|  |
| --- |
| http://www.tsj.gov.ve/graficos/encabezadotsj.jpg |

**Magistrado Ponente**  **Doctor** **Eladio Ramón Aponte Aponte**

La Sala N° 6 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, integrada por los ciudadanos jueces José Germán Quijada Campos, Luis Ramón Cabrera (ponente) y Rubén Darío Garcilazo Cabello, el 22 de febrero de 2007, declaró **sin lugar** el recurso de apelación interpuesto por los ciudadanos abogados Tailandia Márquez Rodríguez y Horacio Morales León, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los Nros. 87.317 y 93.320 respectivamente, en contra del fallo dictado el 6 de julio de 2005,  por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en Función de Juicio del mismo Circuito Judicial Penal, que condenó al ciudadano **Daniel Alfonso Palma,** venezolano, con Cédula de Identidad N° 12.784.279**,**a  cumplir  la  pena de  veintidós  (22)  años  y  seis (6) meses de presidio, por la comisión de los delitos de **Homicidio Calificado,** tipificado en el artículo 408 (numeral 3) del Código Penal (vigente para el momento de los hechos) y  **Porte Ilícito de Arma de fuego,**tipificado en el artículo 278 *eiusdem*, más las accesorias correspondientes, en perjuicio de la ciudadana Cora Adriana Castellanos Mujica.

Contra el fallo de la Corte de Apelaciones, ejercieron recurso de casación, la defensa del acusado, no siendo contestado éste en su oportunidad por el Ministerio Público.

El 20 de abril de 2007, se recibió el expediente y se dio cuenta en Sala de Casación Penal. Así mismo se designó ponente al Magistrado Doctor Eladio Ramón Aponte Aponte, quien, con tal carácter suscribe el presente fallo.

El 29 de mayo de 2007, la Sala admitió la segunda denuncia del recurso de casación y convocó a una audiencia pública celebrada el 3 de julio de 2007 con la asistencia de las partes.

Los hechos acreditados por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en Función de Juicio del  Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, en  la decisión del 6 de julio de 2005, son los siguientes:

*“…el veintisiete (27) de Abril (sic) del año dos mil cuatro (2004), en horas de la noche el funcionario Inspector (PM) JUAN BARRETO, adscrito al Departamento de Tránsito y Circulación del Instituto Autónomo de Seguridad Ciudadana y Transporte del Municipio Libertador, recibió llamada telefónica procedente del Centro de Operaciones de la Policía Metropolitana, informando que una funcionaria adscrita a esa institución había fallecido producto de un disparo en el Sector de Antímano, por lo que procedió a trasladarse al lugar en compañía del Inspector Adolfo García Rada con la comisión de la Brigada Motorizada al mano (sic) de Sub-Inspector Hansi Dávila, placa 70210,(…) al llegar a Antímano al Sector los Tubos, la Acequia, casa 45 sostuvo entrevista con la ciudadana Dunia Marie Castellanos de Díaz (…) quien se identificó como hermana de la hoy occisa la Oficial I ADRIANA CASTELLANO MUJICA, de 28 años de edad, residenciada en el lugar antes mencionado y quien recibió un disparo producto de un arma de fuego, que impactó la zona del Temporal Izquierdo en la región cráneo encefálico causándole la muerte de forma instantánea, indicándoles que la muerte se la causó su esposo PALMA DANIEL ALFONSO, que como a las 08:30 (sic) horas de la mañana, se presentaron las siguientes comisiones (…) División Contra Homicidio (…) Inspecciones Oculares (…) Medicatura Legal (…) División de Análisis de Construcción de los Hechos (…) el agente JOSÉ SEIJAS, acto seguido le ordenó al Oficial I MAITA LEONEL, placa 70619, en compañía del Oficial I NEOMAL ESTRADA, placa 72054,(…) para que verificaran si en el Hospital Miguel Pérez Carreño, había ingresado un ciudadano del sector Antímano con las siguientes características de tez blanca, cabello corto, con un impacto de bala en la cabeza, posteriormente le informaron los oficiales que en el referido sonocomio (sic) estaba un ciudadano en la Sala de Emergencia con las características antes mencionadas, que respondía al nombre de PALMA DANIEL ALFONSO,(…) a cargo del Médico Residente LUIS JARRAS (…) quien diagnosticó, Traumatismo Cráneo Encefálico por herida de arma de fuego por lo que lo dejaron hospitalizado en dicha sala para observación, quedando bajo custodia de los funcionarios de la Policía de Caracas.*

