

**Blanca Rosa Mármol de León**  
Magistrada de la Sala de Casación Penal

# **CRITERIOS JURÍDICOS**

**2001-JUNIO 2006**



**TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA**  
Colección Doctrina Judicial Nº 16  
Caracas / Venezuela / 2006

**KHW5906  
C934**

**Crterios Jurídicos 2001-junio 2006 / Blanca Rosa Már-  
mol de León -- Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2006.**

**242 p. - (Colección Doctrina Judicial, N° 16)**

**1. Jurisprudencia Penal - Venezuela. 2. Derecho Penal - Ve-  
nezuela. 3. Procedimiento Penal -Venezuela.**

© República Bolivariana de Venezuela  
Tribunal Supremo de Justicia  
Colección Doctrina Judicial, N° 16  
Fernando Parra Aranguren, Director  
Depósito Legal lf:  
ISBN:  
Depósito Legal lf:  
ISBN:

**Blanca Rosa Mármol de León**  
**Magistrada de la Sala de Casación Penal**

# **CRITERIOS JURÍDICOS**

**2001-JUNIO 2006**

**Tribunal Supremo de Justicia**  
**Colección Doctrina Judicial, N° 16**  
**Caracas/Venezuela/2006**

## **TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA**

### **SALA CONSTITUCIONAL**

Dra. Luisa Estella Morales Lamuño  
*Primera Vicepresidenta del Tribunal  
y Presidenta de la Sala*  
Dr. Jesús Eduardo Cabrera  
*Vicepresidente de la Sala*  
Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz  
Dr. Francisco Antonio Carrasquero López  
Dr. Marcos Tulio Dugarte Padrón  
Dra. Carmen Zuleta de Merchán  
Dr. Arcadio Delgado Rosales

### **SALA ELECTORAL**

Dr. Juan José Núñez Calderón  
*Presidente de la Sala*  
Dr. Fernando Ramón Vegas Torrealba  
*Vicepresidente de la Sala*  
Dr. Luis Martínez Hernández  
Dr. Rafael Arístides Rengifo Camacaro  
Dr. Luis Alfredo Sucre Cuba

### **SALA DE CASACIÓN SOCIAL**

Dr. Omar Alfredo Mora Díaz  
*Presidente del Tribunal y de la Sala*  
Dr. Juan Rafael Perdomo  
*Vicepresidente de la Sala*  
Dr. Alfonso Rafael Valbuena Cordero  
Dr. Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez  
Dra. Carmen Elvigia Porras de Roa

### **SALA POLITICOADMINISTRATIVA**

Dra. Evelyn Margarita Marrero Ortiz  
*Presidenta de la Sala*  
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero  
*Vicepresidenta de la Sala*  
Dr. Levis Ignacio Zerpa  
Dr. Hadel Mostafá Paolini  
Dr. Emiro Antonio García Rosas

### **SALA DE CASACIÓN CIVIL**

Dr. Carlos Oberto Vélez  
*Segundo Vicepresidente del Tribunal  
y Presidente de la Sala*  
Dra. Yris Armenia Peña Espinoza  
*Vicepresidenta de la Sala.*  
Dr. Antonio Ramírez Jiménez  
Dr. Luis Antonio Ortiz Hernández  
Dra. Isbelia Josefina Pérez Velásquez

### **SALA DE CASACIÓN PENAL**

Dr. Eladio Ramón Aponte Aponte  
*Presidente de la Sala*  
Dr. Héctor Manuel Coronado Flores  
*Vicepresidente de la Sala*  
Dra. Blanca Rosa Mármol de León  
Dra. Deyanira Nieves Bastidas  
Dra. Miriam del Valle Morandy Mijares



## Palabras Preliminares

El nuevo volumen que entregamos a la comunidad jurídica nacional, presenta la compilación preparada por la Magistrada Blanca Rosa Mármol de León, bajo el título *Criterios Jurídicos 2001-Junio 2006* e identificado con el N° 16 de la Colección *Doctrina Judicial*, las opiniones más destacadas contenidas tanto en los fallos proferidos por esa Sala, con ponencia suya, como en los votos salvados, resultantes de su desacuerdo con la sustentada por la mayoría sentenciadora.

La obra, afirma la compiladora, expone “criterios sobre puntos de derecho procesal, unas veces, de derecho sustantivo, otras” con miras a “acercarnos a la justicia como fin último de cualquier norma y razón esencial de nuestra función como jueces”, con la sola finalidad de ser útil. En ella se desarrollan “criterios nuevos, determinados por la aplicación del Código Orgánico Procesal Penal”, algunas de cuyas disposiciones tienen indudablemente carácter polémico (entre otras, las referentes a “la doble conformidad, la admisión de los hechos), amén de otras “debatidas desde siempre”, como “la legítima defensa” y “el valor de la declaración de los funcionarios”.

Igual que en los casos anteriores, deseamos agradecer a la Magistrada Blanca Rosa Mármol de León la labor realizada en la selección de este

material y nuestra esperanza porque esta nueva obra sea recibida con beneplácito por su destinataria, la comunidad jurídica nacional, en cuanto tiende a facilitar la labor de los operadores de justicia, de los justiciables y de quienes se dedican tanto a la investigación como al estudio de estos temas.

Caracas, catorce de junio de 2006

*Omar Alfredo Mora Díaz*

# Índice General

<b>Introducción</b> .....	13
<b>Índice de Artículos</b> .....	15
<b>Título 1:</b> Delitos culposos. Los jueces apreciarán el grado de culpa.....	19
<b>Título 2:</b> Concurso real, no siempre aplicable en robo y privación ilegítima de libertad .....	23
<b>Título 3:</b> Doble conformidad.....	27
<b>Título 4:</b> Las nulidades de oficio sólo pueden ser declaradas en beneficio del justiciable .....	31
<b>Título 5:</b> Atenuantes. Aplicación facultativa pero no arbitraria del artículo 74 ordinal 4° del Código Penal .	36
<b>Título 6:</b> Desacato a mandamiento de amparo. Autonomía del juez constitucional .....	39
<b>Título 7:</b> Las cortes de apelaciones deben resolver el fondo de las denuncias en apelación, salvo las causas inadmisibles .....	44

<b>Título 8:</b> Sobreseimiento no es recurrible en casación cuando es solicitado por la representación del Ministerio Público como acto conclusivo .....	47
<b>Título 9:</b> Orden de allanamiento .....	49
<b>Título 10:</b> Orden de allanamiento .....	54
<b>Título 11:</b> Orden de allanamiento. Excepciones .....	56
<b>Título 12:</b> Nulidad del reconocimiento del acusado en la audiencia .....	61
<b>Título 13:</b> Sobre la motivación de la sentencia .....	65
<b>Título 14:</b> Sobre el error inexcusable .....	67
<b>Título 15:</b> Admisión de los hechos .....	79
<b>Título 16:</b> Extradición, notificación a embajada o al consulado, derecho a un intérprete del idioma extranjero ..	83
<b>Título 17:</b> Oportunidad de las partes para ofrecer nuevas pruebas en juicio .....	88
<b>Título 18:</b> Admisión de los hechos. Juez debe instruir al acusado sobre el procedimiento especial. Aceptación pura y simple .....	92
<b>Título 19:</b> Admisión de los hechos, último aparte del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal no constituye aliciente para admitir los hechos. Infringe principio de progresividad .....	96
<b>Título 20:</b> Sobre el lapso de prescripción de la acción penal. La interrupción del lapso de prescripción, prescripción ordinaria y prescripción judicial .....	101
<b>Título 21:</b> Testimonio del experto en el juicio .....	104

<b>Título 22:</b> Los expertos y funcionarios policiales deben rendir testimonio en juicio .....	108
<b>Título 23:</b> Sobre las excepciones .....	112
<b>Título 24:</b> Cambio de calificación jurídica.No es error <i>in bonus</i> no advertir del cambio de calificación, aun cuando se imponga menor pena .....	122
<b>Título 25:</b> Para acordar la radicación no exige la ley que la alarma o inquietud sean descomunales .....	126
<b>Título 26:</b> Acto de juramento de la defensa y declaración como imputado en fase de investigación .....	130
<b>Título 27:</b> Suspensión condicional del proceso es recurrible en casación, por imposibilitar, interrumpir u obstaculizar la continuación del juicio .....	137
<b>Título 28:</b> Legítima defensa. Debe comprobarse el peligro grave e inminente. Exceso en la defensa .....	140
<b>Título 29:</b> El allanamiento sin orden judicial procede a los fines de evitar la comisión de un delito. Requisitos .....	144
<b>Título 30:</b> Experticias o inspecciones realizadas en la fase de investigación. Imposibilidad de incorporarlas por su lectura. Principio de inmediación .....	151
<b>Título 31:</b> La declaración de testigos no puede ser sustituida en juicio por las actas de investigación .....	153
<b>Título 32:</b> Valoración del testimonio de funcionarios policiales. Certeza para desvirtuar la condición de inocente ..	155
<b>Título 33:</b> La sola declaración de los funcionarios aprehensores no es suficiente para establecer la responsabilidad penal. La declaración de testigo como prueba anticipada .....	158

<b>Título 34:</b> Concurrencia de las condiciones para la procedencia de la privación preventiva de libertad. Derecho a la defensa del investigado. Contumacia. Mandato de conducción. Acceso a las actas .....	160
<b>Título 35:</b> Medidas privativas de libertad. Criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad. Circunstancias del caso particular .....	163
<b>Título 36:</b> Jurisdicción competente para juzgar a altos funcionarios públicos .....	167
<b>Título 37:</b> Juez natural, unidad del proceso. Radicación ...	174
<b>Título 38:</b> Consumación del delito de robo .....	184
<b>Título 39:</b> Calificación del delito. Principio de proporcionalidad y circunstancias concurrentes .....	186
<b>Título 40:</b> Sujeto activo calificado. Funcionarios públicos en delitos de salvaguarda del patrimonio público. Error de derecho en la calificación de los hechos y la participación .....	189
<b>Título 41:</b> Infracción del artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal .....	193
<b>Título 42:</b> Infracción del artículo 364 del Código Orgánico Procesal Penal. Fundamentos de hecho y de derecho .....	195
<b>Título 43:</b> Calificación del delito de robo simple con arma de juguete .....	197
<b>Título 44:</b> Tentativa desistida en delitos sobre drogas .....	199
<b>Título 45:</b> La pena accesoria de sujeción a la vigilancia, vulnera la dignidad de la persona humana .....	202

<b>Título 46:</b> Las cortes de apelaciones deben notificar a los representantes de las partes y ordenar el traslado de los acusados detenidos .....	205
<b>Título 47:</b> La suspensión del debate por motivos previstos en la ley no debe exceder los 10 días consecutivos (principios de inmediación, concentración y continuidad) .....	207
<b>Título 48:</b> La competencia subjetiva del juez .....	210
<b>Título 49:</b> Acusación como punto de partida de la fase intermedia .....	212
<b>Título 50:</b> La tutela judicial efectiva (imparcialidad, idoneidad, transparencia e independencia de los órganos que juzgan) .....	215
<b>Título 51:</b> Medida sustitutiva a la privación judicial de libertad. Parámetros. Peligro de fuga .....	218
<b>Título 52:</b> Principio de la doble instancia .....	221
<b>Título 53:</b> La legítima defensa putativa .....	224
<b>Título 54:</b> Medidas de protección a las víctimas. Juez competente .....	226
<b>Título 55:</b> Registro del debate. La corte de apelaciones debe recabarlos si fue promovido por alguna de las partes .....	229
<b>Título 56:</b> Delitos de drogas no se encuentran previstos en el Estatuto de Roma. No son delitos de Lesa Humanidad.....	232
<b>Título 57:</b> Tráfico de drogas. Modalidad de transporte intraorgánico de drogas. Autoría, complicidad. Admisión de los hechos .....	237



## **Introducción**

De no ser por la perseverante instancia de nuestro querido Dr. Fernando Parra Aranguren, jamás habría separado el tiempo para escoger estas decisiones y votos salvados que en el tránsito por esta Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, han sido la ocasión de exponer criterios sobre puntos de derecho procesal unas veces, de derecho sustantivo otras y que no han pretendido otra cosa que lo que siempre hemos buscado a lo largo de una vida dedicada a la carrera judicial: acercarnos a la justicia como fin último de cualquier norma y razón esencial de nuestra función como jueces.

En el oficio de juzgar, la interpretación de la norma juega un papel determinante y no puede desligarse del fin que persigue. En esta selección hemos escogido los puntos que consideramos de mayor trascendencia y utilidad para todos los que de una u otra manera transitamos este difícil camino de la justicia y el Derecho. No nos anima otra intención que la de ser útiles.

Encontrará el lector que unas veces los criterios los expongo en la decisión y otras... en el voto salvado. Es buena la oportunidad para pasearse por criterios nuevos, determinados por la aplicación del Código Orgánico Procesal Penal, polémicas muchas veces como la doble conformidad, la admisión de los hechos, peligro de fuga, etc. Y criterios debatidos desde siempre como el de delito frustrado, la legítima defensa, el valor de la declaración de los funcionarios.

Estaré muy satisfecha si esta modesta selección contribuye en alguna medida a despertar el interés por el estudio de los puntos allí tratados y sobre todo si sirve a la formación de opiniones al respecto que nos lleven a interpretaciones justas, y ¿por qué no?, también si a través del análisis de los criterios allí expuestos surgieran planteamientos que pudieran llevarnos a revisarlos, abiertos como estamos siempre a la reconsideración de los criterios en aras a la justicia.

*Blanca Rosa Mármol de León*

## Índice de Artículos

### CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

ARTÍCULO	TÍTULO	PÁGINA
26 .....	50 .....	215
49.1 .....	52 .....	221
44.2 .....	16 .....	83
47 .....	11, 29 .....	56, 144
49 .....	34, 52 .....	160, 221
49.3 .....	35 .....	163
131 .....	32 .....	155
132 .....	32 .....	155
255 .....	14 .....	67
257 .....	15, 52 .....	79, 221
266 .....	36 .....	167
271 .....	56 .....	232

### CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

7.5 .....	35 .....	163
8 .....	36 .....	167
8.2.h .....	52 .....	221

### CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES CONSULARES

36.1 .....	16 .....	83
------------	----------	----

### ESTATUTO DE ROMA

7 .....	56 .....	232
---------	----------	-----

**LEY ORGÁNICA DE AMPARO SOBRE DERECHOS  
Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES**

31 .....	6 .....	39
----------	---------	----

**LEY ORGÁNICA DE LA SEGURIDAD DE LA NACIÓN**

56 .....	36 .....	167
----------	----------	-----

**CÓDIGO PENAL**

13 .....	45 .....	202
22 .....	45 .....	202
37 .....	1, 20 .....	19, 101
65 .....	53 .....	224
67 .....	28 .....	140
74.4 .....	5, 56 .....	36, 232
81 .....	44 .....	199
82 .....	57 .....	237
83 .....	40 .....	189
84 .....	40 .....	189
84.2 .....	57 .....	237
98 .....	2 .....	23
108 .....	20 .....	101
110 .....	20 .....	101
144.1 .....	36 .....	167
411 .....	1 .....	19
460 .....	43 .....	197

**LEY SOBRE EL HURTO Y ROBO DE VEHÍCULOS  
AUTOMOTORES**

5 .....	38 .....	184
6.5 .....	38 .....	184
7 .....	38 .....	184

**LEY ORGÁNICA SOBRE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES  
Y PSICOTRÓPICAS**

34 .....	57 .....	237
36 .....	39 .....	186

**LEY ORGÁNICA CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO  
Y EL CONSUMO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES  
Y PSICOTRÓPICAS**

31 .....	57 .....	237
----------	----------	-----

**CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL**

4 .....	36 .....	167
12 .....	26 .....	130
16 .....	30 .....	151
22 .....	41, 42 .....	193, 195
28 .....	23 .....	112

31	20	101
32	20	101
37	27	137
42	27	137
57	50	215
63	25, 50	126, 215
73	37	174
87	48	210
96	14	67
118	14, 54	67, 226
119	54	226
120	4, 54	31, 226
120.7	14	67
125.3	26	130
127	26	130
130	26	130
134	26	130
139	26	130
171	32	155
172	49	212
173	13	65
180	46	205
184	32	155
191	21	104
196	4, 14	31, 67
197	16, 30	83, 151
207	9, 10	49, 54
208	9, 10	49, 54
210	11, 29	56, 144
212	9, 10	49, 54
214	9, 10	49, 54
216	21	104
217	9, 10, 32	49, 54, 155
218	32	155
220	32	155
225	9, 10, 29, 11	49, 54, 144, 156
230	12	61
231	12	61
239	21	104
243	34, 35	160, 163
244	35	163
246	35	163
247	34, 35	160, 163
250	34, 35, 37, 51	160, 163, 174, ,218
251	51, 35	218, 163
252	34	160
254	35	163
256	35	163

257	39	186
264	35	163
282	54	226
307	31, 33	153, 158
310	34	160
318	49	212
320	49	212
325.2	8	47
325.4	8	47
329	14	67
331	23	112
334	55	229
335	47	207
339	31	153
340	22	108
350	24	122
351	17	88
354	22	108
357	33, 22	158, 108
359	17	88
364	42	195
376	4, 14, 15, 18, 19, 57	31, 67, 79, 92, 96, 237
436	16	83
437	7, 52, 23	44, 221, 112
441	57	237
442	57	237
447	23	112
447	49	212
455	55	229
456	13	65
468	3	27

**CÓDIGO ORGÁNICO DE JUSTICIA MILITAR**

534	36	167
-----	----	-----

**LEY ORGÁNICA DE SALVAGUARDA  
DEL PATRIMONIO PÚBLICO**

71	40	189
----	----	-----

**CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL**

75-F	11	56
------	----	----

## **Título I:**

### **Delitos culposos. Los jueces apreciarán el grado de culpa**

<b>Sentencia N°:</b>	196 del 12 de mayo de 2005.
<b>Expediente N°:</b>	04-422.
<b>Ponente:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de casación.
<b>Interviniente:</b>	Leiden Antonio Curiel Figuera.
<b>Delito:</b>	Homicidio culposo.
<b>Normas Citadas:</b>	Código Penal 411 y 37.
<b>Decisión:</b>	La Sala declaró Con Lugar el recurso de casación propuesto por la víctima, declaró la nulidad de la sentencia de juicio y de la Corte de apelaciones y ordenó reponer la causa a la celebración de un nuevo juicio.

La Sala resolvió

“De la lectura de la denuncia planteada se evidencia que la razón asiste a los recurrentes cuando alegan que la Corte de Apelaciones confirma el sobreseimiento por prescripción de la acción penal dictado por el Tri-

bunal Penal de Juicio de Cabimas, al aplicar falsa o indebidamente la primera parte del artículo 411 del Código Penal.

En efecto, la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones señala al folio 87 de la tercera pieza del expediente que: “analizada la sentencia del *a quo*, se desprende que la juzgadora actuó debidamente al decretar el sobreseimiento de la causa, por prescripción de la acción penal”.

Por su parte, la sentencia dictada el cuatro de marzo de 2004, por el Tribunal Penal de Juicio de Cabimas, consideró: “De las actas procesal (sic) se evidencia que la acusación fue presentada por el Ministerio Público, efectivamente, el mismo día cuando el hecho ocurrido cumplía TRES AÑOS y que la misma calificó la acción cometida por el ciudadano LEIDIN ANTONIO CURIEL FIGUERA, como HOMICIDIO CULPOSO, previsto y sancionado en el artículo 411 del Código Penal, y cuya pena a imponer es la de seis meses a cinco años, cuya media aplicar, de conformidad con lo establecido en el artículo 37 *ejusdem*, es la de dos años, nueve meses, en consecuencia, se encuentra encuadrada dentro del parámetro establecido en el ordinal 3° del artículo 108 del Código Penal, es decir, el lapso de prescripción para este tipo de delito es de TRES (3) AÑOS. Asimismo observa esta sentenciadora que el retardo en el proceso no ha sido en modo alguno culpa del acusado, quien en todo momento ha asistido a todos los actos para los cuales ha sido convocado, en consecuencia, el retardo judicial como causa de prescripción, encuadra dentro del contenido del párrafo del artículo 110, es decir, que a ese lapso de prescripción aplicable a este caso en concreto, sería de CUATRO AÑOS Y MEDIO (4 años y 6 meses). Si tomamos en cuenta que el hecho ocurrió el día 06 de junio de 1999, que la acusación fue presentada el 06 de junio de 2002, para esta fecha en la cual hubo interrupción de la prescripción, ya habían transcurrido tres años; ahora bien, si el lapso de prescripción continúa, según lo dispuesto en el artículo 110 del Código Penal, tenemos que para el día 06 de diciembre de 2003, se cumplió el tiempo para que operara la prescripción en la siguiente causa. Así se decide...”.

Como se puede observar de la lectura de la sentencia antes transcrita, se evidencia que la juzgadora aplicó indebidamente el primer párrafo del artículo 411 del Código Penal, y en consecuencia realizó los cálculos de la prescripción de la acción penal con base en una pena imponible menor a la correspondiente, toda vez que en el presente caso del hecho imputado al acusado, resultó la muerte de tres ciudadanas.

Es así como el artículo 411 del Código Penal, establece:

“El que por haber obrado con imprudencia o negligencia, o bien con impericia en su profesión, arte o industria, o por inobservancia de los reglamentos, órdenes e instrucciones, haya ocasionado la muerte de alguna persona, será castigado con prisión de seis meses a cinco años.

En la aplicación de esta pena, los Tribunales de Justicia apreciarán el grado de culpabilidad del agente.

Si del hecho resulta la muerte de varias personas o la muerte de una sola y las heridas de uno o más, con tal que las heridas acarreen las consecuencias previstas en el artículo 416, la pena de prisión podrá aumentarse hasta ocho años”.

De la lectura de dicho artículo se observa que en su primer párrafo contempla una pena de seis meses a cinco años de prisión. Y en su último párrafo prevé un aumento de pena hasta de ocho años, si del hecho resulta la muerte de varias personas.

Además, el artículo ordena que para aplicar la pena, los tribunales apreciarán el grado de culpabilidad del agente, lo cual podría incidir en un aumento considerable de la pena.

De manera que, el homicidio culposo (contemplado en el artículo 411 del Código Penal) es el único caso en donde no se aplica el artículo 37 *ejusdem*, para determinar el término medio, ya que para aplicar la pena, el juez deberá apreciar el grado de culpabilidad del agente y en el caso de resultar del hecho la muerte de varias personas o de una muerta y otras heridas, el juez tiene la potestad de aumentar la pena hasta 8 años, pero no de manera arbitraria, sino motivada.

En tal sentido, para calcular la prescripción no puede estimarse simplemente con la aplicación del artículo 37 del Código Penal, para obtener un término medio, sino que grosso modo deberá calcularse con base al término superior de ocho años de prisión, toda vez que en el presente caso podría imponerse una pena superior a los cinco años, que contempla el artículo 411 en su primer párrafo, ya que del hecho imputado al acusado, resultó la muerte de varias personas.

En virtud de lo antes expuesto, esta Sala de Casación Penal considera procedente y ajustado a Derecho, DECLARAR CON LUGAR la de-

nuncia planteada, toda vez que la acción penal prescribirá por cinco años, de conformidad con lo contemplado en el ordinal 4° del artículo 108 del Código Penal.

Siendo así, se observa que aún no se encuentra prescrita la acción penal, ya que desde el 05 de agosto de 2002, fecha de admisión de la acusación fiscal, acto que según jurisprudencia de este tribunal, es el acto de interrupción de la prescripción por excelencia, a la fecha, aún no han transcurrido los cinco años que dispone la ley.

En consecuencia, se declara la nulidad de la sentencia dictada por la Sala 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, de fecha 30 de julio de 2004, que DECLARÓ SIN LUGAR el recurso de apelación y de la sentencia dictada por el Tribunal Primero de Juicio de la misma Circunscripción, de fecha 04 de marzo de 2004, que DECLARÓ EL SOBRESEIMIENTO DE LA CAUSA por prescripción de la acción penal, y ORDENA la reposición de la causa al estado que se realice nuevo juicio oral y público”.

## **Título 2:**

### **Concurso real, no siempre aplicable en robo y privación ilegítima de libertad**

<b>Sentencia N°:</b>	727 del 19 de diciembre de 2005.
<b>Expediente N°:</b>	05-405.
<b>Ponente:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Voto Concurrente:</b>	Alejandro Angulo Fontiveros.
<b>Asunto:</b>	Recurso de casación.
<b>Interviniente:</b>	Leonel José Parra Uzcátegui.
<b>Delito:</b>	Robo de vehículo automotor.
<b>Normas Citadas:</b>	Código Penal 98, Ley Sobre el Hurto y Robo de Vehículos Automotores. Artículo 6.5.
<b>Decisión:</b>	La Sala desestima por manifiestamente infundado el recurso de casación.

La Sala resolvió

“En atención a lo previsto en los artículos 257 de la Constitución vigente y 13 del Código Orgánico Procesal Penal, la Sala ha revisado la decisión impugnada a los fines de verificar si existen vicios que pudieran conllevar su nulidad, y observa que se encuentra ajustada a Derecho.

No obstante, la Sala pasa a realizar algunas precisiones al respecto de la calificación del delito de robo agravado y la aplicación del delito de privación ilegítima de libertad.

La Ley sobre el Hurto y Robo de Vehículos tiene como objeto la tipificación de delitos simples y pluriofensivos, relacionados principalmente con el ataque o puesta en peligro de los bienes jurídicos, propiedad, libertad y la vida, y constituye una de las decenas de leyes especiales que contienen tipos delictivos de diversa naturaleza que se encuentran disgregadas del ideal que supone la codificación penal.

Cierto es que la dinámica que presenta la realidad social, hace necesaria la creación de nuevos tipos penales, adaptados a las conductas que representan nuevas modalidades de ataques a los intereses de la sociedad, o simplemente surge la necesidad de reprimir con mayor vigor conductas ya previstas en la ley, que es lo que conocemos como razones de política criminal.

Sin embargo, la justa preocupación por crear medios legales para procurar refrenar la delincuencia, se extiende a establecer tipos legales contenidos ya en normas preexistentes, así como aplicar figuras que la ciencia del Derecho Penal y la doctrina utilizan para la interpretación de los principios generales del Derecho, pero en sentido totalmente opuesto a su significado esencial.

Uno de esos casos es la ley especial referida, promulgada en atención a la realidad que vive la sociedad venezolana inmersa en la inseguridad y el alto porcentaje en aumento de este tipo de delitos, y que lamentablemente la ley por sí sola no representa la solución ni la disminución de esos hechos, si no se encuentra apoyada por otros mecanismos que merecen también ajustarse a esta realidad.

Y es cierto que es necesario el ajuste de algunas normas y su efectiva aplicación, pero esa adaptación de la ley debe hacerse tomando muy en cuenta el contenido de las normas preexistentes, las figuras jurídicas desarrolladas por la doctrina y los principios generales del Derecho, esto con el fin de evitar la proliferación de normas que contienen idénticos supuestos de hecho y que colocan al colectivo y a los llamados a aplicar justicia en inconsistente situación jurídica, ya sea por repetición, por imprecisión y hasta por contradicción.

Precisamente, en la Ley sobre Hurto y Robo de Vehículos encontramos una contradicción entre las figuras del concurso real e ideal de delitos y la múltiple ofensa que caracteriza ciertos tipos delictivos.

Es el caso de la circunstancia agravante prevista en el artículo 6, numeral 5 de la referida ley que establece:

“Artículo 6°. Circunstancias Agravantes. La pena a imponer para el robo de vehículo automotor será de nueve a diecisiete años de presidio si el hecho punible se cometiere:

...(omissis)...

5. Por medio de ataque a la libertad individual, en cuyo caso se estimará siempre la existencia de un concurso real de delitos”.

El robo es un delito pluriofensivo por excelencia, pues los bienes jurídicos atacados o puestos en peligro son la propiedad, la integridad física, la libertad o autodeterminación, de allí que existan los tipos simples y agravado, como por ejemplo, el delito de robo agravado previsto en el artículo 458 del Código Penal, donde se encuentra incluido el ataque a la libertad individual como agravante específica, y por cuanto con un mismo hecho fueron atacados diversos bienes jurídicos, lo que constituye a su vez un concurso ideal de delitos, consagrado en una sola norma y apoyado además, en el artículo 98 del Código Penal, que establece:

“Artículo 98. El que con un mismo hecho viole varias disposiciones legales, será castigado con arreglo a la disposición que establece la pena más grave”.

Por ello, es un error en la técnica legislativa, aplicar a priori el delito de privación ilegítima de libertad en concurso real con el delito de robo de vehículo automotor, pues éste es agravado justamente por la ejecución de la privación de libertad como delito medio o instrumento, de allí que aplicarlo en concurso real, contradice dicha figura y supone una doble agravación que resulta contraria a los principios de interpretación y aplicación de las normas jurídico penales.

Es prudente también acotar que las razones anteriores no obstan a que también sea aplicado el concurso real de delitos, si las circunstancias de hecho así lo determinan, cual sería el caso de quien roba o hurta, privando de libertad al sujeto pasivo, y una vez asegurado el apoderamiento,

retiene al sujeto activo o a otros sujetos pasivos que no se encontraban al inicio de la ejecución del robo o hurto, lo que el juez deberá determinar motivadamente.

En el presente caso, el Juez de Juicio estableció el concurso real, cuando afirmó que “la víctima fue privada ilegítimamente de la facultad de desplazarse a su voluntad, ininterrumpidamente, aproximadamente por cuatro horas (1:30 a.m. a 5:30 ó 6:00 a.m.)”, de ello se deduce que una vez en dominio del vehículo, (primer hecho) retienen a la víctima con ellos y se sirven del vehículo robado (segundo hecho), y este último configura un acto distinto al robo inicialmente perpetrado, (y aun cuando la retención de la víctima produjo el aseguramiento del objeto, haberla puesto en libertad no hubiera reducido el dominio sobre el mismo, pues dadas las circunstancias, poco es lo que pudo haber hecho la víctima para evitar la consecución del hecho, y más aún, en altas horas de la noche”).

## **Título 3:**

### **Doble conformidad**

<b>Sentencia N°:</b>	225 del 23 de mayo de 2006.
<b>Expediente N°:</b>	06-0086.
<b>Ponente:</b>	Eladio Ramón Aponte Aponte.
<b>Voto Concurrente:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de casación.
<b>Interviniente:</b>	Luis Adolfo León Guerra.
<b>Delito:</b>	Homicidio culposo.
<b>Normas Citadas:</b>	468 del Código Orgánico Procesal Penal.
<b>Decisión:</b>	La Sala desestima por inadmisibile el recurso de casación.

La Sala resolvió

“El artículo 468 del Código Orgánico Procesal Penal establece lo siguiente:

“Doble conformidad. Si se ordena la apertura de un nuevo proceso en contra de un acusado que haya sido absuelto por la sentencia de primera instancia y obtiene una sentencia absolutoria, en contra de ésta no será admisible recurso alguno”.

De lo que antecede se infiere, que la finalidad que persigue la doble conformidad contemplada en la citada norma, es garantizar al acusado un proceso justo idóneo y equitativo, toda vez que prohíbe de manera expresa la admisión de recurso alguno en los casos que haya operado una doble instancia a favor del acusado, es decir que este haya obtenido doble sentencia absolutoria, situación que conlleva sin lugar a dudas a creer en su inocencia.

En relación con el transcrito artículo la Sala ha señalado:

“...Para que se verifique la doble conformidad, es necesario que en un primer proceso se obtenga una sentencia absolutoria de Primera Instancia, y de ordenarse un nuevo proceso, también se obtenga en éste, una sentencia absolutoria; o cuando se obtienen dos sentencias absolutorias en segunda instancia...”. (Sentencia número 416 del 9 de noviembre de 2004, con ponencia de la Magistrada Doctora Blanca Rosa Mármol de León).

Al respecto, el criterio de la Sala Constitucional, es el siguiente:

“...Dada su colocación en el Código Orgánico Procesal Penal y su conexión con el recurso de casación, la frase que impide que contra la sentencia absolutoria no sería admisible recurso alguno, a juicio de esta Sala, es al recurso de casación y no a otro recurso como lo sería la apelación.

Dada esa interpretación, la doble conformidad sólo existe cuando se agota la doble instancia con dos sentencias absolutorias para el imputado, y siempre que las dos instancias no correspondan a la secuencia regular, sino a una causa que juzgada en alzada fue respuesta a la primera instancia, para que de nuevo se realizara un nuevo juicio.

Si en ese nuevo juicio (oral) el acusado resulta absuelto y obtiene de nuevo una sentencia absolutoria en ambas instancias (primera y segunda), no procede el recurso de casación...”. (Sentencia número 3619 del 6 de diciembre de 2005, con Ponencia del Magistrado Doctor Jesús Eduardo Cabrera Romero).

En consecuencia, en el presente caso se cumplen con los requisitos exigidos en la aludida norma, por cuanto el ciudadano Luis Adolfo León Guerra fue absuelto por el Tribunal Tercero en Función de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo, sentencia que posterior-

mente fue anulada por la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del mismo Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo que ordenó la celebración de un nuevo proceso y dentro del marco de la celebración de ese nuevo juicio oral, el acusado obtuvo nuevamente una sentencia absolutoria emitida esta vez por el Juzgado Quinto en Función de Juicio del citado Circuito Judicial Penal, que fue confirmada por la referida Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del tantas veces mencionado Circuito Judicial Penal.

Por consiguiente, esta Sala considera que lo procedente y ajustado a derecho en este caso es desestimar por inadmisibles los recursos de casación interpuestos tanto por la parte fiscal como por los representantes de las víctimas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 465 y 468 del Código Orgánico Procesal Penal, en virtud que dichos recursos fueron propuestos en contra de una segunda sentencia absolutoria, dictada con ocasión de la celebración de un nuevo juicio oral. Así se decide”.

...(omissis)...

Voto Concurrente: Blanca Rosa Mármol de León:

“La sentencia aprobada por mayoría de esta Sala, bajo ponencia del Magistrado Doctor Eladio Ramón Aponte Aponte, desestima por Inadmisible, los recursos de casación interpuestos por la parte fiscal y los representantes de las víctimas, contra la sentencia de fecha 5 de diciembre de 2005, dictada por la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial del Estado Carabobo al considerar que la decisión recurrida no es susceptible de impugnación mediante el recurso de casación, debido a que en el caso bajo estudio se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 468 del Código Orgánico Procesal Penal, es decir, se verifica la doble conformidad.

En cuanto a este punto estoy totalmente de acuerdo con la Sala, ya que como bien lo señala la presente decisión, el artículo de la doble conformidad tiene como finalidad “garantizar al acusado un proceso idóneo y equitativo, toda vez que prohíbe de manera expresa la admisión de recurso alguno en los casos en los que haya operado una doble instancia a favor del acusado, es decir, que éste haya obtenido doble sentencia absolutoria”.

Ahora bien, de la simple lectura del artículo 468 de la norma adjetiva penal, conjuntamente con lo antes transcrito, se puede apreciar que la intención del legislador fue garantizar una justicia oportuna, al prohibirle a las partes la interposición de recurso alguno cuando se verifica la doble conformidad, es decir, cuando en un proceso se verifican dos sentencias absolutorias como consecuencia de una nulidad declarada por la Corte de Apelaciones, asegurando así la cosa juzgada que a su vez garantiza la doble instancia, lo que permite que los juicios no se vuelvan interminables y se pueda incurrir entonces en denegación de justicia.

En razón de lo anterior, disiento de la Sala, cuando estiman como cierto que tal prohibición es efectiva únicamente en cuanto al recurso de casación, mas no así en cuanto al recurso de apelación, es decir, que para que opere la doble conformidad debe verificarse la confirmatoria de la segunda sentencia absolutoria por parte de la corte de apelaciones y que es en contra de esta última que no procede el recurso de casación.

En tal sentido considero que cuando el código señala “en contra de ésta no será admisible recurso alguno”, en virtud del principio de la cosa juzgada, la justicia oportuna y el *non bis in idem*, se hace referencia a todos los recursos posibles y no específicamente al recurso de casación”.

## **Título 4:**

### **Las nulidades de oficio sólo pueden ser declaradas en beneficio del justiciable**

<b>Sentencia N°:</b>	203 del 22 de mayo de 2006.
<b>Expediente N°:</b>	06-0157.
<b>Ponente:</b>	Eladio Ramón Aponte Aponte.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Avocamiento
<b>Interviniente:</b>	Juan Bautista Fernández Mendoza.
<b>Delito:</b>	Homicidio simple y otros.
<b>Normas Citadas:</b>	Código Orgánico Procesal Penal, 196, 120, 376.
<b>Decisión:</b>	La Sala Anula de Oficio la audiencia preliminar, repone al estado de nueva celebración de la audiencia y mantiene las medidas de privación de libertad.

La Sala resolvió

“En virtud de lo antes expuesto, es forzoso para la Sala, en aras de evitar nulidades en etapas procesales posteriores por las violaciones señaladas y de una correcta administración y aplicación de justicia, declarar la nulidad de la audiencia preliminar del 21 y 22 de febrero de 2006 realizada

ante el Tribunal Tercero de Control y de todas las actuaciones posteriores a ese acto, según los artículos 190, 191 y 195 del Código Orgánico Procesal Penal, por cuanto las omisiones del señalado juzgado configuraron para las partes, flagrantes violaciones de orden constitucional y legal y en consecuencia, se ordena realizar una nueva audiencia preliminar, ante otro juez de control, con el debido aseguramiento de los derechos y garantías que comprenden el debido proceso. Así se decide.

De igual manera, mantienen las medidas de privación judicial preventiva de libertad, dictadas el 8 y 16 de diciembre de 2005, por el Tribunal Tercero de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Trujillo, en contra de todos los imputados, por la presunta comisión de los delitos de Homicidio Simple, tipificado en el artículo 405 del Código Penal en perjuicio del ciudadano Dave Parker Ávila Urbina y Homicidio Simple en Grado de Frustración, tipificado en el artículo 405 en relación con el artículo 80, ambos del Código Penal, en perjuicio del ciudadano Edinson Raúl Briceño Briceño y Uso Indebido de Armas, tipificado en el artículo 281 *eiusdem*. En consecuencia se ordena, con la urgencia del caso, ejecutar las medidas decretadas en su oportunidad, al tribunal de control a que le corresponderá conocer de la presente causa, prescindiendo de los vicios que dieron lugar a esta nulidad. Así se decide.

Sobre la base de las consideraciones expuestas, la Sala advierte que la actuación del Juez del Tribunal Tercero de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Trujillo, que tenía la obligación de ser garante de los derechos y garantías constitucionales y procesales de las partes involucradas en este causa, incurrió en un error inexcusable, ya que al pronunciarse sin escuchar a los padres del occiso Dave Parker Ávila Urbina y del lesionado Edinson Raúl Briceño Briceño, víctimas con interés legítimo en las resultas del proceso. Al igual que, omitir de informar sobre las medidas alternativas a la prosecución del proceso (admisión de los hechos) a los ciudadanos acusados (Juan Bautista Fernández Mendoza, Jorge José Castellanos, Fernando José Carrasquero Araujo, Ronald José Rojas Torres, Rosario Douglas Lenín, Hernán Enrique Rivero Ramírez, José Alexander Escalona Díaz, Horacio Antonio Rojas Saavedra, Francisco Miguel Artigas González, Joel Vergara, José Dolores Sánchez, Pedro Luis Baptista Sánchez, Miguel José Saavedra Cordero e Isaías Antonio Materano Ramírez), les cercenó flagrantemente el derecho a ser oídos, a la defensa, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a la igualdad de las partes en el juicio.

...(omissis)...

Voto Salvado Blanca Rosa Mármol de León

“...respecto de la nulidad de oficio con motivo de la violación del artículo 120.7 (Derecho de la víctima a ser oída antes de la decisión de sobreseimiento), considero, tal como lo he sostenido en diversos votos salvados, que la aplicación de las nulidades debe ser exclusiva o restrictiva para aquellos casos en que sea necesario por violación del debido proceso, y por tanto, se infrinjan las garantías del imputado. Con el Código de Enjuiciamiento Criminal, la casación de oficio era posible sólo en beneficio del reo, y si en un régimen inquisitivo resultaba imposible anular de oficio una sentencia en perjuicio del procesado, debe entenderse entonces que en la actualidad, bajo un régimen garantista, con mayor razón, sería improcedente la nulidad de oficio en contra o en perjuicio del imputado.

Este criterio que sostengo, fue acogido por la Sala Constitucional en fecha 14 de octubre de 2005, en decisión N° 3021, donde expresó:

“...En el régimen previsto en el Código Orgánico Procesal Penal, no se encuentra contemplada previsión alguna referida a la figura de la casación de oficio –ni en perjuicio ni en beneficio del imputado–, pero es el caso que si durante la vigencia del régimen inquisitivo del Código de Enjuiciamiento Criminal no era admisible la casación de oficio en perjuicio del reo, en el régimen procesal penal vigente, cuyos fundamentos encuentran impregnados por los postulados del garantismo jurídico-penal, a fortiori no resulta plausible la casación de oficio en perjuicio del imputado, sino únicamente en su beneficio...”.

Por otra parte, la violación del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, invocada por la representación del Ministerio Público, no puede estimarse cometida por el Juez de Control, pues en el acta de la audiencia preliminar se hace referencia claramente que dicha norma sí fue impuesta a los acusados, donde quedó plasmado “el juez informó a los imputados Francisco Miguel Artigas González, Yoel Vergara e Isaías Antonio Materano Ramírez, sobre lo previsto en base a los razonamientos artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal”, además, los imputados no interpusieron recurso alguno, lo que hace entender que sí fueron impuestos de la medida, tal como se observa de la propia acta de la audiencia preliminar.

El argumento del Ministerio Público es que la imposición de dicha medida no fue suficientemente explicada a los procesados por el juez de control,

no obstante, tal situación debió ser probada por el Ministerio Público, quien, aunque parte de buena fe, debe saber que las nulidades que se invocan a favor de los procesados no podrán ordenar el retroceso de la causa cuando la reposición conlleve grave perjuicio para el justiciable. Ello lo establece el artículo 196 del Código Orgánico Procesal Penal, relativo a los efectos de las nulidades, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 196. Efectos. La nulidad de un acto, cuando fuere declarada, conlleva la de los actos consecutivos que del mismo emanaren o dependieren.

Sin embargo, la declaración de nulidad no podrá retrotraer el proceso a etapas anteriores, con grave perjuicio para el imputado, salvo cuando la nulidad se funde en violación de una garantía establecida a su favor...”.

Así, la imposición a los imputados del procedimiento por admisión de los hechos en la audiencia preliminar, puede realizarse también antes del inicio del juicio oral y público, por lo que retrotraer el proceso a la audiencia preliminar, implica un grave perjuicio para los procesados, pues ya la causa se encontraba en la fase de juicio oral y público.

Ello se desprende del contenido del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal que establece:

*“Solicitud. En la Audiencia preliminar, una vez admitida la acusación, o en el caso del procedimiento abreviado, una vez presentada la acusación y antes del debate, el Juez en la audiencia instruirá al imputado respecto del procedimiento por admisión de los hechos...”*. (Resaltado de la magistrada que disiente).

En conclusión estimo que la Sala, si bien tiene facultad de solicitar un expediente para analizar si procede o no el avocamiento, en el presente caso no debió avocarse al conocimiento del asunto, pues no se verifican las causales de procedencia para ello, no existe error inexcusable en el presente caso ni procede declarar, de oficio, y en perjuicio de los acusados, la nulidad de la audiencia preliminar”.

Comentario:

LA DECISIÓN N° 3021 DEL 14 DE OCTUBRE DE 2005 DE LA SALA CONSTITUCIONAL, PONENTE MAGISTRADO FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ, QUE ANULÓ LA DECISIÓN 520

DEL 14 DE DICIEMBRE DE 2004, SE ENCUENTRA ACORDE CON EL CRITERIO SOBRE LAS NULIDADES DE OFICIO DE LA MAGISTRADA BLANCA ROSA MÁRMOL DE LEÓN, EN LA REFERIDA DECISIÓN LA SALA CONSTITUCIONAL EXPRESÓ:

“En el presente caso, la actuación efectuada por la Sala de Casación Penal de este máximo Tribunal no estuvo ajustada a los principios y normas constitucionales que informan el proceso penal, toda vez que llevó a cabo una interpretación y consecuente aplicación errónea del régimen de las nulidades previsto en el artículo 190 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal, y específicamente, a través de la figura de las nulidades absolutas, ya que le estaba vedado modificar de oficio, en perjuicio del imputado, los fallos impugnados a través del recurso de casación sometido a su consideración, lo cual ocasionó, a criterio de esta Sala, una flagrante lesión a la garantía del debido proceso de los ciudadanos en cuyo beneficio se dictó el sobreseimiento de la causa en el proceso originario”.

## **Título 5:**

### **Atenuantes. Aplicación facultativa pero no arbitraria del Artículo 74 Ordinal 4° del Código Penal**

<b>Sentencia N°:</b>	416 del 30-06-2005.
<b>Expediente N°:</b>	05-150.
<b>Ponente:</b>	Héctor Coronado Flores.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de casación.
<b>Interviniente:</b>	Carlos Manuel Morante.
<b>Delito:</b>	Tráfico de Sustancias Estupefacientes.
<b>Normas Citadas:</b>	Artículo 74 ordinal 4° del Código Penal.
<b>Decisión:</b>	La Sala desestimó por manifiestamente infundado el recurso de casación.

La Sala resolvió

“...este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley, desestima, por manifiestamente infundado el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado Carlos Manuel Morantes en contra

de la decisión dictada por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Miranda; con sede en Los Teques”.

Voto Salvado Blanca Rosa Mármol de León

“La mayoría de esta Sala de Casación Penal al conocer el recurso de casación planteado por la defensa del acusado, quien fue condenado a cumplir la pena de QUINCE AÑOS DE PRISIÓN por la comisión del delito de TRANSPORTE DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, previsto y sancionado en el artículo 34 de la Ley Orgánica que rige la materia, luego de declararlo manifiestamente infundado, procedió a revisar el fallo impugnado, en atención a lo dispuesto en el artículo 257 de la Constitución de la República, y consideró que el mismo se encontraba ajustado a derecho.

