cuatro años en su limite máximo, puede ser víctima del yerro de la justicia.

C. El RECURSO DE REVISION

Contemplado en el artículo 470 de nuestro COPP, plantea la posibilidad de revisar una sentencia que ha sido pasada por la autoridad de la cosa juzgada. Es decir, que nos encontramos ante una sentencia firme cuyo efecto preclusivo excluye toda posibilidad de revisión del mismo objeto procesal.

Sin embargo cuando esta firmeza es escandalosa, es que se flexibiliza este principio, en virtud de ciertos y determinados motivos, lo que pone en peligro la sentencia firme y su efecto de cosa juzgada. Es por ello que se afirma que la revisión constituye la excepción a la eficacia de la cosa juzgada. Florián (2002, 460) citado por Goransky y Rusconi (2004, 334) establecen:

> "La exigencia de que la sentencia sea conforme a la realidad lo más posible es tan fuerte que se alza contra la sentencia donde no se verifique esto por muy perfecta que sea formalmente. Al interés social de que la cosa juzgada sea respetada e intangible como presunción absoluta de verdad, se sobrepone el interés, individual y social al mismo tiempo, de que la verdad efectiva triunfe y que la inobservancia no sea inmolada sobre el altar de un ajusticia simbólica y aparente. Y esta es la razón de la revisión...".

Es por ello que se ha debatido su naturaleza jurídica, en cuanto si la revisión constituye o no un recurso, ahora bien la labor del tribunal de revisión no es verificar si existe alguna razón para invalidar la sentencia, sino que atendiendo a hechos o circunstancias no tenidas en cuentas por el Tribunal que decidió, la sentencia debe anularse por ser injusta.

Es así, como un sector se inclina por señalar que la revisión no es propiamente un recurso. Por cuanto ataca decisiones firmes, aunado al hecho que en la revisión no encuentran vicios de tipo jurídico, sino que la revisión se basa en defectos que tienen que ver con circunstancias fácticas que se conocieron con posterioridad a la promulgación del fallo.

El legislador venezolano creemos que lo consideró un recurso, no solo por su ubicación en el COPP sino quizás por que este conlleva un nuevo examen de lo ya decidido, se tiene la impugnabilidad subjetiva y objetiva por cuanto la decisión atacada crea un perjuicio. Igualmente en nuestro caso (Venezuela) opera solamente a favor del imputado o penado.

Consideramos que no tiene sentido una discusión si la revisión se trata de un recurso en estricto sentido o si por el contrario se considera una vía autónoma de revisión, lo importante es que debemos finalizar aseverando que es una forma impugnaticia que satisface un estado de justicia social de derecho y la interpretación constitucional de un estado de derecho moderno.

El numeral 1 del 470 del COPP se refiere a la existencia de dos sentencias contradictorias que desarrollan dos explicaciones distintas del mismo hecho, cometido por una sola persona, pero en las cuales resultan condenadas dos

o más. Es decir, Ambas sentencias no pueden ser mantenidas al mismo tiempo. Lo que se haría sería verificar la sentencia cuya impugnación se pretenda con otra condenatoria anterior o posterior, emanada de cualquier tribunal penal. La contradicción surge de las lecturas de las descripciones de los basamentos de los hechos de ambas decisiones.

Debe haber una relación directa entre la contradicción de los hechos y la resolución sobre punibilidad.

El segundo numeral se refiere a la demostración de falsedad de la prueba que verificaba el homicidio de una persona, en nuestro concepto alguna conducta humana influyó en la sentencia firme falseándola (falsa aseveración de los peritos, de reconocimiento forenses etc.). Sobre lo cual surge el nuevo hecho que resultará en la existencia de la supuesta persona ya fallecida, lo cual destruye la sustancia de la sentencia que se pretende impugnar. Obviamente que el numeral dos exige que este conocimiento sea posterior a la sentencia que se ataca por la vía de la revisión.

El tercer numeral se refiere a que la prueba en que se basó la condena resulta falsa. En nuestro criterio dicha falsedad puede basarse en un documento falso, dictamen pericial, inclusive en un falso testimonio dado por un testigo, perito, etc. Y cuyo testimonial fue fundamental para la condena del penado. Obviamente debe ser un fallo el que deslegitime el medio de prueba. Debe ser una sentencia que declare la falsedad de dicho medio de prueba, y este debe ser posterior al fallo impugnado por revisión.

El numeral cuarto se refiere a que con posteridad a la sentencia condenatoria, ocurra, se descubra o aparezca algún hecho o documento

desconocido durante el proceso, que sea de tal naturaleza que haga evidente que el hecho no existió o que el imputado no lo cometió. El hecho nuevo constituye aquel que pone en crisis la racionalidad del proceso de subsunción en la sentencia, se trata de elementos nuevos no considerados al momento de emitir la sentencia impugnada, ya porque no existieran o porque a pesar de existir, permanecieron ocultos a los ojos del expediente o del tribunal.

Estos hechos pudieran llevarnos a dos conclusiones que el hecho no existió. Que el condenado no lo cometió, en ambos casos nos conducen a la inocencia del condenado.

El numeral sexto se refiere a la promulgación de una ley penal que quita al hecho el carácter de punible o disminuye la pena. Este último caso nos conduce a dos supuestos a la absolución del condenado o a la corrección de la escala de punibilidad aplicable. En estos casos la declaración de no punibilidad y la rebaja de la pena debería de operar de oficio sin necesidad que el condenado la plantee. Consideramos que tal es la interpretación de nuestro Código cuando faculta al juez de ejecución en el numeral 6 del artículo 471 del COPP.

Ahora bien, por sus características especialísimas, se nota ausencia de plazo para su interposición, por ello la muerte del condenado no afecta el derecho a obtener la revisión del fallo de ahí que el mismo artículo 471 comentado, legitime a los herederos si este ha fallecido.

1. Trámite

Debe interponerse por escrito motivadamente, con la referencia concreta de su fundamentación y disposiciones legales aplicables. Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Penal conocer del numeral 1 del 470 del COPP. A la Corte de Apelaciones de la jurisdicción en donde se cometió el hecho en el caso del numeral 2 del Artículo 470 del COPP. El Juez del lugar donde se cometió el hecho en el caso del numeral 3 del artículo 470, con respecto a este punto la Profesora Vásquez (2007, 247) ha señalado "En este caso debe tratarse del tribunal de juicio".

Las reglas de su trámite se regirán por las establecidas para el de apelación y el de casación, según el caso. Pero siempre dependerá del tribunal ante el cual se solicita la revisión. Así mismo en el caso del numeral 2 y del 4 del artículo 470 el código exige la incorporación de la prueba o la expresión de los medios con lo que se pretenda probar, el lugar donde estos se encuentren o su archivo, si el recurso no cumple tales requisitos debe ser rechazado.

Si de la revisión resulta la absolución del imputado este puede solicitar su publicación en la gaceta oficial y que se le devuelvan las sumas pagadas por conceptos de multas, costas e indemnización de perjuicio, en virtud del cumplimiento de la sentencia anulada, así mimo la sentencia deberá ordenar su libertad inmediata. En el caso que se trate de una ley que disminuya la pena el tribunal debe hacer la rebaja correspondiente.

Si el imputado ha fallecido, la sentencia que declara la nulidad de la sentencia impugnada, rehabilitara su nombre y se abre la posibilidad de

enjuiciar al verdadero culpable, siempre que la acción penal no hubiere prescrito.

La negativa de la revisión o la sentencia confirmatoria de la anterior, no impiden la interposición de un nuevo recurso fundados en motivos distintos, pero la revisión rechazada que origino costas serán asumidas por el que la propuso.

En conclusión podríamos afirmar que los motivos que autorizan la interposición del recurso de revisión tiene dos niveles, un grupo que se refiere a nuevos hechos y otro grupo que ser refiere a prueba falsa o desconocida, que atendiendo a la importancia del instituto de la cosa juzgada, los motivos para la procedencia del recurso de revisión deben estar estrictamente establecidos en la ley, ya que desconocerla supone ignorar los fines básicos del derecho.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, en el siguiente capitulo estudiaremos el recurso de apelación al cual se hace énfasis en el presente trabajo, por ser el más utilizado por las partes en la práctica y de contenido más amplio, en cuanto a los motivos y vicios que pueden alegarse.

CAPÍTULO III
EL RECURSO DE APELACION

Es el medio de impugnación ordinario más utilizado, con el cual se pretende que un tribunal de alzada revise la decisión dictada por el aquo, cuando una de las partes considere que fue desfavorecida, ya que existe un vicio en la actividad que desarrolló el juez de conformidad con la ley, o en otro motivo legal.

Este recurso se interpone ante el tribunal que dictó el fallo, sin embargo quien conoce del mismo es el superior jerárquico, el cual se pronunciará sobre su admisibilidad o inadmisibilidad, en caso de ser admitido, dictara la sentencia que corresponda.

Señala Binder (2000 pág. 290) acerca de los orígenes del recurso de apelación:

> "...El recurso de apelación estuvo ligado al Derecho romano tardío, en el que se consolidaron las estructuras imperiales y la jurisdicción comenzó a ser concebida como un poder delegado del emperador, quien podía recuperarlo a través de una cadena sucesiva de funcionarios (esta idea todavía pervive escondida en lo que se denomina efecto "devolutivo" del recurso de apelación)... Este esquema de Control es retomado por el Derecho canónico y en general por el Derecho continental europeo en lo que se llamo "recepción del Derecho Romano" y se instala en los procesos inquisitivos... Modernamente esa idea de devolución de un poder fue modificada en la medida

> que se consolidaba la separación de poderes y se tecnificaba la labor judicial..."