*(…)*

*DEL PORTE ILÍCITO DE ARMA DE FUEGO.*

*En el presente caso, no se debe obviar que (sic) agente resultó herido, por lo que necesariamente fue apartado del sitio del suceso por familiares y trasladado a un Centro Asistencial, lo que motivó que el arma de fuego quedara en resguardo en el lugar, pero tal situación no resta valor ni desmerita el hecho de que él era la persona que portaba el arma de fuego incriminada, sin documentación alguna que pudiera demostrar la licitud del porte de arma…”.*

**RECURSO DE CASACIÓN**

**SEGUNDA DENUNCIA**

            Sobre la base del artículo 460 del Código Orgánico Procesal Penal, los impugnantes denunciaron la violación de la ley, por errónea interpretación, del artículo 120 (numeral 1) *eiusdem,*expresando lo siguiente:

*“… En este caso en concreto, se evidencia que la víctima se adhirió a la acusación presentada por el Ministerio Público, lo cual se aleja de las previsiones establecidas en el artículo 120, ordinal 1° de la ley Adjetiva Penal, lo cual de manera clara y certera cercena el debido proceso al tergiversarse el sentido, razón y propósito del legislador, que comporta a su vez en el quebrantamiento de una norma de orden público, que de manera ineludible cercena los derechos del justiciable, más aun cuando ésta tuvo una participación activa en el proceso.*

*Yerra la Corte de Apelaciones en su interpretación del artículo 120 del Código Orgánico Procesal Penal, al expresar que la victima (sic) adherida puede participar en el Juicio Oral y Público en condiciones de igualdad a las demás partes en el proceso, ya que para ello debió en todo caso cumplir con las especificaciones establecidas en el artículo 327 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual le da un lapso de cinco días a partir de su notificación a los fines de presentar acusación particular propia, lo cual no realizó, perdiendo la posibilidad de formar parte en el proceso ostentando la cualidad de querellante, que en todo caso le daría la oportunidad de participar aunque mínimamente, tal como lo aseveró la Corte de Apelaciones.*

*Ahora bien, es menester señalar, que la decisión del Tribunal A-quo, si tomó en consideración la participación de la victima (sic) en el juicio oral y público, lo cual fue gravitante a los fines del dictamen condenatorio por parte del Tribunal de instancia, hecho este que además de comportar una tergiversación de la norma jurídica denunciada como infringida e interpretada erróneamente por la Corte de Apelaciones, configura una flagrante violación al debido proceso, y hace necesario decretar la nulidad del juicio oral y público. Y ASÍ SEA DECLARADO….”.*

            La Sala, pasa decidir:

La Sala N° 6 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, en relación con el alegato expuesto en la presente denuncia, señaló lo siguiente:

*“… Este Tribunal Superior para pronunciarse en relación a la denuncia expuesta por los recurrentes, (sic) es necesario plasmar los siguientes antecedentes:****QUINTO:***

*En fecha 15 de Octubre (sic) de 2.004, se realizó la audiencia preliminar, donde el representante de la víctima profesional del derecho Margot Rodríguez Cohen y David Simón Castillo Mejias, se adhirieron a la Acusación Fiscal del Ministerio Público y el Tribunal ordenó el enjuiciamiento del acusado de autos (…)*

***SEXTO:****En fecha 14 de abril de 2.005, se inició el Juicio Oral y Público ante el Tribunal (…) donde intervino la representante de la víctima (…) y ratificó la adhesión a la acusación fiscal admitida, y como consecuencia de ello la defensa se opuso a la intervención de la representante de la víctima (…)*

***SEPTIMO:****En fecha 25 de abril, 05, 13, 18 y 26 de mayo de 2.005, (sic) continuó el juicio oral y público, donde se refleja en el acta del debate que no intervino la representante de la víctima en el juicio oral y público, folios 99, 100, 101, 158, 159 de la pieza cuarta y 14, 15, 42, 43, 77, 78 de la cuarta pieza (…)*