Ahora bien, de las actas del expediente se observa que ni el Juzgador de la Primera Instancia ni los Sentenciadores de la Corte de Apelaciones consideraron la rebaja de la pena al imputado de autos, en virtud de la ausencia de antecedentes penales. En efecto, el Juez de Juicio al momento de establecer la penalidad correspondiente expresó lo siguiente:

“...En relación a la pena aplicable en la presente causa; al ciudadano CARLOS MANUEL MORANTE, este Tribunal observa, que el delito de TRANSPORTE DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES y PSICOTRÓPICAS, previsto y sancionado en el artículo 34 de la Ley Orgánica sobre Sustancias, Estupefacientes y Psicotrópicas, establece una pena de Prisión de Diez (10) a Veinte (20) años; que por aplicación del artículo 37 del Código Penal, el término medio, normalmente aplicable sería de Quince (15) años de prisión; tomando en consideración la cantidad de sustancia incautada y el daño social que la misma ocasiona, esta Juzgadora estima conveniente que la misma no tiene rebaja alguna, en virtud también de que el acusado tuvo oportunidad procesal, como la aprovechó el hijo de poder admitir los hechos y de esa forma tener una condena menor...”.

Con respecto a la rebaja de la pena por falta de antecedentes penales he manifestado en reiteradas oportunidades que es cierto que las circunstancias atenuantes, son en principio de la libre apreciación de los jueces de instancia, pero, esa discrecionalidad conferida a los jueces para la aplicación de la atenuante genérica, debe responder a lo que resulte más equitativo, en aras de la imparcialidad y la justicia, razón

por la cual la potestad de acogerla o no debe ser un acto voluntario regido por la razón y las leyes, y no una apreciación arbitraria circunstancial o caprichosa de quienes poseen dicha facultad. La motivación expuesta por el juez de juicio denota una opinión, que lejos de ser equitativa, establece una posición bajo una óptica rígida que ignora la realidad social. Inferir que la obtención de una condena menor bajo la posibilidad procesal de admitir los hechos, cuyo beneficio no es tal cuando el límite mínimo aplicable se corresponde al de la pena normalmente aplicable en ausencia de antecedentes penales, es relajar precisamente la aplicación de la norma contenida en el artículo 74 ordinal 4º del Código Penal, cuando la intención del legislador al crear dicha norma era evitar cerrar la puerta, con menoscabo de la justicia, a esas circunstancias atenuantes que puedan presentarse, las cuales las dejó al prudente juicio de los tribunales para que en cada caso particular las estimare con su racional e ilustrado criterio, lo que determina la atribución conferida a los jueces. Por ello, es de obligatorio cumplimiento para los jueces motivar las razones del por qué aplican o dejan de aplicar cualquier circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, expresando claramente los fundamentos de su decisión a través de un razonamiento lógico y justo, no siendo éste el caso de autos.

Así entonces, si bien la Sala consideró pertinente desestimar el recurso propuesto por la defensa, a tenor de lo dispuesto en el artículo 465 del Código Orgánico Procesal Penal, no obstante opino que en el presente caso ha debido la Sala anular de oficio la pena aplicada por el Juzgado de Juicio, e imponer la pena mínima de diez (10) años de presidio, todo ello, en aras al derecho que tiene todo imputado a que se le siga un debido proceso, y a la aplicación de una pena justa”.

## **Título 6:**

### **Desacato a mandamiento de amparo. Autonomía del Juez Constitucional**

<b>Sentencia N°:</b>	249 del 26-05-2005.
<b>Expediente N°:</b>	04-0381.
<b>Ponente:</b>	Héctor Manuel Coronado Flores.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Interviniente:</b>	Polo Medina.
<b>Asunto:</b>	Desacato a mandamiento de amparo.
<b>Normas Citadas:</b>	31 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales.
<b>Decisión:</b>	La Sala repone la causa al estado en que sean convocadas las partes y las víctimas para la audiencia oral.

La Sala resolvió

“No obstante la inadmisibilidad del recurso de casación propuesto, por cuanto el delito por el cual se sigue la presente causa (desacato a amparo constitucional) tiene asignado una pena inferior a los cuatro (4) años de prisión, esta Sala en atención a lo dispuesto en los artículos 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 18 de la

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en aras de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las partes, ha revisado las actas procesales y observa que existe un vicio que hace procedente la reposición de la causa, a tal efecto observa:

En fecha 15 de mayo de 2001, los ciudadanos ...(*omissis*)..., presentaron escrito por ante la Fiscalía Sexta del Ministerio Público del Circuito Judicial Penal del Estado Miranda, con sede en Higuero, en el cual denunciaban el desacato al amparo constitucional acordado por el Juzgado Segundo de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, con sede en Guarenas, en el cual ordenaba al Alcalde del Municipio Eulalia Buroz de esa entidad federal, el reenganche de los nombrados ciudadanos a sus puestos de trabajo y el pago de los salarios caídos hasta la efectiva reincorporación.

La referida Fiscalía Sexta ante “la no existencia de suficientes elementos para proseguir la averiguación”, en fecha 1º de agosto de 2001, ordenó el archivo del expediente, de conformidad con el artículo 315 del Código Orgánico Procesal Penal.

En fecha 7 de febrero de 2003, los ciudadanos arriba nombrados, solicitaron ante la Fiscalía Sexta, la reapertura de la investigación, aportando los recaudos correspondientes.

Oídas las partes, el Fiscal Sexto del Ministerio Público, abogado ERNESTO FÉLIX EREBRIE ZAMBRANO, en fecha 11 de septiembre de 2002, solicitó el sobreseimiento de la causa, de conformidad con el artículo 318, numeral 1, del Código Orgánico Procesal Penal, por no haberse realizado el hecho imputado al ciudadano RAMÓN GÓMEZ SERRANO, Alcalde del Municipio Eulalia Buroz.

El Juzgado Primero de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Miranda, en fecha 29 de septiembre de 2003, decretó el sobreseimiento solicitado por el representante del Ministerio Público. En esta misma fecha las víctimas presentaron escrito por ante la Oficina de Alguacilazgo, en el cual participan al Tribunal Primero de Control, la recusación propuesta por ante la Fiscalía Superior, del Fiscal Sexto del Ministerio Público. Asimismo, consta en autos, diligencia interpuesta por el abogado que asiste a las víctimas, en fecha 13 de octubre de 2003, en el cual informa nuevamente al referido Juzgado de la recusación del Fiscal del Ministerio Público.

En fecha 5 de noviembre de 2005, las víctimas, asistidas de abogado, interpusieron recurso de apelación contra el sobreseimiento decretado por el Juzgado de Control. La Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Miranda, el 21 de junio de 2004, declaró inadmisibles por extemporáneo dicho recurso de apelación.

Establece el artículo 323 del Código Orgánico Procesal Penal que presentada la solicitud de sobreseimiento, el juez convocará a las partes y a la víctima a una audiencia oral para debatir los fundamentos de la petición, salvo que estime, que para comprobar el motivo no sea necesario el debate.

Ahora bien, en el presente caso el Juzgado Primero de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Miranda, no dio cumplimiento a lo ordenado en el artículo 323 del Código Orgánico Procesal Penal, en cuanto a la convocatoria de las partes y de las víctimas, para una audiencia oral en la cual se debían debatir los fundamentos de la solicitud fiscal de sobreseer la causa.

Si bien el artículo 323 del Código Orgánico Procesal Penal, establece una excepción a la convocatoria de la referida audiencia oral, también es cierto que en la decisión que acuerde el sobreseimiento se deberá motivar las razones por las cuales el juez de control estimó como no necesaria la convocatoria de la audiencia oral, para comprobar el motivo del sobreseimiento solicitado por el representante del Ministerio Público.

El Juez Primero de Control, en la decisión que acuerda el sobreseimiento no expresó nada sobre la no convocatoria de la audiencia oral, considerando esta Sala que se imponía la realización de dicha audiencia por cuanto el Fiscal del Ministerio Público en su solicitud de sobreseimiento señala que el cumplimiento de la orden de reenganche, es cuestionada por los trabajadores, quienes aducen que no fueron reenganchados en sus mismos sitios de trabajo y en las mismas condiciones, lo que en criterio del Fiscal “es una situación difícil de determinar por cuanto la parte imputada alega la no existencia de clasificación de cargos, la reestructuración de la alcaldía con la eliminación de varios departamentos”. Por su parte, las víctimas señalan que si bien la Alcaldía les pagó los salarios caídos, no los ha reincorporado a sus labores habituales, encontrándose sin desarrollar ninguna actividad, lo cual implica, en su criterio, una situación distinta a la ordenada por el Tribunal del Trabajo.

Ante el vicio en el cual incurrió el Juzgado Primero de Control, considera la Sala procedente reponer la causa al estado de que se convoque a las partes y a las víctimas para la audiencia oral a la cual hace referencia el artículo 323 del Código Orgánico Procesal Penal, oportunidad en la cual podrán debatir los fundamentos de la solicitud de sobreseimiento presentada por el representante del Ministerio Público. Así se declara.

...(omissis)...

Voto salvado: Blanca Rosa Mármol de León

“La decisión aprobada por la mayoría de la Sala anula de oficio las decisiones de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Miranda y del Juzgado Primero de Control del referido circuito judicial, en la causa seguida al ciudadano Ramón Gómez Serrano, por DESACATO A AMPARO CONSTITUCIONAL, previsto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y repone la causa al estado en el cual sean convocadas las partes y las víctimas para la audiencia oral que hace referencia el artículo 323 del Código Orgánico Procesal Penal.

Al respecto considero, por una parte, en relación al referido artículo 31 de la ley mencionada, en el cual se dispone la sanción de prisión de seis (6) a quince (15) meses, para quien incumpliere el mandato de amparo constitucional, que dicha sanción no debe entenderse como la tipificación de un delito ordinario penal, sino como el instrumento del cual debe hacer uso el Juez Constitucional en el caso de que fuere incumplida o desatada su orden.

Esto es así porque la acción de Amparo Constitucional, como vía judicial autónoma, tiene como objeto la protección de todos los derechos y garantías constitucionales, y el Juez competente tiene suficiente potestad para restablecer la situación jurídica infringida, por lo que sus facultades son muy amplias, pues se desarrollan en un ámbito constitucional, sus poderes son de naturaleza restitutoria y en algunos casos podrá restablecer directamente el derecho lesionado.

Por ello considero que resulta absurdo y vulnerativo de la naturaleza de la acción de amparo, que el desacato o incumplimiento del mismo sea considerado como delito, y que para aplicar adecuadamente la pena prevista sea necesario discurrir en un procedimiento penal ordinario, sujeto a las incidencias, retardos y complicaciones propias de un proce-

so normal, que pudiera extenderse hasta el punto de declarar el sobreseimiento por prescripción, lo cual dejaría impune el desacato y a su vez haría nugatorio el mandamiento de Amparo original.

Como sanción al fin, corresponde al juez constitucional que ordenó el amparo aplicar directamente la sanción al tener conocimiento cierto del incumplimiento de su orden, y así evitar un procedimiento ordinario que disminuye, con el tiempo, la eficacia de la facultad otorgada al juez que conoce del amparo constitucional.

Por otra parte, discrepo de la decisión que antecede, pues de estimarse que el desacato de amparo constituyera un delito, sería inadmisibile el recurso de casación por la pena aplicable al mismo, cuyo límite máximo no excedería los cuatro años de prisión y la Sala anula en perjuicio del imputado las decisiones emitidas en la presente causa seguida por la comisión de ese delito.

La aplicación de las nulidades debe ser exclusiva o restrictiva para aquellos casos en que sea necesario por violación del debido proceso, y por tanto, se infrinjan las garantías del imputado. Con el Código de Enjuiciamiento Criminal, la casación de oficio era posible sólo en beneficio del reo, y si en un régimen inquisitivo resultaba imposible anular de oficio una sentencia en perjuicio del procesado, debe entenderse entonces que, en la actualidad, bajo un régimen garantista, en el cual no existe articulado alguno que establezca la casación de oficio ni a favor ni en contra del imputado, sería improcedente la nulidad de oficio en contra o en perjuicio del imputado”.

## **Título 7:**

### **Las Cortes de Apelaciones deben resolver el fondo de las denuncias en apelación, salvo las causas inadmisibles**

<b>Sentencia N°:</b>	11 de marzo de 2004.
<b>Expediente N°:</b>	04-0071.
<b>Ponente:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de casación.
<b>Interviniente:</b>	Wilmer Rumualdo Ramírez Vargas.
<b>Delito:</b>	Distribución de Narcóticos.
<b>Normas Citadas:</b>	437 del Código Orgánico Procesal Penal.
<b>Decisión:</b>	La Sala anuló de Oficio la sentencia recurrida y ordenó a la Corte de Apelaciones que resolviera las denuncias.

La Sala resolvió

...“Se desprende de las actas contentivas del presente expediente, que los defensores del imputado de autos, ejercieron recurso de apelación en contra de la decisión de fecha 02 de octubre de 2003, emitida por el Juzgado Décimo Cuarto en Funciones de Juicio, constituido en forma

unipersonal del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, el cual fue admitido en fecha 26 de noviembre de 2003, llevándose a cabo la audiencia oral el día 08 de diciembre del mismo año, para luego dictar sentencia en la que declaró manifiestamente infundada la primera denuncia del recurso de apelación, bajo los siguientes argumentos:

“...Con relación a esta denuncia, advierte la Sala, que los recurrentes no separan los motivos contemplados en el ordinal 2º del artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal, toda vez que en una sola denuncia pretenden señalar que la recurrida adolece de los vicios de falta de motivación, contradicción en la motivación e ilogicidad, lo cual según criterio reiterado del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, constituye falta de fundamentación del recurso, toda vez que se trata de tres supuestos totalmente distintos que debieron ser denunciados de manera separada, razón por la cual lo procedente y ajustado a derecho es declarar sin lugar la primera denuncia, por manifiestamente infundada...”.

Como se observa de la anterior transcripción, la Corte de Apelaciones no entró a conocer el fondo de lo planteado en la primera denuncia del recurso de apelación, sino que por el contrario, se circunscribió a declararlo sin lugar por manifiestamente infundado.

Al respecto, ha dicho la Sala en reiterada jurisprudencia, que cuando se interpone recurso de apelación, el juez *a quo* (Corte de Apelaciones), está en la obligación de hacer la revisión del escrito de apelación, y declarar si el mismo es admisible o no, conforme a lo dispuesto en el artículo 437 del Código Orgánico Procesal Penal. Y en caso de que lo admita, debe proceder al análisis de lo planteado y dictar una decisión mediante la cual se declare (según el criterio de los sentenciadores), con lugar o sin lugar las denuncias interpuestas por los recurrentes.

La no revisión de las denuncias hechas en el escrito de apelación, se considera como la vulneración de la tutela judicial efectiva, prevista en el artículo 26 de la Constitución de la República, derecho éste, de amplísimo contenido, que comprende el derecho a ser oído por los Órganos de Administración de Justicia. Es decir, que cumplidos con los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales están obligados a conocer el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinar el contenido y la extensión del derecho deducido. De allí que la vigente Constitución se-

ñale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257).

Por tanto la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, siendo el proceso una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 antes señalado instaure, pues la intención del legislador en la reforma del Código Orgánico Procesal Penal del 14 de noviembre de 2001, es, que fuera de las causas de inadmisibilidad establecidas taxativamente en el artículo 437 del Código Orgánico Procesal Penal, las Cortes de Apelaciones deberán entrar a conocer y resolver el fondo del recurso planteado.

Con base a las argumentaciones que anteceden, esta Sala de Casación Penal considera que lo procedente y ajustado a Derecho es anular parcialmente el fallo impugnado y ordena a la Sala Cuatro de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, admitir y resolver la primera denuncia del recurso de apelación interpuesto por la defensa del ciudadano WILMER RUMUALDO RAMÍREZ VARGAS.

Se deja expresamente señalado que esta Sala se abstiene de conocer el recurso de casación propuesto por la defensa, y que es contra la nueva decisión que se dicte, que se podrá interponer recurso de casación, si así lo creyere conveniente. Así se declara.

## **Título 8:**

### **Sobreseimiento no es recurrible en Casación cuando es solicitado por la representación del Ministerio Público como acto conclusivo**

<b>Sentencia N°:</b>	04 el 17 de enero de 2003.
<b>Expediente N°:</b>	02-419.
<b>Ponente:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Voto salvado:</b>	Alejandro Angulo Fontiveros.
<b>Asunto:</b>	Recurso de casación.
<b>Interviniente:</b>	Elio Amado Abreu Patiño y otros.
<b>Delito:</b>	Corrupción de funcionarios.
<b>Normas Citadas:</b>	325.2.4 del Código Orgánico Procesal Penal.
<b>Decisión:</b>	La Sala declaró INADMISIBLE el recurso de casación.

La Sala resolvió

“El Tribunal de Control Número Ocho del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, decretó el SOBRESEIMIEN-

TO DE LA CAUSA a favor de la ciudadana LIZET PÉREZ TERÁN, vista la solicitud presentada por el Fiscal del Ministerio Público, con base en lo dispuesto en el artículo 325 (hoy 318) ordinales 2° y 4° del Código Orgánico Procesal Penal, pues consideró que “el hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, inculpabilidad o de no punibilidad, y no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación, agregando a lo anterior, el hecho de que está derogado el artículo 199 del Código Penal, por lo que no hay bases para solicitar fundadamente el enjuiciamiento de persona alguna”.

El artículo 325 del Código Orgánico Procesal Penal, establece la procedencia de los recursos de apelación y casación contra el auto que declare el sobreseimiento. Respecto a lo dispuesto en dicho artículo, en relación al recurso de casación, considera la Sala que no es aplicable al presente caso, en virtud de acuerdo con el principio acusatorio adoptado en el sistema procesal actual, no resulta viable un proceso penal sin que medie la acusación del Ministerio Público. Salvo en los casos de delito de acción privada, la titularidad y el ejercicio de la acción penal corresponde a dicha institución. A tal efecto, no tendría ninguna utilidad tratar de imponer al Ministerio Público a través de una sentencia de casación, el ejercicio de la acción penal.

En consecuencia, resulta procedente desestimar por inadmisibile el recurso de casación propuesto, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 465 del Código Orgánico Procesal Penal. Así se decide.

## **Título 9:**

### **Orden de allanamiento**

<b>Sentencia N°:</b>	94 el 21 de marzo de 2006.
<b>Expediente N°:</b>	05-543.
<b>Ponente:</b>	Deyanira Nieves Bastidas.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de casación.
<b>Interviniente:</b>	Orlando Rodríguez Carrascal.
<b>Delito:</b>	Transporte de narcóticos.
<b>Normas Citadas:</b>	207, 208, 212, 214, 225, 217 del Código Orgánico Procesal Penal.
<b>Decisión:</b>	La Sala declaró desestimado por manifiestamente infundado el recurso de casación y de oficio rectificó la pena.

La Sala resolvió

“En atención a lo dispuesto en los artículos 257 de la Constitución y 13 del Código Orgánico Procesal Penal y no obstante la indebida fundamentación del recurso, la Sala ha revisado el fallo impugnado y considera que la pena aplicada al acusado ORLANDO RODRÍGUEZ CARRASCAL, como autor del delito de TRANSPORTE ILÍCITO DE

SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, tipificado en el artículo 34 de la reformada Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, debe ser ajustada de conformidad a lo consagrado en el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece el principio de retroactividad de la Ley y el artículo 31 de la vigente Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por disponer ésta una pena más favorable al acusado.

En efecto, el referido acusado, fue condenado a cumplir la pena de DOCE (12) AÑOS DE PRISIÓN, por la comisión del delito de TRANSPORTE ILÍCITO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, tipificado en el artículo 34 de la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas reformada, cuya pena era de diez (10) a veinte (20) años de prisión, siendo su término medio por aplicación del artículo 37 del Código Penal, quince (15) años de prisión, pero al aplicársele el artículo 74 ordinal 4º del Código Penal, por no tener antecedentes penales, la misma le fue rebajada a doce (12) años de prisión.

Y el artículo 31 de la vigente Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, señala en su encabezamiento y segundo aparte que: *“...El que ilícitamente... transporte... será penado con prisión de ocho a diez años... (Omissis)...”*

Si la cantidad de drogas no excede de mil gramos de marihuana,... la pena será de seis a ocho años de prisión...”.

Ahora bien, demostrado como quedó claramente en la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio, que el acusado ORLANDO RODRÍGUEZ CARRASCAL, al momento de ser aprehendido por los funcionarios policiales *“...el acusado soltó uno de los bolsos y al revisarlo encontraron presunta droga, que el maletín donde se encontró la droga lo llevaba el acusado, a la sustancia... se le sometió al examen por parte de los expertos.... quienes determinaron que... “Se trata de dos envoltorios que anteriormente conformaban una PANELA con medidas promedio de 15 centímetros de longitud, 11 centímetros de ancho, por 4 centímetros de espesor contentivos de: FRAGMENTOS VEGETALES HÚMEDOS DE COLOR PARDO VERDOSO Y SEMILLAS DEL MISMO COLOR DE ASPECTO GLOBULOSO EN FORMA COMPACTA, con un peso total de QUINIENTOS VEINTI-*

*SIETE (527) GRAMOS CON QUINIENTOS (500) MILIGRAMOS... se concluye que la muestra suministrada para realizar la presente experticia se encontró: MARIHUANA (Cannabis sativa)...”.*

En consecuencia, se RECTIFICA DE OFICIO el dispositivo del fallo de la sentencia, únicamente respecto a la comisión del delito de TRANSPORTE ILÍCITO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, debiendo aplicársele al referido acusado la pena de SIETE (7) AÑOS DE PRISIÓN, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 y segundo aparte de la vigente Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y el artículo 37 del Código Penal. Así se declara.

Voto Salvado Blanca Rosa Mármol de León

“La mayoría de esta Sala DESESTIMÓ POR MANIFIESTAMENTE INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por la defensa del ciudadano ORLANDO RODRÍGUEZ CARRASCAL, RECTIFICÓ DE OFICIO el dispositivo de la sentencia dictada el 4 de abril de 2005 por el Juzgado Mixto N° 3 de Primera Instancia en función de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Táchira y CONDENÓ al acusado a cumplir la pena de 10 años de prisión por la comisión de los delitos de TRANSPORTE ILÍCITO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, PORTE ILÍCITO DE ARMA DE FUEGO y USO INDEBIDO DE DOCUMENTO PÚBLICO.

Disiento de mis colegas Magistrados de la Sala de Casación Penal, en cuanto a las razones dadas para ello, porque para arribar a tal decisión acogieron los hechos que estableció el tribunal de juicio, en los cuales dieron por comprobado el cuerpo del delito de TRANSPORTE ILÍCITO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, con lo dicho por los funcionarios policiales adscritos a la Dirección de Seguridad y Orden Público del Estado Táchira, en un procedimiento que se efectuó previo el “permiso” de la dueña de la vivienda para poder entrar al inmueble en el cual detuvieron a tres ciudadanos.

En el presente caso se produjo una sentencia condenatoria contra el acusado, solamente con los dichos de los funcionarios policiales adscritos a la Dirección de Seguridad y Orden Público del estado Táchira y el allanamiento en el cual detuvieron a tres ciudadanos practicado con el “permiso” de la dueña de la vivienda.

Lo anterior resulta contradictorio con jurisprudencia reiterada establecida por esta Sala de Casación Penal, que expresa:

“...el solo dicho por los funcionarios policiales no es suficiente para inculpar al procesado, pues ello sólo constituye un indicio de culpabilidad...”.

(...)

“...El sentenciador de juicio se limita a expresar, que conforme a la sana crítica, reglas de la lógica, conocimientos científicos y las máximas de experiencia da por demostrado los elementos que componen el delito, así como también la calificación del hecho demostrado, pero no alcanza a manifestar en su fallo, en qué consiste la valoración de la prueba, ni cómo influyen los medios de prueba sobre la decisión tomada...”.

(...)

“...Es cierto que el sistema de la libre convicción o sana crítica, adoptado por nuestro proceso penal, significa que el juez tiene el deber y la libertad de apreciar y asignarle el valor a los elementos de prueba reproducidos en el juicio, pero no de manera arbitraria, como sucede en el presente caso, sino que debe hacerlo de forma razonada. El establecimiento de los hechos debe partir del razonamiento empleado a los medios de pruebas practicados, para lo cual se cuenta con una serie de normas señaladas en el Código Orgánico Procesal Penal, que permiten al juez valerse de cualquier medio idóneo lícito para fundamentar suficientemente su decisión...”.

(Sentencia N° 225 de fecha 19 de Junio de 2004, Exp. N° 04-123).

Si bien es cierto que les corresponde a los jueces de juicio apreciar las pruebas, porque así lo establece el principio de inmediación, no es menos cierto que al ser valoradas las mismas, debe respetarse el debido proceso, el cual estipula que además del testimonio de los funcionarios actuantes en los procedimientos de inspecciones y allanamientos, es indispensable que para su valoración se consideren las declaraciones de otros testigos que hayan presenciado dichos procedimientos, es necesario también otras pruebas que corroboren lo afirmado por los mencionados funcionarios, cuyo solo dicho no puede ser considerado como plena prueba. Y además, de acuerdo con lo establecido en el artículo 210 del Código Orgánico Procesal Penal, para practicarse el registro en una morada, establecimiento comercial, en sus dependencias cerradas, o en

recinto habitado, se requerirá de la “orden del juez” y no del “permiso” de la dueña como en el presente caso.

En virtud de lo anterior, considera quien aquí disiente, que lo ajustado a Derecho era anular de oficio las decisiones dictadas por el Tribunal de Tercero de Juicio del circuito Judicial Penal del Estado Táchira y la dictada por la Corte de Apelaciones de ese Circuito Judicial por convalidarla, quedan así expresadas las razones del presente voto. Fecha *ut supra*.

## **Título 10:**

### **Orden de allanamiento**

<b>Sentencia N°:</b>	512 el 10 de diciembre de 2004.
<b>Expediente N°:</b>	04-219.
<b>Ponente:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de casación.
<b>Interviniente:</b>	José Luis Rodríguez Agreda.
<b>Delito:</b>	Distribución de narcóticos.
<b>Normas Citadas:</b>	207, 208, 212, 214, 225, 217 del Código Orgánico Procesal Penal.
<b>Decisión:</b>	La Sala declaró SIN LUGAR el recurso de casación.

La Sala resolvió

“Alega la Fiscalía que no es necesaria la orden judicial respectiva para efectuar el allanamiento al domicilio, porque se estaba en el caso de excepción, el cual se refiere a impedir la comisión de un delito, la Corte de Apelaciones negando tal argumento expone: Que la inviolabilidad del hogar es un derecho constitucional que incluso ha sido consagrado entre los derechos humanos.

Señala la Corte de Apelaciones que la única justificación para efectuar el allanamiento al hogar o cualquier otro recinto privado, es la protección a otros bienes jurídicos penalmente tutelados, en ese caso podría violentarse, pero siempre con la orden judicial previa.

Ahora bien, efectivamente la Constitución de la República de Venezuela prevé la inviolabilidad del hogar, por consiguiente, si la norma de carácter constitucional lo prevé, es porque al desarrollar las normas previstas en el Código Orgánico Procesal Penal se entiende que el allanamiento debe realizarse amparado de una justificación, es decir, una motivación suficiente con las cuales se expliquen las razones para proceder a efectuarlo. En el presente caso no se está en el supuesto de excepción, ya que con el allanamiento no se impide la perpetración o ejecución de un delito, lo que se buscaban eran las pruebas para comprobar la comisión del mismo.

Ha sido claro el Legislador al plantear como excepción que se practique el allanamiento al hogar, sólo para evitar la perpetración de un delito.

En el presente caso no es eso lo que se evidencia, pues de los hechos establecidos por el Tribunal de Juicio se desprende que los funcionarios recibieron información de que en esa casa se estaba cometiendo un delito de droga, efectivamente, en la denuncia que se recibió telefónicamente se le informó al organismo policial que en esa casa se vendía droga y en virtud de ello, los funcionarios acudieron al llamado.

La Corte de Apelaciones explica y resuelve ampliamente lo solicitado por el Fiscal Cuarto del Ministerio Público, por lo cual considera esta Sala de Casación Penal, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 467 del Código Orgánico Procesal Penal, el presente recurso debe ser declarado sin lugar, por cuanto no le asiste la razón al recurrente. Y así se declara.

## **Título 11:**

### **Orden de allanamiento. Excepciones**

<b>Sentencia N°:</b>	534 del 11 de agosto de 2005.
<b>Expediente N°:</b>	04-262.
<b>Ponente:</b>	Eladio Ramón Aponte Aponte.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de casación.
<b>Interviniente:</b>	Gustavo José Ramos Ortega y otros.
<b>Delito:</b>	Tráfico y ocultamiento de narcóticos. Ocultamiento de Arma de fuego.
<b>Normas Citadas:</b>	Constitución, 47, 210 y 225 del Código Orgánico Procesal Penal. 75-F Código de Enjuiciamiento Criminal.
<b>Decisión:</b>	La Sala declaró SIN LUGAR el recurso de casación.

La Sala resolvió:

“Con fundamento en el artículo 460, el recurrente denunció la infracción de los artículos 13, 22, 190, 191, 197 y 210 del Código Orgánico Procesal Penal, por falta de aplicación, ya que no existió orden de allanamiento, por lo que las evidencias habrían sido obtenidas ilegalmente. Igualmente alegó el recurrente que la Corte de Apelaciones no motivó

su decisión respecto a las pruebas, de conformidad con las reglas del criterio racional, que se basa en la lógica, conocimientos científicos y máximas de experiencia y al respecto señaló:

“...No existía una orden de allanamiento para allanar la residencia de mi defendido (...) por lo tanto las evidencias que pudieran haberse obtenido fueron obtenidas de manera ilícita (...) todas las evidencias son ilícitas, y por lo tanto nulas (...)

De tal manera, la Sala Accidental (...) no motivó sus decisiones (sic) respecto (sic) a las pruebas, de conformidad con las reglas del criterio racional (...) a los efectos que (sic) las partes conozcan las razones del juzgador para decidir de tal o cual manera.

Así, cuando se analizaron las pruebas de los testigos y el acta de visita domiciliaria se condenó a mi defendido (...) cuando que de haberse analizado conjuntamente de acuerdo a la lógica, conocimientos científicos y máximas de experiencia, debió absolverse al mismo, y nunca condenarlo...”.

La Sala, para decidir, observa:

Aduce el formalizante que el allanamiento practicado en el edificio Bomboná, apartamento PH-1 (donde residía su defendido), fue realizado sin la debida orden, lo que constituye una “prueba ilícita”.

Al respecto es importante tomar en cuenta las disposiciones siguientes:

Artículo 47 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

“El hogar doméstico, el domicilio, y todo recinto privado de persona son inviolables. No podrán ser allanados, sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para cumplir de acuerdo con la ley las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano. Las visitas sanitarias que se practiquen, de conformidad con la ley, sólo podrán hacerse previo aviso de los funcionarios o funcionarias que las ordenen o hayan de practicarlas”.

Artículo 225 del Código Orgánico Procesal Penal:

“Morada. Cuando el registro se deba practicar en una morada, establecimiento comercial, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado, se requerirá la orden escrita del juez. Se exceptúan de lo

dispuesto los casos siguientes: 1°. Cuando se denuncie que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en el lugar y existan sospechas manifiestas de que cometerán un delito; 2°. Cuando se trate del imputado a quien se persigue para su aprehensión; 3°. Para evitar la comisión de un hecho punible. La resolución por la cual el juez ordena la entrada y registro de un domicilio particular será siempre fundada. Los motivos que determinaron el allanamiento sin orden constarán detalladamente en el acta”.

De las normas transcritas se desprende, que la regla para la práctica de un allanamiento, es la orden del juez de control, previa autorización del Ministerio Público, y ésta tiene su excepción, siendo que se realice con el único fin de evitar la comisión de un delito, en el presente caso, tráfico de sustancias estupefacientes, por lo que se podría omitir dicha orden por la premura del caso, siempre y cuando lo presenciaren testigos imparciales, que garanticen la licitud de la misma.

A fin de constatar la existencia o no de la orden de allanamiento practicado en la residencia del acusado Rafael Armando Cádiz Bustamante, la Sala revisó el expediente y corroboró lo alegado por el recurrente.

Igualmente corroboró que en el presente caso, se realizó el allanamiento con la presencia de los testigos José Ramón Barreto y Luis Bautista Brito Ramírez, y con el fin de evitar tanto el tráfico como el ocultamiento de sustancias estupefacientes, tal y como consta de la recurrida, en consecuencia el allanamiento realizado es lícito.

Por todo lo antes expuesto, es criterio de la Sala de Casación Penal declarar sin lugar el recurso de casación interpuesto por la defensa del ciudadano Rafael Armando Cádiz Bustamante. Así se decide.

De conformidad con los artículos 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 13 del Código Orgánico Procesal Penal, no obstante la declaratoria sin lugar del recurso, la Sala ha revisado el fallo impugnado y considera que el mismo se encuentra ajustado a derecho. Así se hace constar”.

Voto salvado: Blanca Rosa Mármol de León

...“No comparto lo señalado por la Sala, toda vez que, el allanamiento realizado en la residencia del acusado RAFAEL ARMANDO CÁDIZ ubicado en la esquina San Fidel, Sarría, edificio Bomboná, P-H 1, se

efectuó sin la correspondiente orden de allanamiento, a pesar de que consta en autos acta policial elaborada a la 1:10 horas de la tarde del **11 de marzo de 1996, que riel a al folio 1 pieza 1 del expediente en la cual se señala que en fecha 11 de marzo de 1996**, el funcionario José Agreda, recibió una llamada en la que se informaba sobre la supuesta comisión de un delito relacionado con la distribución y venta de droga por parte de los ciudadanos GUSTAVO RAMOS y RAFAEL CÁDIZ, y que éste participó a la superioridad y le ordenaron “iniciar la respectiva averiguación”.

Lo indicado descarta la flagrancia, a juicio de la disidente.

El artículo 75-F del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, expresa:

“...Ninguna pesquisa domiciliaria puede ser efectuada por los funcionarios de la Policía Judicial, sin que éstos hayan previamente obtenido del juez competente la orden de allanamiento, la cual exhibirán con sus respectivas credenciales.

La inviolabilidad del domicilio constituye un derecho básico que se reconoce y garantiza dentro de la esfera jurídica tanto nacional como internacional, no pudiendo efectuarse ninguna entrada y registro en un domicilio sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo caso de flagrante delito.

Respecto al derecho constitucional de inviolabilidad del domicilio, nuestra Constitución en su artículo 47 establece que:

“El hogar doméstico, el domicilio y todo recinto privado de las personas son inviolables. No podrán ser allanados sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para cumplir de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano...”.

Es evidente que desde el inicio del presente proceso se ejecutaron acciones opuestas a la constitucionalidad y a la legalidad, lo cual conlleva a establecer que las pruebas así obtenidas que sirvieron al juzgador para condenar al imputado, son ilícitas, y no se les puede dar a las mismas, valor probatorio alguno, habida cuenta de su origen, todo de conformidad con los artículos 13 y 197 del Código Orgánico Procesal Penal: “El proceso debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas...” y “los elementos de convicción, sólo tendrán valor si han sido

obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso, conforme a las disposiciones de este Código...”.

En virtud de lo antes expuesto, considero que la Sala ha debido declarar con lugar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado ARMANDO CÁDIZ BUSTAMANTE, así como decretar la nulidad del allanamiento practicado en el apartamento del nombrado ciudadano y de las pruebas que se derivan del mismo.

Por otra parte, estimo igualmente que ha debido la Sala, de oficio, declarar la nulidad del allanamiento realizado en el apartamento del acusado GUSTAVO JOSÉ RAMOS ORTEGA, ubicado en el edificio Bomboná, P-B N° 12, esquina San Felipe, Sarría, Caracas, y de las pruebas derivadas del allanamiento en cuestión, ya que éste se efectuó sin la correspondiente orden de allanamiento, ello a pesar de que según acta policial elaborada a la 1:10 horas de la tarde del **11 de marzo de 1996, que riel a folio 1 pieza 1 del expediente, se señaló que en fecha 11 de marzo de 1996**, el funcionario José Agreda, recibió una llamada en la cual se informaba sobre la supuesta comisión de un delito relacionado con la distribución y venta de droga por parte de los ciudadanos GUSTAVO RAMOS y RAFAEL CÁDIZ, y que éste participó a la superioridad y le ordenaron “iniciar la respectiva averiguación”.

Lo indicado tal como se expresó, descarta la flagrancia.

En mi opinión, un allanamiento efectuado, sin haberse cumplido los presupuestos legales establecidos en el artículo 75 F del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, vigente para la fecha en que el mismo se realizó, 11 de marzo del año 1996, acarrea la nulidad de éste; así como la nulidad de la totalidad de las pruebas obtenidas de tal allanamiento por su origen ilícito.

El dictamen químico practicado a la droga presuntamente encontrada en el allanamiento en cuestión, sólo sirve para demostrar la existencia de la droga, mas no demuestra que la misma haya sido encontrada en el sitio y en las condiciones narradas en el allanamiento, con los vicios referidos.

En virtud de lo anterior, no quedó demostrada la perpetración del delito de tráfico de estupefacientes imputado al ciudadano GUSTAVO JOSÉ RAMOS ORTEGA, en relación con la supuesta droga encontrada en el apartamento 12-P-B, del edificio Bomboná, sino tan sólo su responsabilidad respecto a la droga encontrada en el interior del vehículo Mustang, propiedad del nombrado ciudadano”.

## **Título 12:**

### **Nulidad del reconocimiento del acusado en la audiencia**

<b>Sentencia N°:</b>	232 del 23 de mayo de 2006.
<b>Expediente N°:</b>	06-0090.
<b>Ponente:</b>	Miriam Morandy Mijares.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de casación.
<b>Interviniente:</b>	Michel José Morán Urdaneta.
<b>Delito:</b>	Homicidio Calificado en Ejecución de Robo.
<b>Normas Citadas:</b>	230, 231 Código Orgánico Procesal Penal.
<b>Decisión:</b>	La Sala desestimó por infundado el recurso de casación, y consideró que la sentencia recurrida se encontraba ajustada a derecho.

La Sala resolvió:

“En el caso “*sub júdice*”, la Defensa no cumplió con lo dispuesto en el citado artículo 462, pues señaló en forma conjunta en su única denuncia varias disposiciones legales que consideró infringidas y omitió indicar en qué forma se violaron los artículos 49 numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; 190, 197, 199, 230 y 282 del

Código Orgánico Procesal Penal por falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación.

“...*omissis*...”

Por otra parte, los recurrentes impugnaron mediante el recurso de casación las decisiones dictadas tanto por el tribunal de juicio como por la corte de apelaciones, no obstante, que por mandato expreso del artículo 459 del Código Orgánico Procesal Penal sólo serán impugnables en casación las sentencias dictadas por las cortes de apelaciones.

Por lo expuesto, la Sala considera procedente desestimar, por manifiestamente infundado, el recurso de casación propuesto por la defensa, de conformidad con el artículo 465 del Código Orgánico Procesal Penal. Así se declara.

No obstante la decisión anterior el Tribunal Supremo de Justicia, en orden a lo dispuesto en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ha revisado el expediente para saber si se vulneraron los derechos del ciudadano acusado MICHEL JOSÉ MORÁN URDANETA o si hubo vicios que hicieran procedente la nulidad de oficio en su provecho y en aras de la Justicia y ha encontrado el fallo ajustado a Derecho”.

Voto salvado: Blanca Rosa Mármol de León.

“Resuelto como fuera el recurso de casación, la sentencia aprobada por mayoría de esta Sala lo DESESTIMÓ POR MANIFIESTAMENTE INFUNDADO, por considerar que “...la defensa no cumplió con lo dispuesto en el citado artículo 462, pues señaló en forma conjunta en su única denuncia varias disposiciones legales que consideró infringidas y omitió indicar en qué forma se violaron... Por otra parte, los recurrentes impugnaron mediante el recurso de casación las decisiones dictadas tanto por el tribunal de juicio como por la corte de apelaciones,... que por mandato expreso del artículo 459 del Código Orgánico Procesal Penal sólo serán impugnables en casación las sentencias dictadas por las cortes de apelaciones...”.

Ahora bien, de la revisión de las actas que conforman el presente expediente, se observa que los jueces del Juzgado Octavo de Juicio Mixto del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, al dictar sentencia, establecieron lo siguiente:

“...Con todo este cúmulo de elementos probatorios, testimonios a los cuales este Tribunal de Juicio Mixto les merece plena convicción, certeza, seguridad por tratarse de testigos presenciales que se percataron del hecho, quienes fueron claros, precisos y seguros en sus dichos, al señalar las circunstancias de tiempo, modo y lugar como ocurrió el hecho, expresar las características fisonómicas de los sujetos que participaron en éste **e identificar en plena sala de juicio al acusado MICHEL JOSÉ MORÁN URDANETA** como la persona que el día domingo 26 de diciembre de 2004 en horas de la mañana, en compañía de otro sujeto se apersonaron al lugar donde la víctima que en vida llevara por nombre JOSÉ ORLANDO CASTILLO GOVEA compartía con su progenitora, sus hijos y su nuera, un desayuno a la orilla de la carretera, debajo de unos árboles, en la vía que conduce a Mara, vía La Concepción...”.

Más adelante señalaron:

“...En relación a las pruebas documentales promovidas por el Ministerio Público y recibidas durante la audiencia oral y pública, referente a las Actas de Ruedas de Reconocimiento y su exposición previa, realizadas durante la fase de investigación, donde actuaron como testigos reconocedores CARMEN JOSEFINA GOVEA DE CASTILLO, JOSÉ ORLANDO CASTILLO ARAUJO y YUSBELY MARÍA URDANETA LUGO, es oportuno aclarar que las Ruedas de Reconocimientos son diligencias propias de la investigación y que son un complemento de la declaración que rinda determinada persona, en la mayoría del caso la propia víctima y las que acompañan a éste, como en este caso que fueron testigos presenciales (sic) del hecho punible, que se hacen con la finalidad de aclarar las dudas de si determinada persona a quien se le imputa un delito participo (sic) en el mismo y qué grado de participación tuvo, para cuando llegado el momento de presentar el Ministerio Público su acto conclusivo, formarse un mejor criterio con respecto a la participación, si la hubo o no, de la persona reconocida, y que las mismas, pueden tener carácter de elemento probatorio, cuando la declaración hermanada con la rueda de reconocimiento como complemento de dicha declaración sea diligenciada bajo los parámetros de la prueba anticipada, **pero estos ciudadanos fueron promovidos sus testimonios como prueba, por cuanto fueron testigos presenciales y víctimas del hecho punible y en plena audiencia oral y pública narraron cómo ocurrió el hecho e identificaron al acusado MICHEL JOSÉ MORÁN URDANETA como uno de los sujetos que a mano ar-**

**mada los amedrentó para despojarlo del vehículo donde se desplazaban y le hizo un disparo a quien en vida respondiera al nombre de JOSÉ ORLANDO CASTILLO GOVEA causándole la muerte, en consecuencia, estos Sentenciadores las desechan, no asignándoles valor probatorio alguno...”.**

De lo antes transcrito, se observa, que los Jueces de Juicio desecharon las actas de reconocimientos del imputado, cursantes desde el folio 163 hasta el folio 172 de la primera pieza del expediente, las cuales fueron practicadas durante la fase de investigación y dieron valor probatorio a los reconocimientos que hicieron los testigos durante el debate, lo cual a mi criterio es improcedente, toda vez que la sentencia se fundamenta en parte, en una prueba obtenida ilegalmente, por cuanto se realizó un acto de reconocimiento del imputado, en la sala de audiencia, sin cumplir con las formalidades establecidas en los artículos 230 y 231 del Código Orgánico Procesal Penal, lo que acarrea la nulidad de dicho acto, por cuanto implicaría la inobservancia o violación de garantías constitucionales establecidas en el artículo 49, y los artículos 190 y 191 del Código Orgánico Procesal Penal.

En este caso, los Jueces de Juicio han debido incorporar al juicio por su lectura las actas de reconocimiento en rueda de individuos que fueron practicadas durante la fase de investigación, conforme a lo establecido en el artículo 339 ordinal 2º del Código Orgánico Procesal Penal, ya que por su naturaleza son actas escritas donde se fija el acto de reconocimiento del imputado, el cual ha sido constituido en presencia del Juez y las partes (Fiscal del Ministerio Público, Defensa e Imputado), y que serán leídas en el debate, y que administradas a las declaraciones de la víctima o testigos presenciales pueden ser apreciadas por el tribunal según la sana crítica y darles valor probatorio.

A pesar de lo antes señalado, en autos existen otras pruebas que sirvieron de fundamento a los Jueces de Juicio para condenar al acusado de autos, y es evidente además, que en el presente caso los recurrentes no dieron cumplimiento con lo establecido en los artículos 459 y 462 ambos del Código Orgánico Procesal Penal; por ello estoy conforme con la decisión que suscribió la mayoría de la Sala, donde se resolvió desestimar el recurso por infundado.

No obstante, la Sala ha debido dejar asentado, la advertencia de lo antes planteado, a los fines de que los Tribunales de Juicio no incurran en el vicio de fundar sus sentencias en reconocimientos de imputados realizados durante la celebración del juicio oral y público”.

## **Título 13:**

### **Sobre la motivación de la sentencia**

<b>Sentencia N°:</b>	213 del 22 de mayo de 2006.
<b>Expediente N°:</b>	06-0053.
<b>Ponente:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Voto Concurrente:</b>	Héctor Manuel Coronado Flores, Deyanira Nieves Bastidas y Miriam Morandy Mijares.
<b>Asunto:</b>	Recurso de casación.
<b>Interviniente:</b>	Francisco Alberto Delgado Rodríguez.
<b>Delito:</b>	Robo agravado y porte ilícito de arma de fuego.
<b>Normas Citadas:</b>	456 y 173 Código Orgánico Procesal Penal.
<b>Decisión:</b>	La Sala declaró CON LUGAR el recurso de apelación, anuló la sentencia recurrida y ordenó dictar nueva sentencia.

La Sala resolvió

“...Alega: (EL RECURRENTE)

“...La Corte de Apelaciones no plasmó en su decisión las razones del por qué declara sin lugar la única denuncia contenida en el recurso de apelación presentado por la anterior defensa privada, sino que se limitó de manera tenue a emitir opinión, evadiendo así la obligación que le

impone el artículo 456 del Código Orgánico Procesal Penal, lo que implica una inmotivación de la decisión, toda vez que en ningún momento resuelve la apelación planteada...”.

La Sala, para decidir observa:

“Se observa que la Corte de Apelaciones hace una resolución sucinta del recurso de apelación interpuesto por la defensa, invocando sentencias establecidas por el Tribunal Supremo de Justicia, referente a la motivación que debe contener toda sentencia, sin realizar la labor que le corresponde de comparar lo advertido por el impugnante en su recurso con lo establecido en el juicio oral, a fin de resolver adecuadamente los planteamientos contenidos en el recurso de apelación, lo que evidencia una falta de motivación.