La evolución de este recurso continuó sobre la base de que aquello que no causara agravio se mantenía firme, pero luego se fue flexibilizando con la idea del control de oficio por parte de los jueces, sobre todo si se trata de garantías constitucionales.

Una de las críticas que se le hace al recurso de apelación sobre todo Binder, es el hecho de que este medio se habría convertido en un recurso automático, que se usa de forma indiscriminada, en virtud de la posibilidad de recurrir de un modo inmediato de muchas resoluciones dentro del proceso, lo que genera en su opinión sobrecarga de los revisores y retraso en la administración de justicia, a ello suma la pérdida o falta de inmediación del juez que conoce del recurso de apelación. Según su visión constituye el peor defecto del recurso de apelación, ya que se afecta la calidad del fallo en virtud de que representa un conocimiento alejado de la realidad del caso.

El recurso de apelación que prevé el COPP se ejerce contra autos y sentencias. Es un recurso que puede ejercerse incluso en la fase preparatoria de la investigación, contra la decisión del juez que por ejemplo acuerde la privación judicial preventiva de libertad del imputado, e incluso en casos no tan claramente delimitados como por ejemplo cuando el fiscal niega realizar algunas diligencias solicitados por el imputado en virtud que no las considera pertinentes. El juez de control ejerce un control jurisdiccional sobre esa negativa, acuerda las diligencias, y ordena su práctica, el error del juez y que daría cabida a un recurso es en el caso que no motive su decisión, es no decir la razones por las cuales ordena al fiscal las diligencias; debe señalar

la pertinencia y necesidad de las mismas, así como la forma en que estas podrían coadyuvar con el derecho a la defensa del imputado.

En algunas legislaciones como la argentina, se dice que en realidad no existe propiamente el recurso de apelación en la fase preparatoria, ya que el recurso que se ejerce no es contra la actividad del fiscal, ni contra sus decisiones sino contra las que realiza el Juez, ya que la fase preparatoria puede contener como en el caso de Venezuela actos de investigación y actos jurisdiccionales sobre ello Berdichevsky (2004, 123) señala:

> "Entre las razones que allí se mencionan para esta eliminación del recurso: a) evitar continuas interrupciones de la investigación, b) El Juez instructor no es mas quien dirige la investigación, por lo que no está comprometido con su eficacia, sino que por el contrario su labor se ciñe al control de la investigación; c) se logra mayor celeridad en el proceso y se busca mayor eficacia en la tarea investigativa ahora encomendada al fiscal..."

El recurso de apelación es ejercido para impugnar decisiones de las etapas preparatoria, intermedia e incluso la de juicio.

EL COPP contiene un número significativo de autos susceptibles de impugnación, entre ellos están el que resuelve las excepciones en fase preparatoria, (en juicio sólo se puede impugnar conjuntamente con la sentencia definitiva, si se declaran sin lugar) (Artículos 29, 30 y 31 del COPP). Sin mencionar las que el juez resuelve de oficio sin que medie la solicitud de ninguna de las partes, esta facultad sólo puede ejercerla el juez en la fase intermedia y en la de juicio, no podría hacerlo en la etapa de preparatoria. Esta limitación en la etapa preparatoria se debe a que la

dirección de la investigación está a cargo del Fiscal del Ministerio Público y es este quien posee materialmente las actuaciones.

El auto mediante el cual se acuerda la detención o imposición de una medida sustitutiva, previa solicitud del Ministerio Público (250 COPP), también es susceptible de apelación. Ahora bien, en cuanto a la audiencia preliminar, en dicho acto el juez de conformidad con las atribuciones conferidas por el COPP (artículo 330) puede resolver sobre diferentes supuestos según estos sean planteados. Cabe la pregunta de si esas decisiones que él tome con motivo de dicha audiencia constituyen autos o si constituyen sentencias. El mismo COPP establece una diferencia o clasificación (artículo 173) en la cual señala que se dictarán sentencias para absolver, condenar o sobreseer y se dictarán autos para resolver cualquier incidente.

Esta incógnita se despeja a nuestro entender en lo que respecta a la cualidad o contenido de la decisión que se tome, por ejemplo si en la audiencia preliminar el Juez condena conforme al procedimiento por admisión de los hechos, ese auto en realidad se convierte en una sentencia, en donde el juez pasa a decidir sobre la participación de una persona, admitida ya la acusación fiscal, y tomando en cuenta la asunción de los hechos por parte del sujeto activo procesal, más las pruebas aportadas por el Ministerio Público, en consecuencia la declaración que haga en esa oportunidad constituye una sentencia. Entre la doctrina venezolana Díaz (2002, 373) se refiere a este punto: "La decisión que se dicta en el procedimiento especial por admisión de los hechos... tiene naturaleza de sentencia y no de auto.."

Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia apunta en diferente sentido, en decisión No. 2334 de

fecha 02-10-2002, en nuestro concepto ha utilizado una interpretación más literal según lo estipulado en el COPP (artículo 451) en virtud que establece que si la decisión no es dictada en el juicio oral y público, y no se está conforme con ella, se debe apelar de conformidad con el catalogo de decisiones recurribles que establecen la apelación de autos; es decir que según el criterio de la Sala Constitucional si la decisión que condena no fue dictada en juicio oral, a los fines de apelación se debe hacer bajo los supuestos que contempla el COPP sobre la apelación de autos (artículo 447 y siguientes) y no sobre los motivos que también contempla el COPP (artículos 451 y siguientes) de la apelación de sentencia definitiva. Es menester que se tenga claro que en lo concerniente a lo estipulado en el artículo 447 del COPP nos referimos a decisiones recurribles y lo contemplado en el artículo 451 del COPP nos referimos a los reales motivos de apelación.

También existen en el COPP autos que no son susceptibles de apelación por mandato expreso de la ley, tal es el caso del auto de apertura a juicio (artículo 331), el auto de inhibición de un funcionario público (artículo 87), no hay recurso si la solicitud de nulidad es denegada (artículo 196), la negativa del tribunal a revocar o sustituir la medida no tendrá apelación (artículo 264); en el procedimiento de reparación de daños e indemnización de perjuicios la sentencia que declara con lugar o no la demanda, no tiene apelación (aunque se discute su constitucionalidad, a pesar que la Sala Constitucional del Máximo Tribunal ha declarado que el pronunciamiento especial es conforme a la Constitución).

Así en decisión de fecha 14 de Abril de 2008, expediente 08-0131, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo consideró conforme a derecho la

desaplicación por control difuso de la constitucionalidad del último aparte del artículo 430 del COPP, otorgando la posibilidad de ejercer recurso de apelación con ocasión al procedimiento para la reparación del daño e indemnización de perjuicios.

También es importante distinguir los autos de procedimiento de los autos de mero trámite; estos últimos no resuelven ningún punto de procedimiento, simplemente son aquellos que le dan el impulso procesal a determinado acto, son providencias que no resuelven ningún punto controvertido entre las partes, ni que causen un gravamen a algunas de estas, por tanto estos autos de mera sustanciación no tienen apelación.

Una de las particularidades tanto de la sentencia como de los autos, es que ambos deben ser fundados, a excepción de los autos de mero trámite; es decir todo auto o sentencia debe ser motivado y por tanto susceptibles de comprobación de los presupuestos de verosimilitud que concluye el dictamen; si estos autos o sentencias no son motivados, son susceptibles de apelación.

La sentencia es en sí el acto procesal que abarca mayores efectos jurídicos y facticos, como susceptibles de revisión que es, puede ser revisada en su integridad o parcialmente, este control del poder a través de la interposición de recurso que se hace de la sentencia otorga seguridad jurídica al que lo ejerce, así como a la colectividad en general en virtud de la uniformidad en general que debe mantener la jurisprudencia.

En el caso de la sentencia se debe lograr a través de ella la determinación de los hechos, para aplicar el derecho a través de una actividad cognoscitiva reglada. Al respecto Díaz C. (2004, 156) señala:

> "...La motivación... nos permite constatar la corrección del juicio emitido en la sentencia definitiva. Siendo el fin de todo proceso penal y en verdad de todo proceso jurisdiccional, la determinación de los hechos tras una actividad cognoscitiva reglada, con el objeto de proceder a la aplicación del derecho a los hechos es en oportunidad de la sentencia definitiva donde ese cometido se manifiesta en todo su esplendor..."

La consecuencia directa de esa inmotivación, es la anulación del auto o sentencia, pero esta anulación no opera de oficio, para ello es necesario que las partes legitimadas ejerzan el recurso correspondiente.

La motivación es un control sobre la aplicación de la norma procesal y sobre las condiciones de legitimidad del fallo, se dice que en realidad este que acabo de mencionar es la función del recurso de casación, sin embargo el recurso de apelación también verifica esta circunstancia, permitiendo incluso que se dicte una nueva decisión. Sin embargo entendemos que los recursos de apelación y el de casación son funcionalmente distintos.