***OCTAVO:****En fecha 02 de junio de 2.005, continúo el juicio oral y público, donde se refleja que la profesional del derecho Margot Rodríguez Cohen, intervino en el debate en dos oportunidades, es decir realizó seis preguntas al acusado de autos ciudadano DANIEL ALFONSO PALMA (…)*

*(Omissis)*

*En tal sentido esta Sala estima que  (…) la figura de la adhesión Fiscal, puede perfectamente la víctima intervenir en el proceso, pero obviamente subordinada en la forma de actuación del titular de la acción penal, como lo es el Ministerio Público, pues es evidente que el legislador le otorga a la persona directamente ofendida  ‘víctima’ o en los casos de los supuestos señalados en los numerales 1, 2 y 4 del mencionado artículo 120, la posibilidad de actuar en el debate, como es el caso en concreto coadyuvando la labor de quien ejercer (sic) la acción penal en representación del Estado, en procura de establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, como lo indica el principio de finalidad del proceso (…) esta Sala discrepa, con lo señalado por la defensa en su escrito de apelación al señalar que la única posibilidad por parte de la víctima para intervenir en el debate oral y público con amplios (sic) facultades es decir para aperturar, preguntar, repreguntar testigos, expertos, realizar las debidas conclusiones sin más limitantes que las establecidas en la Constitución, la ley adjetiva penal y demás leyes de la República la tenía en el momento de ser notificada de la audiencia preliminar y presentar su acusación particular, lo cual le daba la facultad de querellante o en su defecto haberse querellado en la etapa preparatoria del proceso, ya que sobre ese particular, lo cual le daba la facultad de querellante o en su defecto haberse querellado en la etapa preparatoria del proceso, ya que sobre ese particular debemos tomar en cuenta que la norma en comento consagra los derechos que ostenta la víctima como sujeto en la acción procesal, aunado a ello y en el caso en particular la víctima en audiencia preliminar conforme a los parámetros del artículo 327 se adhirió a la acusación presentada por la representante del Ministerio Público, de manera que el Tribunal A-quo conforme  a lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, garantizando el ejercicio de los mismos de acuerdo a lo establecido en el artículo 104 de la Ley Penal Adjetiva, que ejerce sobre la regulación judicial(…)*

*Finalmente, vale señalar las sentencias vinculantes de la Sala Constitucional, sentencia N° 3353 del 3-12-03, (sic) que refiere: ‘…esta Sala ha sostenido, en reiteradas oportunidades, que si bien la víctima que se querella en el proceso adquiere la condición formal de parte procesal, ello es innecesario para gozar de los derechos que la ley procesal consagra a quien tenga cualidad’…”.*

Ahora bien, según la definición de las Naciones Unidas se entenderá por víctimas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento  emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros.

Para la Sala de Casación Penal, la víctima como parte afectada directa e indirectamente por un hecho punible,  tiene el derecho de intervenir en todo el proceso penal, sin importar que se hubiere o no constituido en querellante, acusador privado o se hubiere adherido a la acusación fiscal.

En cuanto a la víctima como sujeto procesal, es criterio de la Sala Constitucional,  el siguiente:

*“… 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 marzo de 2005).*

Al respecto, la Sala de Casación Penal, ha señalado lo siguiente:

*“…Del análisis de los artículos 19, 26 y 30  de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela  y los artículos 23, 118, 119 y 120 del Código Orgánico Procesal Penal, se desprenden garantías de carácter sustantivo y procesal en el marco de las exigencias del debido proceso que reconoce a la víctima como aquella persona que por una acción delincuencial ha sido lesionada  física, psíquica o  económicamente y participa en un proceso contra el presunto autor de los hechos, para lograr atenuar  o reparar el daño sufrido.*

*Al respecto es  criterio de la Sala de Casación Penal el siguiente: ‘…Ahora bien, las facultades recursivas que le asisten a la víctima, devienen inequívocamente del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo  26 de la Constitución y el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que tiene como contenido básico el derecho a acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho a incoar e intervenir en un proceso, el derecho a obtener una sentencia motivada, el derecho a la utilización de los recursos y sobre todo el derecho a que la sentencia se ejecute, de lo que se concluye, bajo estas premisas, que  el ejercicio y  la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva persigue evitar impunidad y reparar el daño ocasionado a la víctima…”. (Sentencia N° 41 del 27 de abril de 2006).*