Al respecto, la Sala ha señalado en reiterada jurisprudencia, que no basta para considerar que una sentencia se encuentre debidamente motivada el hecho de que la recurrida, luego de transcribir parcialmente el fallo dictado por el Tribunal de Juicio, establezca, como en este caso, que “...Tal como se constata en el propio texto de la sentencia en el que de la simple lectura son claras las razones de Hecho y de Derecho por las cuales dictó sentencia condenatoria en los delitos imputados por el representante del Ministerio Público antes referido. Por lo tanto no se evidencia en lo que respecta a tal análisis ninguna violación en cuanto a la falta de motivación de tal decisión o en cuanto algún razonamiento que no haya sido realizado en forma lógica...”; sino que debe la Corte de Apelaciones expresar con motivación propia, claramente el por qué considera que el fallo no adolece del vicio de inmotivación, de conformidad con lo establecido en el artículo 456 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual delega a los jueces que conozcan de las apelaciones a decidir motivadamente; motivadamente significa que la sentencia debe contener la exposición concisa de los fundamentos de hecho y derecho, conforme el artículo 364 *eiusdem*, con el objeto de verificar la racionalidad del fallo impugnado.

Asimismo, ha sostenido la Sala, que en aras al principio de tutela judicial efectiva, según el cual no sólo se garantiza a obtener de los Tribunales una sentencia o resolución, y el acceso al procedimiento, a la utilización de recursos, y la posibilidad de remediar irregularidades procesales determinantes de indefensión, éste, también debe garantizar una motivación suficiente, una decisión judicial razonada sobre todas las pretensiones deducidas que exterioricen el proceso mental conducente a su parte dispositiva”.

## **Título 14:**

### **Sobre el error inexcusable**

<b>Sentencia N°:</b>	203 del 22 de mayo de 2006.
<b>Expediente N°:</b>	06-0157.
<b>Ponente:</b>	Eladio Ramón Aponte Aponte.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Avocamiento.
<b>Interviniente:</b>	Juan Bautista Fernández Mendoza.
<b>Delito:</b>	Homicidio Simple y otros.
<b>Normas Citadas:</b>	Constitución 255. Código Orgánico Procesal Penal 118 y, 120.7, 96, 329, 376.
<b>Decisión:</b>	La Sala ANULA DE OFICIO la audiencia preliminar, repone al estado de nueva celebración de la audiencia y mantiene las medidas de privación de libertad.

La Sala resolvió

“Una vez realizada la revisión y análisis de la presente causa, la Sala pasa a decidir:

Del acta levantada, con ocasión de la audiencia preliminar, se evidencia que el Juez Tercero de Control verificó la presencia de las partes para

dar inicio al acto, pero no les otorgó a las víctimas el derecho a ser oídas en la referida audiencia. Tal situación quedó demostrada cuando al finalizar la declaración del último imputado ciudadano Miguel José Saavedra Cordero, el Tribunal señaló: “...*Oídas las intervenciones y declaraciones de las partes, el tribunal pasa a pronunciarse en los términos siguientes...*”. Sin permitirles a las víctimas como sujetos procesales de la causa y partes con extremo interés en los resultados del proceso, ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido de tener igual acceso al órgano de administración de justicia, vulnerando así el principio de igualdad entre las partes en el juicio y el debido proceso, consagrados en los artículos 21, 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 12 del Código Orgánico Procesal Penal.

En relación con este punto, la Sala Constitucional ha establecido:

*“...El derecho a la tutela judicial efectiva, es de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo al derecho al acceso, sino también el derecho a que cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y mediante una decisión dictada conforme a derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido...”*. (Sentencia N° 708, del 10 de mayo de 2001, Ponencia del Magistrado Doctor Jesús Eduardo Cabrera Romero).

De igual forma, el juez del Tribunal Tercero de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Trujillo al no tomar en cuenta las garantías y los derechos de las partes dentro del proceso penal, inobservó su obligación legal que establece el artículo 118 del Código Orgánico Procesal Penal, así como los derechos de la víctima consagrados en el artículo 120 *eiusdem*, que señalan:

“Artículo 118. Víctima. La protección y reparación del daño causado a la víctima del delito son objetivos del proceso penal.

(...) los jueces garantizarán las vigencias de sus derechos y el respeto, protección y reparación durante el proceso...”.

“Artículo 120. Derechos de la Víctima. Quien de acuerdo con las disposiciones de este Código sea considerado víctima, aunque no se haya

constituido como querellante, podrá ejercer en el proceso penal los siguientes derechos:

(...) 7. Ser oída por el tribunal antes de decidir acerca del sobreseimiento o antes de dictar otra decisión que ponga término al proceso o lo suspenda condicionalmente...”.

En este sentido, es criterio de la Sala Constitucional el siguiente:

*“...Ahora bien, observa esta Sala que el Código Orgánico Procesal Penal ha propugnado como uno de los grandes avances de nuestro sistema penal, la consideración de la víctima como sujeto procesal, aunque no se constituya en acusador, por lo que, alcanzado tal reconocimiento legal, corresponde ahora a los operadores de justicia darle la debida importancia a la participación que le ha sido concedida de manera expresa a través del artículo 120 **eiusdem**, y de forma indirecta mediante otras disposiciones legales del aludido texto adjetivo, que le atribuyen el derecho de intervenir en todo el proceso, aun en su fase de investigación y en cualquier caso en que se dicte una decisión adversa a sus intereses. Sin importar que se hubiere o no constituido en querellante, acusador privado o se hubiere adherido a la acusación fiscal, se le otorga el derecho de apelar de dichos fallos y los órganos jurisdiccionales se encuentran en la obligación de garantizar la vigencia plena de dichos derechos...”*. (Sentencia N° 188 del 8 de marzo de 2005, ponencia del Magistrado Doctor Arcadio Delgado Rosales).

Por otra parte, se constata en el acta de la audiencia preliminar que el Tribunal Tercero de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Trujillo, una vez admitida parcialmente la acusación del Ministerio Público, omitió informar a los ciudadanos acusados Juan Bautista Fernández Mendoza, Jorge José Castellanos, Fernando José Carrasquero Araujo, Ronald José Rojas Torres, Rosario Douglas Lenín, Hernán Enrique Rivero Ramírez, José Alexander Escalona Díaz, Horacio Antonio Rojas Saavedra, Francisco Miguel Artigas González, Joel Vergara, José Dolores Sánchez, Pedro Luis Baptista Sánchez, Miguel José Saavedra Cordero e Isaías Antonio Materano Ramírez, sobre las medidas alternativas a la prosecución del proceso y del procedimiento por la admisión de los hechos, establecidos en los artículos 329 y 376 del Código Orgánico Procesal Penal, por lo que, vulneró su derecho a la defensa y al debido proceso. Los citados artículos expresan:

“Artículo 329. Desarrollo de la audiencia. El día señalado se realizará la audiencia en la cual las partes expondrán brevemente los fundamentos de sus peticiones.

(...) El juez informará a las partes sobre las medidas alternativas a la prosecución del proceso...”.

*“Artículo 376. Solicitud. En la audiencia preliminar, una vez admitida la acusación, o en el caso del procedimiento abreviado, una vez presentada la acusación y antes del debate, el juez en la audiencia instruirá al imputado respecto al procedimiento por admisión de los hechos, concediéndole la palabra.*

De las disposiciones transcritas anteriormente se evidencia, que en el caso del procedimiento ordinario, el juez en función de control tiene la obligación de orden legal, de instruir al imputado del procedimiento de la admisión de los hechos, exclusivamente en la audiencia preliminar y una vez admitida la acusación fiscal. En relación a tal aspecto la Sala Constitucional ha señalado:

*“...En efecto, al existir una disposición que expresamente señala la oportunidad en la cual debe acontecer la instrucción sobre el procedimiento por admisión de los hechos (vid. artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal) (...) no cabe lugar a dudas que la omisión de esa instrucción en la oportunidad respectiva se traduce en un vicio procesal que no puede ser saneado ni convalidado de conformidad con lo dispuesto en el encabezamiento de los artículos 193 y 194 eiusdem, toda vez que está referido a la intervención del imputado en el proceso, conforme a lo dispuesto en el artículo 191 del Código Orgánico Procesal Penal, y, en fin, se funda en una nulidad establecida a su favor (vid. Primer aparte del artículo 196 eiusdem), por lo cual procede en esos casos la declaratoria de nulidad de ese acto que tiene lugar en la oportunidad inmediatamente posterior a la admisión de la acusación, de conformidad con lo establecido en el artículo 195 eiusdem, y la reposición de la causa al momento en que un juez de control distinto al que ya se pronunció en esa causa, imponga al imputado sobre el procedimiento por admisión de los hechos...”. (Sentencia N° 757 del 5 de abril de 2006, Ponencia del Magistrado Doctor Francisco Carrasquero López).*

En razón de las consideraciones señaladas se concluye en que a los ciudadanos acusados se les violó el derecho a la defensa y al debido proceso, consagrados en el artículo 49 constitucional. Así se decide.

En virtud de lo antes expuesto, es forzoso para la Sala, en aras de evitar nulidades en etapas procesales posteriores por las violaciones señaladas y de una correcta administración y aplicación de justicia, declarar la nulidad de la audiencia preliminar del 21 y 22 de febrero de 2006 realizada ante el Tribunal Tercero de Control y de todas las actuaciones posteriores a ese acto, según los artículos 190, 191 y 195 del Código Orgánico Procesal Penal, por cuanto las omisiones del señalado juzgado configuraron para las partes, flagrantes violaciones de orden constitucional y legal y en consecuencia, se ordena realizar una nueva audiencia preliminar, ante otro juez de control, con el debido aseguramiento de los derechos y garantías que comprenden el debido proceso. Así se decide.

De igual manera, mantienen las medidas de privación judicial preventiva de libertad, dictadas el 8 y 16 de diciembre de 2005, por el Tribunal Tercero de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Trujillo, en contra de todos los imputados, por la presunta comisión de los delitos de Homicidio Simple, tipificado en el artículo 405 del Código Penal en perjuicio del ciudadano Dave Parker Ávila Urbina y Homicidio Simple en Grado de Frustración, tipificado en el artículo 405 en relación con el artículo 80 ambos del Código Penal, en perjuicio del ciudadano Edinson Raúl Briceño Briceño y Uso Indebido de Armas, tipificado en el artículo 281 *eiusdem*. En consecuencia se ordena, con la urgencia del caso, ejecutar las medidas decretadas en su oportunidad, al tribunal de control a que le corresponderá conocer de la presente causa prescindiendo de los vicios que dieron lugar a esta nulidad. Así se decide.

Sobre la base de las consideraciones expuestas, la Sala advierte que la actuación del Juez del Tribunal Tercero de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Trujillo, que tenía la obligación de ser garante de los derechos y garantías constitucionales y procesales de las partes involucradas en este causa, incurrió en un error inexcusable, ya que al pronunciarse sin escuchar a los padres del occiso Dave Parker Ávila Urbina y del lesionado Edinson Raúl Briceño Briceño, víctimas con interés legítimo en las resultas del proceso. Al igual que, omitir de informar sobre las medidas alternativas a la prosecución del proceso (admisión de los hechos) a los ciudadanos acusados (Juan Bautista Fernández Mendoza, Jorge José Castellanos, Fernando José Carrasquero Araujo, Ronald José Rojas Torres, Rosario Douglas Lenín, Hernán Enrique Rivero Ramírez, José Alexander Escalona Díaz, Horacio Antonio Rojas Saavedra, Francisco Miguel Artigas González, Joel Vergara, José Dolores Sánchez, Pedro Luis Baptista Sánchez, Miguel José Saavedra Cordero e Isaías

Antonio Materano Ramírez), les cercenó flagrantemente el derecho a ser oídos, a la defensa, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a la igualdad de las partes en el juicio”.

Voto salvado: Blanca Rosa Mármol de León,

“La Sala Penal, por atribución conferida en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de avocamiento, ordenó de oficio la paralización y remisión del expediente contentivo de la causa seguida a Francisco Miguel Artigas, Juan Bautista Fernández, Jorge José Castellanos, Fernando José Carrasquero, Ronald José Rojas Torres, Francisco Miguel Artigas González, Douglas Lenin Rosario, Joel Vergara, Hernán Rivero, José Alexander Escalona, Horacio Rojas, Isaías Antonio Materano Ramírez, José Dolores Sánchez, Pedro Luis Baptista y Miguel José Saavedra Cordero, por la comisión de los delitos de Homicidio Calificado en Complicidad Correspectiva, Uso Indevido de Arma de Fuego, Infracción a las reglas de actuación policial y Homicidio Calificado Frustrado.

Revisado el expediente, la Sala anuló de oficio la audiencia preliminar celebrada en fecha 21 de febrero de 2006, por dos motivos:

- 1) Por no habérsele otorgado el derecho de palabra a las víctimas en dicha audiencia.
- 2) Por la falta de imposición, a los imputados, de las medidas alternativas a la prosecución del proceso, entre ellas el procedimiento por admisión de los hechos.

Ahora bien, observa quien aquí disiente, que al momento en que esta Sala solicitó la paralización y remisión del expediente, se encontraba pendiente de decisión un recurso de apelación, (relativo a las denuncias por falta del juez de control de otorgarle la palabra a las víctimas y la falta de imposición a los procesados de las medidas alternativas a la prosecución del proceso), recurso que era idóneo para resolver las denuncias efectuadas.

Por otra parte, observa quien aquí disiente, que si bien se trata el presente caso de un delito grave, de la revisión del expediente no se observa la existencia de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen la imagen del Poder Judicial, pues la causa siguió su curso natural, y la parte que se consideró afectada por la decisión del

tribunal de control ejerció su derecho a recurrir, la cual es la vía idónea para el control jerárquico de las decisiones.

Cierto es que diversos hechos cometidos por funcionarios públicos causan gran conmoción en nuestro país, pero la atribución de la Sala Penal de avocarse a casos graves de cualquier naturaleza implica no sólo la gravedad del hecho por sí mismo, sino la existencia de actos que afectan gravemente el proceso normal de la causa y con ello la imagen del Poder Judicial, de allí que estimar que por la sola gravedad del delito cometido, la Sala deba avocarse y de oficio proceder a resolver situaciones que pueden ser resueltas por los órganos jurisdiccionales por las vías correspondientes, abrogaría el carácter excepcional de la figura del avocamiento para convertirse en atribución general (todos los casos graves deberían ser conocidos por la Sala).

Bueno es aclarar, que no se trata de que la Sala pueda o no avocarse, esa es una atribución otorgada por la ley, pero tal facultad debe ser ejercida con suma prudencia, y la revisión del expediente que de oficio se solicita, no implica necesariamente que la Sala sustituya la función del órgano judicial a quien corresponde resolver, de acuerdo a la etapa en que se encuentra la causa, pues de la revisión pueden observarse vicios, que como ya expliqué, son susceptibles de ser resueltos por las vías recursivas de ley, y sólo en caso de escandalosas violaciones al orden jurídico que afectan la imagen del Poder Judicial, la Sala puede, excepcionalmente, asumir el conocimiento del asunto.

En el caso concreto, estimo, en primer lugar, que la falta en que incurrió el juez de control no constituye error inexcusable, sino que se trata de error *in procedendo*, susceptible de ser atacado por la vía de impugnación. La causa efectivamente se encontraba en la Corte de Apelaciones con motivo de los vicios referidos, los cuales fueron declarados de oficio por esta Sala, por la vía excepcional de avocamiento.

El concepto de error inexcusable, en el ámbito jurídico, ha sido tratado en diversa jurisprudencia, donde en algunas sentencias sólo se hace referencia a casos que lo constituyen, pero no a un concepto claramente determinado.

En el diccionario jurídico de Manuel Osorio se dice que es Error Judicial: “En sentido amplio, toda desviación de la realidad o de la ley aplicable en que un juez o tribunal incurre al fallar en una causa”.

En jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional, (sentencia N° 04-1796 del 18-11-2004 ponente Pedro Rafael Rondón Haaz) se afirma que el juez de una causa incurrió en error grave e inexcusable, al resolver una causa civil, cuando decretó varias medidas preventivas nominadas e innominadas con prescindencia total y absoluta de razonamiento, constitutiva para la Sala Constitucional, de arbitrariedad e irracionalidad y hasta fuera de su competencia (del juez *a quo*), endosándolo también al Juez Superior por no corregirlo, y ordenó la remisión de copia certificada de la declaratoria de nulidad a la Inspectoría General de Tribunales para investigar los aspectos disciplinarios de los jueces y al Tribunal Disciplinario del Colegio de Abogados, respecto del representante de una de las partes. No obstante la Sala Constitucional no concreta el término.

En sentencias de la Sala Político Administrativa se hace referencia al **concepto de error grave e inexcusable, como un concepto jurídico indeterminado, y desde tiempos de la antigua Corte Suprema, los criterios se han mantenido**, con sutiles cambios, siendo especialmente manejado el aspecto de la “**falta de idoneidad del juez para el cargo**”.

Los criterios manejados en la Sala Político Administrativa han sido los siguientes:

En sentencia del 23 de febrero de 1994, Magistrado-Ponente Alfredo Ducharme Alonzo, (con el voto salvado del Magistrado Luis H. Farías Mata, pero sólo en relación al abuso de autoridad y la no determinación de los efectos de la nulidad), en el caso del Juez Miguel Hernández Oroz, quien dictó una medida cautelar de prohibición de zarpe, dijo la Sala:

*“..Aunque la Sala no puede pronunciarse sobre la procedencia o no de dicha medida, no obstante sí examinará si razonablemente podía ser dictada, para concluir si en verdad el juez sancionado incurrió o no en un error inexcusable como se apreció en el acto impugnado, que justifique una sanción disciplinaria tan drástica y absoluta como lo es la destitución.*

...El Juez para dictar la medida de prohibición de zarpe, se fundamentó en razones procesales, y que en todo caso, al así proceder, ejerció sus facultades jurisdiccionales, y que si bien sus razones jurídicas se oponen a otras razones jurídicas (criterio vs criterio), no es posible calificar tal proceder como un error inexcusable. Además por otro lado, estas razones tenían sus vías judiciales de revisión.

En este orden de ideas se observa que por error judicial inexcusable se entiende aquel que no puede justificarse por criterios razonables, que lesiona gravemente la conciencia jurídica, revistiendo por vía consecuencial, carácter de falta grave que puede conducir a la máxima sanción disciplinaria (destitución).

*Tal error no es concebible en un Juez y por ello cabe calificarlo de inexcusable, sea por su carácter absurdo, sea porque constituye una crasa ignorancia o una suprema negligencia. No obstante, el presunto error judicial, al Juez que se le impute, debe garantizársele el “debido proceso”, por cuanto su calificación incide directamente sobre el destino del Juez afectado. Dicha calificación puede emanar, en primer lugar, de las instancias judiciales superiores que conocen de la causa respectiva, conforme las vías legales de impugnación y, en segundo lugar, del Consejo de la Judicatura, cuando su inexcusabilidad (sic) es tan patente e indiscutible que es posible calificarla en vía administrativa disciplinaria, como un error injustificable para un Juez, sin que el Consejo de la Judicatura tenga que revisar decisión judicial alguna. Por ejemplo, una condena a muerte, o a pena perpetua de presidio, o por más de 30 años a un procesado; o una condena al pago por una deuda de juego; una medida preventiva dictada sobre una plaza pública; una sentencia redactada en un idioma extranjero, o también una condena a presidio o prisión por deudas, etc. En todo caso el error judicial inexcusable resulta ser un concepto jurídico indeterminado y por ende, en cada asunto particular para poder calificársele, es necesario ponderar la figura de un Juez normal y describir los principios fundamentales de la “cultura jurídica” del país, para que dentro de ese contexto surja el carácter de inexcusabilidad del proceder o de la conducta del juez, porque no cabe en la actuación del arquetipo de un juez nacional (Vid. Sentencia de fecha 09-05-91, Caso Jesús Bracho Acuña)”. (Resaltado de la magistrada que disiente).*

A partir del año 2000 (Decisiones/SPA/Julio/01448-120701-13634. Ponente. Levis Ignacio Zerpa), expresó dicha Sala lo siguiente:

*“Error judicial inexcusable, esta Sala ha dicho en reiteradas oportunidades, que ha sido entendida esta causal, como aquella que no puede justificarse por criterios jurídicos razonables, lo cual le confiere el carácter de falta grave que amerita la máxima sanción disciplinaria, esto es, la destitución.*

Se trata de un concepto jurídico indeterminado o indefinido, por lo cual se requiere en cada asunto particular ponderar la actitud de un juez normal y de acuerdo a ello y a las características propias de la cultura jurídica del país, establecer el carácter inexcusable de la actuación del funcionario judicial. Es inexcusable el error grave, con el cual se pone de manifiesto, sin mayor dificultad, que se carece de la formación jurídica imprescindible para desempeñar con idoneidad la elevada función de juzgar”.

Cabe acotar, que el órgano administrativo o judicial a quien corresponde calificar la causal debe tomar en cuenta la producción del daño o agravio cierto al sujeto procesal o a un tercero, que genere a su vez la responsabilidad del Estado, consagrada en el artículo 255 de la Constitución vigente.

Por otra parte, estimo, que el error inexcusable no puede asimilarse a los vicios señalados por la ley, que son susceptibles de ser impugnados por las vías recursivas, pues, al encontrarse previstos en la ley, el legislador los considera como errores posibles de cometer y por ende impugnables, estimando la complejidad de la labor jurisdiccional.

Por ello, no puede calificarse a ultranza, como error inexcusable, la emisión de un criterio ni la falta de aplicación de una norma en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues deben ser consideradas las circunstancias particulares del caso específico a analizar, para luego emitir una opinión respecto de la actuación del juez; en este caso se desprende del acta de la audiencia preliminar que dicho acto fue realizado en varias sesiones, fueron tomadas declaraciones de los imputados y fueron ventilados diversos argumentos de los representantes de las partes, siendo la audiencia preliminar un acto complejo por naturaleza por los diversos aspectos que deben resolverse en el mismo, por ello, omitir alguna de las normas procesales no puede “a priori” estimarse como error inexcusable, tomando en cuenta las referencias jurisprudenciales anotadas.

En segundo lugar, respecto de la nulidad de oficio con motivo de la violación del artículo 120.7 (Derecho de la víctima a ser oída antes de la decisión de sobreseimiento), considero, tal como lo he sostenido en diversos votos salvados, que la aplicación de las nulidades debe ser exclusiva o restrictiva para aquellos casos en que sea necesario por violación del debido proceso, y por tanto, se infrinjan las garantías del imputado. Con el Código de Enjuiciamiento Criminal, la casación de oficio era posible sólo en beneficio del reo, y si en un régimen inquisitivo resultaba imposible anular de oficio una sentencia en perjuicio del pro-

cesado, debe entenderse entonces que en la actualidad, bajo un régimen garantista, con mayor razón, sería improcedente la nulidad de oficio en contra o en perjuicio del imputado.

Este criterio que sostengo, fue acogido por la Sala Constitucional en fecha 14 de octubre de 2005, en decisión N° 3021, donde expresó:

“...En el régimen previsto en el Código Orgánico Procesal Penal, no se encuentra contemplada previsión alguna referida a la figura de la casación de oficio –ni en perjuicio ni en beneficio del imputado–, pero es el caso que si durante la vigencia del régimen inquisitivo del Código de Enjuiciamiento Criminal no era admisible la casación de oficio en perjuicio del reo, en el régimen procesal penal vigente, cuyos fundamentos encuentran impregnados por los postulados del garantismo jurídico-penal, *a fortiori* no resulta plausible la casación de oficio en perjuicio del imputado, sino únicamente en su beneficio...”.

Por otra parte, la violación del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, invocada por la representación del Ministerio Público, no puede estimarse cometida por el Juez de Control, pues en el acta de la audiencia preliminar se hace referencia claramente que dicha norma sí fue impuesta a los acusados, donde quedó plasmado “el juez informó a los imputados Francisco Miguel Artigas González, Yoel Vergara e Isaías Antonio Materano Ramírez, sobre lo previsto en base a los razonamientos artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal”, además, los imputados no interpusieron recurso alguno, lo que hace entender que sí fueron impuestos de la medida, tal como se observa de la propia acta de la audiencia preliminar.

El argumento del Ministerio Público es que la imposición de dicha medida no fue suficientemente explicada a los procesados por el juez de control, no obstante, tal situación debió ser probada por el Ministerio Público, quien, aunque parte de buena fe, debe saber que las nulidades que se invocan a favor de los procesados no podrán ordenar el retroceso de la causa cuando la reposición conlleve grave perjuicio para el justiciable. Ello lo establece el artículo 196 del Código Orgánico Procesal Penal, relativo a los efectos de las nulidades, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 196. Efectos. La nulidad de un acto, cuando fuere declarada, conlleva la de los actos consecutivos que del mismo emanaren o dependieren.

Sin embargo, la declaración de nulidad no podrá retrotraer el proceso a etapas anteriores, con grave perjuicio para el imputado, salvo cuando la nulidad se funde en violación de una garantía establecida a su favor...”.

Así, la imposición a los imputados del procedimiento por admisión de los hechos en la audiencia preliminar, puede realizarse también antes del inicio del juicio oral y público, por lo que retrotraer el proceso a la audiencia preliminar, implica un grave perjuicio para los procesados, pues ya la causa se encontraba en la fase de juicio oral y público.

Ello se desprende del contenido del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal que establece:

“Solicitud. En la audiencia preliminar, una vez admitida la acusación, o en el caso del procedimiento abreviado, una vez presentada la acusación y antes del debate, el Juez en la audiencia instruirá al imputado respecto del procedimiento por admisión de los hechos...”. (Resaltado de la magistrada que disiente).

En conclusión estimo que la Sala, si bien tiene facultad de solicitar un expediente para analizar si procede o no el avocamiento, en el presente caso no debió avocarse al conocimiento del asunto, pues no se verifican las causales de procedencia para ello, no existe error inexcusable en el presente caso ni procede declarar, de oficio, y en perjuicio de los acusados, la nulidad de la audiencia preliminar”.

## **Título 15:**

### **Admisión de los hechos**

<b>Sentencia N°:</b>	602 del 13 de Julio de 2001.
<b>Expediente N°:</b>	01-379.
<b>Ponente:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Voto Concurrente:</b>	Alejandro Angulo Fontiveros.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Adolescente.
<b>Delito:</b>	Homicidio Calificado en ejecución de robo.
<b>Normas Citadas:</b>	Constitución, 257. Código Orgánico Procesal Penal, 376.
<b>Decisión:</b>	La Sala anuló de oficio y repuso la causa al estado de que sea celebrada nueva audiencia preliminar.

La Sala resolvió:

...“la sentencia contra la cual se interpuso recurso de apelación fue dictada bajo el procedimiento especial previsto en el artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, en ocasión a la admisión de los hechos manifestada por el adolescente (identidad omitida de acuerdo a la LOPNA), en la audiencia preliminar efectuada en fecha 16 de noviem-

bre de 2000, quien solicitó la imposición inmediata de la pena respectiva, y la decisión de la Corte Superior Sección Adolescentes Región Oriental, Sala Especial Accidental del Circuito Judicial Penal de los Estados Anzoátegui, Sucre y Monagas, recurrida ante esta Sala, confirmó la sentencia condenatoria modificando la calificación del delito y aumentando la pena en virtud de la apelación efectuada por la representación del Ministerio Público.

Ahora bien, esta Sala en reciente jurisprudencia ha establecido que las decisiones de las Cortes de Apelaciones que resuelven sobre la apelación ejercida contra sentencias dictadas bajo el procedimiento por Admisión de los Hechos no son recurribles en casación, dada la especialidad del procedimiento dentro del cual no se inició el juicio a petición del propio imputado y por razones de economía procesal.

No obstante, efectuada la revisión del expediente, se ha observado un vicio de tal relevancia que obliga a esta Sala a emitir un pronunciamiento en la presente causa, situación que se suma a otras ya observadas en sentencias dictadas en virtud de admisión de los hechos por el imputado, lo que justifica el cambio del criterio establecido, en aras de la justicia. En efecto, esta Sala, previo a la resolución del recurso interpuesto declara la NULIDAD ABSOLUTA de la Audiencia Preliminar efectuada en fecha 16 de noviembre del año 2000 celebrada ante el Juez Primero de Control de Responsabilidad Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Monagas, en relación con el imputado adolescente (identidad omitida de acuerdo a la LOPNA), conforme a lo dispuesto en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 13 del Código Orgánico Procesal Penal, y en tal sentido se observa:

El Fiscal del Ministerio Público presentó acusación en contra de los imputados adolescentes (identidad omitida de acuerdo a la LOPNA), y (identidad omitida de acuerdo a la LOPNA), ambos por la comisión del delito de HOMICIDIO CALIFICADO, previsto y sancionado en el artículo 408 ordinal 1° del Código Penal, en perjuicio del ciudadano ALFREDO VALLENILLA (occiso), indicando que los hechos ocurrieron el día 07 de octubre de 2000, cuando el hoy occiso se encontraba estacionado en el sector Alto Paramaconi en su vehículo marca Hiunday, color vino tinto, placa NAF-77B de su propiedad, cuando fue sorprendido por unos sujetos, quienes portaban una escopeta marca Canaima, calibre 12 mm, quienes para despojarlo de su vehículo le dispararon al tórax, siendo trasladado posteriormente al hospital donde falleció.

En fecha 16 de noviembre de 2000 se celebró la audiencia preliminar en la presente causa, en la cual los prenombrados adolescentes admitieron los hechos, expresando el adolescente (identidad omitida de acuerdo a la LOPNA), "...admito los hechos de causarle la muerte al ciudadano, pero sin ninguna intención de quitarle la vida... cuando estábamos forcejeando se me fue el tiro"; y el adolescente (identidad omitida de acuerdo a la LOPNA), manifestó: "admito los hechos de que yo participé intentando robar y cuando escuché el disparo salí corriendo".

De las declaraciones de los imputados adolescentes se evidencia la aceptación de los hechos por parte del primero de los nombrados, no así del adolescente (identidad omitida de acuerdo a la LOPNA), quien admitió su participación en el robo, pero no en el homicidio por el cual se le acusó, siendo el caso que el Tribunal de Control condenó a (identidad omitida de acuerdo a la LOPNA), pero por el delito de Robo Propio en grado de tentativa.

El Fiscal del Ministerio Público interpuso recurso de apelación por estimar que la condena al imputado adolescente (identidad omitida de acuerdo a la LOPNA), debió ser por el delito de Homicidio Calificado planteado en la acusación y no por robo propio en grado de tentativa como lo estableció el Juez de Primera Instancia.

La Corte Superior Sección de Adolescentes de la Región Oriental, Sala Especial Accidental del Circuito Judicial Penal de los Estados Anzoátegui, Sucre y Monagas resolvió la apelación, confirmando la sentencia dictada por el Juez de Control, pero modificando la calificación de Robo Propio en grado de tentativa por la de Homicidio Calificado en ejecución de Robo Agravado como Cómplice, acogiendo la petición de la representación fiscal.

En tal sentido, debió la Corte Superior Sección Adolescentes anular la decisión respecto del adolescente (identidad omitida de acuerdo a la LOPNA), a los fines de que se celebrara nueva audiencia preliminar en la que el Juez de Control le advirtiera al imputado sobre la admisión de los hechos por el delito de Homicidio Calificado que el Ministerio Público formuló en la acusación y que de manifestar su admisión sería por ese delito que se le condenaría y no por otro, toda vez que de admitir otros hechos distintos a los indicados en la acusación, tal admisión no sería estimada.

Cabe señalar que la institución de la Admisión de los Hechos supone que los hechos por los cuales se acusa, sean aceptados por el imputado en las condiciones como fue planteada la acusación por el Ministerio Público o la víctima en su querrela, y es deber del Juez de Control advertirle que de admitir la acusación, será por el delito planteado, y que su manifestación debe ser total y no relativa, clara, sin apremio ni coacción alguna, a los fines de que sea impuesta la pena de manera inmediata de acuerdo a los hechos por los cuales se le acusa, de lo contrario existiría un vicio en el consentimiento del imputado, que anularía la admisión de los hechos por él expresada.

En tal virtud, se declara la Nulidad de las sentencias dictadas por el Tribunal Primero de Control de Responsabilidad Penal del Adolescente del Circuito Judicial Penal del Estado Monagas y por la Corte Superior Sección Adolescentes de la Región Oriental Sala Especial Accidental del Circuito Judicial Penal de los Estados Anzoátegui, Sucre y Monagas, sólo en relación con el imputado adolescente (identidad omitida de acuerdo a la LOPNA), y se repone la causa al estado en que se celebre una nueva audiencia preliminar en la cual se le imponga al prenombrado imputado de los hechos planteados en la acusación por el Ministerio Público. Así se decide.

Dada la naturaleza de la presente decisión esta Sala no resuelve el planteamiento del recurso de casación interpuesto en la presente causa”.

## **Título 16:**

### **Extradición, notificación a Embajada o al Consulado, derecho a un intérprete del idioma extranjero**

<b>Sentencia:</b>	Nº 233, publicada en fecha 20 de Mayo del 2005.
<b>Expediente Nº:</b>	05-0011.
<b>Ponencia:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Metaliaj Kujtim.
<b>Delito:</b>	Transporte Ilícito de Sustancias Estupefacientes.
<b>Normas Citadas:</b>	Ordinal 2º del artículo 44 de la Constitución, artículo 36.1 de la Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares. Artículos 197, 436 del Código Orgánico Procesal Penal.
<b>Decisión:</b>	Declara sin Lugar el recurso de casación interpues- to por la defensa del acusado Kujtim Metaliaj.

La Sala resolvió:

“...De los autos se constata que ciertamente no fue notificado el Consulado de los Estados Unidos de Norteamérica sobre la detención del ciu-

dadano KUJTIM METALIAJ, lo cual era obligatorio de conformidad con lo establecido en el ordinal 2º del artículo 44 de la Constitución de la República y los Convenios suscritos por la República en materia consular (Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares. Artículo 36.1).

Sin embargo, la falta de notificación consular denunciada, a juicio de la Sala, no vulnera el derecho a la defensa del acusado extranjero, toda vez que de los autos se desprende que en fecha 11 de junio de 2004, 2 días después de la detención fue notificado el Embajador de Estados Unidos de la detención del imputado, quien durante el proceso y desde su inicio ha contado con asistencia de profesional del derecho y de un intérprete necesario para la comprensión del idioma.

En consecuencia la presente denuncia debe ser declarada sin lugar, como en efecto así se decide...”.

(...)

“...el formalizante atribuye a la recurrida la inobservancia del artículo 197 del Código Orgánico Procesal Penal, relacionado a la ilicitud de las pruebas, así mismo señala la falta de aplicación del ordinal 1º del artículo 49 de la Constitución de la República, el cual consagra el derecho a la defensa que tiene toda persona.

Denuncia el formalizante que la recurrida violó las normas señaladas, al confirmar el fallo apelado en el cual se tomó en cuenta para condenar a su patrocinado la declaración del intérprete Jules Joseph, el cual no podía ser incorporado al proceso como testigo del procedimiento practicado.

De los autos se observa que durante el juicio oral, el defensor del acusado expresó:

“...doy gracias a Dios de que el Fiscal del Ministerio Público trajo a este Juicio el intérprete JULES JOSEPH, ya que fue el único que dijo la verdad, ya que cuando el Fiscal del Ministerio Público le preguntó que si ese equipaje era de él, él contestó no sabe, no sabe, además el testigo dijo que él no estaba en las máquinas de rayos ‘X’ y que el acta no la firma el mismo día sino al día siguiente y que él no lo vio montando la maleta en las correas, además no puedo concretar que era tres maletas, y que los cubrecamas eran de color grises, el Ministerio Público no pudo probar la culpabilidad de mi defendido, me permito citar los artículos 24 y 27 de la Constitución y baso mi defensa en el Principio de Beneficio de la Duda, es todo...”.

Aun cuando la defensa hizo tal aseveración y ahora denuncia como vicio, la Sala en atención a lo dispuesto en el artículo 436 del Código Orgánico Procesal Penal, obvia tal situación en beneficio del imputado.

El ciudadano intérprete JULES JOSEPH, fue promovido como prueba testifical por el ciudadano Fiscal y al rendir testimonio en el juicio oral expresó:

“...el testigo JULES JOSEPH, titular de la cédula de identidad N° 23.210.729, de profesión u oficio Obrero, residenciado en Los Frailes de Catia, Casa N° 54, Calle 12, Caracas, quien fue debidamente juramentado e impuesto del 345 del Código Orgánico Procesal Penal y del artículo 243 del Código Penal, quien expuso: ‘fue 09-06-2004 cuando me llamaron a que le explicara al señor el derecho porque no hablaba el idioma, los guardias me buscaron para que le explicara. Es todo, Cesó. Seguidamente se le dio la palabra al Fiscal del Ministerio Público a los fines de que interrogue al testigo, quien solicitó se dejara constancia de: 1.- ¿Diga dónde se encontraba el ciudadano METALIAJ? RESPUESTA: Estaba en el Comando. 2.- ¿Cuáles idiomas habla usted? RESPUESTA: francés, inglés y papiamento el fiscal pidió se dejara constancia. 3.- ¿Él le entendía sus preguntas: RESPUESTA: Sí. 4.- ¿Cuándo le preguntaron que si ese equipaje era de él que contestó? RESPUESTA: no sé, no sabe. El defensor objetó la pregunta formulada por el Fiscal del Ministerio Público siendo declarada Sin Lugar por el ciudadano Juez. 5.- ¿Cuánto tiempo duró en el Comando con el señor? RESPUESTA: desde la tarde pero no sé hasta qué hora. Es todo. Cesó. Seguidamente toma la palabra la defensa, a los fines de que interrogue al testigo quien solicitó se dejara constancia de: 1.- ¿Usted lo vio cargando maleta? RESPUESTA: no. 2.- ¿En dónde estaba usted cuando lo llamaron? RESPUESTA: estaba cerca. 3.- ¿Usted lo llamaron a la máquina de rayos ‘X’? RESPUESTA: no. 4.- ¿Usted suscribe como intérprete una acta policial? RESPUESTA: sí. 5.- ¿quién le trajo el acta para que firmara? RESPUESTA: el Guardia Nacional. Es todo’. Cesó. Seguidamente toma la palabra el ciudadano Juez, a los fines de que interrogue al testigo quien preguntó: 1.- ¿En el momento en que se encuentra en la Guardia Nacional usted vio cuando abrieron la maleta? RESPUESTA: Sí, sacó prenda de vestir, y una sábana grande. 2.- ¿La maleta tenía sistema de seguridad? RESPUESTA: No recuerdo. 4.- ¿En la maleta había ropa de niño, hombre o mujer? RESPUESTA: era ropa de hombre. 5.- ¿Cuántas maletas eran? RESPUESTA: eran dos, una grande y otra pequeña. Es todo’. Cesó...”.

De lo expuesto se evidencia que la razón asiste al formalizante, toda vez que ante el Tribunal de Juicio el intérprete Jules Joseph fue interrogado sobre aspectos no inherentes a la función de asistencia al imputado que no conozca el idioma. Fue interrogado el nombrado intérprete como testigo, lo cual ciertamente constituye una prueba ilícita.

Ahora bien, considera la Sala que la declaración del intérprete Jules Joseph, de modo alguno perjudica al imputado; y tan es así que el propio defensor durante el juicio oral agradeció a Dios que el Fiscal del Ministerio Público lo trajese a juicio.

Estima la Sala que sería inútil ordenar la realización de un nuevo juicio oral en el que no se tomase en cuenta tal declaración, toda vez que para comprobar la culpabilidad del acusado, igualmente se tomó en cuenta la declaración del funcionario policial Lugo Viloría Deivi, la declaración de los testigos Liendo Feliber Adolfo José y González Ramírez Willie Antonio, la declaración de la experta Graciela Rodisy Longart, la experticia química N° C0-LE-DQ 04/0963, el acta policial de aprehensión, el boleto aéreo electrónico, el pasaporte de los Estados Unidos de América N° 096231891, el acta de revisión de equipaje, el acta de audiencia de verificación de sustancia incautada, las cuales a juicio del sentenciador “lo llevan a la convicción” sin lugar a dudas de la comisión del hecho punible establecido en la acusación y de la autoría y participación en el mismo por parte del ciudadano Kujtim Metaliaj.

La exclusión de las pruebas ilegales constituye una garantía al debido proceso que debe tener todo imputado.

El artículo 197 del Código Orgánico Procesal Penal, establece:

“Licitud de la prueba. Los elementos de convicción sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este código”.

Al respecto ha dicho la jurisprudencia extranjera:

“...Y así, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1995 (RJ 1995, 4538), al abordar la fijación del efecto indirecto de la ilicitud probatoria en base al efecto reflejo establecido en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por aplicación de la llamada doctrina del fruto podrido o manchado (Teh tainted fruti) o, genéricamente, doctrina de ‘los frutos del árbol envenenado’ cuya doctrina se ha expuesto entre

otras cosas, en Sentencias del Tribunal Supremo 210/1992, de 7 de febrero de (RJ 1992, 1182), de 19 de febrero y 2054/ 1994, de 26 de noviembre (1994,8974), afirma que se produce la no contaminación de las pruebas restantes si es posible establecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas; y que esa desconexión siempre existe en la jurisprudencia norteamericana en los casos de ‘hallazgo inevitable’. (Sentencias del Tribunal Supremo 298/1994, de 18 de febrero (RJ 1994, 2314) y la ya citada 2954/1994, de 26 de noviembre).

En esta misma sentencia que comentamos, se recuerda que la declaración de nulidad carece de autarquía. Si contamina las restantes pruebas conduce a la absolución por la aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia establecido en el artículo 24.2 de la Constitución Española, al no existir prueba de cargo que pueda fundar el pronunciamiento condenatorio. Y si no produce tal efecto, la consecuencia es determinar si la prueba no afectada y tomada en cuenta por el juzgador de instancia puede estimarse apta y suficiente para reputar enervada la indicada presunción de inocencia...’. (*La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial*. Eduardo de Urbano Castrillo, Miguel Ángel Torres Morato).

(...)

“...Lo importante es radiar la prueba nula y examinar si, con independencia de la misma, sobrevive otra incontaminada...”. (*El Derecho Penal Sustantivo y el Proceso Penal. Garantías Constitucionales Básicas en la Realización de la Justicia*. Enrique Ruiz Vadillo).

En consecuencia, se declara sin lugar la presente denuncia...”.

## Título 17:

### Oportunidad de las partes para ofrecer nuevas pruebas en juicio

<b>Sentencia:</b>	Nº 346, publicada en fecha 09 de Junio del 2005.
<b>Expediente N°:</b>	04-0428.
<b>Ponencia:</b>	Alejandro Angulo Fontiveros.
<b>Voto Concurrente:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Imputado: Hernán José Perdomo.
<b>Delito:</b>	Homicidio Calificado.
<b>Normas Citadas:</b>	Artículos 351 y 359 del Código Orgánico Procesal Penal.
<b>Decisión:</b>	Desestima por Manifiestamente Infundado el recurso de casación propuesto por la Defensa del ciudadano Hernán José Perdomo.

La Sala resolvió

“...Los alegatos que la Defensa pretende esgrimir en casación fueron resueltos por la recurrida, tal como se desprende de la transcripción que hace la impugnante al inicio del escrito...”.

(...)

“...Así que la Defensa, en todo caso, debió señalar en qué consistió la relevancia del vicio denunciado, es decir, cuál fue el contenido de la declaración del médico forense, ciudadano NICOLÁS GONZÁLEZ BECERRA y de qué manera dicho testimonio influyó decisivamente en la parte dispositiva de la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia.

Ante la imprecisión de la Defensa, la Sala considera que lo procedente y ajustado a Derecho es desestimar por manifiestamente infundada la denuncia y según lo establecido en el artículo 465 del Código Orgánico Procesal Penal. Así se decide...”.

(...)

“...Respecto a la errónea interpretación del artículo 363 del Código Orgánico Procesal Penal, la Defensa omitió señalar cuál fue el criterio jurídico que en relación con el mencionado artículo emitió la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas.

En consecuencia, la Sala desestima la denuncia por manifiestamente infundada y según lo establecido en el artículo 465 del Código Orgánico Procesal Penal. Así se decide...”.

Voto Concurrente. Blanca Rosa Mármol de León:

“...la sentencia dictada por esta Sala debió dejar claramente asentado, que si bien es cierto que la declaración del médico anatómo-patólogo en su condición de experto fue promovida por el Ministerio Público, no es menos cierto que el protocolo de autopsia no fue promovido en su debida oportunidad a los fines de que fuera incorporado para su lectura en el juicio oral y público, por lo que esa prueba fue presentada fuera del momento que señala nuestra legislación actual procesal penal para ello.

Nuestro Código Orgánico Procesal Penal, ha establecido que las pruebas deben ser ofrecidas antes del debate, sin embargo, en el artículo 359 *eiusdem*, establece una excepción, la cual también está contenida en el artículo 351 segundo aparte *ibídem*, donde se establece que el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevos, que requieran su esclarecimiento o si existe una ampliación del escrito acusatorio, donde el Ministerio Público impute nuevos hechos al imputado.

Dichas disposiciones legales establecen lo siguiente:

Artículo 351. Ampliación de la acusación: “...en relación con los hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la ampliación, se recibirá nueva declaración al imputado, y se informará a todas las partes, que tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar su defensa...”.

Artículo 359. Nuevas Pruebas: “Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevos, que requieran su esclarecimiento. El tribunal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes”.

Entonces, tenemos que nuestro Código Orgánico Procesal Penal es claro, cuando señala la oportunidad en que el tribunal de juicio puede recibir por vía de excepción una prueba, a lo cual se le impone una condición para proveer lo solicitado.

En el presente caso, no nos encontramos frente a hechos o circunstancias nuevas que hayan surgido en el curso del juicio, y que requieran de una nueva prueba para esclarecer los mismos.

La exhibición que se hiciera en la audiencia oral y pública del protocolo de autopsia, el cual le fue permitido al médico anatomopatólogo al momento de rendir su declaración, no fue con ocasión a que durante la audiencia hayan surgidos circunstancias o hechos nuevos, que requieran su esclarecimiento, ya que dicho dictamen se refería al hecho que estaba siendo objeto de juicio en ese momento, por lo que no podía ser considerado como una nueva prueba producto de un hecho que surgió en Sala, por cuanto el mismo cursa en las actas en los folios 145 al 147 de la primera pieza del expediente, por lo tanto el Ministerio Público como la Defensa, tenían conocimiento de la existencia de la referida prueba, la cual no podía ser incorporada al debate oral y público si ésta no había sido promovido por las partes en su debida oportunidad legal.