La falta de motivación de un fallo constituye violación a la garantía constitucional establecida en el Artículo 49 de la Constitución Nacional, en virtud que una persona puede ser condenada o desfavorecida en una decisión y desconocer las razones que llevaron al juez a tal dictamen. Es un problema del análisis subjetivo del juez, pues puede que este se aparte de las circunstancias plasmadas en autos o simplemente de errónea interpretación, mala aplicación, o inobservancia de una norma entre muchos

motivos. Pero inferir estos no es facultad ni carga del agraviado, en un sistema donde rijan las mínimas garantías penales para las partes, estas deben conocer las razones por las cuales un administrador de justicia llegó a determinada conclusión.

El fallo no puede ser producto de la casualidad o de la abstracción, debe ser el resultado de actos concretos, plasmados en la realidad jurídica a través de la percepción del juez de los actos que ha presenciado y de las actas que ha estudiado.

Otra semejanza entre la apelación contra autos y sentencias la constituye que para ejércelos se debe estar legitimado, es decir se debe tener un interés legitimo y sobre todo directo en el pleito, creándose así requisitos que la doctrina ha llamado como de impugnabilidad objetiva y subjetiva.

La impugnabilidad objetiva se refiere a que solo es posible ejercer los recursos por las causas contempladas en la ley, así los artículos 447 y 452 del COPP, nos proporcionan los motivos de la apelación en el caso que estos sean ejercidos contra autos o contra sentencias.

La impugnabilidad subjetiva se refiere a que también contempla quienes son los autorizados por ella para ejercerlos, estos sujetos determinados y definidos por la ley, deben tener un interés real en impugnar un acto procesal, ese interés se deriva de la existencia de un agravio, es decir que la resolución del juez contradice la pretensión de una de las partes, o desmejora su posición frente a la otra, o de cara al proceso; es decir, debe existir un perjuicio identificable y determinado por la parte afectada, el cual en definitiva será denunciado como ilegal o injusto por el apelante.

Esta impugnabilidad objetiva en muchas legislaciones constituye una facultad reglada, por cuanto la ley específicamente estipula cuando puede el Fiscal, el imputado y la victima apelar en determinados casos.

El artículo 447 del Código Orgánico Procesal Penal establece siete causales de apelación de autos, las contempladas en los ordinales 1,2,3,4,6 y 7 no presentan ningún problema en cuanto a su aplicabilidad o interpretación, no así la establecida en el ordinal 5 que se refiere a: "Las que causen un gravamen irreparable, salvo que sean declaradas inimpugnables por este Código".

Vecchionacce (2000, 235) sostiene lo siguiente en cuanto a los motivos de apelación:

> "... hay que distinguir entre los motivos para la apelación de la sentencia y la fundamentación del recurso. Los primeros integran el conjunto de causales por los cuales hacen admisible el recurso de apelación, en tanto que en segundo se refiere a los argumentos, razones o consideraciones de cualquier naturaleza que se aducen por escrito cuando se interpone el recurso. Generalmente los motivos son clasificados de forma y de fondo..."

La ley no contiene ninguna definición de lo que constituye un gravamen irreparable. Algunos sectores señalan que la irreparabilidad de un fallo lo constituye una sentencia definitiva, es decir, el gravamen lo constituye que la materia principal o única del litigio desaparezca a través del fallo del auto, así en materia civil autores como Rengel-Romberg (1992, 397) destacan como irreparable un fallo en determinadas situaciones o actos en un juicio civil. Sin

embargo, a nuestro juicio, si bien es útil determinar que actos constituyen gravamen irreparable, no debemos limitar los actos que por lo particular de cada caso podrían presentarse, si nos circunscribimos a enumerar unos pocos, podríamos resquebrajar el derecho a que se impugne un gravamen como irreparable, por la sola circunstancia de no estar contemplado en una enumeración previa.

Por otra parte Berdichevsky (2004, 124) expresó que gravamen irreparable es "aquel perjuicio que no es susceptible de ser tolerado durante la tramitación del proceso para ser analizado recién al momento del dictado de la sentencia"...

Como resultado del análisis del presente capitulo podemos afirmar que el recurso de apelación es un medio de impugnación ordinario contra autos y sentencias que resultan gravosas para la parte que lo ejerce. Este aunque se plantea ante el mismo tribunal que dictó el fallo, es resuelto por un tribunal de mayor jerarquía, en nuestro caso la corte de apelaciones, quien verifica la existencia del gravamen y la certeza de los vicios denunciados. El ámbito de jurisdicción de la corte de apelaciones lo determinará la pretensión de las partes, es decir dependiendo de si la apelación de la sentencia es en forma parcial o total.

Ahora bien, los recursos y entre estos el de apelación, no pueden ser vistos como un instrumento aislado que sólo persigue el doble examen de la decisión impugnada, estos constituyen manifestación real del ejercicio del derecho a la defensa, el cual desarrollaremos en el siguiente capítulo.

CAPITULO IV

LOS RECURSOS Y EL DERECHO A LA DEFENSA

No es posible analizar los recursos de forma aislada sin antes mencionar la estrecha relación que estos guardan con el derecho a la defensa.

La sola existencia de la norma que establece y autoriza la posibilidad de ejercer un Recurso constituye desde un punto de vista social, el esfuerzo por crear un sistema justo; es decir, que trate de lograr igualdad de oportunidades para todos los involucrados en un proceso legal; de expresar un desacuerdo y que esa manifestación no termine en si misma; esto es que simplemente se oiga esta "manifestación" o expresión, sino que como consecuencia de ella derive un cambio en la decisión.

Los recursos constituyen la manifestación de un especial ideal del derecho a la defensa, pues el proceso penal no es más en nuestro concepto, que el sistema para tratar de solucionar y/o controlar conflictos sociales, en donde las versiones de las partes contrapuestas (entendidas dentro de estas incluso el estado) tengan iguales oportunidades de ser escuchadas y revisadas.

Los recursos constituyen en sí medios procesales que aseguran el respeto a la normativa y a derechos consagrados, plasmando la materialización de la era de las garantías, dando así carácter real al Estado de Derecho en virtud de la justicia social. Es así como el solo derecho al recurso y que este posea un carácter constitucional en nuestra legislación; es la manifestación tangible

de un desarrollo en materia de derechos humanos, el cual esta íntimamente ligado a la noción de debido proceso, derecho a la defensa y tutela judicial efectiva.

En este particular es pertinente considerar la fundamentación sostenida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sentencia 562, de fecha 14-04-2008, en la cual se desaplica el ultimo aparte del Artículo 430 del COPP, que contempla la no recurribilidad de la sentencia dictada en el procedimiento de acción civil derivada del delito, en sede penal, la Sala pues consideró que tal aparte es contrario a los Artículos 26, 49 numeral 1 de la Constitución Nacional; 2.3.a) y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y 25.1 y 8.2 h de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos.

Estableciendo la posibilidad que la Corte de Apelaciones revise la decisión de la primera instancia en los casos relacionados con el procedimiento de reparación de daños e indemnización de perjuicios, con el fin de verificar si se ajusta a derecho minimizando los posibles errores u omisiones en el juzgamiento, garantizando así una mayor certeza en las decisiones judiciales. Vemos aquí como la jurisprudencia Venezolana apunta en diferentes sentidos, anteriormente señalamos en cuanto al recurso de casación como la Sala de Casación Penal limita el acceso al recurso observando estrictamente la forma, y la Sala Constitucional lo amplia aun desaplicando lo establecido en el COPP.

Aun cuando no se ejerzan los recursos, la sola existencia de estos en la normativa legal constituye una garantía en el ejercicio del derecho a la defensa, sin embargo, un sector de la doctrina ha señalado que no existe en

realidad derecho a la defensa si una persona no se encuentra asistida de abogado que interponga el recurso. Se critica que la normativa consagre el mecanismo legal y el derecho a ejercerlo, pero en realidad no se tenga ninguna posibilidad real de exigirlo, es decir, si bien existe la posibilidad de ejercer ese Derecho si se carece de un abogado no es posible interponer el recurso.

La existencia de medios procesales idóneos para protección de determinados derechos carece de sentido si la población en general no tiene los medios de ejercerlos, es decir las grandes mayorías no tienen la posibilidad de ejercer estos recursos. Es como surge la noción del acceso a la justicia o la tutela judicial efectiva, este acceso a la justicia se garantiza en parte con la implementación de representantes públicos que hagan efectiva la asistencia y representación del interesado. Esta noción se materializa con la inclusión en las constituciones de los países, de la defensa de los llamados intereses, que no son más que derechos colectivos o difusos.

Sin embargo estos personajes de carácter público que pueden representar al interesado, también están limitados en cuanto a su actuación, en el proceso penal venezolano, existe la figura del defensor público, pero este sólo asiste al imputado; es decir, queda excluida la víctima, pues pareciera que la ley supone que su representación la asume el Estado a través de la figura del Fiscal del Ministerio Publico. Es importante señalar los problemas prácticos que surgen con la implementación de estos defensores, en primer lugar existe el paradigma de la motivación ó interés que sustente al defensor en la resolución real de la situación de quien defiende, ya que su remuneración la perciben del Estado, sin ningún tipo de discriminación en cuanto a la

complejidad del caso, resultado del mismo, numero de causas que este manejando, etc.

En segundo lugar, en la actualidad el éxito o fracaso en la función que desempeña esta figura está supeditada a la ética, interés e inteligencia del sujeto llamado a defender esta labor, ya que no existe ningún tabulador de sus acciones, triunfos o desaciertos, a los fines de calcular la remuneración que recibe.