  En consonancia con los anteriores criterios, y las innovaciones que en el campo del proceso penal está introduciendo la ciencia y praxis victimológica, en especial que  se *“…reconozca a las víctimas su papel protagonista, con ayudas especiales y autónomas de la Fiscalía, de los Abogados, de los Criminólogos, Psiquiatras y Médicos Forenses…”(Protagonismo de las Víctimas de Hoy y Mañana de Antonio Beristain, Editorial Tirant Lo Blanch, pág. 92),* la víctima  adherida a la acusación fiscal, podrá en la etapa procesal del juicio oral, participar en el contradictorio de las pruebas, presentar pruebas complementarias que hayan tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia preliminar (artículo 343 del Código Orgánico Procesal Penal), interrogar al imputado que convenga declarar (artículo 347 *ibídem*), interrogar a los expertos y testigos  (artículos 354 y 355 *eiusdem*), solicitar la suspensión del juicio  para ofrecer nuevas pruebas en caso que el tribunal de juicio observe la posibilidad de una nueva calificación jurídica (artículo 350 *ibídem*), ejercer el recurso de revocación durante las audiencia (artículo 445 eiusdem), participar en la discusión final y cierre del debate del juicio oral (artículo 360 *ibídem*).

Ahora bien, del estudio y análisis de las actas que conforman la presente causa, la Sala constató que al inicio del debate la representante de la víctima intervino a los fines de exponer: “… *que ratifica el contenido de la acusación fiscal al cual se adhirió, así como a los elementos de pruebas que allí son mencionados…”. (*folio 49 de la Pieza N° 4)*.*

Posteriormente intervino en dos oportunidades en el desarrollo del debate, la primera el 18 de junio de 2005, formulándole preguntas a la testigo ciudadana Adehilis Dariana Palma Castellanos y la segunda el 2 de junio de 2005, igualmente interrogando al acusado  Daniel Alfonso Palma (folios 43 y 92 de la pieza N°5).

 Por último y de acuerdo con lo establecido en el artículo 360 del Código Orgánico Procesal Penal, la víctima participó expresando lo siguiente: *“…Lo único que le pido es justicia en el asesinato de mi hija, el señor Palma ajusto (sic), se ensaño (sic), esta (sic) en sus manos hacer justicia, y le doy las gracias…”.*(Folio 97 de la pieza N° 5).

Las referidas participaciones de la víctima fue acertadamente permitida por el tribunal de juicio conforme a los derechos de la víctima  previsto en los artículos 19, 26 y 30  de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los artículos 23, 118, 119 y 120 del Código Orgánico Procesal Penal y el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuya finalidad no fue otra que asegurar  el ejercicio pleno de sus derechos como víctima, la búsqueda de la verdad y sus justas pretensiones reparadoras.

En consecuencia, la Sala observa que la Corte de Apelaciones no interpretó erradamente el artículo 120 (numeral 1) del Código Orgánico Procesal Penal al afirmar que la víctima podía intervenir en el desarrollo del juicio oral en contra del acusado  Daniel Alfonso Palma, por lo tanto, declara sin lugar la presente denuncia. Así se decide.

**CORRECCIÓN DE LA PENA**

A pesar de tal declaratoria,  la Sala en su labor de revisión, en atención a lo establecido en los artículos 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, del artículo 13 del  Código Orgánico Procesal Penal, en aras de garantizar el debido proceso del ciudadano condenado, ha revisado el expediente y, advierte la falta de aplicación de los artículos 37 y 87 (encabezado) del Código Penal vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos, y la errónea aplicación del primer aparte del artículo 87 *eiusdem*, en consecuencia procede a subsanarlo de conformidad con el artículo 467 del Código Orgánico Procesal Penal.