Es obvio, que tanto el Ministerio Público como la defensa, actuaron equivocadamente en el presente caso, respecto al ofrecimiento de la señalada prueba documental, pues tanto el uno como el otro, estaban en el deber de ofrecer la misma en la audiencia preliminar, oportunidad ésta que es la señalada por el Código Orgánico Procesal Penal para su recepción; el primero por ser el garante de los derechos del acusado

quien está en el deber de ofrecer tanto las pruebas de cargos como de descargo; y el segundo, que al asumir la defensa, está en la obligación de presentar todas aquellas que vayan a favor de la defensa de quien asiste, siendo de advertir que tal negligencia podría acarrear un procedimiento disciplinario, tanto al uno como al otro por vulnerar los derechos del imputado.

Por consiguiente, considero que en el presente caso ha debido la Sala hacer las observaciones antes señaladas, al momento de resolver el recurso de casación propuesto...”.

## **Título 18:**

### **Admisión de los hechos. Juez debe instruir al acusado sobre el procedimiento especial. Aceptación pura y simple**

<b>Sentencia:</b>	602 del 13 de julio de 2001.
<b>Expediente:</b>	01-379.
<b>Ponente:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Voto Concurrente:</b>	Alejandro Angulo Fontiveros.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Adolescente.
<b>Delito:</b>	Homicidio Calificado en ejecución de robo como cómplice.
Norma citada:	Código Orgánico Procesal Penal. Art. 376.
<b>Decisión:</b>	La Sala Anuló de oficio en beneficio del acusado, por admisión de los hechos confusa.

La Sala resolvió

“A los fines de decidir observa esta Sala, que la sentencia contra la cual se interpuso recurso de apelación fue dictada bajo el procedimiento es-

pecial previsto en el artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, en ocasión a la admisión de los hechos manifestada por el adolescente (identidad omitida de acuerdo a la LOPNA), en la audiencia preliminar efectuada en fecha 16 de noviembre de 2000, quien solicitó la imposición inmediata de la pena respectiva, y la decisión de la Corte Superior Sección Adolescentes Región Oriental, Sala Especial Accidental del Circuito Judicial Penal de los Estados Anzoátegui, Sucre y Monagas, recurrida ante esta Sala, confirmó la sentencia condenatoria modificando la calificación del delito y aumentando la pena en virtud de la apelación efectuada por la representación del Ministerio Público.

Ahora bien, esta Sala en reciente jurisprudencia ha establecido que las decisiones de las Cortes de Apelaciones que resuelven sobre la apelación ejercida contra sentencias dictadas bajo el procedimiento por Admisión de los Hechos no son recurribles en casación, dada la especialidad del procedimiento dentro del cual no se inició el juicio a petición del propio imputado y por razones de economía procesal.

No obstante, efectuada la revisión del expediente, se ha observado un vicio de tal relevancia que obliga a esta Sala a emitir un pronunciamiento en la presente causa, situación que se suma a otras ya observadas en sentencias dictadas en virtud de admisión de los hechos por el imputado, lo que justifica el cambio del criterio establecido, en aras de la justicia. En efecto, esta Sala, previo a la resolución del recurso interpuesto declara la NULIDAD ABSOLUTA de la Audiencia Preliminar efectuada en fecha 16 de noviembre del año 2000 celebrada ante el Juez Primero de Control de Responsabilidad Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Monagas, en relación con el imputado adolescente (identidad omitida de acuerdo a la LOPNA), conforme a lo dispuesto en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 13 del Código Orgánico Procesal Penal, y en tal sentido se observa:

El Fiscal del Ministerio Público presentó acusación en contra de los imputados adolescentes (identidad omitida de acuerdo a la LOPNA), y (identidad omitida de acuerdo a la LOPNA), ambos por la comisión del delito de HOMICIDIO CALIFICADO, previsto y sancionado en el artículo 408 ordinal 1° del Código Penal, en perjuicio del ciudadano ALFREDO VALLENILLA (occiso), indicando que los hechos ocurrieron el día 07 de octubre de 2000, cuando el hoy occiso se encontraba estacionado en el sector Alto Paramaconi en su vehículo marca Hyundai, color vino tinto, placa NAF-77B de su propiedad, cuando fue sorprendi-

do por unos sujetos, quienes portaban una escopeta marca Canaima, calibre 12 mm, quienes para despojarlo de su vehículo le dispararon al tórax, siendo trasladado posteriormente al hospital donde falleció.

En fecha 16 de noviembre de 2000 se celebró la audiencia preliminar en la presente causa, en la cual los prenombrados adolescentes admitieron los hechos, expresando el adolescente (identidad omitida de acuerdo a la LOPNA), "...admito los hechos de causarle la muerte al ciudadano, pero sin ninguna intención de quitarle la vida... cuando estábamos forcejeando se me fue el tiro"; y el adolescente (identidad omitida de acuerdo a la LOPNA), manifestó: "admito los hechos de que yo participé intentando robar y cuando escuché el disparo salí corriendo".

De las declaraciones de los imputados adolescentes se evidencia la aceptación de los hechos por parte del primero de los nombrados, no así del adolescente (identidad omitida de acuerdo a la LOPNA), quien admitió su participación en el robo, pero no en el homicidio por el cual se le acusó, siendo el caso que el Tribunal de Control condenó a (identidad omitida de acuerdo a la LOPNA), pero por el delito de Robo Propio en grado de tentativa.

El Fiscal del Ministerio Público interpuso recurso de apelación por estimar que la condena al imputado adolescente (identidad omitida de acuerdo a la LOPNA), debió ser por el delito de Homicidio Calificado planteado en la acusación y no por robo propio en grado de tentativa como lo estableció el Juez de Primera Instancia.

La Corte Superior Sección de Adolescentes de la Región Oriental, Sala Especial Accidental del Circuito Judicial Penal de los Estados Anzoátegui, Sucre y Monagas resolvió la apelación, confirmando la sentencia dictada por el Juez de Control, pero modificando la calificación de Robo Propio en grado de tentativa por la de Homicidio Calificado en ejecución de Robo Agravado como Cómplice, acogiendo la petición de la representación fiscal.

En tal sentido, debió la Corte Superior Sección Adolescentes anular la decisión respecto del adolescente (identidad omitida de acuerdo a la LOPNA), a los fines de que se celebrara nueva audiencia preliminar en la que el Juez de Control le advirtiera al imputado sobre la admisión de los hechos por el delito de Homicidio Calificado que el Ministerio Público formuló en la acusación y que de manifestar su admisión sería por ese delito que se le condenaría y no por otro, toda vez que de admitir

otros hechos distintos a los indicados en la acusación, tal admisión no sería estimada.

Cabe señalar que la institución de la Admisión de los Hechos supone que los hechos por los cuales se acusa, sean aceptados por el imputado en las condiciones como fue planteada la acusación por el Ministerio Público o la víctima en su querrela, y es deber del Juez de Control advertirle que de admitir la acusación, será por el delito planteado, y que su manifestación debe ser total y no relativa, clara, sin apremio ni coacción alguna, a los fines de que sea impuesta la pena de manera inmediata de acuerdo a los hechos por los cuales se le acusa, de lo contrario existiría un vicio en el consentimiento del imputado, que anularía la admisión de los hechos por él expresada.

En tal virtud, se declara la Nulidad de las sentencias dictadas por el Tribunal Primero de Control de Responsabilidad Penal del Adolescente del Circuito Judicial Penal del Estado Monagas y por la Corte Superior Sección Adolescentes de la Región Oriental Sala Especial Accidental del Circuito Judicial Penal de los Estados Anzoátegui, Sucre y Monagas, sólo en relación con el imputado adolescente (identidad omitida de acuerdo a la LOPNA), y se repone la causa al estado en que se celebre una nueva audiencia preliminar en la cual se le imponga al prenombrado imputado de los hechos planteados en la acusación por el Ministerio Público. Así se decide.

Dada la naturaleza de la presente decisión esta Sala no resuelve el planteamiento del recurso de casación interpuesto en la presente causa.

## **Título 19:**

### **Admisión de los hechos, último aparte del Artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal no constituye aliciente para admitir los hechos. Infringe principio de progresividad**

<b>Sentencia N°:</b>	178 del 10 de mayo de 2005.
<b>Expediente:</b>	04-582.
<b>Ponente:</b>	Eladio R. Aponte Aponte.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Evelio Franco Agudelo.
<b>Delito:</b>	Tráfico de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.
<b>Normas Citadas:</b>	Código Orgánico Procesal Penal 376.
<b>Decisión:</b>	SIN LUGAR el recurso de casación interpuesto por la defensa.

La Sala resolvió

“De lo expuesto por la recurrente en las dos denuncias, se evidencia una fundamentación común relacionada con la indebida aplicación del

artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, y la supuesta contradicción existente entre el segundo aparte de dicha norma, referido a la rebaja de la pena aplicable en los casos donde exista violencia contra las personas, contra el patrimonio público o en los delitos tipificados en la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, razón por la cual la Sala procede a resolverlas conjuntamente.

Ahora bien, la institución de la admisión de los hechos (establecida en el artículo mencionado *ut supra*) opera cuando el imputado consciente en ello, reconoce su participación en el hecho atribuido y solicita al tribunal que conoce de la causa, la imposición inmediata de la pena correspondiente, con la rebaja desde un tercio a la mitad, tomándose en cuenta el bien jurídico afectado y el daño social causado.

No obstante, el referido artículo, en su segundo aparte, al tratar lo referente a dicha rebaja establece una excepción para aquellos delitos que poseen un alto grado de peligrosidad, casos en los cuales sólo se podrá rebajar un tercio de la pena, pero no puede ser menor a la establecida en el límite inferior de la pena que señala la ley para el delito de tráfico ilícito de droga y ello en virtud de que éste es considerado según jurisprudencia reiterada (sentencia N° 1.712 del 12/9/01, Sala Constitucional) como delito de lesa humanidad y en consecuencia, su naturaleza, no permite que la rebaja pase del límite inferior impuesto, ya que de realizarlo, se estaría violando una norma que es de imperativa observancia para el juzgador.

En el presente caso, se observa que el Juzgado Segundo de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Táchira, al efectuar el cálculo de la pena correspondiente al delito de transporte ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, aplicó la rebaja establecida en el primer aparte del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, incumpliendo así con lo previsto en el segundo aparte de la mencionada disposición, cuyo contenido exige que en dichos delitos sólo se aminore la pena hasta el límite inferior que establece la ley para ese delito.

De lo antes expuesto se evidencia que la razón no asiste a la formalizante, toda vez que los jueces de la sentencia recurrida, en atención al artículo 334 de la Carta Magna y 19 del Código Orgánico Procesal Penal, al examinar el fallo de la primera instancia, consideró que la aplicación del control difuso de la Constitución, efectuada por dicha instancia, resultaba improcedente por cuanto el vicio de incompatibilidad entre el

principio del debido proceso (artículo 49 de la Constitución) y la rebaja de la pena, en los delitos tipificados en la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, con ocasión de la admisión de los hechos, resultó inexistente, efectuando, en consecuencia, el cómputo y la aplicación de la pena correspondiente, actuando así ajustada a derecho, razón por la cual, la Sala considera procedente declarar SIN LUGAR el presente recurso. Así se decide.

Voto salvado: Blanca Rosa Mármol de León.

“La sentencia aprobada por la mayoría de esta Sala, DECLARÓ SIN LUGAR el recurso de casación interpuesto por la defensa por considerar que los jueces de las Cortes de Apelaciones, luego de anular la sentencia de juicio que había desaplicado el segundo aparte del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal y rebajar la pena a un tercio del delito de Transporte Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, procedieron correctamente en el cómputo y aplicación de la pena correspondiente, de conformidad con el segundo aparte del referido artículo 376 *ejusdem*.

Al respecto cabe destacar lo establecido en el artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, relativo al procedimiento por admisión de los hechos:

“...Solicitud. En la audiencia preliminar, una vez admitida la acusación, o en el caso del procedimiento abreviado, una vez presentada la acusación y antes del debate, el juez en la audiencia, instruirá al imputado respecto al procedimiento por admisión de los hechos, concediéndole la palabra. Éste podrá admitir los hechos objeto del proceso y solicitar al tribunal la imposición inmediata de la pena. En estos casos, el juez deberá rebajar la pena aplicable al delito desde un tercio a la mitad de la pena que haya debido imponerse, atendidas todas las circunstancias, tomando en consideración el bien jurídico afectado y el daño social causado, motivando adecuadamente la pena impuesta.

Si se trata de delitos en los cuales haya habido violencia contra las personas, y en los casos de delitos contra el Patrimonio Público o previstos en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, cuya pena exceda de ocho años en su límite máximo, el juez sólo podrá rebajar la pena aplicable hasta un tercio.

En los supuestos a que se refiere el párrafo anterior, la sentencia dictada por el juez, no podrá imponer una pena inferior al límite mínimo de aquella que establece la ley para el delito correspondiente.

En caso de que la sentencia condenatoria sea motivada al incumplimiento por parte del imputado del acuerdo reparatorio o de las obligaciones impuestas en la suspensión condicional del proceso, no se realizará la audiencia prevista en este artículo”.

De la norma antes transcrita se entiende que el procedimiento por admisión de los hechos permite al imputado admitir su participación en el hecho que se le acusa, haciéndolo merecedor de una rebaja efectiva de la pena en las condiciones establecidas en la norma. Para la imposición de la pena han de tomarse en consideración todas las circunstancias (atenuantes y agravantes), el bien jurídico afectado y el daño social causado, y así el juez deberá proceder a rebajar la pena “aplicable” que “haya debido imponerse”, desde un tercio a la mitad o hasta un tercio en los casos de excepción.

La disposición antes citada consagra la figura del “plea guilty”, tomada del Derecho Anglosajón, es decir, declaración de culpabilidad y pretende consagrar en forma acorde con el principio de oportunidad que la inspiró, una ventaja, un beneficio para el imputado que reconociendo su autoría en los hechos, le ahorra al Estado tiempo y dinero, e invertir en un juicio al cual, quien admite los hechos, renuncia. Para que esta renuncia al juicio por parte del imputado tenga algún sentido, preciso será que obtenga algo a su favor.

Sin embargo, de la lectura completa de la disposición legal observamos, que el último párrafo del artículo anula por completo la figura, pues obtener como máximo por admitir los hechos imputados una rebaja de la pena aplicable que no pueda ser inferior “del límite mínimo de aquel que establece la ley para el delito correspondiente”, no constituirá jamás un aliciente para quien renuncia a un juicio en el cual, entre las posibilidades que tendría, estaría la de obtener una sentencia absolutoria, y en el peor de los casos, una condena por el término mínimo, **normalmente aplicable** en ausencia de antecedentes penales.

Si todavía tenemos en los procesos admisiones de los hechos, ello deriva de la falta de información al respecto de los indefensos ciudadanos, quienes no por culpables eventuales serían menos indefensos, y así sucumben a lo que podríamos llamar una oferta engañosa, toda vez que

con la aceptación de la pretendida oportunidad, nada logran, y pierden contrariamente a lo que fue la intención inicial del Legislador, precisamente, valga la ironía, la oportunidad de obtener un resultado mejor en un juicio celebrado con todas las garantías procesales consagradas en el Código Orgánico Procesal Penal y la Constitución.

Los jueces, dentro del ámbito de su competencia, deben observar las disposiciones constitucionales, a los fines de que no exista incompatibilidad entre la Constitución y una ley u otra norma jurídica, tal como lo dispone el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal. Si observamos el segundo aparte del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, es evidente que existe contradicción, no sólo con las disposiciones antes mencionadas, sino también con el artículo 19 de la Constitución de la República, que establece lo siguiente:

“El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e independiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre los derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrolle”.

El legislador cuando reformó la institución de la admisión de los hechos, desmejoró la condición procesal del imputado en el mecanismo para obtener una rebaja de pena, y en consecuencia, su libertad, específicamente, en el supuesto de los delitos en los cuales haya habido violencia contra las personas, y en los casos de delitos contra el patrimonio público o sobre sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Por las razones ya expuestas, considero que en el presente caso debió imperar la aplicación del principio de progresividad, contenido en el artículo 19 de la Constitución, según el cual no puede haber desmejora o disminuciones en los derechos que consagran los textos legales, como es el caso, de la libertad del imputado, su acceso y el mecanismo de la rebaja de pena para lograr el mismo fin, y así desaplicar el segundo aparte del citado artículo 376 *eiusdem*, anulando la pena impuesta, por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Táchira y proceder a rebajar un tercio de la pena aplicable del delito de Transporte Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

## **Título 20:**

### **Sobre el lapso de prescripción de la acción penal. La interrupción del lapso de prescripción, prescripción ordinaria y prescripción judicial**

<b>Sentencia N°:</b>	79 del 12 de abril de 2005.
<b>Expediente:</b>	05-0031.
<b>Ponente:</b>	Eladio Ramón Aponte Aponte.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Salvador Ramírez Ramírez.
<b>Delito:</b>	Apropiación indebida calificada.
<b>Normas citadas:</b>	Código Orgánico Procesal Penal 31, 32. Código Penal 108, 110, 37.
<b>Decisión:</b>	Inadmisible el recurso de casación.

La Sala resolvió

“La Sala en la oportunidad para pronunciarse sobre la admisibilidad o desestimación del recurso propuesto, lo hace en los siguientes términos:

La decisión recurrida resulta inimpugnable mediante el recurso extraordinario de casación, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 459 del Código Orgánico Procesal Penal, sólo serán recurribles ante la Sala de Casación Penal las sentencias que pongan fin al juicio o impidan su continuación, no siendo el auto de apertura a juicio una de ellas, como es el caso.

En razón de lo expuesto, se desestima, por inadmisibile, el recurso de casación interpuesto por el recurrente, según el artículo 465 *eiusdem*. Así se decide”.

Voto Salvado Blanca Rosa Mármol de León.

“En la decisión que antecede la mayoría de la Sala afirma que la decisión recurrida en casación resulta inimpugnable por esta vía, por ser una decisión relativa al auto de apertura a juicio, de acuerdo al artículo 459 del Código Orgánico Procesal Penal.

Cierto es que la decisión que ordena la apertura a juicio resulta irrecurable, y que las decisiones objeto de recurso de casación son aquellas que pongan fin al proceso o impidan su continuación. No obstante, la materia relativa a la persecución de los delitos es materia de orden público, por lo cual, un pronunciamiento tanto en la fase inicial del proceso como en la fase intermedia resulta determinante, en atención a los principios de orden público, celeridad y justicia.

En el presente caso la recurrida confunde el concepto de interrupción de la prescripción ordinaria con la noción de prescripción judicial o extraordinaria, pues ésta no se interrumpe, y por ello sigue su curso inexorable, de allí que la ordinaria, que sí se interrumpe, sea la base para luego calcular que tenga lugar la extraordinaria, tal como lo señala el artículo 110 del Código Penal, cuando establece, el transcurso de la prescripción (refiriéndose a la ordinaria) se interrumpirá por diversos actos, y luego acota: “pero si el juicio, sin culpa del reo, se prolongare por un tiempo igual al de la prescripción aplicable (la ordinaria), más la mitad del mismo, se declara prescrita la acción penal”.

El artículo 109 del Código Penal establece que para los delitos consumados, la prescripción comienza a transcurrir el día de la perpetración.

Así los hechos ocurrieron en fecha 02 de septiembre de 1999, para el 02 de septiembre de 2004 transcurrieron ya 5 años.

No obstante, la interrupción surgida el día 27 de junio de 2002, con la declaración del imputado ante el Ministerio Público, (acto interruptivo de acuerdo al criterio sostenido por la Sala Penal antes de la decisión de fecha 10 de diciembre de 2003, con ponencia del Magistrado Rafael Pérez Perdomo, que consideraba como primer acto interruptivo la admisión de la acusación, criterio éste derogado mediante la reforma del 16 de marzo de 2005 efectuada al artículo 110 del Código Penal) habrían transcurrido hasta hoy dos años y nueve meses aproximadamente, pero el curso de la prescripción extraordinaria es evidente, pues superó el lapso de cuatro años y medio, de acuerdo al numeral 5 del artículo 108 en relación al artículo 110 primer *ejusdem*.

Recordemos que la pena normalmente aplicable es la mitad de la sumatoria de sus límites y en este caso, para el delito de apropiación indebida calificada, el término medio de penalidad aplicable es de dos años y medio, en atención al artículo 37 *ibidem*.

Si el cálculo de la prescripción judicial fuera contado desde cada interrupción, nunca cesaría la persecución penal, y ello comportaría poder punitivo ilimitado y la ausencia de control de las actuaciones de los organismos encargados, en tiempo razonable.

La fecha de comisión del delito es el punto de partida para el cálculo de la prescripción judicial, tiempo que da la ley para perseguir el delito y su extensión deviene a favor del reo, cuando la acción penal se ha prolongado sin su culpa, lo que también redundaría en el interés general.

En este caso han transcurrido más de cinco años, desde la fecha de consumación del delito, por lo que considero debió declararse la prescripción del delito penal del imputado.

Ahora bien, el recurso de casación, formalmente no procede, porque la decisión recurrida no pone fin al juicio, ni impide la continuación del mismo, ni tampoco impide la oportunidad de oponer la excepción aludida nuevamente en las etapas sucesivas, como lo indica el artículo 31 del Código Orgánico Procesal Penal, pero tal como asenté antes, en atención a la facultad que se desprende del artículo 32 *ejusdem*, en relación con los artículos 26 y 49 de la Constitución vigente, la Sala puede declarar de oficio la prescripción de la acción penal.

## **Título 21:**

### **Testimonio del experto en el juicio**

<b>Sentencia N°:</b>	32 del 15 de marzo de 2005.
<b>Expediente N°:</b>	04-0335.
<b>Ponente:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Jesús Manuel Morillo Quintero.
<b>Delito:</b>	Homicidio Simple.
<b>Normas Citadas:</b>	Código Orgánico Procesal Penal. 216, 239, 191.
<b>Decisión:</b>	Con lugar el recurso de casación, anula las sentencias absolutoria y de apelación y ordena la celebración de nuevo juicio oral.

La Sala resolvió

“Denuncia el formalizante la falta de aplicación del artículo 197 del Código Orgánico Procesal Penal, por parte de la recurrida al declarar ilícita la prueba de protocolo de autopsia N° 6, la cual a su criterio, es una prueba legal, obtenida por medios lícitos, ya que el experto declaró en juicio bajo juramento que él había realizado la autopsia, así como el alcance del protocolo de autopsia.

Ahora bien, la recurrida al resolver el punto apelado en relación a la autopsia N° 6, expresó:

...(omissis)...

“...no puede pretender el recurrente que el Tribunal Mixto de Juicio le dé valor probatorio a las pruebas antes indicadas, si las mismas no cumplieron los requisitos de formalidad esenciales exigidos por nuestra legislación procesal penal, el dictamen se presentará por escrito, firmado y sellado. El Accionante no puede argumentar que el fin justifica los medios al pretender hacer creer que en razón de lo dispuesto en el artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal la finalidad del proceso es lograr establecer la verdad, obviando formalidades que según su opinión no son esenciales, nuestro máximo Tribunal Supremo de Justicia en reiteradas oportunidades al respecto ha señalado que para llegar a la verdad procesal sólo puede hacerse por las vías jurídicas que establece la ley. Y si el Tribunal *a quo* partió de la idea de que las pruebas del protocolo de autopsia N° 6 y la denominada de alcance son ilícitas, no era necesaria su valoración y por tanto no incurrió en ilogicidad en la motivación de la sentencia...”.

Finalmente, señala (la recurrida):

“...Sobre la suerte de la prueba de trayectoria balística realizada por el experto, ciudadano JOSÉ RIVAS MENDOZA (folios 277, 278, 279 y 280) el Tribunal Mixto la desecho, por cuanto la misma fue hecho según el protocolo de autopsia N° 6 y al ser ésta una prueba ilícita, lo accesorio corre la suerte de lo principal, ya que la utilización de pruebas o procedimientos INCONSTITUCIONALES, indirectamente surtirían efectos sobre la valoración de la prueba, los efectos de estas pruebas originadas sobre una prueba ilícita son los efectos de lo que la doctrina conoce como los frutos del árbol envenenado, debe estar, y están, jurídicamente contaminados. Por las razones anteriormente expuestas este tribunal declara sin lugar el primer motivo del recurso. Y así se decide...”.

(La Sala observa:)

El artículo 216 del Código Orgánico Procesal Penal, dispone:

“Autopsia. Las autopsias se practicarán en las dependencias de la medicatura forense, por el médico correspondiente. Donde no la haya, el Ministerio Público designará el lugar y médico encargado de su realización.

Los médicos que practiquen la autopsia deberán concurrir al debate cuando sean citados”.

El artículo 239 del citado Código Orgánico Procesal Penal, establece:

“Dictamen pericial. El dictamen pericial deberá contener, de manera clara y precisa, el motivo por el cual se practica la descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo, en el estado o del modo en que se halle, la relación detallada de los exámenes practicados, los resultados obtenidos y las conclusiones que se formulen respecto del peritaje realizado, conforme a los principios o reglas de su ciencia o arte.

El dictamen se presentará por escrito, firmado y sellado, sin perjuicio del informe oral en la audiencia”.

De la lectura de las normas transcritas, se desprende que los médicos expertos que practiquen la autopsia deben acudir a la audiencia oral; que el informe realizado por el médico debe ser presentado por escrito, firmado y sellado, sin perjuicio del informe oral que presentará en la audiencia correspondiente.

El artículo 191 del Código Orgánico Procesal Penal, reza:

“Nulidades Absolutas: Serán consideradas nulidades absolutas aquéllas concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que este Código establezca, o las que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías fundamentales previstos en este Código, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos por la República”.

A juicio de la Sala el hecho de no aparecer en el protocolo de autopsia N° 6 la firma del Doctor Benigno Velásquez, no conlleva a que dicha prueba deba ser anulada, toda vez que el referido experto al rendir testimonio en el juicio oral expresó el haberla realizado, así como también haber elaborado el acta de alcance del protocolo de autopsia.

Consta en autos que el Doctor Benigno Velásquez al declarar en el juicio expresó que la firma que aparece en el protocolo de autopsia N° 6, es la del Doctor Oscar Navas. Igualmente, consta que el Doctor Oscar Navas Rullo (División de Medicatura Forense del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, Valera, Estado Trujillo), es quien remite a la Fis-

cal Novena del Ministerio Público del Estado Trujillo en fecha 29 de enero de 2001, el resultado de autopsia del menor Luis Fernando Briceño Ramírez.

El vicio de falta de firma en el protocolo de autopsia no constituye un vicio de los cuales, de conformidad con el artículo 191 del Código Orgánico Procesal Penal transcrito, conllevan su nulidad absoluta, ni la hace ilícita como se establece en la recurrida.

...(omissis)...

Igualmente considera la Sala que no ha debido declararse la nulidad por ilegalidad de la prueba de trayectoria balística basada en el protocolo de autopsia con base en el argumento de la “fruta del árbol envenenado”, puesto que el testimonio del experto en la audiencia constituyó un acto de convalidación de un vicio insubstancial en la forma, toda vez que la falta de firma del protocolo de autopsia no acarrea un vicio de nulidad absoluta de los señalados en el artículo 191, ya que no afectó ninguno de los derechos y garantías fundamentales referidos en dicha norma.

En virtud de lo antes señalado lo procedente y ajustado a derecho es ordenar la realización de un nuevo juicio oral y público en el cual se presenten las pruebas que fueron admitidas por el Juez de Control y se dicte una nueva sentencia prescindiendo de los vicios que originaron la presente nulidad”.

## **Título 22:**

### **Los expertos y funcionarios policiales deben rendir testimonio en juicio**

<b>Sentencia N°:</b>	457 del 23 de noviembre de 2004.
<b>Expediente N°:</b>	04-0274.
<b>Ponente:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	José Gregorio Sánchez y otros.
<b>Delito:</b>	Homicidio Calificado.
<b>Normas Citadas:</b>	Código Orgánico Procesal Penal: 357, 354, 340.
<b>Decisión:</b>	Parcialmente con lugar el recurso de casación, anula las decisiones previas y ordena la celebración de nuevo juicio.

La Sala resolvió

“La representante del Ministerio Público en la presente causa denuncia que la Corte de Apelaciones, al resolver el recurso de apelación interpuesto, infringió el artículo 357 del Código Orgánico Procesal Penal por falta de aplicación, en relación a la violación del principio de la oralidad;

aduce que la Corte de Apelaciones no resolvió la falta del Tribunal de Juicio, quien no ordenó la comparecencia por la fuerza pública de los testigos expertos.

Al efecto, la Sala observa lo que estableció la Corte de Apelaciones en relación al punto cuestionado, a saber:

“...De todo lo anteriormente narrado se observa que la prueba de experticia o prueba pericial, puede efectivamente llegar al juicio oral, bien sea en forma documental (informe pericial), en forma verbal (declaratoria de los expertos o peritos en el debate oral) o en ambas formas, **no exigiéndose en nuestro actual sistema procesal penal, la presencia inexorable de los expertos o peritos en el juicio oral y público, pues dicho informe estará de igual manera expuesto a las valoraciones y señalamientos que pudieran hacerle las partes.**

...(omissis)...

Pues bien, la recurrida sustenta su criterio en parte del análisis que hace Eric Lorenzo Pérez Sarmiento en su libro *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*, y omite lo que inmediatamente después refiere el autor (en la página 254), y que a continuación transcribimos:

“...Pero luego, en el juicio oral, los expertos deben deponer, en audiencia pública, ante jueces, partes y público en general, sobre las circunstancias de la experticia en que hayan intervenido y sobre sus propias condiciones personales, si se les requiriere al respecto...”

De esa forma omitió la recurrida el justo análisis sobre la incorporación de los testimonios de los expertos al debate.

Posteriormente, la recurrida cita nuevamente el criterio del autor, en relación a la posibilidad de incorporar como medio de prueba el dictamen pericial, tanto en su forma documental, como por el testimonio del experto, cuando citó (de la pág. 257 de la obra citada):

“...De manera que en el proceso penal, el dictamen pericial puede ser promovido para el juicio oral en su manifestación documental o en su faceta oral por órgano del experto mismo, o en ambas formas ...en materia penal... se permite a las partes promover los informes periciales rendidos en la instrucción como documentales, para su incorporación por lectura en el juicio oral, para el caso de que el experto no

pudiere asistir a deponer personalmente. Esto se hace en obsequio del Estado acusador, pues en el proceso penal actual, regido por el aplastante peso del principio de oficialidad, los peritos o expertos del Estado, que son los que evacuan la mayor cantidad de las experticias que se presentan en el proceso penal, no se dan abasto para trabajar en la fase preparatoria y para asistir luego a los juicios orales, por lo cual, sólo priorizan determinados casos sonados”. (Destacados de la Sala).

Al respecto estima la Sala, que las fallas de los organismos del Estado en modo alguno pueden subvertir al principio de la oralidad, (amén de los principios de la igualdad de las partes, contradicción y la concentración que debe sustentar el debate), afirmar tal interpretación “en obsequio del estado acusador” no es más que otorgarle al Estado, más del poder punitivo que ya tiene encomendado, en perjuicio del proceso y de su finalidad, esto es, la verdad por las vías jurídicas y un fallo justo.

La oralidad es un principio fundamental en el desarrollo del proceso que se manifiesta esencialmente en la fase de juicio, etapa donde al juzgador le corresponde percibir y analizar los medios propuestos por las partes, para determinar la certeza o no de sus alegatos y deducir la verdad.

Así el artículo 354 del Código Orgánico Procesal Penal expresa:

“...Expertos. Los expertos responderán directamente a las preguntas que les formulen las partes y el tribunal. Si resulta conveniente, el tribunal podrá disponer que los expertos presencien los actos del debate. Podrán consultar notas y dictámenes sin que pueda reemplazarse la declaración por su lectura. Esta disposición es aplicable, en lo pertinente, a los intérpretes...”.

Por ello no puede prescindirse del testimonio de los peritos y los funcionarios policiales, por el hecho cierto por demás, de la gran cantidad de trabajo que éstos tienen, la solución no es subvertir la naturaleza del proceso (acusatorio) y de las pruebas, sino que le corresponde al Estado proveer lo necesario para que los funcionarios públicos puedan cumplir con los deberes que les asigna la ley, puesto que tanto el juez como las partes, tienen la potestad y el derecho, respectivamente, de requerir al experto la explicación de su arte o ciencia aplicada al acto por él realizado.

Observa la Sala que el recurrente (representación del Ministerio Público), propuso el testimonio del experto en la audiencia, **testimonio que no se llevó a cabo**, y la Corte de Apelaciones decidió que el

testimonio del experto podía relevarse en honor al Estado Acusador. Así pues, se observa del acta del debate, que en efecto, ante la incomparecencia de los testigos expertos propuestos en la acusación, el Juez de Juicio no aplicó el referido artículo 357 del Código Orgánico Procesal Penal, que le ordena al Juez Presidente la conducción por la fuerza pública de los testigos o expertos oportunamente citados, y la solicitud a quien lo propuso de que colabore con tal diligencia, **sólo se limitó a instar al Ministerio Público a que hiciera comparecer a los testigos, pero debió emitir la orden expresa a los organismos policiales (fuerza pública), de lo cual se colige, que es deber del Juez Presidente, como Director del proceso, procurar la comparecencia de los testigos promovidos por cualquiera de las partes, con su colaboración.**

Ello lo corrobora el artículo 340 *ejusdem*, relativo a la imposibilidad de asistencia de los órganos de prueba, que establece que en caso de impedimento justificado para asistir al debate, aquéllos serán examinados por el Juez Profesional, en el lugar donde se encuentren.

En tal virtud, corresponde en este caso, declarar PARCIALMENTE CON LUGAR el recurso de casación propuesto por la representación del Ministerio Público en la presente causa, por lo cual ANULA la decisión dictada por la Corte de Apelaciones en fecha 28 de abril de 2004; ANULA el juicio oral y público celebrado en fecha 15 de octubre de 2003 y actos subsiguientes y ORDENA la celebración de nuevo juicio oral y público ante tribunal distinto al que emitió la decisión aquí anulada, a los fines de que sea realizado con observancia de las disposiciones relativas al desarrollo del debate, contenidas en el Código Orgánico Procesal Penal”.

## **Título 23:**

### **Sobre las excepciones**

<b>Sentencia N°:</b>	188 del 12-05-2005.
<b>Expediente N°:</b>	04-575.
<b>Ponente:</b>	Alejandro Angulo Fontiveros.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Henrique Capriles Radonsky.
<b>Delito:</b>	Contra el Orden Público.
<b>Normas Citadas:</b>	Código Orgánico Procesal Penal 28, 331, 437, 447.
<b>Decisión:</b>	La sala anuló de oficio la decisión de la Corte de Apelaciones. Ordenó el juicio en libertad.

La Sala resolvió

La Corte de Apelaciones admitió el recurso de apelación por lo que respecta a las excepciones estipuladas en el numeral 4 (literales “a” y “c”) del artículo 28 del Código Orgánico Procesal Penal, es decir, lo concerniente a la cosa juzgada y a que la acusación fiscal se base en hechos que no revisten carácter penal. También contra el auto de admisión de la acusación presentada por el Ministerio Público.

En cuanto a la admisión de las excepciones dicha instancia judicial estableció que “...son en principio inimpugnables...” y señaló que habían sido opuestas por la Defensa en la fase preparatoria y declaradas sin lugar por el Juzgado N° 2 de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas. Posteriormente la Sala N° 1 de la Corte de Apelaciones del mismo Circuito Judicial Penal, cuando decidió la apelación contra ese fallo, ordenó a otro tribunal de control que “...dicte decisión sobre las excepciones planteadas...”. Y tal decisión le correspondió al Juzgado N° 8 de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, pues en la audiencia preliminar declaró sin lugar las excepciones opuestas.

Por lo anterior la Corte de Apelaciones consideró que se presentaba una “...situación procesal totalmente atípica...” porque las excepciones fueron opuestas en tiempo oportuno por la Defensa, pero decididas después de la presentación del acto conclusivo por el Ministerio Público.

Los juzgadores de segunda instancia expresaron resolver dicha “situación” en beneficio del ciudadano abogado acusado y en atención al debido proceso, al derecho a la defensa y a la doble instancia. Por tanto admitieron las excepciones estipuladas en el numeral 4 (literales “a” y “c”) del artículo 28 del Código Orgánico Procesal Penal.

Ahora bien: la Sala Penal constató en el expediente la inexistencia de esa “...situación procesal totalmente atípica...”, pues el conocimiento y la declaratoria sin lugar de esas excepciones le correspondió al Juzgado N° 8 de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, en la celebración de la audiencia preliminar, cuando efectivamente este juzgado de control se pronunció al respecto. De allí que esa decisión se produjo en la fase intermedia de la causa.

El numeral 2 del artículo 447 del Código Orgánico Procesal Penal dispone:

*“Artículo 447. Decisiones recurribles. Son recurribles ante la corte de apelaciones las siguientes decisiones (...)*

*2. Las que resuelvan una excepción, salvo las declaradas sin lugar por el Juez de control en la audiencia preliminar, sin perjuicio de que pueda ser opuesta nuevamente en la fase de juicio...”.*

De modo que la Sala N° 2 (accidental) de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, inobservó la

disposición anterior porque admitió el recurso de apelación contra el fallo dictado por el Juzgado N° 8 de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas que declaró sin lugar las excepciones dispuestas en el numeral 4 (literales “a” y “c”) del artículo 28 del Código Orgánico Procesal Penal y desconoció el artículo 432 *eiusdem* que manda lo siguiente:

*“Artículo 432. Impugnabilidad objetiva. Las decisiones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos”.*

En el mismo sentido la Sala Penal advierte que de acuerdo con el numeral 2 del artículo 447 del Código Orgánico Procesal Penal, los Defensores, en la fase del juicio oral, tienen la oportunidad de invocar las excepciones que fueron declaradas sin lugar por el Juzgado de Control en la fase intermedia.

Aparte de eso, la Corte de Apelaciones admitió el recurso de apelación contra la admisión de la acusación fiscal con apoyo en jurisprudencia de la Sala Constitucional: *“...Decisión de fecha ocho (ocho) de abril de 2002, Sentencia número 746, con ponencia del Magistrado PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ (...) 3619-191203-03-0657, Ponente Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero; 2562-240903-02-3096, Ponente Magistrado ANTONIO J. GARCÍA GARCÍA (...) 2299-210803-03-0038 de la Sala Constitucional del tribunal (sic) Supremo de Justicia. Con Ponencia del Magistrado JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO ...”.* Y también con apoyo en el numeral 5 del artículo 447 del Código Orgánico Procesal Penal.

Tales sentencias de la Sala Constitucional reflejan la protección a las partes cuando un acto procesal les produzca un gravamen irreparable o lesione los derechos y garantías procesales por la falta de un recurso que permita su impugnación. Y tal no ocurrió en la presenta causa.

En efecto, no se evidencia que la admisión de la acusación le ocasionó un gravamen irreparable al ciudadano abogado acusado HENRIQUE CAPRILES RADONSKI o que implicó violaciones a los principios y garantías procesales. Tampoco la Corte de Apelaciones señaló el gravamen irreparable o esas violaciones en la sentencia que dictó para admitir la apelación contra el fallo que admitió la acusación fiscal.

El último aparte del artículo 331 del Código Orgánico Procesal Penal indica:

*“Artículo 331. Auto de Apertura a juicio. La decisión por la cual el Juez admite la acusación se dictará ante las partes (...)*

*Este auto será inapelable”.*

Por consiguiente la Sala N° 2 (accidental) de la Corte de Apelaciones también inobservó este artículo 331 antes transcrito, porque admitió el recurso de apelación contra la decisión del Juzgado N° 8 de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas que admitió la acusación fiscal.

Así mismo se advierte que dicha Sala 2 se excedió en sus atribuciones, pues pretendió dar fuerza vinculante a un fallo inficionado de nulidad. Tal exceso se materializó al “exhortar” a los jueces de la jurisdicción penal para que hicieran lo siguiente:

*“...con fundamento en la Constitución, en la jurisprudencia vinculante dictada por esta Sala según la materia ventilada y en argumentos razonables, examinen la procedencia de la apelación en aquellos casos donde expresamente el texto adjetivo penal haya establecido su no impugnación por esta vía recursiva (sic), ello con la finalidad de garantizar los derechos de acceso a la justicia y a contar con un proceso debido, que integran el derecho a la tutela judicial enunciado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...”.*

En razón de lo anteriormente expuesto, la Sala Penal anula el fallo dictado el 18 de octubre de 2004 por la Sala N° 2 (accidental) de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas y ordena la remisión del expediente a la ciudadana Juez Presidenta del mismo Circuito Judicial Penal, para que previa distribución lo envíe a un Tribunal de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas para la continuación de la causa. Así se decide.

Desde otra perspectiva, la Sala ordena que el ciudadano abogado acusado HENRIQUE CAPRILES RADONSKI sea juzgado en libertad. Es verdad que, según el artículo 251 del Código Orgánico Procesal Penal, para decidir acerca del peligro de fuga se tendrá en cuenta la pena que podría llegar a imponerse y en este caso es alta; pero en la actualidad (no fue así con antelación en este mismo caso) es palmaria la voluntad del ciudadano abogado acusado de someterse a la persecución

penal e incluso el ciudadano abogado CAPRILES RADONSKI está cumpliendo sus funciones como Alcalde del Municipio Baruta, en el Distrito Metropolitano.

Por las declaraciones anteriores la Sala Penal no entra a conocer el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público”...

Voto Salvado: Blanca Rosa Mármol de León.

...“La Sala ANULÓ la decisión de la Sala Accidental N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, pues consideró que había infringido el contenido del artículo 447 numeral 2 del Código Orgánico Procesal Penal, ...“porque admitió el recurso de apelación contra el fallo dictado por el Juzgado N° 8 de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas que DECLARÓ SIN LUGAR las excepciones dispuestas en el numeral 4 (literales a y c) del artículo 28 del Código Orgánico Procesal Penal, y desconoció el artículo 432 *eiusdem*.

Consideró la Sala, que la decisión dictada por la Sala Accidental de la referida Corte de Apelaciones declaró una “situación procesal totalmente atípica” que no era tal, pues la decisión recurrida en apelación (del Juzgado Octavo de Control), había resuelto las excepciones dentro de la decisión dictada en la audiencia preliminar, y que por ello la decisión no estaba sujeta a apelación.

Discrepo de tal afirmación, pues, ciertamente se presentó en este caso una irregularidad en la resolución de las excepciones opuestas antes de la audiencia preliminar, esto es, en la fase preparatoria, y la resolución de esas excepciones debió realizarlas el Juez de Control, antes de la audiencia preliminar.

La irregularidad surge con la decisión dictada por la Sala 1 de la Corte de Apelaciones, en fecha 26 de julio de 2004, cuando fue ordenado que otro Juez de Control resolviera las excepciones planteadas, propuestas en fase preparatoria, y el error radica en que ordenó *que resolviera en audiencia preliminar las excepciones opuestas en etapa preparatoria.*

El error de procedimiento se agrava cuando es presentada la acusación, y de allí surgió la resolución de excepciones opuestas en fase inicial, en la etapa intermedia.

Al respecto, el Juez de Control sólo debió resolver las excepciones opuestas en fase preparatoria, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29 de la Ley Penal Adjetiva. De allí que la Corte de Apelaciones resolvió correctamente, pues es procedente el recurso de apelación para las excepciones opuestas en la fase preparatoria, y el error cometido por el Juez de Control, al resolverlas en la audiencia preliminar, **etapa que no había sido iniciada, hasta tanto se resolviera primeramente las excepciones en la fase inicial de investigación**, fue subsanado por la Sala Accidental Segunda, mediante la decisión aquí anulada.

La decisión del Tribunal de Control sólo es válida en cuanto a la resolución de las excepciones en fase preparatoria, igual aplica para la decisión de la Sala Segunda Accidental de la Corte de Apelaciones, pues, hasta tanto no se cierre la fase de investigación, con la resolución de las excepciones que fueron opuestas, no se debió resolver la admisión o no de la acusación presentada, pues, previo a su presentación, se encontraban pendientes por decidir las excepciones sobre la cosa juzgada y sobre la atipicidad de los hechos objetos de investigación, y ello fue lo que ordenó la Sala 1, pero erróneamente indicó, que fueran resueltas “en la audiencia preliminar”.

Además, con la decisión que antecede la mayoría de la Sala, contradice el criterio establecido en fecha 12 de agosto de 2004 (Caso Carlos Alberto Morón Reyes, Expediente N° 04-0059, decisión N° 283), en la cual, con la aprobación del ponente de esta decisión, fue anulada de oficio *una decisión que no conoció de un recurso de apelación, justamente referido a esas excepciones que son oponibles, y que deben ser resueltas en fase preparatoria.*

Resulta pertinente transcribir dicha decisión, cuyo contenido es el que sigue:

“...La decisión recurrida en casación declara inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra de la decisión del Tribunal Primero de Control del Estado Anzoátegui, que declaró Sin Lugar, antes de la celebración de la audiencia preliminar, la excepción de la prescripción especial de la acción penal para el delito de Estafa, por haber transcurrido más de cinco años y medio desde la fecha de comisión del delito.

Ahora bien, la decisión recurrida, a pesar de tratarse de una querrela en la cual solicitan la aplicación de pena privativa de libertad que en su límite máximo excede los cuatro años, la misma no pone fin al juicio ni

impide su continuación, razón por la cual el recurso de casación debe ser DESESTIMADO POR INADMISIBLE, a tenor de lo dispuesto en el artículo 459 del Código Orgánico Procesal Penal.

No obstante la Sala, en atención al precepto contenido en el artículo 257 de la Constitución vigente, relativo a la consagración del proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia, al efectuar la revisión de las actuaciones, observó la infracción del artículo 447 del Código Orgánico Procesal Penal, por parte de la Corte de Apelaciones del Estado Anzoátegui, lo que se tradujo en violación al debido proceso, al principio de la doble instancia, y por ende al derecho a la defensa del imputado, causales de nulidad que se desprenden a su vez del artículo 191 del Código Orgánico Procesal Penal.

En tal sentido observa la Sala que la Corte de Apelaciones del Estado Anzoátegui desatendió el recurso de apelación intentado contra la decisión emanada del Tribunal Primero de Control de dicha entidad, decisión que ciertamente es impugnable, a tenor de lo dispuesto en el último aparte del artículo 29 del Código Orgánico Procesal Penal que señala:

“Artículo 29: Trámite de las excepciones durante la fase preparatoria. Las excepciones interpuestas durante la fase preparatoria se tramitarán en forma de incidencia, sin interrumpir la investigación, y serán propuestas por escrito debidamente fundado ante el Juez de Control, ofreciendo las pruebas que justifican los hechos en que se basan y acompañando la documentación correspondiente, con expresa indicación de los datos de identificación y dirección de ubicación de las otras partes.

Planteada la excepción, el juez notificará a las otras partes, para que dentro de los cinco días siguientes a su notificación, contesten y ofrezcan pruebas. La víctima será considerada parte a los efectos de la incidencia, aUn cuando no se haya querellado o se discuta su admisión como querellante.