La figura del defensor público, ejerce la defensa de determinado imputado, si este manifiesta su deseo de asistencia técnica o por el contrario señala que no tiene los medios para sufragarse uno, es una figura destinada garantizar el derecho a la defensa. Sin embargo nada se dice en cuanto a un defensor de la víctima, particularmente por cuanto se supone que la misma puede ver satisfecha su pretensión mediante el representante del Ministerio Público, tampoco se señala nada con respecto al tercer afectado, es decir el reclamante civil que ha sido objeto de delito.

La anterior afirmación si bien puede verse totalmente subsumida en la realidad en ciertos casos particulares, no es una ciencia, en cuanto si la victima difiere incluso de la posición del Fiscal, por cuanto si está insatisfecha con el resultado obtenido y el fiscal por otro lado, se encuentra satisfecho con el dictamen, necesitará igualmente que la represente un abogado si quisiera interponer un recurso.

Se observa claramente la existencia de mecanismos procesales que garanticen la posibilidad de revisión de un fallo, que a nuestro modo de ver también materializa de forma subjetiva el principio de justicia y paz social; si

bien, puede que no se logre el cambio del fallo, el sujeto procesal que lo intentó, tiene la percepción de que por lo menos, tuvo la oportunidad y posibilidad que su pretensión fuese satisfecha.

No es objetivo del presente trabajo especial de grado adentrarse en el análisis de si el sistema judicial con la inclusión de estos representantes públicos distintos al estado, aunque remunerados por éste, cubre por completo la expectativas de las mayorías en cuanto a la posibilidad del acceso a la justicia; en nuestro concepto por ahora representan parcialmente una manifestación del acceso a la justicia de las mayorías menos pudientes.

Parte de la doctrina cuando se refiere a aquel grupo de la población que no puede por sus propios medios sufragar un abogado privado, la denomina mayorías vulneradas, partiendo en nuestro concepto de un punto vista social- humanista, en el sentido que esa población por ser de menos recursos, ha subsistido con privaciones de toda índole, sin embargo en este particular preferimos denominarla mayorías menos pudientes.

Tal aseveración la hacemos ya que estas mayorías tienen la facultad de elegir a sus gobernantes, los cuales de acuerdo a las decisiones que tomen afectarán el modo de vida de las de minorías e incluso de las mayorías; por otro lado una parte de esta población ha elaborado ante la ineficiencia del Estado para controlar la seguridad etc., sus propios mecanismos para tratar de protegerse; con valores particulares diferentes a los aceptados por la sociedad, algunos van incluso en contra de las normas del Estado o aceptadas por otras minorías. Desde ese punto de vista, las grandes mayorías menos pudientes constituyen un factor fundamental en la toma de

decisiones e imposición de códigos de conductas que afectan a países enteros, constituyen una fuerza de la cual no han tomado conciencia.

A pesar de lo anteriormente expuesto no podemos dejar de asentir que los Recursos son propios de los sistemas donde existe un Estado de Derecho, si entendemos éste como aquel donde existe un punto de equilibrio entre el poder de la República y el derecho, es decir un límite al poder, ya que el derecho en el deber ser delimita al poder.

Se podría criticar la anterior afirmación señalando que el Estado de Derecho se caracteriza (en su concepto normativo) por ser no violento, que el uso de la fuerza es de carácter excepcional, que la fuerza es siempre restrictiva, sin embargo en la práctica es indiscutible el poder del estado a través de las instituciones que a este representa, el profundo impacto que tiene frente al ciudadano, y que aún en un estado de derecho social liberal y democrático se materializa la legitimidad de la fuerza del Estado, por cuanto sus actos una vez ejecutados lesionan derechos personales, difícilmente reparables, por ejemplo en el caso que un juez decrete una privación judicial preventiva de libertad y no se encontraban llenos los extremos que exige la ley, luego el tribunal superior repara ese error, en virtud que se ejerció un recurso de apelación, sin embargo no se puede retrotraer el tiempo que el individuo estuvo detenido.

Incluso ni el derecho penal humanitario se encuentra exento del tema de los recursos; quiere decir que aun los actos no ajustados a derecho que se desarrollen en conflictos armados, o fuera de ellos en la utilización delictiva del poder público o de posiciones de jerarquía o mando, si bien pueden ser castigados, los involucrados o acusados siempre tendrán derecho a apelar

del fallo que los señaló responsables, lo cual no debe entenderse como una atenuación de responsabilidad, pues la apelación es un derecho intrínsecamente ligado al derecho a la defensa de todo ser humano, incluso aunque este sea acusado de haber cometido actos repudiables contra el derecho internacional humanitario.

Dicho derecho se encuentra consagrado en el Estatuto de Roma (para algunos incipiente derecho penal internacional (Guariglia, 2004.16) no solo en él, sino aquellos tribunales que determinaron su antecedente como el Estatuto del Tribunal Penal militar Internacional para el juzgamiento de crímenes de guerra de Nüremberg, la Liga de las Naciones (a partir de la guerra civil española 1937) y el Tribunal de la ONU para la ex Yugoslavia.

En el Derecho Penal Internacional, en el caso del Estatuto de Roma, aun cuando solo tiene cinco artículos referidos a la Apelación consagra la posibilidad de apelar del imputado, el Fiscal (estado parte), existe la posibilidad de apelar contra un fallo, por un vicio de procedimiento, error de hecho o error de derecho, igualmente contra la decisión que imponga la pena por considerarse esta desproporcionada. También existe la apelación contra las demás resoluciones. "...incluso en lo que toca a decisiones de reparación estas pueden ser apeladas en forma separada por el representante legal de las víctimas..." Behrens (1999, 330). Se prevé un recurso de revisión más o menos en los mismo términos en que lo prevé nuestro Código Orgánico Procesal Penal.

Es así como el derecho al recurso debe no ser interpretado como un mecanismo exclusivo del imputado, la fiscalía también posee este derecho.

Esta facultad de la interposición de los recursos en Venezuela, deriva del desarrollo a la garantía de la norma constitucional, y tratados suscritos por la república, donde se pretende evitar que el proceso penal se convierta en un proceso arbitrario, estableciendo así un sistema de garantías o resguardo frente a la fuerza estatal, ya que está representada por tribunales, que a su vez está integrado por jueces, pueden cometer errores y excesos que mermen esos derechos.

Ahora bien, ya hemos indicado que los recursos constituyen una manifestación del derecho a la defensa previsto en la Constitución, la Constitución es el fruto del poder constituyente, es decir de la voluntad del pueblo de establecer su propio gobierno; la Constitución es la Ley suprema, cuyos principios rigen todo el ordenamiento jurídico, la propia Constitución establece que cualquier ley inferior que contradiga sus principio es inválida, esa invalidez la llamamos inconstitucionalidad, es responsabilidad del Tribunal Supremo de Justicia juzgar sobre si existe o no inconstitucionalidad.

La revisión del fallo significa la facultad real y seria que el reexamen sea realizado por un funcionario distinto al que dictó el primero, y no como señalan algunos sectores, que en realidad se trata de un doble juzgamiento integral de la decisión. Para otros no es que se trate de un doble juzgamiento sino más bien de una renovación de la decisión apelada, independientemente de que la ratifique o modifique, siempre el nuevo fallo será una renovación. Otra parte de la Doctrina considera que cuando se habla de renovación, ya no estamos hablando de apelación sino de lo que se conoce como reenvío, ya que anua la sentencia posterior al debate la cual es definitiva, o que revisa aquellas decisiones.

El derecho al recurso establecido en nuestra Constitución, no debe ser interpretado como que toda decisión o auto debe ser revisada, lo importante es que esta instrumentación de los recursos permita un serio control de las sentencias que en realidad produzcan agravios, es así como si un sistema prevé la apelación de actos de investigación por parte del Fiscal, quizás mas que garantizar el derecho a la defensa pudiera servir para ocasionar grandes retrasos procesales lo cual influiría en una tardía administración de justicia.

En nuestra formación jurídica inicial aprendimos que la Constitución es el primer ápice (pirámide de Kelsen), la misma Constitución contiene un número de disposiciones que poseen diferentes niveles y posiciones, en lo que a su importancia se refiere, en nuestro concepto una de las garantías de mayor relevancia radica en todas las normas que se refieren a la coerción penal, aquella sobre las cuales se basa el principio "nulla poena sine lege", entre otras, pero la que mayor interés tiene para el presente trabajo es aquella que garantiza la doble instancia o revisión del fallo.

Las normas procesales establecen los requisitos de forma y fondo para poder ejercer los recursos, todo recurso por lo general supone una doble instancia, es decir, la posibilidad que un superior revise la sentencia dictada; lo cual constituye una garantía relacionada con el derecho a la defensa; ahora bien una vez que se produce una decisión, de esta deriva una consecuencia, la cual pudiera causar un agravio necesariamente a una de las partes en materia penal, pues lo que se encuentra en juego son conflictos de intereses, y esta coloca en estado de incertidumbre al que ejerce un recurso, ese estado de incertidumbre deriva de la expectativa de que la que decisión será modificada o no.

En la doctrina española entre ellos Pico I. Junoy (2002, 132) señala:

> "Derecho a la igualdad de armas procesales. Este Derecho exige que las partes cuenten con medios parejos de ataque y defensa, ya que para evitar el desequilibrio entre las partes es necesario que ambas dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación.... Tiene por objeto evitar una situación de privilegio o supremacía de una de las partes, garantizando así la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y del demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos..."