Establece el artículo 37 del Código Penal vigente para el momento de ocurrencia de los hechos, lo siguiente:

*“ … Cuando la ley castiga un delito o falta, con pena comprendida entre dos límites, se entiende que la normalmente aplicable es el término medio que se obtiene sumando los dos números y tomando la mitad; se la reducirá hasta el límite inferior o se la aumentará hasta el superior, según el mérito de las respectivas circunstancias atenuantes o agravantes que concurran en el caso concreto, debiendo compensárselas cuando las haya de una y otra especie.*

*No obstante, se aplicará la pena en su límite superior o en el inferior, cuando así lo disponga expresamente la ley, y también se traspasará uno y otro límite cuando así sea menester en virtud de disposición legal que ordene aumentar o rebajar la pena correspondiente al delito en una cuota parte, que entonces se calculará en proporción a la cantidad de pena que el Juez habría aplicado al reo si no concurriese el motivo del aumento o de la disminución. Si para el aumento o rebaja mismo se fijaren también dos límites, el Tribunal hará dentro de éstos el aumento o rebaja respectivo, según la mayor o menor gravedad del hecho.*

*En todos estos casos se tendrá siempre presente la regla del artículo 94…”.*

Por su parte, el artículo 87 del mismo Código Penal, establece que:

*“…Al culpable de uno o más delitos que merecieren penas de presidio y de otro u otros que acarreen penas de prisión, arresto relegación a colonia penitenciaria, confinamiento, expulsión del espacio geográfico de la República, o multa, se le convertirán éstas en la de presidio y se le aplicará sólo la pena de esta especie correspondiente al delito más grave, pero con el aumento de las dos terceras partes de la otra u otras penas de presidio en que hubiere incurrido por los demás delitos, y de las dos terceras partes también del tiempo que resulte de la conversión de las otras penas indicadas en la de presidio.*

*La conversión se hará computando un día de presidio por dos de prisión, por tres de arresto, por cuatro de relegación a colonia penitenciaria, por cinco de confinamiento o  expulsión del espacio geográfico de la República, y por sesenta bolívares de multa…”.*

En el presente caso, el ciudadano Daniel Alfonso Palma, fue condenado por los delitos de Homicidio Calificado y Porte Ilícito de Arma de Fuego (artículos 408, (ordinal 3°, literal a) y,  278 del Código Penal, vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos), aplicable al caso por ser la norma más favorable al acusado en cuanto a la cuantía de las penas de los delitos, más las penas accesorias previstas en el artículo 13 *eiusdem,* teniendo el primero una pena de presidio y el segundo de prisión, lo que se subsume el caso en lo dispuesto en el artículo 87 del antes referido Código Penal, relacionado con la concurrencia de los delitos, que tienen estipulados la pena de presidio y de prisión.

            En este sentido, al delito de Homicidio Calificado, le corresponde la pena de veinte (20) a treinta (30) años de presidio, siendo el término medio veinticinco (25) años de presidio, considerando el Tribunal de Juicio al momento de calcular la pena correspondiente, que por no tener el acusado antecedentes penales y, ser aplicable la circunstancia atenuante específica prevista en el artículo 74 (ordinal 4°), de la referida norma sustantiva penal, le permitió rebajar la pena al límite inferior, por lo que fijó la pena definitiva para este delito, en veinte (20) años de presidio.

            Por otro lado y, en cuanto al delito de Porte Ilícito de Arma de fuego, le corresponde la pena de tres (3) a cinco (5) años de prisión, siendo el término medio de cuatro (4) años de prisión, el cual no fue calculado por el Tribunal sentenciador, significando la falta de aplicación del contenido del artículo 37 del correspondiente Código Penal, relacionado con el cálculo del término medio de la  pena del delito.

            Al no haberse calculado el término medio de la pena para este segundo tipo penal, la conversión de esta pena de prisión a presidio se hizo  de forma errada, siendo lo correcto, la conversión sobre la base del término medio del tipo penal, el cual es de cuatro (4) años y, al hacerse la conversión de prisión a presidio, según lo establecido en el artículo 87 del Código Penal, da un total de dos (2) años de presidio.

            Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 87 del Código Penal, en el caso de la concurrencia de delitos, se aplicará la pena del primer delito, el cual fue fijado por el Tribunal de Juicio en veinte (20) años, más las dos terceras partes del segundo delito, que calculado sobre los dos años de presidio, da un total de un (1) año y cuatro (4) meses de presidio, el cual sumado a la pena del primer delito, da una pena total de veintiún (21) años y cuatro (4) meses de presidio, siendo esta la pena en definitiva, con las penas accesorias del articulo 13 del Código Penal, la que ha de ser impuesta, al ciudadano condenado Daniel Alfonso Palma.