**Si la excepción es de mero derecho**, o si no se ha ofrecido o dispuesto la producción de prueba, el juez o tribunal, sin más trámite, dictará resolución motivada dentro de los tres días siguientes al vencimiento del citado plazo de cinco días.

En caso de haberse promovido pruebas, el juez convocará a todas las partes, sin necesidad de notificación previa, a una audiencia oral que se celebrará dentro de los ocho días siguientes a la publicación del auto

respectivo. En esta audiencia, cada una de las partes expondrá oralmente sus alegatos y presentará sus pruebas. Al término de la audiencia, el juez resolverá la excepción de manera razonada.

La resolución que se dicte es apelable por las partes, dentro de los cinco días siguientes a la celebración de la audiencia.

El rechazo de las excepciones impedirá que sean planteadas nuevamente **durante la fase intermedia** por los mismos motivos”. (Resaltados de la Sala).

La audiencia a la que se hace referencia en dicho artículo es una audiencia oral para resolver la excepción invocada, cuando se hayan promovido pruebas, puesto que de no ser así, el juez dictará la resolución motivada sin más trámite en el caso de asuntos de mero derecho, o si no se ha ofrecido la producción de pruebas para resolver la incidencia. En el presente caso, la excepción versa sobre un punto de mero derecho como lo es el estudio de la prescripción de la acción penal.

El artículo 447 del Código Orgánico Procesal Penal señala:

“Decisiones recurribles. Son decisiones recurribles ante la Corte de Apelaciones las siguientes decisiones:

1. Las que pongan fin al proceso o hagan imposible su continuación;
2. Las que resuelvan una excepción, salvo las declaradas sin lugar por el Juez de Control en la audiencia preliminar, sin perjuicio de que pueda ser opuesta nuevamente en la fase de juicio;
3. Las que rechacen la querrela o la acusación privada;
4. Las que declaren la procedencia de una medida cautelar privativa de libertad o sustitutiva;
5. Las que causen un gravamen irreparable, salvo que sean declaradas inimpugnables por este Código;
6. Las que concedan o rechacen la libertad condicional o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena;
7. Las señaladas expresamente por la ley”.

El artículo transcrito, aplicado por la Corte de Apelaciones para inadmitir el recurso de apelación, no se corresponde con el supuesto planteado, por cuanto el auto que declaró sin lugar la excepción contenida en el artículo 28 numeral 5 del Código Orgánico Procesal Penal (sobre la extinción de la acción penal), **no fue dictada en la audiencia preliminar, sino antes de ella, conforme al referido artículo 29 *ejusdem*.**

Cabe acotar que la audiencia preliminar es propia de la fase intermedia, **en la cual podrán interponerse las excepciones no opuestas en la fase preparatoria.** Así lo señala el artículo 30 del Código Orgánico Procesal Penal que dice:

“Artículo 30. Trámite de las excepciones durante la fase intermedia. Durante la fase intermedia, las excepciones serán opuestas en la forma y oportunidad previstas en el artículo 328, y serán decididas conforme a lo allí previsto.

Las excepciones no interpuestas durante la fase preparatoria podrán ser planteadas en la fase intermedia”. (Resaltado de la Sala).

El artículo 447 numeral 2 *ejusdem*, señala que es admisible el recurso de apelación ejercido en contra de los autos dictados por las Cortes de Apelaciones que resuelvan sobre una excepción, como es el presente caso, **salvo o excepto las declaradas sin lugar por el Juez de Control en la audiencia preliminar, y tal como consta de autos, la decisión recurrida no fue dictada en la audiencia preliminar,** razón por la cual debe la Corte de Apelaciones resolver el recurso, amén de que se trata de una decisión que, si bien no pone fin ni impide la continuación de juicio propiamente dicho, **sí le pondría fin a la oportunidad de interponer la excepción opuesta en la fase preparatoria y en la fase intermedia,** y aun cuando ésta pueda ser presentada en la fase del juicio oral y público, **es pertinente su resolución en la etapa inicial del proceso, a los fines de evitar los trámites y la celebración de un juicio que puede ser innecesario; en caso de ser declarada con lugar algunas de las excepciones que tuvieren el efecto de poner fin al procedimiento, como lo es la excepción de la extinción de la acción penal cuestionada.**

En tal virtud, la Sala ANULA la decisión dictada en fecha 12 de noviembre de 2003 por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Anzoátegui, y ORDENA resolver el recurso de apelación

interpuesto, de conformidad con lo previsto en los artículos 447 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal...”.

La decisión del Tribunal Octavo de Control fue dictada en audiencia preliminar, pero **lo correcto era que dicho tribunal se pronunciara sólo sobre las excepciones ya opuestas en fase preparatoria**, (la cosa juzgada y la atipicidad penal de los hechos), atendiendo al artículo 29 *ejusdem*, y contra esa decisión procede el recurso de apelación, que de ser declarado sin lugar, sí daría lugar a la etapa siguiente, la fase intermedia, donde serían analizadas **las nuevas excepciones opuestas contra la acusación**, cuales son la prohibición legal de intentar la acción y la falta de requisitos formales para intentar la acusación, y no como lo hizo, creando una situación que pudo restringir el acceso al recurso de apelación, **y que correctamente resolvió la Sala Accidental Segunda de la Corte de Apelaciones, pero que contradictoriamente, la mayoría de esta Sala anula, convalidando el error de la Sala Uno y del Tribunal Octavo de Control.**

En lo que se refiere a la oportunidad que tiene el acusado de oponer nuevamente las excepciones, reitero, que **es pertinente la resolución de las excepciones en la etapa inicial del proceso, a los fines de evitar los trámites y la celebración de un juicio que puede ser innecesario, en caso de ser declarada con lugar alguna de las excepciones que tuvieran el efecto de poner fin al procedimiento, como lo son las relativas a la cosa juzgada, y que la acusación se base en hechos que no revisten carácter penal, cuestionadas en el presente caso.**

Por ello considero que la Sala debió, en vez de anular de oficio, conocer el recurso de casación, dada la naturaleza de la decisión dictada por la Sala Accidental Segunda de la Corte de Apelaciones, pues al declarar el sobreseimiento, daba por concluido el proceso o impedía su continuación.

## **Título 24:**

### **Cambio de calificación jurídica. No es error *in bonus* no advertir del cambio de calificación, aun cuando se imponga menor pena**

**Sentencia N°:** 136 del 03-05-2005.  
**Expediente N°:** 05-0026.  
**Ponente:** Héctor Coronado Flores.  
**Voto Salvado:** Blanca Rosa Mármol de León.  
**Asunto:** Recurso de Casación.  
**Interviniente:** Julio Enrique León Carrizo.  
**Delito:** Homicidio Calificado y Lesiones Personales.  
**Normas Citadas:** Código Orgánico Procesal Penal: 350.  
**Decisión:** Desestima por manifiestamente infundado.

La Sala resolvió

“...la Sala ha revisado el fallo impugnado y considera que el mismo está ajustado a derecho y así lo hace constar. En efecto, la defensa denunció en el recurso de apelación que el juzgador de Juicio omitió advertir a las

partes del cambio de calificación jurídica atribuido a los hechos, pues el Ministerio Público formuló acusación por el delito de homicidio calificado y lesiones personales y el sentenciador condenó por la comisión de los delitos de homicidio calificado en grado de complicidad correspondiente y lesiones personales. La Corte de Apelaciones al conocer de dicho recurso, señaló que en el presente caso existe lo que en doctrina se ha denominado “error *in bonus*”, el cual se produce cuando el error favorece al acusado porque la calificación real es más benigna que la originalmente realizada. Advirtiendo la nombrada Corte de Apelaciones que, tal como lo ha señalado la doctrina, en el referido caso no es necesaria ninguna advertencia del tribunal al imputado, porque el tribunal puede en todo momento sancionar por debajo de las pretensiones punitivas de las partes acusadoras. Agregó la Corte de Apelaciones que “no ha sido lesionado el derecho a la defensa ... ya que el acusado JULIO ENRIQUE LEÓN CARRIZO fue declarado culpable de la comisión del tipo penal por el cual había sido acusado por la Vindicta Pública, con un grado de participación favorable al mismo, con lo que concluimos que pudo defenderse en el contradictorio, desvirtuando y rebatiendo los argumentos fiscales durante el desarrollo del juicio oral efectuado en su contra...”.

Voto Salvado: Blanca Rosa Mármol de León.

“En el presente caso, el ciudadano JULIO ENRIQUE LEÓN CARRIZO fue acusado como autor de los delitos de HOMICIDIO CALIFICADO y LESIONES PERSONALES, y una vez efectuado el debate oral y público, el Juez Segundo de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, lo CONDENÓ como CÓMPLICE CORRESPECTIVO en los delitos de HOMICIDIO CALIFICADO y LESIONES PERSONALES.

En la audiencia oral y pública no se efectuó la advertencia a que contrae el artículo 350 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 350. Nueva Calificación Jurídica. Si en el curso de la audiencia, el tribunal observa la posibilidad de una calificación jurídica que no ha sido considerada por ninguna de las partes, podrá advertir al imputado sobre esa posibilidad, para que prepare su defensa. A todo evento, esta advertencia deberá ser hecha por el Juez Presidente, inmediatamente después de terminada la recepción de pruebas, si antes no lo hubiera hecho. En este caso se recibirá nueva declaración al imputado y se informará a las partes que tendrán derecho a pedir la suspensión

del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa”. (Resaltados de la Magistrada Disidente).

La mayoría de la Sala, al resolver el recurso de casación, lo desestimó por manifiestamente infundado, y luego declara, en atención al artículo 257 de la Constitución y 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que la decisión recurrida se encuentra ajustada a Derecho, por cuanto en el caso bajo examen, existe, según la Corte de Apelaciones “lo que en doctrina se ha denominado “error *in bonus*”, el cual se produce cuando el error favorece al acusado porque la calificación real es más benigna que la originalmente realizada”, y que por ello no era necesaria ninguna advertencia del tribunal al imputado sobre el cambio de su participación, “porque el tribunal puede en todo momento sancionar por debajo de las pretensiones punitivas de las partes acusadoras”, criterios estos basados en doctrina citada por la Corte de Apelaciones en relación con los errores en la calificación jurídica, que según se cita “cometen los acusadores al determinar cuál es el tipo penal en el que subsumen los hechos imputados”, y que una vez realizado el juicio oral, se observa “que la calificación conferida no corresponde en modo alguno a la realidad”.

En tal sentido estimo que el error en beneficio a que se hace referencia no se verifica en este caso, pues, si bien es cierto que el acusado fue condenado por los mismos delitos por los que fue formulada la acusación en su contra, pero en un modo de participación que acarrea menor penalidad, también es cierto que el Juez de Juicio incurrió en un error por omisión de deber, que en modo alguno puede constituir un beneficio para el justiciable, pues el incumplimiento acarreó para el acusado, la imposibilidad de ejercer efectivamente la defensa, en relación a las circunstancias de hecho distintas que subjetivamente consideró el juez sin advertir de ello, y a los fines de preparar en tiempo prudencial los argumentos que pudiera rebatir el acusado, en relación a la participación como cómplice correspectivo o como autor en los hechos elucidados.

El artículo 350 del Código Orgánico Procesal Penal, antes transcrito, es claro en señalar que el Juez de Juicio “podrá advertir al imputado sobre esa posibilidad para que prepare su defensa”, y que “deberá” hacer la advertencia “...inmediatamente después de terminada la recepción de pruebas, si antes no lo hubiere hecho...”.

Recordemos que se califican los hechos y la participación en los mismos, de allí que sea derecho de las partes en el proceso, preparar la defensa para desvirtuar o contradecir los argumentos expuestos por ellas

durante la audiencia del juicio, pues en el presente caso, la defensa ha debido tener la oportunidad de probar que su representado no fue autor ni cómplice correspectivo y éste pudo haber resultado absuelto, de allí que el error no fue en beneficio sino en perjuicio.

Es un error considerar que se favorece al enjuiciado cuando se le cambia la forma de participación en el delito, aunque ello represente una rebaja de pena, sin haberle dado la oportunidad de defenderse de esta nueva forma de imputación, que no por nueva deja de ser de autoría, aunque diluida en una complicidad correspectiva para su comprobación, fue quizás para la sentenciadora, menos exigente, y por lo tanto más perjudicial para el acusado, razón por la cual resultó de esta manera disminuida la oportunidad para la defensa del único acusado, hasta ahora, en el presente caso.

Por ello, la Sala debió anular de oficio la decisión del Tribunal de Juicio, pues en el presente caso fue violentado el debido proceso y por ende la defensa del acusado JULIO ENRIQUE LEÓN CARRIZO”.

## **Título 25:**

### **Para acordar la radicación no exige la ley que la alarma o inquietud sean descomunales**

**Sentencia N°:** 083 del 12-04-2005.  
**Expediente N°:** 05-080.  
**Ponente:** Alejandro Angulo Fontiveros.  
**Voto Salvado:** Blanca Rosa Mármol de León.  
**Asunto:** Radicación.  
**Interviniente:** Ricardo José Fiorilli Gutiérrez.  
**Delito:** Homicidio Intencional.  
**Normas Citadas:** Código Orgánico Procesal Penal: 63.  
**Decisión:** Sin Lugar Solicitud de Radicación.

La Sala resolvió

“El artículo 63 del Código Orgánico Procesal Penal dispone:

“En los casos de delitos graves, cuya perpetración cause alarma, sensación o escándalo público, o cuando por recusación, inhibición o excusa de los jueces titulares y de sus suplentes y conjuces respectivos, el

proceso se paralice indefinidamente, después de presentada la acusación por el fiscal, el Tribunal Supremo de Justicia, a solicitud de cualquiera de las partes, podrá ordenar, en auto razonado, que el juicio se radique en un Circuito Judicial Penal de otra Circunscripción Judicial que señalará. Dicha decisión deberá dictarla dentro de los diez días siguientes al recibo de la solicitud”.

Según ese artículo la radicación de un juicio consiste en quitar el conocimiento del mismo al tribunal que le corresponde y de acuerdo con el principio del *forum delicti comisi*, estipulado en el artículo 57 del Código Orgánico Procesal Penal, para atribuirlo a otro de igual categoría pero de distinto circuito judicial penal.

Así mismo establece la procedencia de la radicación en los casos siguientes:

- 1) Delitos graves, cuya perpetración cause alarma, sensación o escándalo público.
- 2) Cuando por recusación, inhibición o excusa de los jueces titulares y de sus suplentes y conjueces respectivos, el proceso se paralice indefinidamente después de presentada la acusación por el fiscal del Ministerio Público.

La Sala, reitera su jurisprudencia en lo que respecta al estado de alarma, escándalo público o conmoción social que en este caso pudieran influir en los jueces de la causa.

En este sentido, no está acreditado que haya habido un escándalo que cause una descomunal inquietud o alarma por un peligro inusitado que exista en torno a la muerte del ciudadano JOHAN RAFAEL TORRES HERNÁNDEZ, ni tampoco una línea sesgada y unívoca de información por parte de los medios que configure el peligro de que se desequilibre la administración de Justicia en el Estado Aragua.

En relación con los artículos de prensa consignados por los solicitantes, la Sala Penal nota que en efecto la prensa regional informó sobre la muerte del ciudadano JOHAN RAFAEL TORRES HERNÁNDEZ, así como también ha realizado seguimiento del caso; pero tales informaciones se han producido en el ejercicio del derecho constitucional (artículos 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela)

a la libre emisión del pensamiento; no son capaces de obstaculizar o desviar la recta administración de Justicia y son perfectamente lícitas.

La Sala Penal ha decidido con reiteración: "...para que proceda la radicación de un juicio debe darse por lo menos uno de los supuestos establecidos en el artículo 63 del Código Orgánico Procesal Penal...". (Sentencia N° 062 del 11 de marzo de 2004, con ponencia del Magistrado Doctor ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS).

De lo antes expuesto se concluye en que es ajustado a Derecho negar la radicación del juicio interpuesta por el Defensor del ciudadano imputado JULIO CÉSAR VELÁSQUEZ LEÓN, por no encontrarse llenos los extremos exigidos por el artículo 63 del Código Orgánico Procesal Penal. Así se decide".

Voto Salvado Blanca Rosa Mármol de León.

"La decisión aprobada por la mayoría estableció que "no está acreditado que haya habido un escándalo que cause una descomunal inquietud o alarma por un peligro inusitado que exista en torno a la muerte del ciudadano JOHAN RAFAEL TORRES HERNÁNDEZ, ni tampoco una línea sesgada y unívoca de información por parte de los medios que configure el peligro de que se desequilibre la Administración de Justicia en el Estado Aragua".

Pues bien, el artículo 63 del Código Orgánico Procesal Penal, establece como una de las causales para otorgar la radicación, los casos de delitos graves cuya perpetración cause alarma, sensación o escándalo público. El presente caso se refiere a la muerte de un joven, presuntamente a manos de un funcionario policial, hecho reseñado por la prensa local (Estado Aragua), haciendo el seguimiento del caso en lo que se refiere a los actos del proceso y a las opiniones y manifestaciones de familiares y vecinos de la víctima a las puertas del Palacio de Justicia del Estado Aragua, así como protestas frente a la sede de Polisucre, exigiendo el cierre del organismo y otras protestas con botellas, piedras, con respuestas de los funcionarios policiales de la zona con bombas lacrimógenas, perdigones, que hicieron necesaria la presencia de los funcionarios de la Policía de Aragua, la Brigada Motorizada, antimotines y comandos de los municipios cercanos, según las reseñas cursantes en el expediente.

No es la cantidad de reseñas en la prensa la que hace sensacional un hecho, las reseñas son la consecuencia lógica en un estado social y

democrático, del efecto de ciertos hechos delictivos en la comunidad y la prensa, de esa forma cumple con el deber de informar sobre los acontecimientos de interés general.

En cuanto al supuesto relativo a motivos de alarma, sensación o (alternativa) escándalo público previsto en la ley adjetiva, en modo alguno hace referencia a que tales circunstancias sean “descomunales”, esto es, enormes, monstruosas, monumentales, sino que basta que la **perpetración** genere en la colectividad un impacto perceptivo que altere el normal desenvolvimiento y estado de tranquilidad de la misma, y que tal impresión pudiera afectar a su vez, la decisión que deba emitir el ente jurisdiccional.

Estimo que las circunstancias de sensación y escándalo público son notorias en el presente caso, pues se han presentado manifestaciones tanto pacíficas como violentas, quedando demostrada así por los solicitantes, que la opinión pública de la localidad se encuentra ejerciendo presión social en relación al caso, configurándose de esta forma la primera causal prevista en la ley para otorgar la radicación, y como es lógico, la prensa debe informar sobre estos acontecimientos.

Por ello, estimo que debió otorgarse la radicación del presente caso, pues sin poner en duda la capacidad de los jueces de la referida entidad, una sana administración de justicia plantea también el desarrollo del proceso en condiciones óptimas para la labor jurisdiccional, y los eventos presentados en relación a este caso pudieran afectar la tutela judicial efectiva que se debe a las partes en todo proceso”.

## **Título 26:**

### **Acto de juramento de la defensa y declaración como imputado en fase de investigación**

<b>Sentencia N°:</b>	152 del 03-05-2005.
<b>Expediente N°:</b>	04-412.
<b>Ponente:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Avocamiento.
<b>Interviniente:</b>	Dorismary Vega Villalobos.
<b>Delito:</b>	Destrucción de Documento Público. Calumnia.
<b>Normas Citadas:</b>	COPP: 12, 125.3, 127, 130, 134, 139.
<b>Decisión:</b>	Con Lugar la Solicitud de Avocamiento, anula la imputación, repone a la fase de investigación.

La Sala resolvió

“...El abogado defensor, nombrado por la solicitante mediante poder especial, solicitó al despacho del Ministerio Público que la causa fuera remitida a un tribunal de control para prestar el juramento de ley, pedimento que fue negado por la vindicta pública, por estimarla innecesaria, y porque no se le exige al Ministerio Público la remisión del expediente para realizar la juramentación de la defensa.

En fecha 30 de octubre de 2001, comparecen la solicitante y su abogado ante la referida fiscalía, y en acta de audiencia de la misma fecha (al folio 173 pieza 1) el representante del Ministerio Público dejó asentado lo siguiente:

“...Se deja constancia que para el día de hoy comparecieron ante este despacho fiscal Doris Mary Vega Villalobos en compañía de su apoderado especial Abog. Freddy Fuentes T., y por cuanto aún no se ha procedido a la juramentación de éste ante un Juzgado de Control, no podrá tomarse la declaración a dicha ciudadana, igualmente se explicó procedimiento a seguir para dar cumplimiento a dicha juramentación y se permitió el acceso al expediente...”.

En fecha 09 de Enero de 2002, la Fiscalía encargada libró oficio dirigido a la Presidencia del Circuito Judicial Penal del Estado Vargas, a fin de que informara por ante cuál juzgado cursaba la solicitud de juramentación de defensor relacionado con el caso, y que en caso de no ser ubicada dicha información, fuera designado un tribunal al efecto (folio 176 p. 1).

En fecha 18 de febrero de 2002, la Juez Presidente del Circuito Judicial Penal del Estado Vargas, informó que tal solicitud no cursaba por ante ningún tribunal, que no obstante se presentara la ciudadana a nombrar al defensor por ante el tribunal que se encontrara de guardia (folio 177 p. 1).

En fecha 17 de septiembre de 2002, (siete meses después), la fiscalía encargada del caso libró citación a la solicitante, para que compareciera el día 14 de octubre de 2002, acompañada de abogado defensor, requiriendo que fuera juramentado por ante el juzgado de control y se levantara el acta al efecto, que debería consignar ante el Ministerio Público.

En fecha 14 de octubre de 2002, acuden la solicitante y su defensor ante la fiscalía encargada, y procedió la solicitante a revocar el nombramiento antes realizado a los abogados María Vernett, Freddy Fuentes y Sulima Aranguren, quienes la asistieron en el acto de imputación; se dejó constancia de que no se tomaría la declaración de la imputada hasta tanto no fuera consignada la juramentación ante el juez de control. La imputada consignó copia de poder especial conferido a René Buroz Arismendi y Carlos Martínez Ceruzzi.

En fecha 23 de octubre de 2002, la fiscalía encargada del caso remitió a la Presidencia del Circuito Judicial Penal del Estado Vargas, escrito de

solicitud de juramentación para los abogados nombrados por la imputada por ante el juez de control que se encontrara de guardia.

En fecha 29 de octubre de 2002, el Tribunal Segundo de Control del referido Circuito Judicial Penal libró citación a la solicitante para nombrar y juramentar a sus defensores.

No cursa la constancia de haber sido recibida por la solicitante, la citación del Tribunal Segundo de Control.

En fecha 21 de mayo de 2003, los Fiscales Duodécimo, Quinto y Décimo del Ministerio Público **presentaron formal acusación** contra Dorismery Vega Villalobos por la comisión de los delitos de Destrucción de Documento Público, previsto y sancionado en el artículo 76 de la derogada Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, vigente para el momento de los hechos, y Calumnia, prevista y sancionada en el artículo 241 del Código Penal.

En fecha 27 de mayo de 2003, la solicitante, mediante diligencia por ante el Juzgado Segundo de Control del Estado Vargas, pide la designación de defensor público y su juramentación. En fecha 02 de junio de 2003, fue designado el Abogado Reinaldo Arias Machado, Defensor Público del Estado Vargas.

Cursa al folio nueve de la segunda pieza, Acta de Aceptación de la designación como defensor y el juramento respectivo del mencionado defensor público, en fecha 4 de junio de 2003.

En fecha 16 de julio de 2003, la solicitante, por ante el Juzgado Segundo de Control del Estado Vargas revocó la designación del defensor público y asumió su propia defensa, de acuerdo a lo establecido en el artículo 134 del Código Orgánico Procesal Penal.

Celebrada la Audiencia Preliminar los días 15, 18 y 19 de agosto de 2003, el Tribunal Segundo de Control del Estado Vargas admitió parcialmente la acusación, por el delito de Calumnia, desestimando la acusación por el delito de destrucción de documento público, decretando su sobreseimiento.

La representación del Ministerio Público y el abogado Rafael Quiñónez, interpusieron recurso de apelación contra dicha decisión, y la Corte de

Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Vargas lo declaró con lugar ordenando la fijación y celebración de nueva audiencia preliminar (folios 135 y 136 pieza 3).

En fecha 16 de febrero de 2004 la ciudadana Dorismary Vega Villalobos nombró como sus defensores a los abogados Eduardo José Robles Trujillo y Javier Elechiguerra Naranjo, quienes aceptaron la defensa ante el Tribunal Tercero de Control del Estado Vargas.

El Tribunal Tercero de Control del Estado Vargas, fijó la audiencia preliminar para el día 12 de diciembre de 2003, siendo ésta diferida al 30 de enero de 2004, luego al 18 de marzo y después al 26 de abril de 2004 por no ser días hábiles, luego al 27 de mayo de 2003, y por haberse realizado inspección del tribunal fue diferida al 1° de julio de 2004, fecha en que fue nuevamente diferida para el día 11 de agosto de 2004, por no haber comenzado la audiencia a la hora señalada (11 a.m.) y por compromisos profesionales de la acusada, la audiencia comenzó a las 11.45 a.m. Se difiere nuevamente la audiencia para el día 13 de septiembre por cuanto el día 11 de agosto no fue día hábil. Se difiere para el día 27 de octubre de 2004, por compromisos previos de la representación de la defensa de la acusada. Con ocasión de la solicitud de avocamiento presentada en el caso, se difiere nuevamente la audiencia.

Realizada la revisión del expediente y el recuento de las actuaciones inherentes a la presente solicitud de avocamiento observa la Sala, evidentes y graves irregularidades en el procedimiento, en la fase de investigación, irregularidades que menoscabaron el derecho a la defensa en la definitiva fase inicial del proceso y que se han mantenido hasta ahora, pues el derecho del investigado de ser oído fue obstaculizado.

Se constata la violación del derecho a la defensa cuando es citada en fecha 09 de octubre de 2001 la ciudadana Dorismary Vega Villalobos a comparecer por ante la Fiscalía duodécima del Ministerio Público, siendo notificada, en fecha 29 de octubre de 2001 de su condición de **imputada**, para ese momento se le permite el acceso al expediente y le **imputa** la comisión de los delitos de Calumnia y Destrucción de documento Público, no obstante, no se le toma la declaración por no haberse juramentado el abogado que la acompañó, lo cual hace inexistente, por nulo, el acto de imputación.

Se evidencia que la condición de imputada no llegó a concretarse pues, la defensa no estaba constituida formalmente, dado que, la ciudadana Dorismary Vega Villalobos nombró a sus defensores, pero éstos no pudieron cumplir con el acto de juramentación (formalmente esencial), imposibilidad que tuvo lugar por la falta de diligencia oportuna de los órganos del Ministerio Público y de los Tribunales de Control que tuvieron conocimiento de la situación.

Así, tenemos que de los pronunciamientos emanados por el Ministerio Público, se desprende que no tenía obligación de remitir las actuaciones al Juzgado de Control, sino que cualquier Juzgado de Control que se encontrare de guardia podía tomar el juramento del defensor, y es acertado el criterio de que el juzgado de control (de guardia) puede hacerlo, pero si bien no es necesaria la remisión de las actuaciones de investigación, al menos, el Fiscal del Ministerio Público encargado de la causa, debió notificar del proceso que sigue al Tribunal de Control de Guardia por cualquier medio, (esto es, vía fax, correo electrónico o por diligencia enviada por el propio abogado) y facilitar el acto evitando además trámites administrativos innecesarios.

Recordemos que la representación del Ministerio Público es parte de buena fe en todo proceso.

En relación a la actuación de los tribunales de control que tuvieron conocimiento de la solicitud efectuada por la investigada, debe la Sala acotar que no es excusa la falta de remisión de las actuaciones de investigación, desde la fiscalía al tribunal de control, para el acto de juramentación de la defensa, pues al Juez de Control le corresponde velar por el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en el ordenamiento jurídico, mientras se inicia el procedimiento de investigación de la verdad y la recolección de los elementos que permitan fundar tanto la acusación como la defensa del imputado, ello de conformidad con lo establecido en el Libro Segundo Título I, Fase Preparatoria, por lo cual cualquier Juez de Control a quien se le solicita el acto de juramentación, debe facilitar el acto en aras de velar por el cumplimiento de las garantías establecidas.

En el caso analizado, no cumplió el juez de control con la función asignada por la ley, pues el engorroso camino que debió seguirse y que dificultó al extremo el proceso, determinando no haberse realizado la declaración de la imputada por ante el órgano del Ministerio Público, produjo indefensión, pues no fue oída para ejercer efectivamente su

defensa en esa importante fase del proceso, lo que se verifica en la falta de juramentación del abogado defensor en la etapa de investigación, la omisión de tomar la declaración de la investigada, indebidamente imputada, y consecuentemente la falta de recolección de elementos para la defensa.

La Sala aclara que las figuras jurídicas del nombramiento del defensor, la juramentación, la imputación y la declaración se encuentran previstas en el Código Penal adjetivo de forma diseminada, por lo cual debe el intérprete hacer labor exegética, por una parte; y por la otra, interpretar en conjunto, en atención a los principios y garantías procesales, a fin de llenar los vacíos o dudas que pudiera presentar el articulado.

Así, tenemos que el artículo 130 de Código Orgánico Procesal Penal establece en relación a la declaración del imputado lo siguiente:

“Oportunidades: El imputado declarará durante la investigación, ante el funcionario del Ministerio Público encargado de ella, cuando comparezca espontáneamente y así lo pida, o cuando sea citado por el Ministerio Público.

Si el imputado ha sido aprehendido, se notificará inmediatamente al Juez de Control para que declare ante él...”.

Pero esta declaración ante el Ministerio Público, debe estar cubierta por la garantía de la defensa, que de acuerdo al artículo 12 del Código Orgánico Procesal Penal es un derecho inviolable en todo grado y estado del proceso, por ende, desde el inicio de la investigación, cualquier persona que se encuentre involucrada en los hechos que se averiguan, puede ser asistida y representada por abogado de su confianza (artículo 125.3), cuyo nombramiento no está sujeto a formalidad alguna, pero sí el acto de juramentación, pues debe prestarse ante el juez haciéndose constar en acta, de acuerdo a lo previsto en el artículo 139 *ejusdem*.

En las causas iniciadas por el procedimiento ordinario, es natural que el Ministerio Público no remita las actuaciones al tribunal de control, hasta tanto no finalice la investigación y proponga el acto conclusivo, por lo cual, en la oportunidad de imputarle los hechos a cualquier persona investigada, debe en la citación al efecto, referirle al citado que comparezca acompañado de su defensor, lo que implica que, previo a la presentación ante el órgano del Ministerio Público, debe efectuarse la juramentación del abogado nombrado por él, ante el juez de control, a

fin de tomar la declaración del imputado, permitir el acceso al expediente y la solicitud de diligencias para la defensa.

No obstante, se observa que la representación del Ministerio Público procuró enmendar después el acto de imputación, mediante la solicitud de juramentación de la defensa al Juzgado de Control, y a su vez, el Juzgado Segundo de Control emitió una citación a la solicitante para que compareciera a juramentar a sus abogados.

**Pero es el caso que la representación fiscal presentó el escrito de acusación antes de que fuera realizada la juramentación de la defensa por ante el Juez de Control y la declaración de la imputada ante la vindicta pública,** y aunque luego de presentado el acto conclusivo, se llevó a cabo la juramentación de los defensores, el proceso continuó en la audiencia preliminar, donde no se resolvió la situación de indefensión de la ciudadana Dorismary Vega Villalobos, en la fase de investigación, situación que constituye causal de nulidad absoluta.

Presentada así esta grave violación al derecho a la defensa y por ende al ordenamiento jurídico, que afecta la ejecutoria del Poder Judicial, pues la causa versa sobre presuntos hechos cometidos por funcionarios del Poder Judicial, la violación de un acto del procedimiento que ha causado indefensión y a la vez ha obstaculizado el desenvolvimiento del proceso a fin de esclarecer la situación, amén de que los recursos ejercidos han resultado inoperantes **para resolver la situación en la causa que lleva más de cuatro años en etapa preparatoria,** la Sala se AVOCA al conocimiento de la causa y declara la nulidad absoluta por violación al derecho a la defensa, por lo cual ORDENA LA REPOSICIÓN DEL PROCESO a la fase de investigación. Así se declara”.

## **Título 27:**

### **Suspensión condicional del proceso es recurrible en casación. Por imposibilitar, interrumpir u obstaculizar la continuación del juicio**

<b>Auto:</b>	N° A-029 del 08-07-2003.
<b>Expediente N°:</b>	03-094.
<b>Ponente:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Pedro Alejandro Carvajal Brito.
<b>Delito:</b>	Homicidio Culposo y Homicidio Intencional por dolo eventual.
<b>Normas Citadas:</b>	Código Orgánico Procesal Penal: 37 (hoy 42).
<b>Decisión:</b>	Admite.

La Sala resolvió

“En fecha 17 de enero de 2003 los ciudadanos JULIÁN RAFAEL RIVAS y SANDRA ISABEL BRUZUAL DE RIVAS, asistidos por el abogado Reinaldo Antonio Rosario Cedeño, inscrito en el I.P.S.A bajo el N° 55.605, en su carácter de víctimas acusadoras en el proceso seguido al

ciudadano PEDRO ALEJANDRO CARVAJAL BRITO, titular de la Cédula de Identidad N° 8.646.258, interpusieron recurso de casación, en contra de la decisión dictada, en fecha 18 de noviembre de 2002, por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Sucre, mediante la cual DECLARÓ CON LUGAR el recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor del acusado en contra de la decisión dictada, en fecha 14 de octubre de 2002, emanada del Juzgado Primero de Control del Estado Sucre, que Negó el Beneficio de Suspensión Condicional del Proceso en los delitos de HOMICIDIO CULPOSO y HOMICIDIO INTENCIONAL A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL, previstos y sancionados en los artículos 416 y 407, respectivamente, ambos del Código Penal y ordenó la apertura a juicio al prenombrado acusado; asimismo la recurrida REVOCÓ la referida decisión y concedió el Beneficio de SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO al prenombrado ciudadano.

#### PUNTO PREVIO

Como consideración previa al conocimiento del presente asunto, se hace necesario establecer las razones que llevan a cambiar el criterio sostenido hasta este momento, mediante el cual se establecía la desestimación por inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto en contra de las decisiones dictadas por las Cortes de Apelaciones que declaren o confirmen el otorgamiento del beneficio de suspensión condicional del proceso.

El criterio anterior se sustentaba en que las decisiones que otorgaban el referido beneficio, no eran recurribles en casación, por cuanto existía la posibilidad de que el beneficio fuera revocado, por incumplimiento de las medidas impuestas al acusado.

Ahora bien, el otorgamiento de este beneficio en particular, supone – como su nombre lo indica – la suspensión o paralización del proceso, mientras transcurra el lapso establecido en el caso particular, para el cumplimiento de las obligaciones por parte del imputado.

Y siendo el caso que la causa se encuentra paralizada, mientras se cumplen las condiciones y lapso concedidos, se entiende que mientras no se presente una causal de revocación del beneficio, la causa seguirá paralizada o suspendida hasta que se cumplan las condiciones de modo y tiempo fijadas, lo que resultaría en la declaratoria de sobreseimiento de la causa, sin que medie juicio sobre los hechos.

De allí que las decisiones de las cortes de apelaciones que confirmen o declaren el beneficio de suspensión condicional del proceso no le pongan fin al juicio, *pero sí imposibilitan, impiden u obstaculizan su continuación*, encontrándose entonces dentro de las decisiones impugnables en casación referidas en el único aparte del artículo 459 del Código Orgánico Procesal Penal.

De otra parte, la decisión que revoca es la que no sería impugnabile en casación, porque permitiría la continuación del juicio.

Por ello, hasta que no sea REVOCADA LA SUSPENSIÓN se impide la prosecución del juicio, si esto no fuere así el legislador en el artículo 459 (único aparte) no hubiese establecido dos supuestos de decisiones recurribles, a saber:

A) Las que ponen fin al juicio

B) Las que hacen imposible su continuación.

De este último supuesto (imposibilidad, obstrucción, obstáculo) inferimos que se trata de impedimento, que determina la interrupción del juicio o proceso, aun en la fase intermedia, y en el presente caso se impide o imposibilita, interrumpe, dificulta u obstruye la prosecución del juicio.

En virtud de ello, entre las decisiones que no tienen casación se encuentra justamente **la que revoca la suspensión**, pues esa revocatoria es la que permite la reanudación del juicio y si éste prosigue no se encuentra dentro de las decisiones referidas en el artículo 459 del Código Orgánico Procesal Penal, por ello considera la Sala que sí tienen casación las decisiones de la corte de apelaciones que confirman o declaran la suspensión condicional del proceso, por imposibilitar, interrumpir u obstaculizar el proceso.

Visto el mencionado recurso, y atendiendo al análisis antes efectuado, esta Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia lo DECLARA ADMISIBLE en cuanto ha lugar en derecho, por lo cual CONVOCA a una audiencia oral y pública que deberá celebrarse dentro de un plazo no menor de quince (15) días ni mayor de treinta (30) días, de conformidad con lo ordenado en el artículo 466 *ejusdem*".

## **Título 28:**

### **Legítima defensa. Debe comprobarse el peligro grave e inminente. Exceso en la defensa**

<b>Sentencia N°:</b>	370 del 15-06-2005.
<b>Expediente N°:</b>	03-0463.
<b>Ponente:</b>	Alejandro Angulo Fontiveros.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Raúl José Pérez García.
<b>Delito:</b>	Homicidio.
<b>Normas Citadas:</b>	67 del Código Penal.
<b>Decisión:</b>	Sin lugar el recurso de casación. De oficio absuelve por acción en legítima defensa.

La Sala resolvió

“Al respecto la Sala advierte lo siguiente: es inconcebible que la inicial gran angustia de un ser humano que ha sufrido la desgracia de matar a otro (aunque sea en defensa justa), sea tan incomprensible como para formularle cargos de *ánimus necandi*, pese a ser evidente que una pri-

mera defensa en tal sentido sólo responde a la desesperación y hasta a la ignorancia del derecho que tienen todos de dar muerte en justa defensa propia. Defensa en la que, por lo demás, le está permitido mentir al procesado (siempre que no sea para calumniar) y potísima prueba es que, en aras del luminoso principio de justicia del Derecho Penal liberal, se le interroga sin juramento; justamente para que no pese sobre él coacción alguna y tenga libertad para defenderse lo mejor que pueda: de allí que sea imposible que un imputado cometa el delito de falso testimonio. Y es inconcebible, en suma, que aquellas contradictorias declaraciones defensivas del acusado (que convencieron a la fiscal abogada TEOLINDA RAMOS de su directo dolo de matar) impidan a cualquier juez penal darse perfecta cuenta de que si agreden “brutalmente” al tío de una persona; si además ésta es atacada y cortada con una navaja; si además otro atacante se abre paso entre muchos de sus acompañantes (y también potenciales agresores) gritando que va a matar a esa persona y al efecto esgrime un arma de fuego; esa persona, es decir, la persona del acusado, actuó en legítima defensa. Y si cualquier juez penal debe darse cuenta de ello y proceder en consecuencia, con mucha mayor razón aún los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

De todo lo anteriormente expuesto se concluye en que debe absolverse al ciudadano RAÚL JOSÉ PÉREZ GARCÍA. Así se decide.

...(omissis)...

Voto Salvado Blanca Rosa Mármol de León.

“Estableció la mayoría de la Sala la absolución del procesado RAÚL JOSÉ PÉREZ GARCÍA, por considerar que obró en su favor la legítima defensa de su persona y hasta la de un tercero, el tío del acusado.

Que quedó probada la causa de justificación ...“ya que el imputado obró en legítima defensa de su vida o integridad, puestas en peligro grave e inminente por el atacante y hoy occiso ciudadano CARLOS ALFREDO RODRÍGUEZ PARIÁ, así como por el hermano de éste, ciudadano LEANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ PARIÁ; y al no poder evitar la situación de otra manera, su conducta encuadra perfectamente en lo dispuesto por el ordinal 3º del artículo 65 del Código Penal”.

Discrepo categóricamente de tal afirmación porque no está probado el peligro grave e inminente por parte de quien resultara víctima en los hechos cuestionados.

Así pues, quedó demostrado a los autos y en la decisión del tribunal de reenvío, que el hoy occiso, después de golpear al tío del acusado, se dirigió a la camioneta donde se encontraba el acusado y un acompañante, el acusado ocupaba el puesto de PILOTO, y el acompañante, JUAN CARLOS VÉLIZ, ocupaba el puesto de COPILOTO.

Es claro de entender que quien ocupa el puesto de piloto, en la configuración automotriz en nuestro país, se encuentra necesariamente sentado del lado izquierdo del vehículo. Y quien ocupa el puesto de copiloto, ocupa el lado derecho del vehículo.

Así pues, de las experticias realizadas, al cadáver de la víctima, y al vehículo donde se encontraba el acusado, consta que, el occiso recibió el disparo DEL LADO IZQUIERDO, CON ORIFICIO DE ENTRADA EN LA REGIÓN LATERAL IZQUIERDA Y SUPERIOR DEL TORAX EN LÍNEA RECTA, DE IZQUIERDA A DERECHA, lo que implica necesariamente, y tal como quedó demostrado, que la víctima se encontraba del lado del COPILOTO, y el acusado disparó DESDE SU POSICIÓN DE PILOTO, hacia la puerta contraria, por lo cual no era inminente el ataque del hoy occiso en contra del PILOTO DEL VEHÍCULO; la víctima ubicada de lado del copiloto, en posición lateral al vehículo, y tal como se deduce del propio informe de la autopsia, recibió el disparo de izquierda a derecha en la región LATERAL, NO DE FRENTE, situación que evidencia que la víctima no fue directamente en contra del acusado y quizás, sí, en contra del copiloto, quien estaba siendo atacado por LEANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ PARRIA, con una NAVAJA.

Esa situación, no comporta sino un exceso en la defensa, pues el acusado traspasó los límites de ella, y pudo evitar el ataque de otro modo, amén de que NO CONSTA EN AUTOS QUE LA VÍCTIMA POSEYERA O ESGRIMIERA UN ARMA, como lo afirma la mayoría de la Sala.

Además, si el hoy occiso, había “golpeado” al tío del acusado, es evidente que también iba a “golpear” al copiloto, pues, de haber querido disparar contra alguien, ya el hoy occiso hubiera disparado en contra del ciudadano Raúl José Pérez García.

Es grave que quede justificado que, dados los problemas que se presentan entre las personas involucradas en estos hechos, sirva de excusa una negativa a prestar un servicio, para darle muerte a otro.

---

Por ello, considero que al acusado debió aplicársele la rebaja de pena prevista en el artículo 66 del Código Penal, disminuida la pena aplicable desde uno a dos tercios, puesto que hizo más de lo necesario para salvarse del ataque de LEANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ PARIA y de la víctima CARLOS ALFREDO RODRÍGUEZ PARIA”.

## **Título 29:**

### **El allanamiento sin orden judicial procede a los fines de evitar la comisión de un delito. Requisitos**

<b>Sentencia N°:</b>	395 del 14-08-2002.
<b>Expediente N°:</b>	02-0035.
<b>Ponente:</b>	Alejandro Angulo Fontiveros.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Danilo Alberto Quesada Valverde.
<b>Delito:</b>	Tráfico y ocultamiento de estupefacientes.
<b>Normas Citadas:</b>	Constitución 47. Código Orgánico Procesal Penal 225 (hoy 210).
<b>Decisión:</b>	Sin lugar el recurso de casación.

La Sala resolvió

“Durante el allanamiento practicado en la habitación del Hotel Santa Bárbara, donde se encontraba hospedado el ciudadano DANILO ALBERTO QUESADA VALVERDE encontraron los funcionarios actuantes y dentro de un bolso de lona azul y negro, una bolsa de color amarillo

en cuyo interior se descubrió cocaína con un peso total de ciento cuarenta y siete gramos.

El recurrente en ambas denuncias cuestiona la validez del allanamiento mencionado porque fue realizado sin la respectiva orden judicial, por lo tanto la Sala pasa a resolverlas de manera conjunta.

Al respecto es importante tomar en cuenta las disposiciones siguientes:

Artículo 47 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

“Artículo 47. El hogar doméstico, el domicilio, y todo recinto privado de persona son inviolables. No podrán ser allanados, sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para cumplir de acuerdo con la ley las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano.

Las visitas sanitarias que se practiquen, de conformidad con la ley, sólo podrán hacerse previo aviso de los funcionarios o funcionarias que las ordenen o hayan de practicarlas”.

Artículo 225 del Código Orgánico Procesal Penal:

“Artículo 225. Morada. Cuando el registro se deba practicar en una morada, establecimiento comercial, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado, se requerirá la orden escrita del juez.

Se exceptúan de lo dispuesto los casos siguientes:

- 1°. Cuando se denuncie que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en el lugar y existan sospechas manifiestas de que cometerán un delito;
- 2°. Cuando se trate del imputado a quien se persigue para su aprehensión;
- 3°. Para evitar la comisión de un hecho punible.

La resolución por la cual el juez ordena la entrada y registro de un domicilio particular será siempre fundada.

Los motivos que determinaron el allanamiento sin orden constarán detalladamente en el acta”.

De modo que la Constitución y el Código Orgánico Procesal Penal autorizan a que sin orden judicial se realice un allanamiento para impedir la perpetración de un delito.

Además, las declaraciones de los testigos presenciales en el allanamiento le otorgan eficacia probatoria.

Por otra parte, el artículo 257 de la Constitución señala:

“Artículo 257. El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales”.

Así mismo, el boleto de transporte aéreo de la línea Copa Airlines que cubría la ruta Panamá-Caracas y Caracas-Panamá a nombre del ciudadano imputado y encontrado también en la habitación del hotel durante el allanamiento, no contribuye a demostrar la inocencia de éste en el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes.

Como corolario de lo antes expuesto, es criterio de la Sala de Casación Penal declarar sin lugar el recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia dictada por la Sala N° 1 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia el 25 de octubre de 2001. Así se decide.

...(omissis)...

Voto Salvado Blanca Rosa Mármol de León.

“...Sí se vulneró la garantía constitucional de inviolabilidad de domicilio, en virtud de que se ingresó a la habitación del imputado sin estar en la presencia de un delito flagrante; y que por ello era necesario para los agentes policiales el solicitar la correspondiente orden de allanamiento.

El formalizante en su recurso expresó que había sido infringido el artículo 225 ordinal 3° del anterior Código Orgánico Procesal Penal, por indebida aplicación al exceptuar de la correspondiente orden de allanamiento la visita practicada en el Hotel Santa Bárbara, donde fue aprehendido su patrocinado.