Pero no todos consideran una manifestación al derecho a la defensa la igualdad de armas como lo señala la doctrina española.

A. El RECURSO COMO GARANTIA

En contraposición con la dogmática expresada, resulta interesante mostrar otro punto de vista sobre este tema, una visión diferente al derecho al recurso como garantía del imputado y como un verdadero mecanismo para hacer efectivo el derecho a la defensa. Aquí adquiere relevancia la posición adoptada por Maier (1995, 145), quien en un análisis donde cuestiona si el recurso contra sentencia de condena constituye una garantía al procesado, deja en tela de juicio fundamentos que podríamos considerar inquebrantables.

En primer lugar, considera que los recursos en el sistema de persecución penal estatal, no constituyen una garantía procesal a favor del procesado, sino más bien, un medio de control por los tribunales superiores sobre el grado de adecuación de los tribunales inferiores a la ley del Estado.

Asegura que existen tres circunstancias que reafirman su señalamiento, la organización vertical judicial, en donde tanto el acusador como el imputado tienen la facultad de denunciar un agravio, es decir, tiene el derecho al recurso un carácter bilateral, y la eliminación de los jurados, reemplazados por profesionales, en nuestro caso esta teoría se le adecua al tribunal mixto pues en donde el conocimiento del asunto, siempre está presente el juez profesional.

Considera Maier que para que el recurso contra la sentencia de juicio, pueda constituirse como garantía a favor del acusado, debe de perder el carácter bilateral, es decir, no debe ser considerado como una facultad de todos los intervinientes en el procedimiento, para así convertirse en un derecho exclusivo del condenado a requerir la doble conformidad de la condena, lo cual nos haría llegar a la conclusión, que en el caso de la condena penal dictada por un tribunal de juicio independiente del grado de la misma, es recurrible sólo por el condenado, el autor también señala que la absolución y la condena no recurrida a favor del imputado debería quedar firme (Maier 1995, 148).

Maier en líneas generales considera que no existe un verdadero derecho al recurso como garantía al acusado, si se le otorga a los representantes del Estado, en este caso al fiscal, el derecho a recurrir del fallo, y darle la posibilidad de recurrir cuando el acusado es absuelto, constituye incluso, según afirma, una violación al principio ne bis in idem.

En el mismo sentido señala el referido autor que no debe el fiscal recurrir, si se condena al acusado y la pena no es la que éste espera, ya que desde su punto de vista son garantías procesales frente a la acción y a la fuerza

aplicada por el Estado, y que interpretarlas en perjuicio del garantizado es una hipocresía. Conceder al Ministerio Fiscal la posibilidad de apelar significa una nueva instancia, y en caso que con esta impugnación se le dé la razón al fiscal, y el superior anule la primera sentencia y condene, o se ordene la realización de un nuevo juicio, representa una segunda "primera instancia", en virtud que de este nuevo debate, resultare una nueva sentencia que dependa exclusivamente de su propio debate que le sirve de base, lo cual significa un nuevo juzgamiento en primera instancia. Y de ser también condenatoria y al apelar el acusado, se convierte en una tercera instancia.

Entonces según la posición del autor el derecho al recurso se convierte en un regressus infitum, pues otra vez el acusador podría obtener la razón aun del tribunal superior, incluso del Tribunal Supremo de Justicia, hasta ahora dicha posición encuadra en circunstancias fácticas patrias.

Así mismo critica la interpretación extensiva que se hace por parte de los tribunales argentinos de este derecho al recurso (en el caso venezolano existe la misma interpretación del derecho al recurso), es decir, se considera el derecho al recurso como de carácter bilateral, y puede el Ministerio Publico apelar de la decisión que absuelve al imputado.

No constituye materia de este trabajo tomar una posición a favor o en contra de tal afirmación, antes bien, en nuestro concepto cada lector puede inclinarse a la que le parezca más acertada. Sin embargo si agregaría que en el caso venezolano de aceptar tal posición podría en alguna futura reforma limitar la facultad de apelación del ministerio Público a determinadas circunstancias.

Según Maier, el sistema penal es todo un mecanismo en contra de una persona débil, la cual al ser sometida al sistema estadal, sufre abusos y la aplicación arbitraria de normas. Dicho así tendremos que el acusado es el único que debe tener el derecho a recurrir. "Facultad del condenado de poner en marcha, con su voluntad, la instancia de revisión, el procedimiento para verificar la doble conformidad".

Considera que el fiscal debe tener solo una oportunidad de poner al acusado ante el tribunal, es decir, de colocar en riesgo al imputado de obtener una condena penal, en este punto de vista, su visión se acerca un poco a la norteamericana, en donde el fiscal tiene una sola posibilidad de llevar al acusado a juicio, y si la pierde, no tendrá otra, en el sistema americano si por la entidad del delito cometido el juicio debe ser con jurados, el Ministerio fiscal debe de convencer a todos y cada uno de ellos, de no llegar todos los jurados estadounidenses a una misma conclusión de culpabilidad, no obtendrá jamás una condena. Esto es, no existe el axioma de la razón de la mayoría. En Venezuela cuando estamos frente a un tribunal con escabinos o llamado mixto, la decisión de la mayoría dicta la pauta que se expresara en la sentencia.

Concluye el autor que la segunda sentencia no puede establecer una consecuencia más grave que la primera, debe tener un límite máximo constituido por la conformidad con la sentencia de condena de primera instancia (prohibición de la reformatio in peius).

En conclusión, analizado desde este punto de vista y haciéndole las correcciones mínimas mencionadas, a nuestro sistema (ó al argentino caso del autor) es que en su perspectiva el recurso, puede considerarse una

verdadera garantía a favor del acusado, sino, es otra manifestación del control que desea tener el Estado sobre todo el sistema que crea y orienta, en merma de los derechos del imputado, y en aras de una interpretación errada constitucionalmente hablando de pactos y tratados internacionales suscritos por la República.

Otra alternativa para los que estén de acuerdo con esta teoría, sería plantearla mediante un recurso ante el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, como afirma Maier, basándose en la mala y errada interpretación que se hace de la Constitución y de los pactos y tratados internacionales, aprovechando esa facultad revisora que tiene la Sala en nuestro ordenamiento jurídico como máximo intérprete de la Constitución. De dicha facultad nos referiremos en el siguiente capitulo.

CAPÍTULO V

POTESTAD REVISORA DE LA SALA CONSTITUCIONAL.

En materia Penal la máxima autoridad en cuanto al conocimiento de los recursos está atribuida a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Podríamos señalar que una vez que dicha Sala emite un veredicto el mismo adquiere la autoridad de cosa juzgada y en consecuencia el fallo queda firme.

Sin embargo no solo la revisión ó la existencia del recurso de revisión afecta la inmutabilidad que nace de una decisión (Cosa Juzgada), sino que también a la luz del ordenamiento Constitucional que entró en vigencia en Venezuela, con la aprobación de la Carta Magna de 1999, nació una nueva sala del máximo tribunal, llamada Sala Constitucional cuyas funciones han desarrollado un alcance tal, que no solo afecta a la Cosa Juzgada, sino además supone una nueva revisión de aspectos no regulados expresamente en ninguna ley, sin embargo por cuanto llegan al alcance de la interpretación constitucional pueden ser anulados.

Comenzaremos por analizar la doctrina constitucional vigente, para luego tocar dos temas puntuales: la cosa juzgada frente a esta facultad de la Sala, y la facultad revisoría de la sala bajo la premisa constitucional que afecta la materia penal, aun cuando se hayan ejercido o no todos los recursos.

Nuestro sistema constitucional actual es muy amplio, en virtud de la existencia de un control constitucional difuso con uno concentrado, aunado al desarrollo de la doctrina de la tutela judicial efectiva y el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad.

Tenemos así que el control difuso puede ser ejercido por cualquier tribunal de la república que observe que una ley que colide con la constitución, autorizado como se encuentra de no aplicar esta ley, en el caso concreto que conoce, una vez decido remitirá su decisión a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo a los fines de su consideración. Ahora bien esta facultad de desaplicación es muy generosa en cuanto a que no está supeditada a requisito a alguno de impugnación, es decir, el juez no debe esperar que el particular lo invoque para desaplicar, está obligado a hacerlo aún de oficio.

Como afirma Casal (2001, 83) esta facultad no es exclusiva de la Sala Constitucional en lo que control difuso de la constitucionalidad se refiere; al respecto señala:

> "... es preciso salir al paso de una idea que erróneamente suele vincularse a los intentos por crear un órgano especializado en la materia constitucional. La creación de una Sala Constitucional o de un Tribunal Constitucional en modo alguno implica concentrar en un órgano judicial todas las formas de defensa o de interpretación de la Constitución ó, dicho de otro modo privar a los demás tribunales de las facultades correspondientes. Todas las vías procesales pueden, así sea indirectamente, servir de cauce para la defensa de las reglas y principios constitucionales y para la interpretación constitucional. Es más, todos los jueces están obligados a interpretar las normas a la luz de la Constitución, por lo que ésta debe hacerse presente en su diario trajinar. Lo que comporta el establecimiento de esa Sala es reconocer a la misma su condición de intérprete máximo, más no exclusivo...

En cuanto al Control concentrado de la constitucionalidad esta corresponde a la Sala Constitucional de nuestro máximo tribunal, en virtud de lo que establece el artículo 334 de nuestra Constitución, es decir en él se encuentran plasmados tanto el control difuso como el Control Concentrado al reconocer a todos los jueces o juezas de la república la obligación de asegurar la integridad de la constitución.