Por otra parte, la Sala advierte, que por cuanto los delitos por los cuales fue condenado el ciudadano Daniel Alfonso Palma, establecía el primero pena de presidio y el segundo de prisión, siendo necesaria su conversión a los efectos del cálculo correspondiente de la pena, conforme a lo establecido en el artículo 87 del Código Penal vigente para el momento, y los artículos 406, (numeral 3, literal a) y,  277 del Código Penal vigente actualmente, establecen una pena privativa de libertad de prisión, en ambos casos, lo que es distinto a la pena que estipulaba el código penal vigente para el momento de ocurrencia de los hechos.

Por consiguiente, en atención al artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por ser la pena vigente más favorable al reo, la Sala de Casación Penal, cambia la condena impuesta al ciudadano Daniel Alfonso Palma, de veintiún (21) años, cuatro (4) meses de presidio a veintiún (21) años y cuatro (4) meses de prisión, más las accesorias de ley. Así se decide.

Lo expuesto modifica la sentencia dictada por  el Juzgado Segundo de Primera Instancia en Función de Juicio del Área Metropolitana de Caracas, sólo en cuanto a la pena que cumplirá el ciudadano DANIEL ALFONSO PALMA. Así se decide.

**DECISIÓN**

 Por las razones expuestas, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación  Penal, administrando justicia  en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara**sin lugar la segunda denuncia**del recurso de casación interpuesto por la defensa del ciudadano **Daniel Alfonso Palma** y corrige la pena impuesta por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en Función de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas y, **condena** al ciudadano Daniel Alfonso Palma a cumplir la pena de **VEINTIUN AÑOS Y CUATRO MESES DE PRISIÓN,** más las accesorias correspondientes, por la comisión de los delitos de Homicidio Calificado y Porte Ilícito de Arma de Fuego, tipificados en los  artículos 406, (numeral 3, literal a) y,  277 del Código Penal vigente.

Publíquese,  regístrese  y remítase el expediente.

            Dada, firmada y sellada en el Salón de Audiencias del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, en Caracas a los ventiséis (26) días del mes de julio de  dos  mil  siete.  Años   197° de  la  Independencia  y  148° de   la Federación.

La Magistrada Presidenta,

   DEYANIRA NIEVES BASTIDAS

El Magistrado Vicepresidente,

     ELADIO RAMÓN APONTE APONTE

                          (Ponente)

Los Magistrados,

BLANCA ROSA MÁRMOL DE LEÓN

                                                                                                                                                                                                                               HÉCTOR CORONADO FLORES

MIRIAM MORANDY MIJARES

La Secretaria,

    GLADYS HERNÁNDEZ GONZÁLEZ

ERAA/aeec.

EXP. N° 2007-185.

El Magistrado Doctor Héctor Manuel Coronado Flores no firmó por motivo justificado.

**VOTO SALVADO**

            Yo, Blanca Rosa Mármol de León, Magistrada de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, salvo mi voto en la presente decisión, con base en las razones que a continuación expongo:

            En la sentencia aprobada por la mayoría, bajo ponencia del Magistrado Eladio Ramón Aponte Aponte, la Sala declara sin lugar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado, al considerar que “la Corte de Apelaciones no interpretó erróneamente el artículo 120 (numeral 1) del Código Orgánico Procesal Penal al afirmar que la víctima podía intervenir en el desarrollo del juicio oral en contra del acusado Daniel Alfonso Palma,…”.

Considera la mayoría de la Sala que las participaciones que tuvo la víctima ante el Tribunal de Juicio fueron “acertadamente permitidas conforme a los derechos de la víctima previstos en los artículos 19, 26 y 30 de la Constitución Nacional, los artículos 23, 118, 119 y 120 del Código Orgánico Procesal Penal, y el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.”

En tal sentido, la Sala estima que “la víctima como parte afectada directa e indirectamente por un hecho punible, tiene el derecho de intervenir en todo el proceso penal, sin importar que se hubiere o no constituido en querellante, acusador privado o se hubiere adherido a la acusación fiscal.”