Ahora bien, el artículo 225 del derogado Código Orgánico Procesal Penal, expresa en su ordinal 3º lo siguiente:

“Morada. Cuando el registro se deba practicar en una morada, establecimiento comercial, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado, se requerirá la orden escrita del juez.

Se exceptúan de lo dispuesto los casos siguientes:

3º. Para evitar la comisión de un hecho punible.

La resolución por la cual el Juez ordena la entrada y registro de un domicilio particular será siempre fundada.

Los motivos que determinaron el allanamiento sin orden constarán detalladamente en el acta”.

Por otra parte, el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal, vigente nos da una definición de flagrancia. En tal sentido señala:

“Definición: Para los efectos de este capítulo, se tendrá como delito flagrante el que se esté cometiendo o el que acaba de cometerse. También se tendrá como delito flagrante aquel por el cual el sospechoso se vea perseguido por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, o en el que se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor.

En estos casos, cualquier autoridad deberá, y cualquier particular podrá, aprehender al sospechoso, siempre que el delito amerite pena privativa de libertad, entregándolo a la autoridad más cercana, quien lo pondrá a disposición del Ministerio Público dentro de un lapso que no excederá de doce horas a partir del momento de la aprehensión, sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en relación con la inmunidad de los diputados de la Asamblea Nacional y a los consejos legislativos de los estados. En todo caso, el Estado protegerá al particular que colabore con la aprehensión del imputado”.

Consta en autos al folio (2), el “ACTA POLICIAL” de fecha 27 de mayo de 2001, la cual es del tenor siguiente:

“...En esta misma fecha siendo las 11:00 horas de la mañana, compareció ante este Despacho, el funcionario Inspector Jefe Dilber Prieto adscrito a esta Oficina de este Cuerpo Policial que estando debidamente juramentado y de conformidad con lo previsto en los artículos 109 y 312 del Código Orgánico Procesal Penal en concordancia con el artículo 11 de la Ley de Policía de Investigaciones Penales deja constancia de la siguiente diligencia Policial practicada: ‘...en esta misma fecha, encontrándome en este Despacho, se recibió llamada telefónica de parte de una persona que no quiso identificarse por temor a represalias, informando que en el Hotel Santa Bárbara, específicamente en la habitación número cuatro ubicado en la Calle 71 de esta ciudad, se encontraba hospedado un ciudadano que responde al nombre de DANILO QUESADA, quien se dedica a llevar drogas hasta Panamá. Seguidamente me trasladé en compañía de los funcionarios Sub-Comisario Marcos Noguera y Sub-Inspector Oswaldo Mendoza, hacia el hotel mencionado a fin de verificar la información antes expuesta...’”. (Negrillas y cursivas nuestras).

Considero que en el presente caso no está dada la situación de flagrancia que sirvió a los funcionarios policiales como pretexto para irrumpir en la habitación del imputado, obviando la obtención de la correspondiente orden escrita del juez respectivo. Ello se evidencia de lo expuesto en el Acta Policial transcrita, donde los funcionarios practicantes del allanamiento expresan que, una vez recibida la llamada anónima en la que denunciaron que en el Hotel Santa Bárbara, habitación Número 4, ubicado en la calle 71 de la ciudad de Maracaibo se encontraba un ciudadano de nombre DANILO QUESADA, quien se dedicaba a llevar drogas a Panamá; se trasladaron al Hotel a “fin de verificar la información antes expuesta”.

Es menester precisar el concepto de delito flagrante, a fin de establecer si los agentes policiales necesitaban o no orden de allanamiento para entrar en la habitación 4 del Hotel Santa Bárbara de la ciudad de Maracaibo.

Se entiende por delito flagrante “el que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos”. Así mismo delito flagrante “es el que no necesita prueba dada su evidencia”.

Flagrante es “aquello que está ardiendo o resplandeciendo, es decir, aquella infracción que se está cometiendo de manera singularmente escandalosa y ostentosa, de manera que hace necesaria la urgente intervención a fin de que cese el delito y sus efectos”.

Se requiere entonces, para que se establezca la flagrancia:

- 1.- La inmediatez temporal, que se esté cometiendo el delito o que se haya cometido instantes antes.
- 2.- Inmediatez personal, que consiste en que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación de relación con el objeto o instrumentos del delito que constituya prueba de su participación; y
- 3.- La necesidad urgente que justifique que los funcionarios actuantes se vean obligados de intervenir inmediatamente con el fin de determinar la actividad delictiva, deteniendo a los autores y aprehendiendo los efectos del delito.

El delito flagrante, es la “situación fáctica en que queda excusada aquella autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable su intervención”.

La jurisprudencia española en relación al tema de estudio expresa:

“...La Sala Segunda continúa perfilando el concepto. Así declara que flagrancia “exige la evidencia sensorial del delito”, “en el sentido de ser susceptible para cualquiera, por lo que no precisa otra prueba de su ejecución que el propio hecho de haber sorprendido al delincuente en tales circunstancias”, no debiendo confundirse evidencia con “sospechas que precisamente se pretendía confirmar con la diligencia del registro”.

A juicio de la disidente los funcionarios policiales, han debido obtener la respectiva orden escrita, emitida por un juez competente. Más aún, el artículo 225 parcialmente transcrito indica que si la visita domiciliaria se realiza sin la correspondiente orden de allanamiento, deberá expresar detalladamente en el Acta de Visita domiciliaria los motivos por los cuales se procedió prescindiendo de la misma; y tal extremo no se cumplió en tal acta.

Una vez hechas las acotaciones sobre lo que se entiende por delito flagrante, pienso que en el presente caso, en donde los funcionarios policiales practicaron el allanamiento, tal como quedó indicado en el acta policial que corre al folio 2 de los autos, a fin de verificar la información en relación con el hecho delictivo cuya perpetración informara un anónimo, no estamos en presencia de tal circunstancia de flagrancia que

exime a los funcionarios policiales de obtener, previo el allanamiento, la debida orden judicial.

El artículo 49 de la Constitución de la República, establece en su ordinal 1° que “...serán nulas las pruebas obtenidas mediante la violación del proceso...”.

Por su parte el artículo 197 del Código Orgánico Procesal Penal establece:

“Licitud de la Prueba. Los elementos de convicción sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este Código.

No podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, en la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni la obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícitos”.

En el presente caso debió declararse con lugar el recurso de casación, hacerse la correspondiente corrección de fondo en virtud del origen írrito de las pruebas; y absolverse al ciudadano **DANILO ALBERTO QUESADA VALVERDE**, que fue condenado por el delito de Tráfico de Estupefacientes”.

## **Título 30:**

### **Experticias o inspecciones realizadas en la fase de investigación. Imposibilidad de incorporarlas por su lectura. Principio de inmediación**

<b>Sentencia N°:</b>	404 del 2 de noviembre de 2004.
<b>Expediente N°:</b>	04-0225.
<b>Ponente:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Gustavo José Cabaneiro Rangel.
<b>Delito:</b>	Homicidio calificado.
<b>Normas Citadas:</b>	16 y 197 del Código Orgánico Procesal Penal.
<b>Decisión:</b>	Sin lugar el recurso interpuesto por la defensa.

La Sala resolvió

“...Esta Sala advierte a los jueces la imposibilidad de incorporar por su lectura, experticias o inspecciones practicadas con anterioridad, sin que los expertos declaren en el juicio, en virtud del principio de la inmediación contenido en el artículo 16 del Código Orgánico Procesal Penal por medio del cual los jueces que han de pronunciar la sentencia, deben

presenciar el debate y la incorporación de las pruebas, con base en las cuales llegan a su convencimiento judicial, por otra parte, el artículo 197 del citado Código Orgánico Procesal Penal establece que los elementos de convicción sólo tendrán valor si han sido incorporados al proceso, conforme a las disposiciones del citado Código Procesal...”.

## **Título 31:**

### **La declaración de testigos no puede ser sustituida en juicio por las actas de investigación**

<b>Sentencia N°:</b>	499 del 07 de noviembre de 2002.
<b>Expediente N°:</b>	02-0158.
<b>Ponente:</b>	Rafael Pérez Perdomo.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Oscar Javier Alvarado Jaramillo.
<b>Delito:</b>	Tráfico de narcóticos.
<b>Normas Citadas:</b>	339, 307 del Código Orgánico Procesal Penal.
<b>Decisión:</b>	Se desestimó por manifiestamente infundado el recurso de la defensa.

Voto Salvado: Blanca Rosa Mármol de León

“...La declaración de los testigos (que según el acta policial presenciaron el procedimiento de investigación) es crucial en la audiencia oral y pública, puesto que la prueba testimonial tiene como finalidad aportar mediante su exposición oral la convicción o no de los hechos y

la responsabilidad de los acusados, siendo el caso que la declaración de los testigos no puede ser sustituida en juicio por las actas de la investigación, puesto que de estimarse tales documentos o incorporarlos mediante lectura sería violatorio del principio acusatorio, (a excepción de la prueba anticipada prevista en el artículo 307 del Código Orgánico Procesal Penal) lo cual nos haría retroceder al derogado sistema inquisitivo en el cual eran suficientes las actas del procedimiento sumario y su tarifa en el plenario para establecer el delito y la responsabilidad del procesado.

Cabe señalar que el juicio oral y público precisamente tiene como finalidad presenciar las pruebas que deben ser incorporadas a juicio de forma oral para su apreciación por parte de quienes están llamados a decidir, conforme a los principios que rigen el proceso acusatorio, como lo son entre otros, la oralidad, la inmediación, la concentración y la publicidad, y por ello los testimonios deben estar incorporados en la audiencia oralmente, salvo las excepciones previstas en el artículo 339 del Código Orgánico Procesal Penal relativas a la incorporación de testimonios y experticias recibidas conforme a las reglas de la prueba anticipada, las pruebas documentales, actas de reconocimiento registro o inspección, y otras que las partes y tribunal acepten expresamente, lo contrario sería admitir que aún no hemos asimilado los principios que rigen el nuevo proceso penal y por ende refleja el apego al antiguo régimen inquisitivo que quisimos erradicar con el Código Orgánico Procesal Penal y por ello cabe preguntarse ¿cuál es el fin de la audiencia oral? ¿Será presenciar directamente las pruebas?, o por el contrario ¿será la simple presentación de actas del procedimiento de investigación?, evidentemente no debemos responder afirmativamente a esta última pregunta...”.

## **Título 32:**

### **Valoración del testimonio de funcionarios policiales. Certeza para desvirtuar la condición de inocente**

<b>Sentencia N°:</b>	295 del 24 de agosto de 2004.
<b>Expediente N°:</b>	04-0019.
<b>Ponente:</b>	Julio Elías Mayaudón Gräu.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	José Gregorio Berroterán Escalona.
<b>Delito:</b>	Porte ilícito de Arma de Fuego.
<b>Normas Citadas:</b>	217 (reformado), 220 (reformado), 171 y 184, 218 (reformado) del Código Orgánico Procesal Penal y 131 y 132 de la Constitución de la República.
<b>Decisión:</b>	Se desestima por manifiestamente el recurso de la defensa.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.

“...La decisión que antecede, desestimó por manifiestamente infundado el recurso de casación interpuesto por la defensa del ciudadano JOSE

GREGORIO BERROTERÁN ESCALONA, y consideró que el fallo dictado por la Sala Décima de la Corte de Apelaciones de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, se encuentra ajustado a Derecho.

No estoy de acuerdo con estas afirmaciones, puesto que en primer término, la decisión que antecede, al expresar que la sentencia de la Corte de Apelaciones se encuentra ajustada a derecho, contradice la jurisprudencia reiterada de esta Sala, que en relación a la valoración del testimonio de funcionarios policiales, ha establecido la insuficiencia de estos medios de prueba, a los fines de establecer la culpabilidad del justiciable; criterio sostenido en diversas sentencias de esta Sala, entre ellas, la N° 0003 de fecha 19 de enero de 2000, y la N° 483 del 24 de octubre de 2002, ponencias del Magistrado Doctor Alejandro Angulo Fontiveros.

En el caso sub examine observo, que en el procedimiento los funcionarios policiales “avistaron a un sujeto en actitud sospechosa”, y en el acta policial quedó asentado que se aplicó el artículo 220 del Código Orgánico Procesal Penal, vigente para la fecha de los hechos investigados.

No obstante, ni el Juez de Control en la fase preparatoria, ni el Juez de Juicio, ni la Corte de Apelaciones en la revisión del recurso de apelación, observaron que en el procedimiento no fue aplicado el artículo 217 del Código Orgánico Procesal Penal derogado, que exigía la presencia de dos testigos para la inspección de cosas o personas, testigos que en ningún caso, aparecen en el procedimiento de autos, por lo cual estimo no fue controlada efectivamente la constitucionalidad en el proceso de investigación.

Si bien el Código Orgánico Procesal Penal derogado, exigía la presencia de dos testigos para la realización de las inspecciones a cosas, lugares o personas (artículo 217 del Código Orgánico Procesal Penal derogado), y el legislador en la Ley Procesal Penal vigente, sólo hace mención al requerimiento de dos testigos para los allanamientos, no es menos cierto que es una consideración basada en la lógica, como instrumento de la sana crítica, el hecho de que los funcionarios policiales sólo dan fe del procedimiento realizado, a los fines de la comprobación del hecho típico, pero, a los efectos del establecimiento de la culpabilidad del acusado, es necesaria la existencia de elementos de convicción que lleven a la certeza de la responsabilidad del mismo en el delito.

No se trata de desconocer la honestidad de los funcionarios policiales, sino de establecer un balance entre lo aportado por éstos y la certeza que lleve a desvirtuar la condición de inocente del justiciable, para ello es necesaria la existencia de otros elementos a ponderar, que desvirtúen sin lugar a dudas, la condición de inocencia como principio básico en el proceso.

(...)

El artículo 220 del Código Orgánico Procesal Penal, (hoy 205), señala que el funcionario policial, luego de advertir al sospechoso de la situación que presume delictiva, le pedirá que exhiba el objeto buscado, esto representa en muchas ocasiones, una oportunidad para que el sospechoso accione un arma de fuego en contra del funcionario, si es que posee un arma, razón por la que a veces, los funcionarios policiales, después de advertir al sospechoso, procedan directamente a revisar sus pertenencias y requisar los objetos relacionados con el delito.

Tales circunstancias hacen necesaria la presencia de testigos en el lugar, para disipar o suprimir la duda que implican ciertos hechos, en los que cabe pensar, que a cualquier ciudadano se le atribuya la posesión de objetos o cosas que no portaba realmente, (lo que en el argot popular se menciona como “fue sembrado”), como en muchas ocasiones ha sucedido, y para disminuir o erradicar la duda, los testigos aportarán su conocimiento sobre lo percibido, y su testimonio constituirá una base que podrá aportar convicción de certeza, para mantener o desvirtuar la condición de inocencia del procesado.

Es una realidad también, el hecho de que las personas que conocen o han presenciado un hecho delictivo, se abstengan de participar como testigos en el procedimiento, sea en la investigación o en las etapas siguientes; argumentan excusas para no verse involucrados en los hechos, y así “evitarse problemas” con las partes. Al respecto, la ciudadanía debe entender que es una responsabilidad social consagrada en las leyes, el colaborar con la justicia, aportando el conocimiento que se tenga sobre los hechos investigados...”.

## **Título 33:**

### **La sola declaración de los funcionarios aprehensores no es suficiente para establecer la responsabilidad penal. La declaración de testigo como prueba anticipada**

<b>Sentencia N°:</b>	406 del 2 de noviembre de 2004.
<b>Expediente N°:</b>	04-0127.
<b>Ponente:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Dámaso Antonio Sálazar Soterán.
<b>Delito:</b>	Ocultamiento de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.
<b>Normas citadas:</b>	Artículos 307 y 357 del Código Orgánico Procesal Penal.
<b>Decisión:</b>	Con Lugar y Anula las decisiones del Tribunal de Juicio y de la Corte de Apelaciones.

La Sala resolvió:

“...Considera la Sala que en el presente caso se establece la responsabilidad del acusado en el citado delito, con base únicamente a las decla-

raciones rendidas por los funcionarios aprehensores, ya que las declaraciones de los expertos en toxicología, tan sólo sirven para demostrar que la sustancia incautada era droga CANNABIS SATIVA (marihuana) con un peso de 1.097,4 gramos.

(...)

Si tales declaraciones no eran suficiente criterio de certeza para fundamentar la detención judicial, bajo la vigencia de la Ley Orgánica Sobre Sustancias estupefacentes y Psicotrópicas y el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, debe establecerse que mucho menos aún lo son para establecer la culpabilidad en el nuevo Código Orgánico Procesal Penal.

(...)

De la lectura del artículo 307 del Código Orgánico Procesal Penal, se infiere que podrá el juez de control a solicitud del Ministerio Público o cualesquiera de las partes recibir una declaración como prueba anticipada, siempre y cuando exista un obstáculo difícil de superar que se presuma que no podrá hacerse durante el juicio; y que en caso de que el obstáculo no existiera para la fecha del debate, la persona deberá concurrir a prestar su declaración.

De la norma en cuestión se deduce claramente que en los casos en que excepcionalmente se admita en un juicio una prueba anticipada de declaración de testigo por existir el obstáculo difícil de superar, el juzgador de juicio debe motivar el por qué admite tal elemento probatorio y el obstáculo que impide al testigo presentarse a declarar en el correspondiente juicio oral; y ello debe ser así porque tal prueba es una excepción al principio de inmediación, establecido en el artículo 16 del Código Orgánico Procesal Penal.

(...)

Finalmente estima la Sala que con el referido acervo probatorio restante no puede establecer la culpabilidad del acusado, razón por la cual deben ser anuladas las decisiones dictadas por el Juez de Juicio y por la Corte de Apelaciones...”.

## **Título 34:**

### **Concurrencia de las condiciones para la procedencia de la privación preventiva de libertad. Derecho a la defensa del investigado. Contumacia. Mandato de conducción. Acceso a las actas**

<b>Sentencia N°:</b>	103 del 01 de abril de 2004.
<b>Expediente N°:</b>	04-0115.
<b>Ponente:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Voto salvado:</b>	Alejandro Angulo Fontiveros.
<b>Asunto:</b>	Avocamiento.
<b>Interviniente:</b>	Henrique Capriles Radonsky
<b>Delito:</b>	Contra el Orden Público.
<b>Normas citadas:</b>	Artículos 250, 252, 243, 247 y 310 del Código Orgánico Procesal Penal y 49 de la Constitución de la República.
<b>Decisión:</b>	Se avoca y anula la orden de aprehensión emitida por el Juez de Control y ordena permitir acceso a las actas a las partes involucradas.

La Sala resolvió:

“...Se observa de las actuaciones descritas que en efecto, el investigado atendió el llamado a comparecer requerido por el Ministerio Público, y rindió declaración como testigo. Asimismo se presentó de manera voluntaria por ante el Juzgado Trigésimo Primero de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, a objeto de rendir declaración como imputado y de nombrar a sus defensores.

De allí que la orden de aprehensión, solicitada por el Ministerio Público y acordada por el Juzgado Cuadragésimo de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, no tiene fundamento legal, puesto que no concurren las condiciones previstas en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, esto es, en primer lugar, no hay atribución clara de los delitos por los cuales fue solicitada la aprehensión, así como tampoco fundados elementos de convicción procesal sobre la autoría o participación del imputado; y segundo, no se puede afirmar que existe en el presente caso peligro de fuga ni de obstaculización del proceso, por cuanto ha sido demostrado, como consta de autos, su voluntad de comparecer ante la autoridad competente. Su condición de Alcalde además, evidencia su arraigo en el país.

Como es sabido, el encarcelamiento preventivo es enteramente cautelar y, por lo demás, se trata de una medida excepcional que tiende a garantizar la comparecencia del sindicado en el proceso y la efectividad de garantizar en el mismo el derecho a su defensa.

En el mismo sentido no puede ser calificada como contumaz la actitud de una persona, dentro de un proceso, por el solo hecho de no asistir a comparecer ante determinada autoridad. La contumacia implica la negación constante del requerido a acudir al llamado efectuado por la autoridad. Ello no se evidencia en el presente caso, puesto que las citaciones efectuadas por el Ministerio Público fueron atendidas por HENRIQUE CAPRILES RADONSKY en diversas oportunidades, y como ya se dijo, en fecha 09 de enero de 2003 compareció de manera espontánea por ante el Juzgado Trigésimo Primero de Primera Instancia en Función de Control del Área Metropolitana de Caracas, acto en el cual efectuó el nombramiento de sus defensores y solicitó rendir declaración en calidad de imputado ante la sede de ese despacho. En esta forma dejó de ser necesaria su comparecencia forzosa imponiéndose, en consecuencia, el acceso de sus abogados a las actas procesales para organizar la defensa.

Igualmente se observa de las actas, que el derecho a la defensa del investigado, hoy imputado, fue obstruido por el Juez Cuadragésimo de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, cuando no permitió a sus abogados el acceso a las actas de investigación, lo cual constituye a todas luces violación a normas relativas al debido proceso.

De allí que la orden de aprehensión constituye en el presente caso un exceso, dadas las circunstancias anotadas y, en el supuesto de que la actitud del imputado hubiere sido contumaz, lo conducente habría sido acordar el mandato de conducción, previsto en el artículo 310 del Código Orgánico Procesal Penal, no obstante, esto no procede en este caso, puesto que el requerido, repetimos, siempre atendió el llamado a ser entrevistado sobre los hechos investigados. Por ello el artículo 243 del Código Orgánico Procesal Penal hace referencia a la privación de libertad como medida cautelar cuando las demás medidas sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso y en el caso concreto, dadas las circunstancias apuntadas, la actitud del imputado y las infracciones cometidas en perjuicio del ejercicio de su defensa, es evidente que no procede la orden de aprehensión...”.

## **Título 35:**

### **Medidas privativas de libertad. Criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad. Circunstancias del caso particular**

**Sentencia N°:** 205 del 14 de junio de 2004.  
**Expediente N°:** 04-0139.  
**Ponente:** Rafael Pérez Perdomo.  
**Voto Salvado:** Blanca Rosa Mármol de León.  
**Asunto:** Avocamiento.  
**Interviniente:** José Neira Celis y otros.  
**Delito:** Rebelión.  
**Normas Citadas:** Código Orgánico Procesal Penal 243, 244, 247, 246, 250, 251, 254, 256, 264, Pacto de San José de Costa Rica, Artículo 7.5  
**Decisión:** Procedente avocamiento y Ordena al Juzgado N° 2 de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Táchira, proceda a celebrar juicio público sin dilaciones.

La Sala resolvió:

“Cabe señalar, que el sistema de los recursos tendente a corregir los errores y a depurar de vicios el proceso, gracias al principio de concentración acogido en el sistema acusatorio vigente (artículo 17 del Código Orgánico Procesal Penal), desarrolla los principios garantizados constitucionalmente: la celeridad procesal, la presunción de inocencia y el debido proceso (artículo 49, primera parte y numeral 2). Por consiguiente, la demora en la tramitación del proceso y en la decisión de los recursos, incidiría negativamente en los principios fundamentales citados. En el presente caso, la Corte de Apelaciones admitió (09/07/2003), el recurso de apelación propuesto por la defensa de los acusados contra el auto dictado por el Juez N° 8 de Control que decretó la privación preventiva de libertad.

La audiencia oral y pública comenzó el día 28 del mismo mes y año y, con ocasión a la recusación del Juez Ponente, dicha audiencia fue suspendida y convocada su reanudación para el 30 de enero de 2004. La Sala encuentra procedente señalar al respecto, que si bien no ha sido resuelta la apelación planteada, el objeto de dicho recurso es la revocatoria de la medida privativa de libertad dictada por el Tribunal de Control N° 8 (interlocutoria), la cual, como es sabido, por mandato legal, está sujeta a examen y revisión, cada vez que el imputado así lo solicite o bien, de oficio, cada tres meses (artículo 264 del Código Orgánico Procesal Penal). En el caso de autos los imputados, en múltiples oportunidades, han solicitado la revisión de la medida (folios 1777 al 1780; 1791 al 1795; 1890 al 1892; 1894 al 1927; 1941 al 1943; 1945 al 1947; de la pieza 6; folios 3234 al 3244; 3428 al 3434, de la pieza 10; folios 5024 al 5036; 5040 al 5044 de la pieza 15; folios 5313 al 5322; 5325 al 5328, de la pieza 16, entre otras).

Por consiguiente, la Sala encuentra procedente instar a los jueces que conozcan del caso, una mayor celeridad en la tramitación del proceso, la revisión de los recursos, obstáculos subjetivos y las medidas cautelares, de acuerdo con los términos expuestos. Respecto a estas últimas, el juez deberá verificar la existencia de los requisitos establecidos en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal. Así se declara”.

Voto Salvado Blanca Rosa Mármol de León.

“...El juez debe ponderar que los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad deben privar sobre los límites de la pena que pueda ser impuesta, de tal forma que no se pierda de vista el principio de presunción de inocencia, y tomando en cuenta que el proceso pueda

cumplirse con la presencia del imputado o acusado, por lo que el juez debe estimar concretamente las circunstancias de cada caso en particular, de acuerdo a lo pautado en el artículo 251 del Código Orgánico Procesal Penal, (arraigo en el país, la pena que pudiera imponerse, la magnitud del daño causado, el comportamiento del imputado durante el proceso y la conducta predelictual) para determinar si en efecto el justiciable ha ejecutado actos que impliquen la intención de fugarse o de evadir el juicio, o de entorpecer la realización de algún acto concreto del proceso, y ese análisis debe efectuarse, como ya se dijo, en particular, sin que ello conlleve efecto extensivo para con los coimputados, en el caso de haberlos. De esa forma, la decisión sobre la medida judicial privativa de la libertad será dictada, mantenida o revocada atendiendo a los principios constitucionales, y de ser acordada, quedará sustentado su carácter excepcional.

Por ello, considerar sólo la pena que pudiera llegar a imponerse como único parámetro para estimar la posible fuga del procesado, comportaría un análisis meramente rígido e incompleto del caso, puesto que el propio Código Orgánico Procesal Penal le da al juez la responsabilidad y la facultad de decidir si debe o no permanecer el imputado en libertad, cuando le dice en su artículo 251: “A todo evento el juez podrá, de acuerdo a las circunstancias que deberá explicar razonadamente, rechazar la petición fiscal e imponer al imputado una medida cautelar sustitutiva...”.

(...)

“...Por ello disiento de la decisión que antecede, y considero que la Sala debió avocarse a los fines de reordenar el proceso, pero de manera efectiva, no sólo por el evidente desorden procesal que constituye la demora en la resolución del recurso ordinario de apelación interpuesto, sino la manifiesta injusticia que implica, el que no haya habido un pronunciamiento favorable a la libertad encontrándose los detenidos, en consecuencia, cumpliendo pena anticipada en forma hasta ahora indefinida, quedando evidente la falta de resolución del problema en el presente caso, amén de la vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, materializada mediante constantes actos judiciales que han dilatado la resolución de los recursos ejercidos. A tales fines debió la Sala resolver la solicitud de revisión de la medida judicial privativa de la libertad acordada a los acusados de autos, estimar en cada caso en particular si cumplen con las condiciones de arraigo en el país, comportamiento en el proceso y la ausencia de conducta predelictual, y por cuanto de las

actas del proceso no se evidencia la ejecución por parte de ellos de actos que supongan intención de fuga, de conformidad con lo previsto en el párrafo primero del artículo 251 del Código Orgánico Procesal Penal, la Sala debió REVOCAR la medida de privación judicial de la libertad y OTORGAR medidas cautelares sustitutivas a la privación de libertad, bajo las condiciones previstas en los numerales 3, 4, 5 y 8 del artículo 256 *ejusdem*, (tales como la presentación semanal ante el juzgado de control correspondiente, prohibición de salida del país y de cierta localidad que el juez establezca, no concurrir a reuniones o lugares cercanos a la Gobernación del Estado Táchira, y prestar caución económica adecuada o fianza de dos personas idóneas), medidas que pueden ser aplicadas a los acusados, con excepción del ciudadano JORGE ENRIQUE HINOJOSA GARCÍA, quien ejecutó actos de evasión al proceso (fuga), y no haberse limitado la Sala a la orden de efectuar, “inmediatamente” el juicio oral y público sin dilaciones indebidas, lo cual no ofrece solución a las irregularidades, dilaciones y violaciones a normas relativas a la libertad y debido proceso y a la notoria injusticia cometida en el presente caso...”.

## **Título 36:**

### **Jurisdicción competente para juzgar a altos funcionarios públicos**

<b>Sentencia N°:</b>	043 de fecha 26 de febrero 2004.
<b>Expediente N°:</b>	04-0047.
<b>Ponente:</b>	Alejandro Angulo Fontiveros.
<b>Voto Concurrente:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Avocamiento.
<b>Interviniente:</b>	Carlos Rafael Alfonso Martínez.
<b>Delito:</b>	Excitación pública al delito de Rebelión, incumplimiento al Régimen Especial de las zonas de seguridad y abandono de comando.
<b>Normas Citadas:</b>	144, ordinal 1° 144 del Código Penal; artículo 56 de la Ley Orgánica de la Seguridad de la Nación y artículo 534 del Código Orgánico de Justicia Militar; 4 Código Orgánico Procesal Penal, 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); 266 de la Constitución.
<b>Decisión:</b>	La Sala se AVOCA al conocimiento de la causa y ordena remitir actuaciones al Presidente del Circuito Judicial Penal del Área Metropoli-

tana de Caracas, para que remita el expediente a otro Tribunal de Juicio para que ordene la apertura de un juicio público.

La Sala resolvió:

...“La Sala de Casación Penal se concentra en el caso planteado. Decidió solicitar el expediente, en lo que constituye una especie de preavocamiento, tomando en cuenta que es un deber esencial el hacer Justicia y restablecer el orden jurídico en el caso concreto: la constitución del tribunal en esa prisión no sigue la ortodoxia procesal penal y enervó el principio de publicidad de los juicios orales, consagrado en el artículo 12 del Código Orgánico Procesal Penal en conexión con el artículo 333 *eiusdem*.

La Sala, para decidir, ha de hacer una consideración sobre los hechos que motivaron la solicitud de avocamiento.

En efecto, el Juez Decimoséptimo de Primera Instancia en Función de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, ciudadano abogado IVÁN DARÍO BASTARDO, mediante auto del 12 de enero de 2004, señaló:

“...Por cuanto la presente causa se encuentra en la etapa para celebrar el acto de debate oral y público, este tribunal en uso de sus atribuciones legales acuerda fijar el acto *in comento* para el día martes 27 de enero de 2004...”.

Cursa en autos el oficio dirigido por el Coronel (Ej) GUSTAVO BUS-NEGO LEAL, al Juez Décimo Séptimo de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, del 27 de enero de 2004, expresando:

“...La presente tiene como finalidad informarle la negativa voluntaria de ser trasladado ante ese tribunal por parte del CDDNO G/D (G/N) CARLOS ALFONZO MARTÍNEZ titular de la cédula (sic) de identidad N° 3.716.248, haciendo uso de un derecho constitucional y delegando en sus abogados su representación para dicha audiencia (ANEXO MANUSCRITO ORIGINAL DEL REFERIDO OFICIAL GENERAL)...”.

También aparece oficio número 075-04 del 27 de enero de 2004, del Juzgado Décimo Séptimo de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área

Metropolitana de Caracas, (folio 50 de la pieza 7) en el que se deja constancia de lo siguiente:

“Me dirijo a Usted, en la oportunidad de **solicitar** sus buenos oficios a los fines que imparta las instrucciones pertinentes, con el objeto **que sea trasladado el ciudadano General de División (G.N.) en situación de retiro CARLOS RAFAEL ALFONZO MARTÍNEZ**, titular de la cédula de identidad N° V- 3.716.248 **a la sede de este Tribunal, autorizándolo a usar la fuerza pública si es necesario**, tal solicitud obedece a la negativa que ha mantenido el referido imputado de ser conducido a la sede de este Despacho a los fines de celebrar el acto de apertura del debate oral y público fijado para la presente fecha 27 de enero de 2004, en la causa signada bajo el N° 17JU-264-03. En tal sentido, se le anexa al presente y constante de un (01) folio útil Boleta de Traslado N° 021-04 a nombre del mencionado ciudadano...”. (Destacado de la Sala).

Cursa al folio 54 (pieza 7 del expediente original) el acta del Juzgado Décimo Séptimo de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, en la que aparece lo siguiente:

“En el día de hoy, martes, Veintisiete (27) de enero del año dos mil cuatro (2004), a las 11:00 a.m., se encontraba fijado el Acto de Debate Oral y Público en la causa signada bajo el N° 17JU-264-03, seguida al ciudadano GENERAL DE DIVISIÓN (G.N.) CARLOS RAFAEL ALFONZO MARTÍNEZ, y siendo las 11:40 a.m., el ciudadano Juez se trasladó a la sede de la Comandancia General de la República a los fines de coordinar el traslado del Tribunal al Centro de Procesados Militares (CEPROMIL), y siendo las 12:25 p.m., **el ciudadano Juez se comunicó vía telefónica con la Secretaria del Tribunal a los fines que ésta le comunicara a las partes presentes**, a saber: Fiscal 5° del Ministerio Público ante las Salas de Casación y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, MÓNICA RODRÍGUEZ, Fiscal 36° A Nivel Nacional (Provisorio) del Ministerio Público del Área Metropolitana de Caracas, MERCEDES PRIETO SIERRA, y la JANETH CARBONE NERI en su carácter de Defensora Privada del imputado de autos, **que efectivamente el Tribunal se constituirá en la sede del establecimiento penal en referencia a los fines de celebrar el acto de apertura del debate oral y público, por lo que deben trasladarse a dicho centro**. Quedan las partes presentes notificadas con la lectura y firma de la presente acta. Se declara cerrada la presente acta siendo las 12:45 p.m...”. (Destacado de la Sala).

Consta en autos el acta del Juzgado Décimo Séptimo de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, que contiene lo siguiente:

“En el día de hoy, martes, veintisiete (27) de enero de dos mil cuatro (2004), siendo las 03:30 p.m., oportunidad fijada por este Juzgado, para celebrar el Juicio Oral y Público en la causa seguida al ciudadano CARLOS RAFAEL ALFONZO MARTÍNEZ signada bajo el N° 17-JU-264-03, (Nomenclatura de este Tribunal), se constituye el Tribunal Unipersonal Décimo Séptimo de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, presidido por el ciudadano Juez IVÁN DARÍO BASTARDO FLORES, la Secretaria JENNY RAMÍREZ TERÁN, y el Alguacil Jefe OLINTO BARÓN, en la sede del Centro Nacional de Procesados Militares (CENAPROMIL) ubicada en la localidad de Los Teques-Estado Miranda donde se encuentra actualmente recluido el imputado de autos, dicho traslado y constitución del Tribunal obedece a que el referido imputado ha manifestado en reiteradas oportunidades lo cual consta en autos su voluntad de (sic) trasladarse a la sede el (sic) Tribunal ubicada en la Esquina de Cruz Verde a Zamuro, Edificio Palacio de Justicia, piso 5, oficina 510. Seguidamente, y dejando constancia a través de filmación por videocasete, el ciudadano Juez una vez que ingresa a la sala de audiencias constituida al efecto en el Centro Nacional de Procesados Militares, piso 2, previo el cumplimiento de las formalidades legales, requiere de la ciudadana Secretaria la verificación de la presencia de las partes y demás personas convocadas a la presente audiencia y ésta le informó que se encuentran presentes las representantes del Ministerio Público Dras. MÓNICA RODRÍGUEZ, Fiscal 5° ante las Salas Constitucional y Penal del Tribunal Supremo de Justicia y MERCEDES PRIETO Fiscal 36° a Nivel Nacional, el ciudadano General de División (G.N.) en situación de retiro CARLOS RAFAEL ALFONSO MARTÍNEZ, asimismo, se deja constancia que siendo las 02:45 p.m. el Abogado Defensor JUAN CARLOS GUTIÉRREZ quien encontrándose presente en la sala consignó un escrito constante de dos (02) folios útiles, mediante el cual manifiesta su total oposición a al (sic) traslado y constitución del Tribunal en la presente sede del Centro Nacional de Procesados Militares y por consiguiente a la realización de la presente audiencia, en virtud que se violan los principios de oralidad y publicidad de los actos del proceso en fase de juicio en el presente proceso, por lo que de seguidas se retiró de la sede de la sala habilitada para la audiencia oral en el Centro Nacional de Procesados Militares.

Concluido esto, **el ciudadano Juez** tomó la palabra y **expresó** a las partes presentes la finalidad del presente acto y **visto que el imputado de autos se encuentra desasistido de sus correspondientes Defensores Privados, este Tribunal** en uso de sus atribuciones legales **acuerda diferir la celebración del acto de debate oral y público para el día viernes 30-01-04** a las 11:00 a.m. Se acuerda librar las notificaciones a las partes. Seguidamente se declaró cerrada la Audiencia siendo las 03:35 p.m. ES TODO. TERMINÓ SE LEYÓ Y ESTANDO CONFORMES FIRMAN:...”. (Destacado de la Sala).

En el acta del 27 de enero de 2004, suscrita por la Fiscal Militar, BERNICE OSORIO, el abogado Defensor JUAN CARLOS GUTIÉRREZ, el ciudadano acusado General de División (G.N.) en situación de retiro, CARLOS RAFAEL ALFONZO MARTÍNEZ y el ciudadano Coronel del Ejército, GUSTAVO BUSNEGO LEAL, Director del Centro Nacional de Procesados Militares, se dejó constancia:

“(…) No se me permitió libre acceso al centro, viéndome obligada a suministrar credencial de la Fiscalía General Militar, ya que el acceso se encuentra restringido desde la carretera de asfalto. Asimismo se encontraban en la sala de (sic) tribunal las abogadas: PRIETO SERRA MERCEDES, C.I. N° 6.316.808 Fiscal 36° a nivel Nacional, con competencia plena y MÓNICA ANDREA RODRÍGUEZ FLORES, C.I. N° 9.855.040, Fiscal 5° del Ministerio Público ante el Tribunal Supremo de Justicia, quien impidió que el Oficial del Centro Nacional de Procesados que nos acompañara suministrara los datos del resto de los funcionarios presentes, alegando con disgusto que la Fiscalía Militar no tenía jurisdicción en ese acto. Se hace constar igualmente que antes de su traslado al recinto del tribunal (habilitado) el Oficial General manifestó que no se niega a comparecer en juicio, sino que desea ser juzgado por un juez imparcial. A las 1540 (sic) aproximadamente, ingresó a la Sala de Audiencia constituida en este Estado el abogado IVÁN DARÍO BASTARDO, juez 17 de juicio, quien informó a las asistentes que acordaba diferir el acto por no encontrarse presentes los abogados defensores, para el día viernes 30 de enero de 2004.

(…) Se hace constar a solicitud del Oficial, que se presencié el traslado del mismo a la Sala del Tribunal, cargado por cuatro (04) funcionarios y permaneciendo acostado en dicho local, hasta el momento en que fue diferido el acto”.

La Sala de Casación Penal hace constar que ningún imputado puede negarse a ir al tribunal ni paralizar el curso de la justicia. Y que se le puede obligar a ir e incluso con el uso de la fuerza pública. Pero toda la situación habida en la prisión, aunada a las incidencias recusatorias, han creado un clima inconveniente y la Sala de Casación Penal decide avocarse al conocimiento de la presente causa y reasignar el expediente a otro juez penal.

Se ordena remitir las actuaciones al Presidente del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, para que sin dilación alguna remita el expediente a otro tribunal de juicio para que ordene la apertura del juicio oral y público.

El juzgado que conozca de la presente causa tendrá plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones, según lo establece el artículo 4 del Código Orgánico Procesal Penal.

...(omissis)...

Voto concurrente: Blanca Rosa Mármol de León.

“...En el presente caso, la ausencia de imparcialidad de los órganos de administración de justicia se ha verificado durante todo el proceso seguido al General Carlos Alfonso Martínez, lo que conlleva a la ilegitimidad de éstos y del proceso, recordemos (tal como lo he sustentado en todos los votos salvados planteados en esta causa), que el procesado fue aprehendido por funcionarios de la DISIP, estuvo detenido sin procedimiento de flagrancia, irrespetando su condición de alto funcionario público, sin calificación de delito por parte del Fiscal General de la República y sin orden judicial alguna; le fue otorgado un mandamiento de *Hábeas*, el cual fue desacatado; habiendo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobado en consecuencia unas medidas cautelares a su favor, que jamás se cumplieron.

Continuaron las violaciones al debido proceso cuando, como cabe recordar el General Carlos Alfonso Martínez fue puesto a la orden de la Sala Plena (quien es su juez natural) mucho tiempo después de la detención ilegal, y este mismo órgano (Sala Plena) decretó la privación de libertad, mediante un procedimiento de calificación de flagrancia, sin calificación para ese momento de delito alguno, por parte del representante del Ministerio Público; más aún debido a la errónea interpretación

del artículo 266 de la Carta Magna en su numeral 3, la Sala Plena remite posteriormente la causa a la jurisdicción ordinaria, obviando la condición, posición o estado de funcionario de alta investidura pública de General de División; siendo puesto a la orden de un juez incompetente ordenando éste su prisión contrariando la orden de arresto domiciliario emanada de este Alto Tribunal.

Se suma a las evidentes señales de parcialidad del juez (ilegítimo) referidas, el que ante la negativa de asistir a juicio del procesado, quien concedemos no está obligado a declarar, espero sí a acatar las órdenes de los jueces “legítimos” que conocen de la causa, el juez tomó como medida de presión para lograr la comparecencia del mismo, la constitución del tribunal dentro del establecimiento de detención agravando así las continuas violaciones de sus derechos y garantías.

En virtud de lo anterior, forzosamente estaré de acuerdo en que la Sala se avoque para ordenar el proceso, sustrayendo del conocimiento de la causa la juez que cometió las arbitrariedades referidas, pues ese es el pedimento de la defensa, no obstante las consideraciones hechas y dado el momento procesal al cual lo anterior ha conducido...”.

## **Título 37:**

### **Juez natural, unidad del proceso. Radicación**

<b>Sentencia N°:</b>	206 de fecha 29 de mayo 2003.
<b>Expediente N°:</b>	03-135.
<b>Ponente:</b>	Alejandro Angulo Fontiveros.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Avocamiento.
<b>Interviniente:</b>	Marco Javier Hurtado y otros.
<b>Delito:</b>	Homicidio calificado, lesiones menos graves, lesiones gravísimas, lesiones graves y lesiones leves en grado de complicidad correspectiva y uso indebido de arma de guerra.
<b>Normas Citadas:</b>	73, 250 del Código Orgánico Procesal Penal.
<b>Decisión:</b>	Se avoca al conocimiento de la causa, declara competente a la jurisdicción Penal del Estado Aragua para que continúe conociendo de la presente causa.

La Sala resolvió:

“La Sala de Casación Penal, en lo concerniente también a la situación habida en abril de 2002 y con ocasión de un conflicto de competencia,

decidió el 24 de enero de 2003 que la querrela interpuesta contra “...los ciudadanos CARLOS MOLINA TAMAYO, PABLO MEDINA, GUAICAIPURO LAMEDA, PEDRO CARMONA ESTANGA, CARLOS ORTEGA, MANUEL COVA, ALFREDO RAMOS, FROILÁN BARRIOS, JUAN FERNÁNDEZ, EDGAR PAREDES, HORACIO MEDINA, GUAICAIPURO LAMEDA (sic) LEOPOLDO LÓPEZ y ENRIQUE CAPRILES RADONSKY...”, por los ciudadanos abogados MERLY JACQUELINE MORALES, NARCISO DÍAZ MACHUCA y AMADO ANTONIO MOLINA YÉPEZ, debía ser conocida por el Juzgado Décimo Tercero de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas. La Sala declaró competente al mencionado Juzgado porque “...la supuesta remisión de todos esos casos para el Estado Aragua, desconocería de un todo el principio que informa la atribución de competencia penal por el territorio...”. Señalóse entonces que “...el caso de autos no se conecta con el del Puente Llaguno de modo directo, excepto por la fecha de comisión y ésta no es la vinculación que justifique la unificación de causas en el Estado Aragua. El presente caso versa sobre la querrela que pesa sobre unos ciudadanos por instigar y desviar la marcha de entonces a Miraflores, por lo que su coincidencia con los hechos del Puente Llaguno es indirecta y no es motivo ninguno de su radicación...”.

Empero, junto con ese análisis, también la Sala de Casación Penal hizo la pertinente salvedad respecto a la competencia que sí debía operar en torno a **todos** los hechos vinculados con ese lugar (**Puente Llaguno**) **o** también con esos cuatro ciudadanos imputados. Esto fue exactamente lo que, el 24 de enero de 2003, esta misma Sala de Casación Penal expresó:

“...Desde luego: si **cualquier** hecho punible o presuntamente tal, acaecido en alguna de las cuatro fechas mencionadas antes, tuviera alguna vinculación con los cuatro ciudadanos imputados por el caso del Puente Llaguno **o** con la situación fáctico-jurídica habida en tal sitio, es evidente que **también** debe ser conocido por la jurisdicción penal aragüeña...”. (Destacado de la Sala).

“Fáctico” significa, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en su vigésima segunda edición, lo siguiente: “Perteneciente o relativo a hechos. 2. Fundamentado en hechos o limitado a ellos, en oposición a teórico o imaginario”.

En esa misma sentencia y al referirse a la radicación hecha con anterioridad, la Sala expresó igualmente lo siguiente:

“...También decidió la Sala que **todos** los hechos en conexión con los del caso Puente Llaguno (...) deben seguir el destino de esa misma causa ya radicada, esto es, ser investigada y decidida por los tribunales penales del Estado Aragua...”. (Destacado de la Sala).

En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en su vigésima segunda edición de 2001, hay lo siguiente: “conexión”: “Enlace, atadura, trabazón, concatenación de una cosa con otra. 2. Acción y efecto de conectar. (...)”.

En consecuencia: cuando la Sala de Casación Penal estampó aquella frase en su sentencia, quiso expresar y expresó que **todos los hechos enlazados o atados o trabados o concatenados con los hechos ocurridos “en el caso Puente Llaguno”, deben ser investigados y decididos por los tribunales penales del Estado Aragua.**

Es evidente que cuando la Sala se refirió en esa sentencia a **todos** los hechos ocurridos “en el caso **Puente Llaguno**”, quiso referirse y a eso se refirió, a **todos** los hechos ocurridos el 11 de abril de 2002 **en el Puente Llaguno o en sus inmediateces.**

Es indefectible ahora saber si los hechos enjuiciados y objeto del avocamiento solicitado y respecto al cual decide aquí el Tribunal Supremo de Justicia, son hechos enlazados o unidos o atados o relacionados o juntados o trabados o concatenados con los hechos habidos en el denominado **Puente Llaguno.**

...(omissis)...