Es así, como en nuestro sistema constitucional no existe una jurisprudencia uniforme en cuanto al señalamiento de las leyes compatibles con la constitución, así como tampoco se establece claramente la precisión del alcance de los derechos constitucionales.

El artículo 336 de la Carta Magna venezolana establece las competencias (atribuciones de la Sala Constitucional) del Tribunal Supremo de Justicia, en él expresa declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la asamblea Nacional que coligan con la Constitución. Si bien la Constitución no precisa cual es la vía jurídica o mecanismo procedimental para asegurar la correcta aplicación de este principio, pensamos que a través del amparo constitucional puede ser una vía ó incluso sin este impulsador, sino de oficio en virtud de ese control amplio que otorga la Carta Magna, convirtiendo a nuestra Sala en un amplio garante y vigilante de la constitucionalidad, incluso si aquellos llamados a hacerlo por ley incurrieren en omisión, tal es el caso del Ministerio Público o del Consejo Moral Republicano, del cual este forma parte.

La misma interpretación tenemos con respecto al resto de los numerales:

"...2. Declarar la nulidad total o parcial de las constituciones y leyes estadales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que colidan con ésta.

3.- Declarar la nulidad total o parcial e los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional que coligan con esta Constitución.

4- Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público.

5- Verificar, a solicitud del presidente o Presidenta de la república o de la asamblea nacional, la conformidad de la Constitución con los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación (Control Previo de la Constitucionalidad).

6- Revisar, en todo caso. Aun de oficio la Constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o presidenta de la República.

7- Declarar la inconstitucionalidad del poder legislativo municipal, estadal o nacional, cuando haya dejado de dictar normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección (Inconstitucionalidad por omisión).

8- Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál de estas debe prevalecer.

9- Dirimir las controversias constitucionales que se suscriben entre cualquiera de los órganos del Poder Público.

10-Revisar las sentencias de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva.

11- Las demás que establezcan esta constitución y la ley."

Sin embargo no es materia del presente trabajo analizar todas y cada una de las funciones de la sala Constitucional, como ya se explicó, sino tocar los dos puntos mencionados anteriormente.

El numeral 10 citado representa la facultad de la Sala de revisar la forma en que se aplicó el control difuso de la constitucionalidad, lo cual puede ser un correctivo en caso que el juez que desaplico se hubiere equivocado.

Ahora bien, el artículo 27 de la carta magna señala al amparo constitucional como un derecho fundamental este articulo en consonancia con el numeral 10 del citado artículo 336 otorga a la Sala las facultades revisoras de las competencias de amparo dictadas por los demás tribunales de la República.

Según Casal (2001, 82), estas competencias pretenden asegurar la uniformidad del amparo y de la interpretación de los derechos fundamentales, así expreso: "La facultad revisora mencionada pretende asegurar una cierta uniformidad en el funcionamiento del amparo y en la interpretación de los derechos fundamentales".

Este mismo criterio es el que sostiene la propia constitución ya que atribuye a la Sala la obligatoriedad de mantener uniformidad de criterios y seguridad jurídica, situación que se asemeja a los criterios que persigue la casación, así la propia Sala Constitucional en sentencia No. 44 de fecha 02 de Marzo de 2000 (Caso Francia Josefina Rondón Astor) ya anteriormente señalado expreso:

> "esta novísima figura de la revisión extraordinaria cuyo fundamento es el artículo 336 numeral 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ha sido creada con la finalidad de uniformar criterios constitucionales, así como evitar decisiones que lesionen los derechos y garantías que consagra la Carta Magna...".

Entonces tenemos una Sala Constitucional cuya función representa la interpretación máxima del derecho constitucional, posee el control concentrado de la constitucionalidad, que anteriormente correspondía a la corte en pleno; así mismo lejos a lo que algunos autores patrios consideraban, que esta no tendría facultad para revisar ó anular sentencias de otras Salas del Máximo Tribunal, así Casal, (2001, 88) señaló:

> "La letra del citado precepto apunta negativo, pues alude a sentencias de control de la constitucionalidad dictadas por los tribunales de la república, lo cual pareciera excluir a las demás Salas del tribunal Supremo de Justicia. La relación entre la Sala Constitucional y las restantes Salas de este Tribunal es bastante sui generis, porque todas, en cuanto órganos de un solo ente jurisdiccional, son iguales en jerarquía y autónomas en su ámbito competencial.. Sin embargo, el artículo 335... ha reconocido... una supremacía en lo relativo a la interpretación constitucional..." Pero la primacía de esta Sala no llega en el texto constitucional hasta el punto de someter las sentencias de las demás Salas dictadas en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, ó en materia de amparo a la revisión de aquella. Para atribuir a la Sala.... tal potestad, hubiera sido preciso una disposición constitucional expresa."

Sin embargo, la Sala ha hecho varios análisis en sentido contrario, es decir, considera que se encuentra facultada para revisar discrecionalmente todas las decisiones de los tribunales de la República incluyendo las propias Salas del máximo Tribunal, siempre que contradigan criterios de la misma Sala Constitucional ó de naturaleza constitucional.

Así nos encontramos en el caso del amparo constitucional, ante un mecanismo extraordinario, que al fin y al cabo conllevan necesariamente a un nuevo examen de la decisión, en este caso si se trata sobre las decisiones de otras Salas del Tribunal Supremo, el examen es hecho por la Sala Constitucional, trayendo como consecuencia en algunos casos las mismas que la declaratoria con lugar de los recursos.

Tal es el supuesto que anule la sentencia sometida a Amparo y ordene el reexamen del asunto a otro tribunal distinto al que decidió, ó que retrotraiga el proceso a etapas ya culminadas, manifestando que en esa etapa se violaron principios constitucionales, abriendo la posibilidad de volver a perseguir penalmente aun imputado, y violando así otros principios constitucionales.

Es así como nos encontramos ante contradicciones ó contraposiciones en nuestro concepto entre lo que supuestamente se pretende salvaguardar y lo que en realidad se está garantizando.

Anteriormente la Sala Constitucional había establecido la consulta obligatoria de toda sentencia de Amparo, en virtud de los derechos constitucionales involucrados. Fue así como la misma Sala estableció un sistema que la obligó a pronunciarse sobre toda sentencia de amparo en segunda instancia.

Sin embargo posteriormente ocurrió en cambio en este Criterio, quizás debido a razones prácticas, pues la Sala se encontraba abarrotada de Consultas obligatorias, y actualmente la Sala revisa como instancia superior atendiendo al criterio de superioridad en el orden recursivo según lo

establecido en la Ley orgánica de Amparo, cuando una de las partes ejerce la apelación a la sentencia de primera ó de segunda instancia.

Pero del anterior criterio abierto surgieron innumerables revisiones de oficio, en materia de amparo, incluso actuando como primera instancia el amparo se declara inadmisible, sin lugar, sin embargo en vista al restablecimiento al orden constitucional no importa si se alegó la vulneración o no de un derecho, la Sala Constitucional de oficio señala el derecho vulnerado y anula el fallo restableciendo la situación, incluso jamás denunciada. Y con ello de alguna manera muchas veces se ha visto satisfecho el requerimiento del que acciona en materia de amparo, igual ocurre en otros casos de revisión extraordinaria. Puede incluso que la violación del derecho no haya sido advertida por el accionante y la Sala la declare.

Esta tendencia de la Sala también se observa en el criterio cerrado en los casos donde existe la apelación de las partes, un ejemplo lo constituye la decisión de fecha 23 de Noviembre de 2011 (Exp 09-0253, caso Carlos Eduardo Martín y Yilver Alfonso Colmenares), donde actuando como tribunal de alzada conoció de los recursos de apelación ejercidos por la defensa técnica de los imputados en contra la sentencia dictado por la Sala accidental No.1 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Lara, la cual declaró inadmisible la acción de amparo propuesta, de fecha 27 de Octubre de 2008, con ocasión a un proceso penal incoado contra ellos, en el caso comentado, la pretensión principal tenia como fundamento la falta de motivación de uno de los fundamentos contenidos en el auto de apertura a juicio, específicamente las que declararon sin lugar las excepciones opuestas por las defensas de los imputados, la Sala bien declaro con lugar las apelaciones interpuestas anulando la decisión que declaro inadmisible la

acción de amparo, repone la causa al estado que se pronuncie nuevamente sobre la admisión de amparo y finaliza señalando que es posible interponer recurso de apelación contra la decisión contenida en el auto de apertura a juicio referida a la admisión de los medios de prueba que se indican en dicho auto, y ordena de manera categórica su publicación en la gaceta judicial en forma sumaria lo siguiente:

> "Sentencia de la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de carácter vinculante para todos los Tribunales de la República; incluso demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, que modifica criterio....(p. 6)"

Con ello vemos ya instaurada la facultad que otorgó a la Sala la Constitución de 1999 en el Artículo 335. Dejando de la lado la opinión o critica que pueda merecer el fondo del asunto resuelto por la sala Constitucional (prohibición del 331 del COPP, no habiendo laguna normativa se aplica normas del Código de Procedimiento Civil en lugar que las del COPP, desconocimiento de la excepción contenida en el numeral 1 del Artículo 49 de la Propia Constitución, en detrimento de la economía y celeridad procesal) vemos como la Sala ya en pleno uso de sus facultades no solo anula decisiones judiciales que considera lesionan derechos constitucionales sino que cambia el carácter de imperativos establecidos por el legislador.