En base a ello, se le reconocen a la víctima adherida a la acusación fiscal, una serie de atribuciones en la etapa procesal del juicio oral, tales como: - Participar en el contradictorio de las pruebas; - Presentar pruebas complementarias, acerca de las cuales hayan tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia preliminar; - Interrogar al imputado que convenga declarar; - Interrogar a los expertos y testigos; - Solicitar la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas en caso de que el tribunal de juicio observe la posibilidad de una nueva calificación jurídica; - Ejercer el recurso de revocación durante la audiencia; - Participar en la discusión final y cierre del debate del juicio oral.

De lo anterior se desprende que a la víctima adherida a la acusación fiscal, se le reconocen los mismos derechos de la víctima que haya presentado acusación, es decir, se tiene como parte en el proceso y es específicamente respecto a estas atribuciones que no estoy de acuerdo, toda vez que según mi apreciación la víctima adherida a la acusación fiscal, confía y delega en el fiscal el ejercicio de la acción, así como su representación en el juicio, de lo contrario tendría que presentar una querella, para que fuera considerada parte en el proceso.

A diferencia con el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, el Código Orgánico Procesal Penal le reconoce a la víctima, directa o indirecta, ciertas facultades y también le brinda la posibilidad de participar activamente en el proceso. Es decir que la víctima es considerada como uno de los sujetos procesales, pero esto no quiere decir que en todos los casos sea considerada como parte, ya que el hecho de que se le reconozcan más derechos no quiere decir que su participación no esté limitada.

El Código Orgánico Procesal Penal distingue entre la víctima que presente una acusación  y la víctima adherida.

 No obstante lo anterior, como es bien sabido y así lo dispone el artículo 11 del Código Adjetivo Penal, la acción penal corresponde al Estado a través del Ministerio Público, quien está obligado a ejercerla, salvo las excepciones legales. En tal sentido, la actuación de la víctima aunque sea querellada tendrá siempre carácter secundario, tal es así que el artículo 108 del Código Orgánico Procesal Penal, en el numeral 15, otorga al Ministerio Público la posibilidad de requerir del tribunal competente la separación del querellante del proceso, cuando éste con su intervención obstruya reiteradamente la acusación fiscal.

Si bien es cierto que en el Código Orgánico Procesal Penal se le reconocen derechos a la víctima, no es menos cierto que de haber querido el legislador permitir la participación ilimitada de la misma en el proceso, no hubiese distinguido en cuanto a su actuación. Es decir, no podemos asumir que el legislador quiso atribuir los mismos derechos a la víctima querellada, como a la víctima adherida, porque de ser así no hubiese distinguido entre éstas según su desempeño en el proceso.

En efecto, el artículo 347 del Código Orgánico Procesal Penal dispone que podrán interrogar al imputado el Ministerio Público, el querellante, el defensor y el tribunal, en ese orden.

En tal sentido, debe entenderse que es con la presentación de la querella que la víctima se hace parte en el proceso y que es sólo bajo esta figura que la víctima puede actuar como tal en el juicio oral, porque en ausencia de la querella, los derechos de la víctima en juicio, serán representados por el Ministerio Público quien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118 del Código Orgánico Procesal Penal, está obligado a velar por dichos intereses en todas las fases del proceso.

En otras palabras, considero que la víctima adherida asume las consecuencias de la actuación de la representación fiscal en el juicio; pudiendo únicamente según el artículo 360  del Código Orgánico Procesal Penal intervenir en el juicio en su exposición  al cierre del debate.

            Queda de este modo salvado mi voto en la presente decisión.  Fecha ut supra.

La Magistrada Presidenta,

Deyanira Nieves Bastidas

El Magistrado Vicepresidente,                                                                                                                               La Magistrada Disidente,

Eladio Aponte Aponte                                                                                                                                 Blanca Rosa Mármol de León

El Magistrado,                                                                                                                                                          La Magistrada,

Héctor Coronado Flores                                                                                                                                         Miriam Morandy Mijares

La Secretaria,

Gladys Hernández González

BRMdeL/hnq.

VS. Exp. N° 07-0185 (EAA)

El Magistrado Doctor Héctor Manuel Coronado Flores no firmó por motivo justificado.