...Se comprueba de modo apodíctico que los hechos enjuiciados y objeto del presente avocamiento **sí están en franca conexión con los hechos ocurridos en el Puente Llaguno:** hay una evidente vinculación **fáctica** y también una vinculación **jurídica**, puesto que por esos hechos la fiscalía solicitó la medida de privación judicial preventiva de libertad y sobre ella se pronunciaron los tribunales del Estado Aragua.

Ahora bien: la Sala reitera que de la senda transcripción efectuada sobre esas actuaciones constantes en autos, queda palmariamente probado que los hechos procesados por la jurisdicción penal del Estado Aragua **sí están en conexión con los hechos acaecidos el 11 de abril de 2002 en las adyacencias del Puente Llaguno.**

Entonces: habiendo esta misma Sala de Casación Penal, en su sentencia del 24 de enero de 2003, ordenado que “...en conexión con los del caso Puente Llaguno... deben seguir el destino de esa misma causa ya radicada, esto es, ser investigada y decidida por los tribunales penales del Estado Aragua...”, es obvio que los hechos a los cuales se refiere la solicitud de avocamiento deben ser investigados y decididos por la jurisdicción penal del Estado Aragua.

La Sala Penal observa que sí se ha vulnerado el principio de la unidad del proceso; pero porque fuera del Estado Aragua hay tribunales incompetentes que han conocido de un caso radicado claramente por el Tribunal Supremo de Justicia en el Estado Aragua.

En conclusión: la Sala decide que en la presente causa los tribunales del Estado Aragua no han vulnerado el principio de la unidad del proceso, como aseveran los recurrentes.

El artículo 73 del Código Orgánico Procesal Penal contempla:

“Por un solo delito o falta no se seguirán diferentes procesos, aunque los imputados sean diversos, ni tampoco se seguirán al mismo tiempo, contra un imputado, diversos procesos, aunque haya cometido diferentes delitos o faltas, salvo los casos de excepción que establece este Código.

Si se imputan varios delitos será competente el tribunal con competencia para juzgar el delito más grave”.

Este artículo honra el concepto de la defensa judicial justa, pues una persona no debe ser sometida a persecuciones en distintos procesos sino en uno solo y para que así pueda defenderse cabalmente. También este artículo consagra la unidad del proceso, en resguardo del principio de economía procesal, evitar la proliferación de juicios y que sean dictadas sentencias contradictorias en asuntos que guardan relación entre sí. Es por ello que esta Sala, al ratificar que el Circuito Judicial Penal del Estado Aragua es el competente para conocer de los hechos ocurridos el 11 de abril de 2002 en el **Puente Llaguno** o en sus inmediaciones, cumple con lo ordenado en dicha disposición.

De lo expuesto se concluye en que el Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, es el competente para seguir conociendo de la causa seguida a los funcionarios activos de la Policía Metropolitana Sub-Comisario MAR-

CO JAVIER HURTADO, Inspector Jefe HÉCTOR JOSÉ ROVAÍN, Cabo Primero ARUBE JOSÉ PÉREZ SALAZAR, Sargento Segundo JULIO RAMÓN RODRÍGUEZ SALAZAR, RAMÓN HUMBERTO ZAPATA ALFONSO, ERASMO JOSÉ BOLÍVAR, LUIS ENRIQUE MOLINA CERRADA y RAFAEL ALFREDO NEAZOA LÓPEZ”.

Voto Salvado: Blanca Rosa Mármol de León.

“La defensa solicita el avocamiento de esta Sala sobre la causa, seguida a los mencionados ciudadanos, que cursa actualmente ante el Juzgado Cuarto de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, en virtud de la decisión dictada por la Corte de Apelaciones del referido Circuito Judicial Penal, en la que se declaró con lugar la Apelación planteada por la representación del Ministerio Público (Fiscales Sexagésima Segunda, Sexagésima Cuarta, Cuarta y Octogésima Tercera) en contra de la decisión de fecha 27 de diciembre de 2002, dictada por el Tribunal Primero de Control del Estado Aragua, que NEGÓ por infundada, la solicitud de privación judicial de libertad de los mencionados funcionarios de la Policía Metropolitana, considerando la defensa, que la causa debió ser conocida por los Tribunales de Caracas y no los del Estado Aragua, en atención a las últimas decisiones emitidas por esta Sala, en relación con diferentes sucesos ocurridos en abril de 2002, y plantean que la petición de privación de libertad de los referidos funcionarios de la Policía Metropolitana, no debió ser efectuada ante los tribunales del Estado Aragua, puesto que los hechos investigados, ocurrieron en la ciudad de Caracas, en las inmediaciones de la Avenida Baralt, adyacente al denominado Puente Llaguno.

En efecto, observa quien aquí disiente, la existencia de un evidente desorden procesal, que trasciende el simple interés privado de las partes y que exige la intervención de este órgano jurisdiccional, a los fines de preservar la Unidad del proceso y el respeto al principio del Juez Natural.

Tal desorden quedó patentizado en la actuación de los Fiscales del Ministerio Público, al interponer la solicitud de medida privativa de libertad a los investigados ante un tribunal incompetente, territorialmente.

Así pues, de las actas que cursan al expediente, se evidencia que *ab initio*, los Fiscales Sexagésima Segunda, Sexagésima Cuarta, Octogésima Tercera y Cuarta del Ministerio Público, solicitaron la privación de libertad de los prenombrados funcionarios policiales ante los Tribunales de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, soli-

cidad que fue negada, y declarada la NULIDAD de las entrevistas a los funcionarios policiales, por parte del Tribunal Décimoctavo de Control de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 9 de agosto de 2002.

Posteriormente, en fecha 20 de diciembre de 2002, los fiscales referidos, nuevamente presentaron la solicitud de privación de libertad ante los Tribunales del Circuito Judicial del Estado Aragua, interpretando (a mi juicio) erróneamente el criterio establecido por esta Sala, en la decisión de fecha 24 de septiembre de 2002, siendo el caso que el Tribunal Primero de Control del Estado Aragua, NEGÓ la medida privativa de libertad, (aun siendo incompetente), y en virtud de la apelación efectuada contra dicha decisión, la Corte de Apelaciones del Estado Aragua, (también incompetente), anula aquélla, y decreta la privación de libertad de los referidos funcionarios policiales.

Pues bien, en relación con la situación descrita, quien aquí disiente, advierte las razones por las que considera la incompetencia de los tribunales del Estado Aragua, en el presente caso.

De acuerdo a la decisión dictada por esta Sala en fecha 24 de Enero de 2003 (Sentencia N° 007-24-01-03-CC030003 ponencia del Magistrado Alejandro Angulo, caso de la querrela interpuesta en contra de CARLOS MOLINA TAMAYO, PABLO MEDINA, GUAICAIPURO LAMEDA, PEDRO CARMONA ESTANGA, CARLOS ORTEGA, MANUEL COVA, ALFREDO RAMOS, FROILÁN BARRIOS, JUAN FERNÁNDEZ, EDGAR PAREDES, HORACIO MEDINA, LEOPOLDO LÓPEZ Y ENRIQUE CAPRILES RADONSKY), esta Sala resolvió el conflicto de competencia planteado entre el Tribunal Sexto de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua y el Juzgado Décimotercero de Control del Circuito Judicial Penal de Caracas, declarando la competencia en ese caso, de los Tribunales del Área Metropolitana de Caracas, aclarando a su vez, la decisión de fecha 24 de septiembre de 2002, (Caso Nicolás Rivera Muentes).

En la referida decisión, la Sala apuntó lo siguiente:

“La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, el 24 de Septiembre de 2002, declaró con lugar la radicación del juicio en el que se investigan los hechos ocurridos el 11 de abril de 2002, en el puente denominado “Llaguno”, y en relación con los ciudadanos imputados RAFAEL IGNACIO CABRICES LANDAETA, HENRY DANILO

ATENCIO ATENCIO, RICHARD JOSÉ PEÑALVER y NICOLÁS RIVERA MIENTES. (...) En este fallo la Sala decidió:

‘...De lo expuesto, se concluye, en que sí, concurren circunstancias que podrían influir en la apreciación de los hechos en la consiguiente decisión. Por ello se declara procedente la presente solicitud de radicación y de acuerdo con el artículo 63 del Código Orgánico Procesal Penal. Así mismo, cualquier otro proceso que guarde relación con el presente, será objeto de acumulación. Así se decide...’ (Ponencia del Magistrado Doctor ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS).

La Sala consideró justo y necesario el radicar la causa referida a esos cuatro ciudadanos imputados, que fueron los **únicos** señalados con reiteración por los medios y numerosas personas, como **culpables** del delito de homicidio. También decidió la Sala, que todos los hechos en conexión con los del caso Puente Llaguno (...), deben seguir el destino de esa misma causa ya radicada, esto es, ser investigada y decidida por los tribunales penales del Estado Aragua.

Pero eso no quiere decir que **todos** los hechos ocurridos el 11, 12, 13, y 14 de abril de 2002, deban ser radicados en el Estado Aragua. Entre otras razones, porque los ahora investigados por ellos, o los eventualmente investigables, no han sido señalados como culpables o no, al menos, con la misma intensidad, ni mucho menos. Y sobre todo porque la supuesta remisión de **todos** esos casos para el Estado Aragua, desconocería de un todo, el principio que informa la atribución de competencia penal por el territorio. (...)

En lo que respecta a la decisión de la Sala, en la que se declaró con lugar la radicación del juicio propuesta por el abogado JOSE JESÚS JIMÉNEZ LOYO, defensor del ciudadano NICOLÁS RIVERA MIENTES, se advierte que cuando se estableció en la sentencia: ‘Así mismo, cualquier otro proceso que guarde relación con el presente, será objeto de acumulación’, se refería exclusivamente a los hechos ocurridos en ese lugar y atribuidos únicamente a los imputados involucrados en esa causa”.

En la decisión transcrita, había quedado establecido claramente, y por ello también suscribí la decisión, que la radicación del caso denominado Puente Llaguno, no es extensible a todos los casos ocurridos entre el 11 y el 14 de abril de 2002, puesto que, en primer lugar, se debe tener en cuenta, el principio del Juez Natural, cual es el del lugar donde ocurren los hechos, y excepcionalmente se plantearía la radicación, la que debe

ser declarada expresamente en cada caso particular, por lo que cada procedimiento presentado al conocimiento de los tribunales, debe ser individualizado, y así mismo, debe ser determinada su radicación, **no como se quiere establecer en la decisión de la que discrepo, en la que se pretende instaurar una figura inexistente en derecho, como lo sería, la de radicación abierta, una especie de equivalente tal vez a lo que consagraba el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, como la figura del infractor especial, ya inexistente que violentaría manifiestamente en esta decisión, ese principio del Juez Natural consagrado en el artículo 49 ordinal 4º de la Constitución vigente, y en el artículo 7 del Código Orgánico Procesal Penal, causando un grave perjuicio a los imputados de autos, al privárseles de tan primordial derecho a que su causa sea conocida por sus jueces naturales, en este caso, los jueces del Área Metropolitana de Caracas, concretamente en este caso, el Juzgado Decimoséptimo de Control.**

Por ello, considero que esta decisión entra en franca contradicción con lo que la misma Sala estableció por unanimidad en fecha 24 de enero de este año, cuando asentó:

“No quiere decir, que **todos** los hechos ocurridos el 11, 12, 13, y 14 de abril de 2002, deban ser radicados en el Estado Aragua. Entre otras razones, porque los ahora investigados por ellos, o los eventualmente investigables, **no han sido señalados como culpables o no, al menos, con la misma intensidad, ni mucho menos. Y sobre todo, porque la supuesta remisión de todos esos casos para el Estado Aragua, desconocería de un todo, el principio que informa la atribución de competencia penal por el territorio**”.

Y cuando aclaró:

‘Así mismo, cualquier otro proceso que guarde relación con el presente, será objeto de acumulación’, **se refería exclusivamente a los hechos ocurridos en ese lugar y atribuidos únicamente a los imputados involucrados en esa causa**”. (Destacados de la Magistrada disidente).

En el presente caso, se evidencia el desconocimiento a este principio del Juez Natural por parte de la representación del Ministerio Público, así como por la mayoría de quienes suscriben la presente decisión, como acoté.

El Ministerio Público, quien en principio acudió correctamente ante los Tribunales de Caracas, específicamente ante el Tribunal Decimotercero de Control, quien negó la solicitud de privación de libertad y anuló las actas de entrevistas a los prenombrados funcionarios (por violación a normas sobre el debido proceso relativas al derecho a la defensa), para luego acudir ante el Tribunal Primero de Control del Estado Aragua, quien es incompetente por no haber sido radicada específicamente esta causa a los tribunales de esa Circunscripción Judicial.

Es evidente pues, que este caso seguido a funcionarios de la Policía Metropolitana, no ha sido radicado especialmente, ni se verifica la misma situación de los investigados que dio lugar a la referida radicación al Estado Aragua, establecida en la sentencia de esta Sala de fecha 24 de septiembre de 2002.

En segundo lugar, la decisión transcrita, en modo alguno, circunscribe a todos los casos ocurridos en Puente Llaguno, puesto que se estableció la relación directa o vinculación con los mencionados imputados (Cabrices, Peñalver y otros) y con la situación fáctica, lo que reiteró la decisión de fecha 24 de septiembre de 2002 (Caso de NICOLÁS RIVERA MIENTES), en la que se radicó la causa por existir de manera concurrente, relación o vinculación entre personas y hechos ocurridos en ese lugar, y de allí, la acumulación de esa causa.

Por otra parte, en el presente caso, no estamos en presencia de un hecho susceptible de ser acumulado por conexión de delitos y personas con la causa seguida a los ciudadanos RAFAEL IGNACIO CABRICES LANDAETA, HENRY DANILO ATENCIO ATENCIO, RICHARD JOSÉ PEÑALVER y NICOLÁS RIVERA MIENTES, puesto que dicha causa, ya fue resuelta, y en la presente, ni siquiera se ha interpuesto acusación, por ello, no existe en el presente caso, problema alguno en relación con la situación fáctica investigada, si lo hubiera, se referiría obviamente, a la división de la continencia de la causa, lo cual resulta imposible, puesto que ya se produjo decisión en la causa de los prenombrados imputados, en el llamado caso de Puente Llaguno. En este orden de ideas, cuáles serían los motivos para atribuirle la competencia al Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, si no le corresponderá necesariamente conocer al mismo tribunal y aunque así sucediera, ello en nada ayudará al mejor esclarecimiento de los hechos, toda vez que de ningún modo se unificarían procesos para evitar decisiones contradictorias, toda vez que nunca podría el juez extraer elementos de convicción de pruebas consideradas en caso ya resuelto.

De otra parte, ya los tribunales de la Circunscripción Judicial de Caracas, se encuentran conociendo sobre esta causa, la cual cursa ante el Juzgado Decimoséptimo de Primera Instancia en Función de Control de la citada Circunscripción Judicial, la que, como se dijo en la sentencia de esta Sala referida, **no presenta las mismas características que dieron lugar a la radicación ordenada al Estado Aragua.**

En razón de ello, considero que el avocamiento debió efectuarse para restablecer el proceso por razón de los principios que le informan, en este caso violentados, como lo son los principios de Juez Natural y de la Unidad del Proceso, por lo que debieron anularse en consecuencia las decisiones dictadas por el Tribunal Primero de Control y Corte de Apelaciones de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, de fechas 27 de diciembre de 2002, 29 de Abril y 15 de abril de 2003, respectivamente, por no ser competentes para conocer la presente causa, por cuanto corresponde a los tribunales de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, específicamente al Tribunal Decimoséptimo de Control, quien ya conoce de la causa seguida a los imputados: MARCO JAVIER HURTADO, HÉCTOR JOSÉ ROVAÍN, ARUBE JOSÉ PÉREZ SALAZAR, JULIO RAMÓN RODRÍGUEZ SALAZAR, RAMÓN HUMBERTO ZAPATA ALFONSO, ERASMO JOSÉ BOLÍVAR, LUIS ENRIQUE MOLINA CERRADA y RAFAEL ALFREDO NEAZOA LÓPEZ, funcionarios de la Policía Metropolitana...”.

## **Título 38:**

### **Consumación del delito de robo**

<b>Sentencia N°:</b>	216 - 18-5-2005.
<b>Expediente N°:</b>	04-254.
<b>Ponencia:</b>	Alejandro Angulo Fontiveros.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Jairo Francisco Páez Daboín.
<b>Delito:</b>	Robo Agravado de Vehículo Automotor.
<b>Normas Citadas:</b>	Art. 5, 6 y 7 de la Ley Sobre el Hurto y Robo de Vehículos Automotores.
<b>Decisión:</b>	Desestima por manifiestamente infundado.

La sala resolvió:

“La recurrida no pudo incurrir en un error sobre Derecho en la calificación del delito, tal como lo sostiene la Defensa, porque dicha instancia judicial no calificó los hechos sino que se limitó a declarar sin lugar la denuncia en torno a la indebida aplicación de los artículos 5 y 6 de la Ley sobre Hurto y Robo de Vehículo Automotor”.

Voto salvado: Blanca Rosa Mármol de León.

“...Salva su voto en la presente decisión, por considerar que en los delitos contra la propiedad, como los de hurto y robo (hurto con violencia), existe el tipo de delito frustrado cuando no hay disponibilidad sobre los bienes hurtados o robados por el agente del delito.

En los casos de robo o hurto de vehículo automotor, previstos en la Ley Sobre el Hurto y Robo de Vehículos Automotores se debe aplicar el artículo 7 de la referida ley, toda vez que dicho artículo contempla la tentativa de robo. En el presente caso, al evidenciarse que existe un error en la calificación de los hechos comprobados, se ha debido anular la sentencia impugnada y dictar una decisión propia, tomando en cuenta la forma inacabada del delito imputado previsto en el citado artículo, y así aplicar la pena correspondiente...”.

## **Título 39:**

### **Calificación del delito. Principio de proporcionalidad y circunstancias concurrentes**

<b>Sentencia N°:</b>	171 del 9-4-2002.
<b>Expediente N°:</b>	01-507.
<b>Ponencia:</b>	Alejandro Angulo Fontiveros.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	José Luis Petit Figueroa.
<b>Delito:</b>	Distribución Ilícita de Estupefacientes.
<b>Normas Citadas:</b>	Art. 257 del Código Orgánico Procesal Penal. Art. 36 de la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.
<b>Decisión:</b>	Desestima por manifiestamente infundado. Condena a cumplir la pena de 10 años de prisión y a las accesorias legales correspondientes.

La Sala resolvió:

“Esta cantidad, si bien excede con creces el límite inferior de cantidad de cocaína establecido por el legislador en cuanto al delito de posesión

ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas (artículo 36 de la Ley Orgánica que rige la materia), es mínima en comparación con los grandes alijos característicos de los mayores negocios del narcotráfico y aun si se compara con las cantidades promedio que se utilizan en tal industria criminosa. Y, en realidad de verdad, tal cantidad no es de las que representan el daño más sensible a los esenciales bienes jurídicos protegidos al acriminar la distribución de drogas.

La Sala de Casación Penal, por todas esas razones, pasa a considerar si en este caso deberá haber una reducción de la pena impuesta, ya que ahora sí es posible aplicar el principio de la proporcionalidad en algunos juicios atinentes al narcotráfico y hacer distingos entre quienes operan con una gran cantidad de drogas y quienes lo hacen con una ínfima cantidad. Es palpable que el desvalor del acto es muy diferente en ambos supuestos, así como también el desvalor del resultado y a tenor del daño social causado. Y con la nueva disposición del Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 493, ya la conducta delictuosa del que actúa con unos pocos gramos de droga no quedará prácticamente impune y se hará efectiva la función preventiva del Derecho Penal, porque la pena, si se redujere, será de inexorable cumplimiento parcial, defenderá el orden social y protegerá a la sociedad”.

Voto salvado: Blanca Rosa Mármol de León.

“A los efectos de la calificación del delito, la cantidad sola no basta, pues, para determinar si estamos en presencia de dichos delitos, deben existir otras circunstancias concurrentes en el hecho, tales como pesas, balanzas de precisión, envases, situación económica del imputado o antecedentes que lo vinculen con hecho de la misma naturaleza de los investigados, y que permitan una adecuada correlación entre las circunstancias y la deducción del tribunal de calificar el delito de distribución, es decir, demostrar algún acto típico de dicho delito.

...(omissis)...

Ahora bien, debe entenderse por posesión, el hecho material de tener una persona en su poder, o bajo su poder, la sustancia estupefaciente y psicotrópica. El fin de la posesión constituye un elemento subjetivo que mira a la intención del poseedor, a su propósito, yacente en la interioridad del sujeto; esta intención tiene que deducirse de hechos objetivos externos y de las circunstancias concurrentes.

En los procesos por los delitos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, resulta imposible inferir la intención del encausado de distribuir por el solo hecho de la incautación de la sustancia.

Es por las razones que anteceden, que aun cuando comparto el criterio de proporcionalidad aplicado en la sentencia, el mismo ha debido incidir en la calificación del delito y por ende en una disminución de la pena mucho más favorable para el acusado”.

## **Título 40:**

### **Sujeto activo calificado. Funcionarios públicos en delitos de salvaguarda del patrimonio público. Error de derecho en la calificación de los hechos y la participación**

<b>Sentencia N°:</b>	479 del 26-7-2005.
<b>Expediente N°:</b>	04-426.
<b>Ponente:</b>	Eladio Ramón Aponte Aponte.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Esmel Teófilo Bejarano González.
<b>Delito:</b>	Aprovechamiento de dinero concedido por organismo público en grado de complicidad necesaria.
<b>Normas Citadas:</b>	Art. 71 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, Art. 83 y 84 del Código Penal.
<b>Decisión:</b>	Sin lugar.

La Sala resolvió:

“...Esta norma en particular –se refiere al artículo 71 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público– tipifica la participación de aquellas personas naturales o jurídicas que no estando investidas de la función pública, causen un perjuicio al patrimonio público mediante actos fraudulentos o simulados, obteniendo un pago proveniente del erario público. Y este supuesto constituye una excepción al ámbito de aplicación de la derogada ley especial, mediante el cual el legislador, consciente de la protección del bien jurídico tutelado, contempló la participación de personas ajenas a la administración pública y que le causaron un perjuicio.

En la comisión de estos delitos, se advierte la participación de un funcionario público en su comisión, como factor necesario para su consumación; por tanto la persona natural o jurídica que interviene en perjuicio del tesoro público, debe contar obligatoriamente, con el concurso de aquellas personas que a su vez, forman parte del funcionamiento público, siendo que sin su participación en el hecho, no podría consumarse...”.

Voto salvado: Blanca Rosa Mármol de León.

“...Los particulares incurso en el delito de aprovechamiento fraudulento de fondos públicos, no necesariamente deben obtener ayuda intencional de los funcionarios públicos ante quienes se concreta el otorgamiento de los fondos, puesto que no es de dudar que los particulares hagan incurrir en error, o engañar a los funcionarios públicos, y no por ello puede decirse que éstos participan en el delito, pues debe existir en su conducta, los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal.

Lo que sí debe aplicarse a los funcionarios públicos es la comisión del delito de PECULADO CULPOSO, previsto y sancionado en el artículo 59 de la derogada Ley Especial, que establece que por negligencia, imprudencia o inobservancia de normas y reglamentos, los funcionarios públicos dieron ocasión a que otra persona se apropie o distraiga de los bienes públicos.

Cabe acotar, que el delito de Aprovechamiento o Distracción de Dinero o Valores concedidos por Organismos Públicos, es uno de aquellos delitos previstos tanto en la derogada Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público como en la actual Ley Contra la Corrupción, leyes éstas que propenden a una administración eficiente y transparente de los recursos públicos, sancionando así la conducta de los funcionarios públicos al servicio del Estado, y también algunas conductas de los par-

ticulares que ocasionen un daño al patrimonio público, tal como lo establecía el artículo 1° de la ley derogada, y como lo establecen los artículos 1 y 2 de la ley vigente sobre la materia.

Ahora bien, el delito en estudio, constituye una excepción a la generalidad de los delitos previstos en dichas leyes, en cuanto al sujeto activo se refiere, puesto que éste va dirigido en contra de un particular, es decir, que no es un delito especial, propio de los funcionarios públicos, sino que es un delito especial que puede ser cometido por un representante, administrador o principal de un tercero, que puede ser persona natural o jurídica.

Así, en la doctrina la Eunice León de Visani, en relación al delito comentado, sostiene lo siguiente:

“...2. Sujeto activo

El delito de aprovechamiento o distracción de dinero o de valores que aquí se analiza, no es un delito especial, propio de los funcionarios públicos. Puede ser cometido, como su sujeto activo, por cualquier representante, administrador o principal de un tercero que puede ser persona natural o jurídica. En este caso la especialidad del delito reside en la calidad que debe revestir el agente y que circunscribe el círculo de posibles autores a un reducido número de personas...” (resaltado de la Sala).

Cuando la ley califica al sujeto, a esos delitos se les denomina delitos de sujeto activo calificado o delitos especiales, ya que la participación de estos agentes está sometida a reglas especiales, donde no pueden ser autores sino los sujetos con la calificación legal *–intraneus–*, y nunca un tercero *–extraneus–*.

Al respecto ha señalado la doctrina, que la participación en los delitos especiales está sujeta a reglas especiales, es decir, que ellos se caracterizan porque la ley (el tipo) limita el círculo de los posibles autores, de modo tal, que el autor del hecho no puede ser cualquiera sino tan sólo el que reúna determinadas cualidades o calificaciones, que responden a una posición especial de deber o de poder en la comunidad en general, o en ciertos sectores de la misma, **para el caso de los funcionarios públicos, y otras características especiales para los particulares o quienes no ostentan la calidad de funcionario público.**

De manera tal que tratándose de un delito de aquellos en los cuales el círculo de personas que pueden cometerlo está típicamente restringido, sólo pueden ser autores de dicho delito las personas en él señaladas, por ello, pueden entonces, revestir la calidad de autores, coautores o de autores mediatos, las personas expresamente señaladas por la ley...”.

## **Título 41:**

### **Infracción del Artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal**

<b>Sentencia N°:</b>	44 del 29 de marzo de 2005.
<b>Expediente N°:</b>	04-056.
<b>Ponencia:</b>	Alejandro Angulo Fontiveros.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Jhonatan Ramel Gutiérrez.
<b>Delito:</b>	Robo Agravado.
<b>Normas Citadas:</b>	Art. 22 del Código Orgánico Procesal Penal.
<b>Decisión:</b>	Desestima por manifiestamente infundado.

La Sala resolvió:

“La Corte de Apelaciones no puede incurrir en el vicio denunciado por los Defensores, es decir, el de la apreciación de las pruebas debatidas en el juicio oral”.

Voto salvado: Blanca Rosa Mármol de León.

“...Si bien es cierto que el artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal establece cómo deben apreciarse las pruebas, no es menos cierto, tal y como lo señaló la Sala, que la Corte de Apelaciones podrá infringir dicha disposición por falta de aplicación, cuando aprecie las pruebas a las cuales se refiere el artículo 450 *ejusdem*.

Ahora bien, es importante destacar que éste no sería el único caso en el cual pudiese denunciarse la infracción del artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal, por parte de la Corte de Apelaciones, ya que ésta pudiese infringirlo por errónea interpretación, cuando sancione o no la indebida aplicación de la norma por el Tribunal de Juicio, como sería que el tribunal de juicio haya apreciado las pruebas conforme a un sistema legal de valoración de pruebas derogado o no autorizado por el Código Orgánico Procesal Penal.

Además, también pudiese darse el vicio de inmotivación, en el cual no sería necesario indicarse la norma infringida, cuando la Corte de Apelaciones no indique motivadamente por qué consideró que el tribunal de juicio, aplicó el artículo 22 *ibídem*, es decir, por qué apreció correctamente las pruebas.

En este caso el tribunal de juicio es el llamado a aplicar la norma y la Corte de Apelaciones a verificar si fue correcta su aplicación, lo cual deberá hacer motivadamente”.

## **Título 42:**

### **Infracción del Artículo 364 del Código Orgánico Procesal Penal. Fundamentos de hecho y de derecho**

<b>Sentencia N°:</b>	22 del 9 de marzo de 2005.
<b>Expediente N°:</b>	04-285.
<b>Ponente:</b>	Héctor Coronado Flores.
<b>Voto Concurrente:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Jhon Jairo Colmenares Stan.
<b>Delito:</b>	Homicidio intencional frustrado en grado de instigador, robo agravado, porte ilícito de arma de fuego y lesiones graves.
<b>Normas Citadas:</b>	Art. 22, 364 del Código Orgánico Procesal Penal.
<b>Decisión:</b>	Desestima por manifiestamente infundado.

La Sala resolvió:

“Las normas denunciadas como infringidas por el recurrente (artículos 16, en concordancia con el 222, 18, 14 y 364, numeral 4 del Código Orgánico Procesal Penal), referidas a los principios de oralidad, inme-

diación y contradicción, y a la exposición concisa de los fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia, sólo pueden ser atribuidas al Juez de Juicio, al cual le corresponde presenciar, ininterrumpidamente, por los principios mencionados, el debate y la incorporación y, posterior, apreciación y valoración de los elementos de convicción y establecimiento de los hechos. Según lo dispuesto en el artículo 459 del Código Orgánico Procesal Penal, el recurso de casación sólo puede ser propuesto contra las decisiones de las Cortes de Apelaciones que resuelvan la apelación sin ordenar la realización de un nuevo juicio. Por último, en cuanto a la violación de normas constitucionales por parte de la recurrida (artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), no precisó el impugnante la manera cómo fueron violados esos derechos por la Corte de Apelaciones”.

Voto Concurrente: Blanca Rosa Mármol de León.

“En efecto, de acuerdo con la competencia de la Corte de Apelaciones, no le es posible a ésta realizar “una exposición concisa de sus fundamentos de hecho”, en virtud del principio de inmediación, ni aun cuando la Corte de Apelaciones dicte una decisión propia sobre el asunto. Tampoco pueden estas Cortes de Apelaciones modificar los hechos que hubiesen sido establecidos por el tribunal de juicio, es decir, que le corresponde al Tribunal de Juicio el establecimiento de los hechos y a la Corte de Apelaciones verificar si esas razones por las cuales arribó a determinada resolución fueron motivadas por el Juez de Juicio.

El control ejercido por la Corte de Apelaciones en “los fundamentos de hecho” queda supeditado a la posible infracción por falta de motivación del fallo apelado; y, posteriormente, le corresponderá a la Sala de Casación Penal verificar que se hayan resuelto motivadamente por la Corte de Apelaciones las denuncias que se hubieren interpuesto en el escrito de apelación.

Ahora bien, el numeral 4 del artículo 364 *ejusdem*, pudiese ser infringido por la Corte de Apelaciones, en lo que respecta a la “exposición concisa de sus fundamentos de derecho”, no solamente cuando sancione los errores cometidos o confirme la decisión del Tribunal de Juicio en la exposición de las razones en las cuales basó su determinación, sino que también pudiesen infringir dicha norma cuando éste explane sus propias razones de derecho, al revisar la sentencia del Tribunal de Juicio, dictando o no una decisión propia sobre el asunto”.

## **Título 43:**

### **Calificación del delito de robo simple con arma de juguete**

<b>Sentencia N°:</b>	166 del 29 de abril de 2003.
<b>Expediente N°:</b>	02-0352.
<b>Ponente:</b>	Rafael Pérez Perdomo.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Alberto Enrique López Camarillo.
<b>Delito:</b>	Robo a mano armada.
<b>Norma Citada:</b>	460 del Código Penal.
<b>Decisión:</b>	Desestima por manifiestamente infundado el recurso de casación.
<b>Voto Salvado:</b>	Doctora Blanca Rosa Mármol de León, afirma que:

“Debe entenderse entonces que existe una marcada diferencia entre la acción de robar utilizando un arma de juguete, y quien lo hace efectivamente armado, por lo que de alguna manera el tratamiento de estas distintas conductas, debería ser seguida por los elementos del tipo penal al considerar que se comete el delito de robo a mano armada, sólo cuando quien actúa efectivamente está armado, no cuando simula tal condi-

ción, y aunque su conducta es punible, debe ésta encuadrarse dentro del tipo penal simple”.

También señala la disidente que “El artículo 460 del Código Penal es claro al incluir entre los elementos del delito de robo a mano armada, que el sujeto activo esté efectivamente armado, la razón de la agravante es que pone en peligro con tal acción dos bienes jurídicamente protegidos: La propiedad y la vida”.

## **Título 44:**

### **Tentativa desistida en delitos sobre drogas**

<b>Sentencia N°:</b>	592 del 13 de diciembre de 2002.
<b>Expediente N°:</b>	2002-0042.
<b>Ponente:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Jorge Jesús Morales Freites.
<b>Delito:</b>	Tráfico, ocultamiento y distribución de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.
<b>Norma citada:</b>	Artículo 81 del Código Penal.
<b>Decisión:</b>	Declara con lugar el recurso de casación.

La Sala resolvió:

“...El sentenciador de la recurrida al momento de resolver la apelación que fuera interpuesta en contra de la sentencia, que condenó al ciudadano JORGE JESÚS MORALES FREITES, declaró sin lugar la denuncia que se hiciera por la falta de aplicación del artículo 81 del Código Penal, sin tomar en consideración que el acusado, había desistido voluntariamente de continuar con la perpetración del delito”.

“De la declaración anterior, así como de las actas policiales insertas a los autos, suscritas por los funcionarios asignados para el caso, y en

especial de declaración rendida por el funcionario LUIS GERMÁN PÉREZ RODRÍGUEZ, en la audiencia oral, en la que señala, que el ciudadano JORGE JESÚS MORALES FREITES, admite que viajó a la Isla de Aruba con el fin de hacer una entrega de sustancias estupefacientes en la ciudad de Holanda, desistiendo de tal evento por temor”.

“Ello, sin duda alguna, es un arrepentimiento o desistimiento de continuar con el evento criminal, pues desistir, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua supone apartarse de una empresa o intento empezado o proyectado”.

Se transcribe el artículo 81 del Código Penal vigente para ese momento y posteriormente se señala en la sentencia que:

“Refiérese la norma antes transcrita al hecho de que el agente voluntariamente haya desistido de continuar en la tentativa de la comisión del delito, sin importar, si ya se habían realizado actos externos o simplemente actos preparatorios, pues lo que se busca con ella, es la reparación o disminución de los efectos del delito”.

“Debemos pues señalar al respecto, que hay tentativa cuando, con el objeto de cometer un delito, ha comenzado alguien su ejecución. Sin embargo, es necesario distinguir, que existen dos casos de tentativa a saber, es decir, si la tentativa se ha suspendido por voluntad del acusado, o si se ha suspendido por causas independientes de su voluntad”.

“En el presente caso, nos encontramos ante una tentativa calificada, pues tal como ha quedado establecido anteriormente el ciudadano JORGE JESÚS MORALES FREITES, efectivamente reconoce el hecho cierto de que iba a llevar una droga a Holanda, arrepintiéndose de seguir adelante con tal evento criminal, es decir, que voluntariamente desistió de su empresa, en forma espontánea, exteriorizando así la intención de asumir en su plenitud las consecuencias de su actuar antijurídico y del acatamiento de la voluntad de la ley, así como de su propósito de colaborar con la justicia en el hecho por el cual fuera acusado, y que son las razones que fundamentan esta disposición de desistimiento voluntario, sin que sea óbice para ello la prohibición de la tentativa o frustración del delito en materia de drogas, pues, como ya lo hemos dejado asentado *ut supra*, no estamos en presencia de una tentativa impedida por actos externos, la cual se encuentra prevista en el artículo 80 del Código Penal, que es a la que hace referencia la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, cuando señala en el aparte único del artículo 57 lo siguien-

te: "...En los delitos previstos en los artículos 34, 35, 36, 37 y 47, no se admite tentativa de delito ni delito frustrado..."

"En efecto, manifestó el acusado, su desistimiento voluntario de llevar a cabo el transporte de sustancias estupefacientes a la ciudad de Holanda, teniendo como puente la Isla de Aruba, de donde se regresó a la ciudad de Mérida, en la que hizo público ante las autoridades su deseo de no seguir adelante en la perpetración del delito en cuestión, con lo cual se revela su intención de desistimiento voluntario, por lo que el acusado, sólo incurriría en la pena por los actos realizados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81 del Código Penal, por lo que en criterio de esta Sala se debe aplicar el delito de POSESIÓN DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES, previsto en el artículo 36 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, acción esta última en la que consistiría el delito, dadas las circunstancias del caso".

La Sala corrige la pena que debe aplicarse al imputado".

## **Título 45:**

### **La pena accesoria de sujeción a la vigilancia, vulnera la dignidad de la persona humana**

<b>Sentencia N°:</b>	380 del 16 de junio de 2005.
<b>Expediente N°:</b>	04-0208.
<b>Ponencia:</b>	Alejandro Angulo Fontiveros.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Jesús Alberto Marín Hernández.
<b>Delito:</b>	Homicidio Intencional frustrado y Lesiones Personales Leves.
<b>Norma Citada:</b>	13 y 22 del Código Penal.
<b>Decisión:</b>	Desestima por manifiestamente infundado. Anula de oficio la pena impuesta al acusado. Declara el sobreseimiento de la causa al acusado por el delito Lesiones Personales Leves.

La Sala resolvió:

“...Al analizar los elementos de autos, se evidencia que de haberse cometido el delito de LESIONES PERSONALES LEVES (perpetrado el

7 de abril de 2000) tipificado en el artículo 418 del Código Penal, en perjuicio de JOSÉ LUIS SÁNCHEZ, merecería una pena de tres a seis meses de arresto, cuyo término medio es de cuatro meses y quince días. Por consiguiente y en aplicación del instituto procesal de la prescripción, se deja constancia que ha transcurrido más del tiempo previsto en el ordinal 6° del artículo 108 *eiusdem* y es evidente que su acción penal se encuentra prescrita y, por ende, extinguida en ese delito. Por consiguiente, procede el sobreseimiento según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal.

Ahora bien: llama poderosamente la atención a la Sala que el Juez Segundo de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas abogado MANUEL BOGNANNO PALMARES absolvió al acusado de las penas accesorias estipuladas en la ley penal. A propósito de las consideraciones antes transcritas se ratifica la obligatoriedad que pesa sobre los jueces penales de acatar el artículo 7 del Código Civil que manda: “Las leyes no pueden derogarse sino por otras leyes; y no vale alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguos y universales que sean...”.

Así mismo esta Sala Penal apoya el criterio sostenido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, según el cual la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad civil no es denigrante a ningún penado ni infamante, sino que al contrario es un medio de controlar al condenado para evitar la reincidencia (sentencias N° 2442 del 1° de septiembre de 2003, ponencia del Magistrado Doctor ANTONIO GARCÍA GARCÍA y N° 447 del 24 de marzo de 2004, ponencia del Magistrado Doctor JOSÉ MANUEL DELGADO OCANDO).

En este orden de ideas la Sala, de acuerdo con el análisis expuesto en páginas anteriores y sobre la base de lo establecido en el artículo 467 del Código Orgánico Procesal Penal, anula la penalidad impuesta por los tribunales de instancia en relación con el delito de LESIONES INTENCIONALES LEVES y procede a imponer las penas accesorias de sujeción a la vigilancia de la autoridad civil por una cuarta parte del tiempo de condena desde que ésta termine, según lo establecido en los artículos 13 y 22, respectivamente del Código Penal”.

Voto Salvado: Doctora Blanca Rosa Mármol de León.

“En la presente decisión, la mayoría de la Sala decretó el sobreseimiento por la prescripción del delito de Lesiones Personales Graves, y aun cuando

esa declaratoria conllevó a rebajar la pena inicialmente aplicada (por Homicidio Frustrado) no obstante, de oficio en su perjuicio aplica la pena accesoria relativa a la sujeción a la vigilancia de la autoridad, de una cuarta parte de la pena según lo previsto en el artículo 13 del Código Penal...”.

“Al respecto, coincido con la desaplicación de esta pena accesoria, por su ineficacia para los fines de la pena, pues, ciertamente, el desarrollo de las urbes y el crecimiento de la población han incidido en la reorganización municipal de las localidades, y la inutilidad de esta pena a los fines de la resocialización del penado es nula, pues nada aporta como incentivo para su reintegración a la sociedad, sino que al contrario, al someterle a comparecer ante el jefe civil, cada vez que transita por una parroquia, constituye a mi criterio, una situación que aumenta la estigmatización que ya sobre él recayó con la aplicación de la pena de presidio (hoy prisión) y que sugiere a la población que, aun cuando se haya cumplido una pena privativa de la libertad, el comportamiento del ex reo “siempre” será contrario a las reglas que impone la sociedad, por el tiempo que establece el referido artículo y de acuerdo a la pena principal aplicada, lo cual no puede ni debe ser considerado como regla universal.

La referida pena accesoria, aun cuando tiene un fin preventivo general, además de especial, vulnera la dignidad de la persona humana, protegida por la Constitución, en el artículo 22, en el Pacto de San José de Costa Rica en el artículo 11.1 y en el Código Orgánico Procesal Penal en el artículo 10, pues aplicar dicha pena es partir de la tesis peligrosista, propia del derecho penal de autor, en la cual se considera peligroso al sujeto después de haber cumplido su condena, tesis ésta abandonada por la moderna ciencia del Derecho Penal.

De allí que la aplicación de dicha pena accesoria atendería sólo a la demostración de la aplicación del derecho punitivo del Estado, pero conllevaría a la negación al derecho del libre desenvolvimiento y autodeterminación consagrado constitucionalmente, a quienes ya cumplieron su deuda con la sociedad, pues, si lo que se persigue es evitar la reincidencia, el sometimiento a comparecer ante la autoridad en modo alguno lo evitará, si fuera esa la determinación del sujeto, además, las fallas del sistema penitenciario implican soluciones pertinentes y eficaces, tales como la aplicación de medidas educativas y de participación en labores sociales, en las que bien tienen mucho que aportar los entes municipales y parroquiales, más allá de recibir la información del ex convicto de cuándo entra o sale de determinado lugar”.

## **Título 46:**

### **Las Cortes de Apelaciones deben notificar a los representantes de las partes y ordenar el traslado de los acusados detenidos**

<b>Sentencia N°:</b>	282 del 31 de mayo de 2005.
<b>Expediente N°:</b>	2004-0477.
<b>Ponente:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de casación.
<b>Interviniente:</b>	Régulo Manuel Molero Semprún.
<b>Delitos:</b>	Robo agravado, porte ilícito de arma de fuego.
<b>Normas Citadas:</b>	Artículos 180 del Código Orgánico Procesal Penal.
<b>Decisión:</b>	Declara Con Lugar el recurso de casación, Anula la sentencia de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia y Ordena la celebración de una nueva audiencia ante otra Sala de la referida Corte de Apelaciones, previa orden de traslado de los mencionados acusados y notificación a la defensa y a la vindicta pública.

La Sala resolvió:

“...La celebración de la audiencia para resolver el recurso de apelación, supone la mención de aspectos tanto de derecho como de hecho, y en tal sentido debe la Corte de Apelaciones efectuar la notificación a las partes, y si el acusado se encuentra detenido, debe ordenar su traslado, pues tiene el derecho de ser oído (como corolario de su derecho a la defensa) también por la segunda instancia, que conoce del caso por el cual está siendo juzgado, dado que decidirá de acuerdo a normas que pueden estar referidas, tanto a las circunstancias del hecho como a los fundamentos de hecho y de derecho de la decisión apelada.

De esta forma, la Sala estima con fundamento en los artículos 180 y 456 del Código Orgánico Procesal Penal, 26, 49 y 257 de la Constitución, que las Cortes de Apelaciones deben notificar a los representantes de las partes, no siendo necesaria la notificación de los acusados detenidos, pero sí debe ordenarse su traslado, el cual, de no ser realizado, no representa obstáculo para que sea celebrada la audiencia con las partes que comparezcan”.

## **Título 47:**

### **La suspensión del debate por motivos previstos en la ley no debe exceder los 10 días consecutivos (principios de inmediación, concentración y continuidad)**

<b>Sentencia N°:</b>	400 del 28 de junio de 2005.
<b>Expediente N°:</b>	2005-0177.
<b>Ponente:</b>	Eladio Ramón Aponte Aponte.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de casación.
<b>Interviniente:</b>	Jhonny Sanz Urbina.
<b>Delito:</b>	Asalto a vehículo de transporte público.
<b>Norma Citada:</b>	Artículo 335 del Código Orgánico Procesal Penal.
<b>Decisión:</b>	Sin lugar el recurso de casación.

La Sala resolvió:

“...La Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, actuó conforme a derecho, toda

vez, que al analizar los motivos de suspensión del debate del juicio oral, constató que éste sólo fue suspendido en dos oportunidades por los motivos previstos en el artículo 335, numerales 2 y 3 del Código Orgánico Procesal Penal, relativos a la incomparecencia del representante del Ministerio Público y de los testigos, verificándose de las actas procesales que el último debate se suspendió el 11 de marzo de 2004, reanudándose el 25 del mismo mes y año, fecha en la cual se dictó sentencia condenatoria, resultando suspendido el debate por nueve (9) días hábiles y no catorce (14) días consecutivos como lo invocó erradamente la formalizante”.

Voto Salvado: Doctora Blanca Rosa Mármol de León.

Señala la Magistrada disidente que: “...si bien es cierto que el debate oral, debe realizarse en un solo día, el artículo 335 del Código Orgánico Procesal Penal prevé la alternativa de que si ello no fuere posible. Se celebre, en el menor número de días consecutivos de acuerdo a lo que establece el artículo 17 *ejusdem*.

Del contenido de los artículos 335, 336 y 337 del mismo texto procedimental penal, se evidencia la posibilidad de que en el desarrollo del debate puedan operar los aplazamientos diarios y las suspensiones, estas últimas operarán sólo en los casos expresamente establecidos.

El texto legal expresa para el caso de las suspensiones, que si a más tardar al día undécimo no se ha reanudado, se considerará interrumpido y deberá realizarse de nuevo, esto para evitar que se afecte la presencia de los jueces y las partes durante el juicio oral, garantizando así la inmediación, concentración y continuidad, principios rectores del proceso penal.

De los folios 75 al 105, pieza 3 del expediente se evidencian los días y motivos por los cuales se aplazó o suspendió el debate y en el presente caso, considera quien aquí disiente, que operó la interrupción del juicio, porque las suspensiones que se suscitaron durante el desarrollo del debate oral, según se evidencia de esa acta, interrumpieron la presencia de los jueces y de las partes, ya que sumando los días habidos entre las distintas suspensiones transcurrieron 15 días, superando los 10 días permitidos por el artículo 335 del Código Orgánico Procesal Penal, con lo cual ha quedado burlada la disposición establecida en el artículo 337 *ejusdem*, afectando de esta manera la concentración y continuidad del proceso.