Ahora bien la Sala reconoce esta facultad abierta y discrecional que tiene de juzgar sobre los derechos constitucionales, pues el Artículo 336 numeral 10 de la Constitución, su naturaleza jurídica estriba en su carácter excepcional, es decir, ningún interesado puede argumentar un derecho a tal revisión, ya que este es discrecional de la Sala, y no puede presumirse como una nueva instancia, porque sólo procede frente a sentencias firmes, así mismo señala

que su negativa a la revisión no puede entenderse como violatoria al derecho a la defensa y al debido proceso.

El Máximo Tribunal en sentencia No. 44 de fecha 02 de Marzo de 2000 (caso Francia Josefina Rondón Astor) señaló:

> "... De allí que la Sala no se encontraría en la obligación de pronunciarse sobre todos y cada uno de los fallos que son remitidos para su revisión, ni podría ser entendida su negativa, como violación del derecho a la defensa y al debido proceso de las partes, por cuanto se trata de decisiones amparadas por el principio de la doble instancia judicial. Todo lo anterior facultaría a esta Sala a desestimar la revisión, sin motivación alguna"...

Ante la falta de una ley constitucional que regule tal revisión, la naturaleza jurídica de esta figura es imprecisa y poco determinable, pues solo tenemos como base criterios jurisprudenciales los cuales van variando en cada caso concreto según la interpretación de la Sala.

Es así como la sala considera que se encuentra facultada para revisar de oficio y sin plazo cualquier sentencia de cualquier tribunal de la republica, bajo la premisa de salvaguardar la interpretación constitucional y los derechos que la Carta Magna consagra.

De allí que Brewer (2000, 111) sobre el numeral 10 del Artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señalara que:

> "... esta competencia no se configura como la de una apelación ni como la de una segunda instancia general en la materia. Se trata de una competencia excepcional para que la Sala Constitucional pueda revisar, a su juicio y discreción, mediante un recurso extraordinario que se puede ejercer contra

> sentencias de última instancia dictadas por los tribunales de la República..."

Sin embargo a medida que el avance jurisprudencial de la Sala se concreta, observamos más que el ejercicio de las funciones de una Sala comprendida entre otras de un máximo tribunal, vemos funciones propias de un tribunal constitucional, cuyo generoso otorgamiento de competencias por parte de la constitución, fue asumido como potestad erga omnes ante todos los sectores de la sociedad, lo cual en nuestro concepto ha generado dualidad de competencias en la administración de justicia en cuanto a determinadas competencias.

Es decir, se genera esta dualidad ante la posible decisión que emane de una de las Salas distintas de la Constitucional y luego esta anule el fallo, esta circunstancia no debe ser fatal, o ni siquiera existir, si hubiera un conjunto de leyes desarrolladoras del alcance e interpretación de los derechos constitucionales en Venezuela. Podría alegarse que la uniformidad atenta contra la renovación jurisprudencial en el campo de los derechos constitucionales, consideramos que esta innovación puede hacerse en la medida que se apliquen criterios uniformes, es decir, que los desarrollen, garanticen y hagan parte de de ellos a los ciudadanos en sus decisiones, en esa medida pueden coexistir la renovación con la uniformidad de la jurisprudencia.

Ahora bien como afecta esta facultad de la Sala la llamada cosa juzgada, Rengel-Romberg (1992, 463) señala en el Tomo II hablando de la Teoría General del Proceso que:

> "Efecto procesal mediato, el de la cosa juzgada porque ésta, siendo una cualidad de la sentencia que asegura su inmutabilidad, asegura también, indirectamente la vigencia indefinida de los resultados del proceso contenidos en su acto final que es la sentencia."

Cosa juzgada entonces se refiere a la imposibilidad de una nueva revisión de la sentencia ó como señala el mencionado autor evita nuevas impugnaciones que renueven el proceso en instancias sucesivas, y hace inmodificable el resultado obtenido.

Entonces la cosa juzgada es un efecto jurídico del proceso, que da certeza a todos los involucrados que no habrá una existencia indefinida del asunto o proceso judicial tratado, dicha certeza está relacionada también directamente con el derecho a la defensa del imputado, ya que este no será juzgado nuevamente por los mismos hechos, ni estará supeditado a un proceso judicial penal de manera indefinida. Es decir la cosa juzgada pone fin a la incertidumbre de las relaciones jurídicas en conflicto, en todo proceso futuro sobre el mismo hecho.

Es así como siendo una competencia del estado la función pública de administrar justicia, es también su competencia otorgar seguridad jurídica a los intervinientes, de allí que se le da la autoridad que le da la ley a la cosa juzgada. Tenemos que jurisdicción, sentencia y cosa juzgada son tres nociones relacionada con los recursos, del ejercicio o no de estos nos encontraremos ante supuestos que hagan valer ésta.

Toda persona o actor incurso en un proceso civil o penal, tiene una pretensión, más allá que esta pretensión sea satisfecha o no, se encuentra la certeza que finalmente satisfecha o no esta, existe un fin del proceso, bien

porque se intentaron los recursos, precluyeron, o que la sentencia no esté sujeta a recursos.

Para que un estado social de derecho democrático y de justicia pueda prevalecer es necesario que garantice a sus ciudadanos unidad del ordenamiento jurídico, limitar y controlar el ejercicio del poder, estas funciones se logran a través de la tutela de las instituciones jurídicas establecidas, es decir la defensa de sus instituciones jurídicas.

Esta tutela puede ser materializada en nuestro COPP con relación a la cosa juzgada en el Artículo 28 en lo relativo a las excepciones como obstáculo al ejercicio de la acción penal, en el numeral 04 en cuanto a la Acción promovida ilegalmente entre ellas la cosa juzgada. Ahora bien esta tutela se encuentra no solamente como una excepción dirigida a que no se inicie un proceso ya decidido, sino también cuando iniciado el proceso esta circunstancia no se hubiere advertido, de allí que el artículo 318 del COPP contemple como una de las causales bajo las cuales procede el sobreseimiento, en el numeral 3 cuando resulte acreditada la cosa juzgada. Ahora bien no nos corresponde hacer un análisis exhaustivo de la cosa juzgada.

Sin embargo como conclusión derivada de una interpretación estricta de las facultades de la Sala Constitucional, la cosa juzgada no parece ser tan inmutable como lo estima la doctrina a la luz de la facultad revisoría de la Sala Constitucional de nuestro máximo Tribunal, toda vez que esta facultad no sometida a lapso alguno, aunado que finalizado un caso en materia penal y ejercidos todos los recursos ante la corte de apelaciones, esta ratificase el fallo del tribunal de juicio y sobre este dictamen de la corte de apelaciones no

se ejercen las vías ordinarias correspondientes (recurso de casación penal). Se entiende entonces que precluido el lapso para intentar el recurso de casación (15 días después de publicada la sentencia, salvo que se encontrare privado de libertad, en cuyo caso correrá el plazo a partir de a fecha de su notificación personal). Ya la decisión adquirió la cualidad de cosa juzgada. Sin embargo una vez que esta ópera podría el interesado intentar un amparo constitucional en contra de la decisión de la corte de apelaciones alegando la vulneración de una norma de orden público.

Esa así como la Sala Constitucional entraría a conocer, indiscutiblemente afectando lo que conocemos como cosa juzgada.

Es decir, el agotamiento de los recursos se vería afectado indiscutiblemente por la facultad de la Sala Constitucional. Si bien los recursos tienen vigencia hoy mas que nunca en el ordenamiento jurídico venezolano y prevalecen ante su interposición todas las normas que los regulan en los tribunales, en caso que estos se enfrenten al escrutinio de la mencionada Sala, su suerte estará supeditada a lo que esta resuelva en vista al resguardo de los derechos constitucionales.

CONCLUSIONES

Como resultado del análisis a lo largo del presente trabajo de investigación, se puede concluir de forma general que el Código Orgánico Procesal Penal al establecer y regular las formas de interposición de los recursos en el proceso penal, garantiza a las partes involucradas el derecho a la defensa. El recurso de apelación materializa este derecho a la defensa por ser el más utilizado en la práctica. La facultad revisora de la Sala Constitucional si bien no es entendida como un recurso, los efectos de dicha revisión afectan a estos de manera sustancial ya que puede sustituirlos, o retrotraer el caso como si no se hubiesen ejercido.

La anterior conclusión se desprende y se concatena con los siguientes argumentos:

1. Los recursos suponen una sucesión de instancias fundadas en una relación jerárquica. Donde un tribunal de mayor jerarquía revisa y controla la decisión de uno menor, llamado doble grado de jurisdicción que existe en Venezuela.

2. El doble grado de jurisdicción se basa en el principio de la legalidad, es decir que el juez solo puede conocer y decidir sobre lo que le es sometido por las partes. La excepción a esta regla la constituye la facultad de revisión que tiene la Sala Constitucional del máximo tribunal, en atención al control de la constitucionalidad.

3. Algunos principios del derecho penal fueron constitucionalizados por la constitución de 1999, entre ellos el derecho a recurrir del fallo (49 ordinal 1). El derecho a recurrir del fallo, debe favorecer toda interpretación que tienda la admisibilidad de un recurso y no a su inadmisibilidad, salvo las excepciones que establezca la ley.