La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia ha debido declarar con lugar el recurso de casación interpuesto y anular las sentencias dictadas por la Corte de Apelaciones y por el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal en función de Juicio, porque además, se suspendió en 2 oportunidades la audiencia por la incomparecencia de testigos (4 y 11 de marzo). La norma contemplada en el artículo 357 del Código Orgánico Procesal Penal establece que sólo “se podrá suspender el juicio por esta causa –incomparecencia de experto o testigo– **una sola vez** conforme lo previsto para las suspensiones, y si el testigo no concurre al segundo llamado o no pudo ser localizado para su conducción por la fuerza pública, el juicio continuará prescindiéndose de esa prueba”.

## **Título 48:**

### **La competencia subjetiva del juez**

<b>Sentencia N°:</b>	094 del 30/03/2004.
<b>Expediente N°:</b>	04-0003.
<b>Ponente:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Adolfo Bermúdez Alvarado.
<b>Delito:</b>	Cooperador Inmediato en la ejecución del delito de Homicidio Calificado.
<b>Normas citadas:</b>	87 Código Orgánico Procesal Penal.
<b>Decisión:</b>	Se anuló de oficio el fallo dictado por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial del Estado Guárico y se ordenó que se dictara nueva decisión, con prescindencia de los vicios que dieron lugar a la sentencia anulada.

La Sala resolvió:

“...Previo a la resolución del recurso de casación interpuesto, esta Sala de Casación Penal observó la existencia de un vicio de carácter procesal que atenta contra las garantías constitucionales del imputado de autos, establecidas en el artículo 49.3 de la Constitución de la República

de Venezuela, y es así como en atención a lo previsto en el artículo 26 *ejusdem*, pasa a pronunciarse de la siguiente manera:

(...)

“...Revisadas como han sido las actas que conforman la presente causa, se observa que esta Sala de Casación Penal, en fecha 10 de abril de 2003, con motivo del recurso de casación que interpuso la defensa de autos, dictó sentencia mediante la cual anuló el fallo emitido por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Guárico, que conoció del recurso de apelación interpuesto por la defensa del acusado JULIO RAMÓN BLANCO PANTOJA, declarándolo sin lugar.

Asimismo, consta a las actas del proceso, que la sentencia que fue anulada, se encuentra suscrita por los mismos jueces que dictaron la sentencia que hoy se vuelve a recurrir, es decir, por los Doctores, FÁTIMA CARIDAD DACOSTA, RAFAEL GONZÁLEZ ARIAS (Ponente) y MIGUEL ÁNGEL CASSERES GONZÁLEZ.

Lo anterior evidencia que los jueces integrantes de la Corte de Apelaciones del Estado Guárico, se encuentran en una especial posición frente al proceso y que les impone un límite para el ejercicio de la jurisdicción, en un caso concreto.

Esa posición especial la vamos a encontrar en lo que se denomina competencia subjetiva del juez que funciona en el proceso como límite, de manera que éste queda excluido del conocimiento de la causa, por encontrarse en una especial posición o vinculación subjetiva con las partes o con el objeto de la controversia.

Ese límite está consagrado en dos institutos paralelos, de índole procesal que pone a disposición la ley, tanto para el juez como para las otras partes del proceso, como son la inhibición y la recusación, de manera que puedan hacer uso de ellas, y en el caso específico del juzgador, lo que se busca es que tenga siempre presente, que este instituto va dirigido a su idoneidad en el cargo, en cuanto a la imparcialidad, capacidad, cualidad y rango en el proceso...”

## **Título 49:**

### **Acusación como punto de partida de la fase intermedia**

<b>Sentencia N°:</b>	042 del 29-03-2005.
<b>Expediente N°:</b>	04-0334.
<b>Ponente:</b>	Alejandro Angulo Fontiveros.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Reinaldo Cervini.
<b>Delito:</b>	Estafa Agravada.
<b>Normas citadas:</b>	320, 172, 447 ordinal 1° y 318 Código Orgánico Procesal Penal.
<b>Decisión:</b>	Se anuló la decisión dictada por la Corte de Apelaciones y se repuso la causa al estado de que dicha instancia resolviera el recurso de apelación interpuesto por los querellantes.

La Sala resolvió:

“...El sobreseimiento es un acto conclusivo que cierra la fase de investigación o fase preparatoria, entrando automáticamente a la fase inter-

media en la que no se computarán los sábados, domingos, días feriados o los días en que no haya despacho.

En efecto, el artículo 320 del Código Orgánico Procesal Penal dispone:

“Artículo 320. Solicitud de Sobreseimiento. El Fiscal solicitará el sobreseimiento al Juez de control **cuando, terminado el procedimiento preparatorio**, estime que proceden una o varias de las causales que lo hagan procedente. En tal caso, se seguirá el trámite previsto en el artículo 323”. (Destacado de la Sala).

Y el artículo 172 *eiusdem* establece:

“Artículo 172. DÍAS HÁBILES. Para el conocimiento de los asuntos penales en la fase preparatoria todos los días serán hábiles. En las fases intermedia y de juicio oral no se computarán los sábados, domingos y días que sean feriados conforme a la ley, y aquellos en los que el tribunal resuelva no despachar”. (Destacado de la Sala).

Por otra parte, el artículo 447 del Código Orgánico Procesal Penal dispone:

“Artículo 447. Decisiones recurribles. Son recurribles ante la corte de apelaciones las siguientes decisiones:

1. Las que pongan fin al proceso o hagan imposible su continuación...”.

Y el artículo 448 *eiusdem* establece:

“Artículo 448. INTERPOSICIÓN. El recurso de apelación se interpondrá por escrito debidamente fundado ante el tribunal que dictó la decisión, dentro del término de cinco días contados a partir de la notificación...”.

Sin embargo, dada la naturaleza del sobreseimiento las partes ni siquiera contaban con cinco días para impugnarlo, sino con diez días hábiles...”.

Voto Salvado: Blanca Rosa Mármol de León.

“...No coincido con lo expresado por la mayoría de la Sala en esta decisión, cuando afirma la apertura inmediata o “automática” de la fase intermedia después del acto conclusivo del sobreseimiento, puesto que dicho acto no tiene como consecuencia inmediata la apertura de la fase

intermedia, eso resulta contradictorio con la naturaleza propia del sobreseimiento que insta el fiscal, por cuanto lo que da inicio o abre la fase intermedia es la acusación (fiscal o del querellante), en los casos que así lo requieran, y con la petición de sobreseer lo que se pretende, obviamente, es dar por terminado el proceso, que éste no se extienda.

En el presente caso, el sobreseimiento fue dictado dentro de la fase preparatoria o de investigación, por solicitud que hiciera la representación del Ministerio Público, como acto conclusivo, y siendo el Fiscal quien plantea la conclusión de la investigación, la causa aún se encuentra en fase preparatoria, a la que el Fiscal pretende ponerle fin y para ello solicita al Juez de Control que decrete el sobreseimiento por alguna de las causales que lo hagan procedente en esa etapa, previstas en el artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal.

Siendo entonces, que por iniciativa del representante del Ministerio Público se solicite el sobreseimiento, este acto, evidentemente pone fin a la etapa preparatoria, pero no se abre automáticamente la fase intermedia, por cuanto ésta tiene su inicio en otra actuación o acto conclusivo por parte del representante fiscal (o del querellantes si fuera el caso), tal como lo es la presentación de la acusación...”.

## **Título 50:**

### **La tutela judicial efectiva (imparcialidad, idoneidad, transparencia e independencia de los órganos que juzgan)**

<b>Sentencia N°:</b>	232 del 02/07/2004.
<b>Expediente N°:</b>	04-204.
<b>Ponente:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Voto salvado:</b>	Rafael Pérez Perdomo.
<b>Asunto:</b>	Radicación.
<b>Interviniente:</b>	Omer Leonardo Simoza González.
<b>Delito:</b>	Concusión.
<b>Normas citadas:</b>	Artículos 63 y 57 Código Orgánico Procesal Penal. 26 de la Constitución.
<b>Decisión:</b>	Se declaró procedente la solicitud de radicación y se ordenó radicar el juicio ante el Juez de Control correspondiente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia.

La Sala resolvió:

“...El artículo 63 del Código Orgánico Procesal Penal, en el que se fundamentó la solicitud de radicación, establece:

“...En los casos de delitos graves, cuya perpetración cause alarma, sensación o escándalo público, o cuando por recusación, inhibición o excusa de los jueces titulares y de sus suplentes y conjuces respectivos, el proceso se paralice indefinidamente, después de presentada la acusación por el fiscal, el Tribunal Supremo de Justicia, a solicitud de cualquiera de las partes, podrá ordenar, en auto razonado, que el juicio se radique en un Circuito Judicial Penal de otra Circunscripción Judicial que señalará. Dicha decisión deberá dictarla dentro de los diez días siguientes al recibo de la solicitud”.

Según el artículo que antecede, la radicación de un juicio consiste en quitar el conocimiento del mismo al tribunal que le corresponda para atribuirlo a otro tribunal de igual categoría pero de otro circuito judicial penal, de acuerdo con el principio del *forum delicti commissi* estipulado en el artículo 57 del Código Orgánico Procesal Penal. Así mismo, la señalada disposición establece la procedencia de la radicación en los casos siguientes:

- 1) Delitos graves, cuya perpetración cause alarma, sensación o escándalo público.
- 2) Cuando por recusación, inhibición o excusa de los jueces titulares y de sus suplentes y conjuces respectivos, el proceso se paralice indefinidamente, después de presentada la acusación por el Fiscal del Ministerio Público.

La ciudadana Fiscal del Ministerio Público, comisionada para el caso, fundamentó la solicitud de radicación en la primera causal de la señalada disposición, esto es, que se trata de un delito grave que ha causado alarma, sensación y escándalo en la colectividad del Estado Trujillo.

En efecto, revisadas las actas que conforma la presente solicitud de radicación, se pudo constatar que ciertamente el delito por el cual se le sigue juicio al ciudadano OMER LEONARDO SIMOZA GONZÁLEZ, es un delito grave, como lo es el delito de CONCUSIÓN, previsto en la Ley Contra la Corrupción, la cual tiene por objeto salvaguardar el patrimonio público y, además, regir la conducta que deben asumir las personas sujetas a la misma.

También se ha constatado, que la persona a quien se le sigue juicio, se desempeñaba como Fiscal Tercero del Ministerio Público del Estado Trujillo, razón por la cual, se dificultaría sin menoscabar el buen crédito

que merecen los Tribunales de dicho estado, el cumplimiento de los postulados cuya ausencia justifica la figura de la radicación, concebida por el legislador para garantizar la imparcialidad de la administración de justicia, la publicidad del juzgamiento, la preservación de la debida defensa del acusado, y, las condiciones materiales para su seguridad en los hechos por los cuales se le sigue juicio, para así obtener, una declaración de certeza jurisdiccional inspirada solamente en el interés social y en la necesidad de tutelar la libertad individual...”.

“...Por ello, teniendo en cuenta que nos encontramos frente a un nuevo sistema procesal penal, el cual por lo demás es garantista de los derechos de las partes en el proceso, no debemos olvidar, que dicha institución –la radicación–, está muy ligada a las garantías constitucionales, por lo que entonces debe cumplirse con uno de los postulados consagrados en el artículo 26 de la Constitución de la República, referido a la tutela judicial efectiva, como lo es, la imparcialidad, idoneidad, transparencia e independencia de los órganos que juzgan; ya que, es en aras de tan esencial bien público, que se debe impedir o limitar aquellas conductas que puedan significar una dificultad o entorpecimiento en la administración de justicia...”.

## **Título 51:**

### **Medida sustitutiva a la privación judicial de libertad. Parámetros. Peligro de fuga**

<b>Sentencia N°:</b>	293 del 24/08/2004.
<b>Expediente N°:</b>	04-141.
<b>Ponente:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Avocamiento.
<b>Interviniente:</b>	Simón José Arrieta Quintero.
<b>Delito:</b>	Secuestro y Agavillamiento.
<b>Normas citadas:</b>	250 y 251 Código Orgánico Procesal Penal.
<b>Decisión:</b>	Se declaró improcedente la solicitud de avocamiento por falta de cualidad de parte.

La Sala resolvió:

“...Ahora bien, esta Sala de Casación Penal, luego de revisar las actas que integran la presente causa, observa que la solicitud de avocamiento la hace el ciudadano SIMÓN JOSÉ ARRIETA QUINTERO, quien a su decir, y verificado de las actas insertas al expediente, actuó en la causa de la cual solicita el avocamiento, como Juez Suplente del Juzgado Primero de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia.

Y al respecto debemos señalar que es necesario que quien haga la solicitud de avocamiento, tenga un interés legítimo y directo en la causa, ya que no puede ser cualquier persona, por tratarse “el avocamiento” de una excepción al principio constitucional del juez natural, que implicaría la asunción de la causa, puesto que sólo las partes que en él intervienen son las que en algún modo pueden verse afectadas en el litigio, y así lo ha mantenido la Teoría General del Proceso, cuando exige que las partes deben tener una determinada relación con el objeto del litigio para que la pretensión de fondo pueda ser examinada...”.

“...La Sala estima prudente exhortar a todas aquellas personas que no sean parte en una causa, a abstenerse de solicitar el recurso excepcional que configura la institución del avocamiento, a objeto de que la tutela judicial sea efectiva, pues lo contrario significa un retardo en el proceso.

No obstante la declaratoria de improcedencia de la solicitud propuesta, la Sala debe exhortar a los Jueces de Instancia a ponderar las condiciones previstas en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal al momento de dictar medida privativa de libertad, puesto que, por una parte, el encarcelamiento preventivo es indiscutiblemente cautelar para, en caso justificado, garantizar la comparecencia del imputado o acusado a los actos del proceso, siendo igualmente las medidas privativas de libertad providencias de carácter excepcional, que se apartan de la regla general, la cual es el juicio en libertad, y como corolario de ello, al efectuar el estudio del peligro de fuga o de obstaculización del proceso, deben privar, sobre los límites de la pena, los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad, atendiendo al principio de presunción de inocencia y las posibilidades de que el proceso se realice en presencia del justiciable, de acuerdo a lo pautado en el artículo 251 del Código Orgánico Procesal Penal, lo que implica el análisis objetivo de la actitud del imputado o acusado en el proceso, que impliquen la intención de evadirlo.

En tal virtud, no debe considerarse la pena que pudiera llegar a imponerse como único o exclusivo parámetro para estimar la posible evasión del procesado (peligro de fuga), ello comportaría un análisis restringido o imperativo de la norma contenida en el artículo 251 *ibidem*, lo cual no es así, puesto que es dado a los jueces la potestad de rechazar la petición fiscal y otorgar una medida sustitutiva a la privación de la libertad. Así lo establece la norma:

“Artículo 251: Peligro de Fuga (...) A todo evento el juez **podrá**, de acuerdo a las circunstancias que deberá explicar razonadamente, rechazar la petición fiscal e imponer al imputado una medida cautelar sustitutiva”. (Destacado de la Sala).

Igual consideración merece el estudio del peligro de obstaculización de las averiguaciones, para el cual el juez correspondiente debe estimar de manera objetiva la posibilidad de que el imputado incurra en ello...”.

## **Título 52:**

### **Principio de la doble instancia**

<b>Sentencia N°:</b>	396 del 30-10-2003.
<b>Expediente N°:</b>	03-0376.
<b>Ponente:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Dositeo Rincón.
<b>Delito:</b>	Robo agravado.
<b>Normas citadas:</b>	Artículos 437 Código Orgánico Procesal Penal, 8° inc. 2. h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 49 último aparte del inciso 1 y 257 Constitución.
<b>Decisión:</b>	Se anuló de oficio la decisión dictada por la Corte de Apelaciones, se ordenó a la misma Corte de Apelaciones para que resolviera el recurso planteado y la Sala se abstuvo de conocer el recurso de casación interpuesto.

La Sala resolvió:

“...En primer orden es conveniente acotar, que la necesidad de establecer como garantía el derecho de interponer recursos contra las senten-

cias, bien el de apelación o el extraordinario de casación y la acción de revisión, surge de la falibilidad de la actuación de los jueces, que lejos de atentar contra el principio de la independencia del juez, es garantía para el procesado poder ejercer un recurso sencillo y sin mayores formalidades, pues sólo así, bastaría para los fines de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8º inc. 2. h).

El principio de la doble instancia, consagrado en el artículo 49, último aparte del inciso 1. de la Constitución de la República, según el cual toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir de todo fallo condenatorio, establece el derecho de sustentar el recurso de apelación, lo que le impone al recurrente, en aplicación de los requerimientos procesales, delimitar el problema jurídico para que el juez de Segunda Instancia, conozca con exactitud sobre cuál aspecto de la providencia recae la inconformidad del impugnante.

Dicho artículo, aunado con el artículo 257 *ejusdem*, delimita claramente una de las diferencias más importantes entre el anterior sistema inquisitivo y el actual sistema acusatorio, por cuanto, si bien el primero se caracterizaba por ser riguroso y de aplicación formal, el vigente se vislumbra en favor de los afectados con la providencia judicial en general y del condenado en particular. La oportunidad de escuchar al procesado, en cuya garantía se apoya, no puede ser soslayada por meras formalidades, sobre todo cuando el apelante es el procesado no versado en disciplinas jurídicas.

La intención del legislador de establecer el principio de la doble instancia, no es la de consagrar un mecanismo automático de revisión o de consulta de las decisiones judiciales, sino por el contrario, se trata de la oportunidad procesal regulada de acudir, dentro de las reglas del debido proceso, ante otra autoridad judicial superior a la que toma la decisión en Primera Instancia, para someter todo o una parte de la actuación judicial, con el fin de procurar la atención de las posiciones de las partes inconformes con la sentencia, o bien, para garantizar la efectividad de los derechos de las partes que disienten lo resuelto.

La Sala de Casación Penal ha establecido en anteriores oportunidades, que “la intención del legislador en la reforma del 14 de noviembre de 2001, es, que fuera de las causas de inadmisibilidad establecidas taxativamente en el artículo 437 *ejusdem*, las Cortes de Apelaciones deberán entrar a conocer y resolver el fondo del recurso planteado”.

En el presente caso, la actuación de la Corte de Apelaciones, vulnera el derecho que tiene el procesado a ser oído; en consecuencia, para no atentar contra los principios de igualdad y de acceso a la administración de justicia, resulta necesario advertir a los jueces de las Cortes de Apelaciones, la necesidad de atender el recurso de apelación planteado, más aún, cuando ello encuentra plena conformidad con la Constitución de la República, que reconoce el derecho a la doble instancia y del debido proceso penal...”.

## **Título 53:**

### **La legítima defensa putativa**

<b>Sentencia N°:</b>	416, publicada en fecha 9 de Noviembre del 2004.
<b>Expediente N°:</b>	04-0367.
<b>Ponencia:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Carlos Julio Villarroel.
<b>Delito:</b>	Homicidio Intencional y Uso Indebido de Arma de Fuego.
<b>Normas Citadas:</b>	Artículo 65 del Código Penal derogado, relativo a la legítima defensa putativa.
<b>Decisión:</b>	Sin Lugar el recurso de Casación.

La Sala resolvió:

...“1.- En relación a la indebida aplicación del artículo 65 del Código Penal, relativo a la Legítima Defensa:

“...En cuanto a la segunda denuncia, en donde el fiscal recurrente alega la indebida aplicación del artículo 65 en su único aparte del Código Penal, cabe mencionar que la sentencia impugnada, al contrario de como

lo señala el fiscal denunciante, estableció claramente, con el análisis y comparación de las pruebas, que del modo, o bajo las circunstancias en las que ocurrieron los hechos, se concluye la presencia de una causa de justificación que exime al acusado de la pena correspondiente. Esta causa de justificación está definida por la doctrina, como la legítima defensa putativa, y así lo establece la recurrida cuando señala:

‘...Del análisis precedente y atendiendo a la norma jurídica penal, se llega a la conclusión que la acción desplegada por el acusado CARLOS JULIO VILLARROEL, es la que se conoce en la doctrina jurídica como defensa putativa, y que es también una causa de justificación que puede equipararse a la legítima defensa, pero que en la figura jurídica primeramente mencionada, el primer requisito o supuesto para que prospere esta causa de justificación, se expresa: ‘Se equipara a la legítima defensa el hecho con el cual el agente en el estado de incertidumbre, temor o terror, traspasa los límites de la defensa’, siendo éste el caso en estudio, pues es evidente que el acusado creyó que iba a ser víctima de un ataque por parte del hoy occiso LUIS CARLOS SALGADO, cuando éste se le acercó, dadas las condiciones de oscuridad, delincuencia reinante en la zona, antecedentes de ataques por parte del hampa, que optó por defenderse con el medio que tenía a la mano, y que encontrándose en su negocio no había provocado en forma alguna la agresión que en su mente creyó iba a ser objeto, es lamentable que un ser humano haya perdido la vida, y es cierto también que el acusado cometió un hecho perfectamente tipificado en nuestras leyes penales, pero no es menos cierto que lo hizo con la única finalidad de defender su vida y bienes, ante una agresión que en su pensamiento daba por inminente, y a la cual respondió con el medio que disponía para ello, lo cual constituye una causa de justificación que lo exonera de responsabilidad penal alguna en el presente caso...’.

De manera que la presente denuncia en estudio debe ser declarada Sin Lugar, toda vez que la Sala no concuerda con el alegato denunciado de indebida aplicación del artículo 65 del Código Penal. Así se declara...”.

## **Título 54:**

### **Medidas de protección a las víctimas. Juez competente**

<b>Sentencia N°:</b>	495, publicada en fecha 3 de Agosto del 2005.
<b>Expediente N°:</b>	05-0216.
<b>Ponencia:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Conflicto de Competencia.
<b>Interviniente:</b>	Uzquiano Méndez Rubén Darío.
<b>Normas Citadas:</b>	Artículos 118, 119 y 120 y 282 del Código Orgánico Procesal Penal.
<b>Decisión:</b>	Declara Competente al Tribunal Cuarto de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Miranda, con sede en Los Teques.

La Sala resolvió:

“...El conflicto de competencia que se plantea entre el Tribunal Primero de Control, Sección Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Miranda, Los Teques y el Tribunal Cuarto de Control del referido Circuito Judicial Penal, trata sobre la solicitud de una medida de protección a una víctima adolescente dentro de un proceso penal.

En situaciones semejantes a la que originó el presente conflicto, esta Sala atribuyó la competencia para dictar medidas de protección a los Tribunales de Control, de la Sección de Responsabilidad Penal del Adolescente.

Ahora bien, a fines de ampliar criterio y en aras de evitar procedimientos paralelos que afecten los principios del Juez Natural y Unidad del Proceso, ya sea que un tribunal conozca de acciones por delitos ordinarios (jurisdicción ordinaria), otro sobre delitos especiales (jurisdicción especial de responsabilidad penal de adolescentes) y otro conozca de medidas de protección extra-proceso penal (jurisdicción sobre protección del niño y del adolescente), conviene aclarar, en cuanto a la solicitud de medidas de protección a las víctimas en general, lo siguiente:

Las víctimas dentro de cualquier proceso penal, ordinario o especial, poseen derechos que pueden hacer efectivos, mediante solicitudes a diversos organismos públicos.

Si se trata de un proceso penal ordinario, cuyo autor es un adulto, las víctimas pueden ser diversas, entre ellas, personas adultas, niños o adolescentes, el Estado, personas jurídicas, entre otros.

También en los procesos penales especiales, cuyo autor es un adolescente, las víctimas pueden erigirse en cualesquiera de las mencionadas en el párrafo anterior.

Pues bien, iniciado un proceso, dentro de cualquiera de las jurisdicciones penales (ordinaria y especial), la víctima del hecho, desde el inicio del proceso, puede solicitar las medidas de protección y el órgano a quien sea solicitado; debe canalizar la obtención de la medida, con la mayor celeridad y facilitar se concrete el pronunciamiento, **solicitando información respecto al proceso que se sigue, en sede penal, de existir éste.**

Debemos también tomar en cuenta, la existencia de diversos organismos públicos, cuyo objeto es la atención a las víctimas, estos órganos deben facilitar en todo caso la mejor resolución de las solicitudes formuladas y muy especialmente a las víctimas de delitos.

De allí que, sea la víctima un adulto o un adolescente, el órgano que recibe la solicitud debe indagar si se trata de una víctima dentro de un proceso penal iniciado, si no es así, ese organismo debe canalizar que los órganos competentes inicien la investigación y de ser ese ente el encargado de la acción, debe por ley, dar inicio al proceso.

Por ello, iniciado un proceso penal, quien conocerá del control de la investigación y de los actos siguientes, es el juez a quien corresponderá también dictar las medidas para la protección de las víctimas, dentro del proceso penal que le compete conocer.

Así, en la investigación, por delitos ordinarios cometidos por personas mayores de 18 años de edad, sean las víctimas adultos o adolescentes, **corresponde al Juez Penal Ordinario todo lo relativo al otorgamiento de medidas que deban recaer sobre la persona del imputado, que también se extiendan a favor de la protección de las víctimas, y en fin, a procurar las finalidades del proceso.**

Entendido que la Fiscalía del Ministerio Público investiga la comisión de un delito ordinario por la entidad y por el sujeto activo, compete conocer de este caso, en cuanto al delito contra la libertad individual se refiere, a la jurisdicción penal ordinaria.

Ello lo corrobora el artículo 282 del Código Orgánico Procesal Penal, que establece:

‘Control Judicial: A los jueces de esta fase les corresponde controlar el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en este Código, en la Constitución de la República, tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos por la República, practicar pruebas anticipadas, **resolver** excepciones, **peticiones de las partes** y otorgar autorizaciones’. (Cursivas y resaltados de la Sala).

Por ello, dada la existencia de la investigación penal N° 15F12-0117-05 iniciada por la Fiscalía Décima Segunda de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, cuyo sujeto activo es presuntamente un funcionario policial, y donde figura como víctima el adolescente (IDENTIDAD OMITIDA), corresponde al Tribunal Cuarto de Control del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Los Teques, dictar las medidas que considere pertinentes, para la protección de la víctima, atendiendo a las previsiones sobre el control de la investigación establecidas en el Código Orgánico Procesal Penal. Así se decide...”.

## **Título 55:**

### **Registro del debate. La Corte de Apelaciones debe recabarlo si fue promovido por alguna de las partes**

<b>Sentencia N°:</b>	058, publicada en fecha 9 de Marzo del 2004.
<b>Expediente N°:</b>	03-0496.
<b>Ponencia:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Eduardo Emiro Luzardo Aguirre.
<b>Delito:</b>	Homicidio Intencional y Uso Indebido de Arma.
<b>Normas Citadas:</b>	Artículos 455, 334 del Código Orgánico Procesal Penal.
<b>Decisión:</b>	Declara Con Lugar el recurso de casación interpuesto por la defensa ANULA el fallo impugnado y ordena a otra Sala de la Corte de Apelaciones del referido Circuito Judicial, que dicte nueva sentencia.

La Sala resolvió:

“...El formalizante plantea en su segunda denuncia la errónea aplicación del artículo 455 del Código Orgánico Procesal Penal, cuando la

Corte de Apelaciones declaró sin lugar la primera y tercera denuncia contenidas en el recurso de apelación, por no haber proveído la parte de la reproducción del acta de la audiencia oral y pública a que se refiere el artículo 334 *ejusdem*.

La recurrida expresó:

‘...Consta igualmente que en el escrito de apelación la defensa y recurrente en la causa promovió como prueba de su dicho el contenido de las grabaciones efectuadas en la audiencia oral y pública del juicio seguido a su defendido y, consta igualmente de la decisión de admisibilidad dictada por esta misma Sala en fecha 07 de Abril de 2003 que dicha prueba fue admitida para su evacuación en el acto de audiencia oral y pública fijada y celebrada por esta Sala en fecha 14 de julio de 2003, sin que el recurrente haya proveído a su evacuación, tal y como consta en el acta de la audiencia oral y pública celebrada por ante esta Sala y la cual consta en los folios 1002 al 1004 de la causa...’.

Ahora bien, el artículo 455 del Código Orgánico Procesal Penal cuya infracción se denuncia, expresa:

‘Procedimiento. La corte de apelaciones, dentro de los diez días siguientes a la fecha del recibo de las actuaciones, decidirá sobre la admisibilidad del recurso.

Se estima admisible el recurso fijará una audiencia oral que deberá realizarse dentro de un plazo no menor de cinco ni mayor de diez días, contados a partir de la fecha del auto de admisión.

El que haya promovido pruebas tendrá la carga de su presentación en la audiencia, salvo que se trate del medio de reproducción a que se contrae el artículo 334, caso en el cual se ordenará su utilización. La prueba se recibirá en la audiencia.

El secretario, a solicitud del promovente, expedirá las citaciones u órdenes que sean necesarias, las cuales serán diligenciadas por éste’.

El artículo 334 del citado Código Orgánico Procesal Penal, dispone:

‘Registros. Se efectuará registro preciso, claro y circunstanciado de todo lo acontecido en el desarrollo del juicio oral y público. A tal efecto, el tribunal podrá hacer uso de medios de grabación de la voz, videogra-

bación, y, en general, de cualquier otro medio de reproducción similar. Se hará constar el lugar, la fecha y hora en que éste se ha producido, así como la identidad de las personas que han participado en el mismo.

En todo caso, se levantará un acta firmada por los integrantes del tribunal y por las partes en la que se dejará constancia del registro efectuado.

Una vez concluido el debate, el medio de reproducción utilizado estará a disposición de las partes para su revisión dentro del recinto del juzgado’.

De la lectura de las referidas normas procesales transcritas, se evidencia que la razón asiste al formalizante, toda vez que la recurrida incurrió en el vicio denunciado, cuando declaró sin lugar la apelación por no haber presentado la parte apelante la reproducción de la audiencia oral que promovió como prueba, pues tal como señala el artículo 455 del Código Orgánico Procesal Penal, la presentación de dicha prueba no corresponde a la parte, sino a la Corte de Apelaciones, la cual deberá ordenar su utilización, por tratarse del registro del juicio oral conforme lo indicado en el artículo 334 *ejusdem*, y tan es cierta tal aseveración, que el final del artículo 334 del Código Orgánico Procesal Penal dispone que dicho registro estará a disposición de las partes para su revisión dentro del **recinto del juzgado**. (Destacado de la Sala).

En consecuencia, la presente denuncia debe ser declarada con lugar como en efecto así se declara.

En relación con la primera denuncia en la que se señala que la recurrida al no haber revisado exhaustivamente la reproducción del juicio oral y público, a fin de constatar la negativa de incorporar por su lectura experticias de gran importancia, violó el último aparte del artículo 339 del Código Orgánico Procesal Penal, considera la Sala que la verificación de tal negativa de incorporación de pruebas por parte del tribunal de juicio, debió hacerla la Corte de Apelaciones con vista de la reproducción del juicio oral; y que en virtud de la declaratoria con lugar de la segunda denuncia, ello no fue posible, razón por la cual la primera denuncia debe igualmente ser declarada con lugar. Así se decide...”.

## **Título 56:**

### **Delitos de drogas no se encuentran previstos en el Estatuto de Roma. No son delitos de Lesa Humanidad**

<b>Sentencia N°:</b>	051 del 02 de marzo de 2006.
<b>Expediente N°:</b>	05-506.
<b>Ponente:</b>	Miriam Morandy Mijares.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Dora Ángela Mejías.
<b>Delito:</b>	Ocultamiento de Sustancias estupefacientes.
<b>Normas citadas:</b>	271 Constitución. 74.4 Código Penal. Estatuto de Roma. Artículo 7.
<b>Decisión:</b>	Desestima por manifiestamente infundado el recurso de casación y rectifica la pena.

La Sala resolvió:

“Por el delito de OCULTAMIENTO la pena que debe cumplir la ciudadana acusada es de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, la cual resulta de aplicar el término medio que manda el artículo 37 del Código Penal a los

extremos del artículo 31 de la Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas en su encabezamiento, que es de ocho a diez años de prisión.

La Sala Penal ha decidido no aplicar en el presente caso la atenuante del ordinal 4º del artículo 74 del Código Penal en atención a la extrema gravedad del narcotráfico, crimen de lesa humanidad. Así se decide.

...(omissis)...

Voto salvado: Blanca Rosa Mármol de León:

“La sentencia aprobada por mayoría de esta Sala, desestimó por manifiestamente infundado el recurso de casación interpuesto por la parte defensora, pero no obstante ello, y en virtud de la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en concordancia con el artículo 24 de la Constitución de la República, la Sala corrigió la pena impuesta al imputado de autos por el Tribunal de Juicio e impuso la nueva pena de nueve años de prisión, de acuerdo a lo previsto en el artículo 31 de la citada ley.

Asimismo, la Sala decidió no aplicar en el presente caso, la atenuante prevista en el ordinal 4º del artículo 74 del Código Penal, por considerar que el delito cometido, el de narcotráfico, es de “...extrema gravedad...”, y por ende, es considerado de “...lesa humanidad”.

El fundamento del presente voto se centra justamente en este último aspecto, establecido por la mayoría de esta Sala, ya que al respecto opino que los delitos de droga no constituyen delitos de lesa humanidad. Uno de los fundamentos que sustenta mi criterio deriva de lo establecido en el artículo 7 del Estatuto de Roma, el cual describe cuáles son los actos que deben ser considerados “crimen de lesa humanidad”; así entonces reza dicho artículo lo siguiente: “...se entenderá por crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;

- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de *apartheid*;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física...”.

En este sentido, observamos que, en efecto, los delitos relativos al tráfico ilícito de estupefacientes no se encuentran en dicho artículo, así como tampoco en las conductas tipificadas en el transcrito literal k). Del mismo modo, tal aseveración, no puede ser un criterio que derive de la interpretación del artículo 271 de la Constitución de la República, por establecer dicha norma la imprescriptibilidad del tráfico de estupefacientes.

En relación a este punto han sostenido Ferreira y Malaguera lo siguiente:

“...Inferir, sin más ni menos, que por cuanto el tráfico ilícito de estupefacientes ha sido declarado imprescriptible por el artículo 271 *ejusdem*, las conductas contenidas en el artículo 34 y los demás delitos de la LOSSEP constituyen crímenes o delitos de lesa humanidad, ya que las acciones para sancionar estos delitos son imprescriptibles, se traduce

en la creación de una simetría entre ambas categorías de delitos, sobre la base de una característica –la imprescriptibilidad– que si bien está presente en ellas, no es la que las define en su esencia, ni es su principal característica.

De ser así, tendríamos que concluir que los delitos contra el patrimonio público, los cuales pertenecen al ámbito del Derecho Penal Transnacional, por ser objeto de Convenios entre algunos países, como es el caso de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, constituirían delitos de lesa humanidad, toda vez que la Constitución de la República, de igual forma declara imprescriptibles las acciones judiciales para sancionar la comisión de tales delitos, conforme al artículo 271...”.

Es importante hacer referencia, a lo sostenido por Ferreira y Malaguera, quienes señalan que:

“...Los representantes de los Estados, luego de varias discusiones acerca de la posibilidad de incluir al tráfico ilícito de estupefacientes en el Estatuto, finalmente no llegaron a un consenso al respecto, sobre todo en razón de que eran evidentes las diferencias por el diverso tratamiento o respuesta que se le da a este tipo de criminalidad en la normativa interna de los diferentes países... Por tales razones, en la Conferencia de Roma se decidió la no inclusión del tráfico ilícito de estupefacientes en el Artículo 7 del Estatuto...”. (Malaguera y Ferreira. Revista N° 23, año 2004, página 119).

Por otra parte, si observamos con detenimiento la citada nueva Ley de Drogas, los delitos previstos en el artículo 31 (antes artículo 34) que corresponden al Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes o químicos para su elaboración, se encuentran calificados dentro del Título III, en la denominación de: “Delitos de Delincuencia Organizada, Comunes y Militares y de las Penas”. Asimismo, se observa en la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada, publicada el 26 de octubre de 2005, que en el Capítulo VII, artículo 16, la calificación que hace el legislador de estos delitos, de cuyo contenido se observa:

“Artículo 16. Se consideran delitos de delincuencia organizada de conformidad con la legislación de la materia, además de los delitos tipificados en esta Ley, cuando sean cometidos por estas organizaciones, los siguientes:

El tráfico, comercio, expendio, industria, fabricación, refinación, transformación, preparación, posesión, suministro, almacenamiento y trans-

porte ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, sus materias primas, insumos, productos químicos y esenciales, solventes, precursores y de otra naturaleza desviados y utilizados para su producción...”.

De manera que, si para algunos existía alguna duda en relación a si eran o no delitos de lesa humanidad, ahora con la promulgación de estas leyes que consagran los delitos de droga como delitos de delincuencia organizada, sería inaceptable mantener el criterio de que son “crímenes de lesa humanidad”.

## **Título 57:**

### **Tráfico de drogas. Modalidad de transporte intraorgánico de drogas. Autoría, complicidad. Admisión de los hechos**

<b>Sentencia N°:</b>	235 del 30 de mayo de 2006.
<b>Expediente N°:</b>	06-061.
<b>Ponente:</b>	Héctor Manuel Coronado Flores.
<b>Voto Salvado:</b>	Blanca Rosa Mármol de León.
<b>Asunto:</b>	Recurso de Casación.
<b>Interviniente:</b>	Paul Michael Simpson.
<b>Delito:</b>	Tráfico.
<b>Normas citadas:</b>	Código Penal. 82, 84.2. Código Orgánico Procesal Penal 376, 441, 442. Ley Orgánica de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. 34. Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. 31.
<b>Decisión:</b>	Desestima por manifiestamente infundado el recurso de casación y rectifica la pena.

La Sala resolvió:

“En atención a lo dispuesto en los artículos 257 de la Constitución y 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y, no obstante, la indebida fundamentación del recurso, la Sala ha revisado los fallos dictados por los Juzgados Octavo de Control y por la Sala N° 1 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, y considera que los mismos no están ajustados a derecho, por las razones siguientes:

El Juez Octavo de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, en la audiencia preliminar; acogió los hechos acusados por el Fiscal Centésimo Vigésimo del Ministerio Público, los cuales fueron admitidos por el ciudadano Daine Monroe Ferguson, considerando el representante fiscal que los hechos encuadran en el artículo 34 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, ley vigente para el momento en que ocurrieron los hechos. El Juez Octavo de Control, previa solicitud de la defensa y tomando en cuenta la aplicación del principio de ultractividad de la ley penal, decidió apartarse de la calificación jurídica dada a los hechos admitidos por el acusado Daine Monroe Ferguson y los subsumió en el tercer aparte del artículo 31 de la Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en concordancia con el artículo 84, ordinal 2° del Código Penal, condenándolo a la pena de dos años de prisión y a las accesorias legales por el delito de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, en grado de complicidad.

La Corte de Apelaciones, al resolver los recursos de apelación propuestos por la defensa y por el Fiscal Centésimo Vigésimo del Ministerio Público, cambió la calificación jurídica dada a los hechos admitidos por el acusado Daine Monroe Ferguson y los subsumió únicamente en el tercer aparte del artículo 31 de la Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, condenando al acusado Daine Monroe Ferguson, a la pena de cuatro años de prisión y a las accesorias legales por el delito de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, en grado de autor.

No obstante lo anterior, la Sala no puede emitir un pronunciamiento distinto a las decisiones dictadas por los jueces de instancia, en virtud de las consideraciones siguientes:

El artículo 442 del Código Orgánico Procesal Penal, establece lo siguiente:

**“De la reforma en perjuicio.** Cuando la decisión sólo haya sido impugnada por el imputado o su defensor, no podrá ser modificada en su perjuicio.

Los recursos interpuestos por cualquiera de las partes permitirán modificar o revocar la decisión a favor del imputado”.

La norma anteriormente transcrita, encuentra sustento legal en el artículo 441 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual limita la competencia del tribunal que resuelva un recurso, en cuanto al conocimiento del proceso, exclusivamente a los puntos de la decisión que han sido impugnados, sin poder extenderse en el examen de la sentencia más allá de lo pedido. Sólo le es posible rebasar esos límites cuando considere que tal extralimitación va en beneficio del acusado.

En tal sentido, al estar expresamente prohibido desmejorar la situación jurídica del acusado único recurrente, como consecuencia del recurso intentado, la decisión que se dicte al respecto no puede ir en su perjuicio. Por consiguiente, no le es posible a la Sala modificar en contra del acusado, las decisiones dictadas por los Juzgados Octavo de Control y por la Sala N° 1 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, imponiéndole al condenado recurrente una sanción mayor, que no tendrá oportunidad de rechazar, con lo cual se está agravando aún más su situación jurídica.

La presente decisión no puede vulnerar el *principio de la prohibición de la reforma en perjuicio*, previsto en el artículo 442 del Código Orgánico Procesal Penal, con el cual el legislador ha procurado la mayor garantía al derecho a la defensa, evitando que el pretendido beneficio a que se aspira a través del recurso interpuesto se convierta en un perjuicio para el acusado al desmejorar su situación jurídica.

En consecuencia, la Sala procede a hacerle la observación a los Jueces de Instancia, en cuanto a que la calificación jurídica atribuida al hecho punible no era la correcta, por cuanto la conducta desplegada por el acusado Daine Monroe Ferguson, no era transportar sustancias ilícitas dentro de su cuerpo, sino la elaboración de los envoltorios tipo dediles para comercializarlos en el exterior, utilizando de mula al acusado Paul Michael Simpson. Por tal motivo, considera la Sala, los hechos ilícitos cometidos por el acusado Daine Monroe Ferguson, se subsumen en el encabezamiento del artículo 31 de la Ley Orgánica contra el Tráfico

Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que contempla el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, que impone una pena de ocho a diez años de prisión. Debiendo advertirse una vez más, que no obstante la errónea calificación jurídica, la Sala no puede modificar la pena que le fue impuesta al acusado Daine Monroe Ferguson, por cuanto con ello estaría violentando la norma que prohíbe la reforma en perjuicio.

*(omissis)*

Voto Salvado: Blanca Rosa Mármol de León.

“La decisión aprobada por la mayoría de la Sala desestimó por manifiestamente infundado el recurso de casación interpuesto por la defensa del ciudadano Daine Monroe Ferguson. Luego de desestimar el recurso, la mayoría de la Sala manifestó que la sentencia dictada por las instancias que conocieron sobre el caso, no se encontraban ajustadas a derecho, por cuanto el delito que cometió Daine Monroe Ferguson, según estimó la mayoría de la Sala, no era el previsto en el tercer aparte del artículo 31 de la nueva ley sobre narcóticos, sino el delito de tráfico, previsto en el encabezamiento de la referida norma, como autor.

Quien aquí disiente, estima necesario acotar lo siguiente, respecto a las modalidades de comisión del delito de Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes, previsto en el artículo 31 de la nueva ley especial que rige la materia sobre narcóticos.

El delito de tráfico comporta diversas **modalidades de ejecución**, así del artículo 31 se desprende, que el encabezamiento establece el supuesto general de las modalidades de tráfico, (tráfico, distribución, ocultamiento, transporte por cualquier medio, almacenaje, actos de corretaje, desviación de materias primas, precursores y solventes para producir las sustancias).

El primer aparte comporta la aplicación de mayor penalidad a los directores y financistas de las actividades señaladas, (sujeto activo calificado).

El segundo aparte establece menor pena a quienes realicen las actividades ilícitas generales, cuando se trate de **cantidades** de sustancias que no excedan de las indicadas (1000 gr. de marihuana, 100 gr. de cocaína, mezclas y sustancias a base de cocaína, 20 gr. de derivados de amapola o 200 gr. de drogas sintéticas).

Y el tercer o penúltimo aparte se aplica, tanto a los distribuidores de menor cantidad de las indicadas, como a las denominadas “mulas”, y a éstas les corresponde la aplicación de este aparte, **sin discriminar la cantidad de sustancias que transporte dentro de su cuerpo.**

Ahora bien, en la presente causa el Tribunal Octavo de Control, en la audiencia preliminar admitió parcialmente la acusación, por el delito de Tráfico, previsto en la anterior ley en el artículo 34, y en el procedimiento por admisión de los hechos, previa aceptación de los acusados, aplicó retroactivamente el artículo 31 (tercer aparte) de la nueva ley para ambos acusados, por el delito de Tráfico, calificando la participación de PAUL MICHAEL SIMPSON como autor y la de DAINE MONROE FERGUSON como cómplice.

La Corte de Apelaciones, al resolver la Apelación, modificó la pena aplicada a Daine Monroe Ferguson, de 2 años de prisión a 4 años de prisión, por considerarlo autor y no cómplice del delito de tráfico, después de declarar CON LUGAR, el recurso de apelación interpuesto por la representación del Ministerio Público.

Interpuesto el recurso de casación por la defensa del acusado Daine Monroe Ferguson, la Sala lo desestimó por infundado, y al revisar las decisiones estableció la mayoría que el delito cometido era el de tráfico, previsto en el encabezamiento del artículo 31 de la nueva ley penal especial, el cual no aplicó respetando el principio de prohibición de reforma en perjuicio.

Ahora bien, quien aquí disiente considera que la calificación de los hechos efectuada por el Juzgado de Control, en el procedimiento por admisión de los hechos está ajustada a derecho, pues consideró que el delito es el de tráfico, tipificado en el tercer aparte del artículo 31, adjudicándole la autoría a Paul Michael Simpson como autor y Daine Ferguson como cómplice.

Por otra parte, respecto de la calificación jurídica dada a los actos ejecutados por el imputado PAUL MICHAEL SIMPSON, observa quien aquí disiente, que el transporte intraorgánico de sustancias estupefacientes fue frustrado por causas externas a la voluntad del agente, (no logró trasladar las sustancias, por lo que se frustró el objetivo de las denominadas “mulas” del narcotráfico) de allí que debió disminuirse la pena aplicada a Paul Michael Simpson, de acuerdo a lo previsto en el artículo 82 del Código Penal, puesto que la nueva ley, a diferencia de la

ley derogada, no prohíbe la aplicación de las formas inacabadas de los delitos previstos en ella.

Así mismo considero, tal como lo he manifestado en anteriores votos salvados, que la aplicación del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal a los casos de drogas no debe ser restringida hasta su límite mínimo, puesto que no comportaría beneficio alguno la admisión de los hechos si no existe la posibilidad de obtener, además de la imposición inmediata de la pena, la disminución que conlleva acogerse al procedimiento especial.

Este criterio ha sido sustentado en los siguientes votos:

05-0439 (diciembre de 2005), 05-454 (02 de marzo 2006).

En conclusión, estimo que la Sala debió anular la decisión dictada por la Corte de Apelaciones, y disminuir las penas a los acusados tomando en consideración los artículos 376 del Código Orgánico Procesal Penal y 82 del Código Penal (delito frustrado)".