4. La ley establece quienes son los que pueden recurrir, esto se denomina legitimación, los cuales además de estar autorizados por la ley, deben poseer un interés, el cual se traduce en un perjuicio real ó agravio. Estos requisitos deben ser concurrentes.

5. Objeto de recurso son todas las decisiones judiciales, se llamen estos autos o sentencias y todos son objetos de apelación en la medida que la ley los autorice.

6. Otra garantía del derecho a la defensa del imputado o de las partes, lo constituye el hecho que toda decisión judicial debe estar fundada, es decir que el que es desfavorecido por la decisión, pueda conocer las causas a través de las cuales el juez o decisor arribó a su veredicto. Ese conocimiento está íntimamente ligado a la tutela judicial efectiva.

7. Los criterios de apelación de la sentencia son de manera indirecta limitaciones al agravio, así el legislador circunscribe el ámbito de punibilidad que debe aplicar el juez dentro de unos límites.

8. Toda impugnación debe atacar el fallo, sin embargo existe la posibilidad que el recurrente ataque solo una parte de la decisión la cual considera que le es desfavorable.

9. La prohibición de la reforma en perjuicio del imputado, si este es quien recurre, constituye una garantía a favor del imputado y un reconocimiento al desarrollo de las normas fundamentales en el proceso penal.

10. Los cuatro tipos de recursos existentes en Venezuela (apelación, revocación, casación y revisión), establecen la posibilidad real de controlar la justicia del acto impugnado a través de la obtención de una resolución más favorable.

11. El establecimiento de varias instancias a la hora de recurrir también constituyen oportunidades procesales a la limitación del agravio y en búsqueda de una mejor oportunidad de participación de las partes involucradas, cuya cúspide la constituye el Recurso de Casación, con la excepción de la posible revisión que realice la Sala Constitucional.

12. Los recursos son medios procesales que aseguran el respeto a la normativa y derechos consagrados y constituyen un desarrollo real en materia de derechos humanos en un estado de derecho y justicia.

13. Aunque los recursos no se ejerzan, la sola existencia de estos en la normativa legal representan la materialización del derecho a la defensa. En Venezuela no son exclusivos del imputado, pues están concebidos en beneficio de los agraviados.

14. Poseemos un sistema constitucional amplio, en virtud de la existencia de un control difuso y uno concentrado, aunado al desarrollo de la doctrina de la tutela judicial efectiva. Sin embargo en nuestro sistema constitucional no existe una jurisprudencia uniforme en cuanto al señalamiento a las leyes compatibles con la constitución, así como

tampoco se establece con precisión y uniformidad el alcance de los derechos constitucionales. Si bien existen sentencias que apuntan en ese sentido, la jurisprudencia no es uniforme.

15. Se reconoce el carácter extensivo del resultado en una decisión a favor de los coimputados que no hubieren intentado el recurso.

16. En definitiva nuestra Sala Constitucional ha entendido su papel de máximo intérprete de la constitución, con lo cual sin reservas emite sus criterios vinculantes ante los tribunales de la republica y las demás salas del mismo tribunal.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Behrens, H. (1999). ***El Estatuto de Roma en la Corte Penal Internacional***. Universidad Externado de Colombia. Kluwer.

Berdichevsky, A. (2004). ***Los recursos en el procedimiento penal***: Reposición y Apelación (2ª. ed). Buenos Aires: Del Puerto.

Binder, A. (1993). ***Introducción al Derecho Procesal Penal*** (2ª. ed). Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L.

Binder, A. (2000). ***Introducción al Derecho Procesal Penal*** (2ª. ed). Buenos Aires: Ad-Hod S.R.L.

Brewer-Carias, A. (2000). ***El sistema de Justicia Constitucional en la Constitución de 1999***. Caracas: Jurídica Venezolana.

Brown-Cellino, S. (2001). ***Los recursos penales: ciencias penales, temas actuales***. Caracas: UCAB.

Brown-Cellino, S. (2002). ***El recurso de casación en la reforma del Código Orgánico Procesal Penal.*** Jornadas de Derecho Procesal. Caracas: UCAB.

Cabanellas, G. (2001). ***Diccionario de Derecho Usual***. Buenos Aires: Heliasta.

Cafferata N, J.(1994). ***Óptica de Derechos Humanos***: "Doble Instancia". Parte General. Córdoba.

Calamandrei, P. (1945). ***La génesis lógica de la Sentencia***: Estudios sobre el proceso civil. (trad S. Melendo). Buenos Aires: Argentina.

Carnelutti, C. (1943). ***Sistema delle impugnación civile.*** (trad E Vescovi). Buenos Aires: De Palma.

Casal, J. (2001).***Constitución y Justicia Constitucional.*** Caracas: UCAB

Casal, J. (2004). ***Constitución y Justicia Constitucional*** (2° Ed.). Caracas: UCAB.

Claria, J. (1998). ***Derecho Procesal Penal.*** Buenos Aires: Rossi-Rubinzal.

Código de Enjuiciamiento Criminal. ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 5.028*** Extraordinario de fecha 22 de diciembre de 1995.

Código Orgánico Procesal Penal. (2009). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 5.930*** (Extraordinario). Septiembre 4 del 2009.

Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. (2000). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 5.453*** (Extraordinario) Mayo 5 de 1999.

De la Rúa, F. (2000). ***La Casación Penal:*** El Recurso de Casación Penal en el Nuevo Código Penal de la Nación. Buenos Aires: De Palma.

Díaz Cantón, F. (2004). ***Los recursos en el procedimiento penal:*** El control judicial de la motivación de la sentencia. (2º ed). Buenos Aires: Del Puerto.

Díaz Chacón, F (2002). ***Doctrina Penal del Tribunal Supremo de Justicia:*** Recurso de Apelación en contra de la decisión condenatoria dictada en el procedimiento especial por admisión de hechos. Caracas: Livrosca

Díaz Chacón, F. (2003). ***Temas Actuales de Derecho Procesal Penal.*** Sextas Jornadas de Derecho Procesal Penal: Visión Critica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas: UCAB.

Guariglia, F. (2004). ***Los Recursos en el Procedimiento Penal*** (2ª. ed). Buenos Aires: Del Puerto.

Goransky, M. y Rusconi, M. (2004). ***Los recursos en el procedimiento penal:*** El recurso de revisión en el derecho procesal penal. Buenos Aires: Del Puerto.

Gorsd, P. (2004). ***Los recursos en el procedimiento penal:*** El sistema de recursos en el procedimiento penal. (2ª. ed). Buenos Aires: Del Puerto.

López, M. (2004). ***Los recursos en el procedimiento penal:*** El recurso de casación penal, vicios formales. Buenos Aires: Del Puerto.

Maier, J. (1999). ***Los Recursos del Procedimiento Penal.*** Buenos Aires: Artes Graficas Candil.

Maier, J (2003). ***Derecho Procesal Penal:*** El imputado y sus derechos. Tomo II. Buenos Aires: Del Puerto

Márquez, V. (2000). ***Las nuevas bases de la justicia.*** Caracas: Publicaciones UCAB.

Monagas, O. (2003) ***Nulidades en el Proceso Penal:*** Ciencias Penales Actuales. Caracas: UCAB.

Mora, V. (2000) ***La Apelación:*** Cuaderno para el manejo del COPP. Caracas: Lito Formas. Barrio Obrero.

Núñez, R. (1995) ***Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*** (En Homenaje a Ricardo Núñez).

Osorio, M. (1986). ***Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.*** Buenos Aires: Obra Grande.

Palacio, L. (2001). ***Los Recursos en el Proceso Penal.*** Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Pérez J. (1991). ***Decisiones en el Proceso Penal*** (3ra. ed.) Caracas: Tipografía Principios.

Picó I Junoy, J. (2002). ***Las Garantías Constitucionales del Proceso.*** Barcelona: España. Bosch.

Quintero, J. (2005). ***Las situaciones jurídicas instrumentales en el proceso penal***. Caracas: Publicaciones UCAB.

Rengel-Romberg, A. (1992). ***Tratado de derecho procesal civil Venezolano***. La Apelación. Tomo III. Caracas: Editorial Arte.

Rincón, I. (2000). Caso Josefina Rondón Astor. ***Sentencia N° 44 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.*** 2 de Marzo de 2000.

Rojas, E. (2006). ***Estado Actual del Proceso Penal Venezolano:*** Recurso extraordinario de Casación en la normatividad Venezolana: IX Jornadas de Derecho Procesal Penal. Caracas: UCAB.

Silva, M. (2003). ***El Recurso de revisión contemplado en el Código Orgánico Procesal Penal Venezolano.*** Caracas: UCAB.

Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia Sala Constitucional (14/04/2008) ***Caso Víctor Hugo Romero Arias Sentencia 562*** Disponible: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/562-14048-08-0131.htm [Consulta: 12-01-2012].

Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia Sala Constitucional (23/11/2011) ***Caso Apelación de Amparo Constitucional Álvaro Ruiz Escalona*** Disponible: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/1768-231111-2011-09-0253.html [Consulta: 10-12-2011].

Vecchionacce, F. (2000). ***Motivos de la apelación de la Sentencia. Jornadas de Derecho Procesal Penal.*** Caracas: UCAB.

Vásquez, M. (2001). ***Nuevo derecho procesal penal venezolano***. Caracas: Publicaciones UCAB.

Vásquez, M. (2007). ***Derecho Procesal Penal Venezolano.*** Caracas: UCAB.