



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Ponencia de la Magistrada Doctora ELSA JANETH GÓMEZ MORENO

El 15 de abril de 2021, esta Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con lo establecido en los artículos 31, numeral 1, 106, 107 y 108, todos de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dictó auto mediante el cual acordó la suspensión inmediata de la causa seguida contra el ciudadano **WISANDER JOSÉ CLER MARVAL**, titular de la cédula de identidad número 13.602.330., por la presunta comisión de los delitos de **COAUTOR EN EL DELITO DE ROBO AGRAVADO DE VEHÍCULO AUTOMOTOR**, previsto y sancionado en los artículos 5 y 6 numerales 1, 2, 3, 8 y 10 de la Ley sobre el Hurto y Robo de Vehículos, concatenado con el artículo 83 eiusdem, **ROBO AGRAVADO**, previsto y sancionado en el artículo 458 del Código Penal y **AGAVILLAMIENTO**, tipificado en el artículo 286 eiusdem, en perjuicio de los ciudadanos **HAYTHAM RACHID** y **VICTOR LLOVERA**, cursante ante el Tribunal Tercero de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del estado Monagas, con la nomenclatura 2020-1748 (Asunto Principal), y la prohibición de realizar cualquier actuación en el proceso penal. En consecuencia, ordenó a la Presidencia del Circuito Judicial Penal del estado Monagas, que, con

carácter de urgencia, remitiera a esta Sala de Casación Penal el expediente original y todos los recaudos relacionados con dicho proceso.

El 29 de abril de 2021, se le da apertura al expediente contentivo del avocamiento de oficio asignándose el alfanumérico **AA30-P-2021-000047**, en igual data, de conformidad con lo establecido en el artículo 99 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se dio cuenta en Sala y se designó ponente a la Magistrada Doctora **ELSA JANETH GÓMEZ MORENO**, quien con tal carácter suscribe la presente decisión.

El 8 de junio de 2021, la Secretaría de esta Sala de Casación Penal le dio entrada al expediente original según oficio 146-2021 de fecha 26 de abril de 2021, proveniente de la Presidencia del Circuito Judicial Penal del estado Monagas, contentivo del proceso penal seguido al ciudadano **WISANDER JOSÉ CLER MARVAL**.

Cumplidos, como han sido, los trámites procedimentales del caso, esta Sala de Casación Penal pasa a decidir con fundamento en las siguientes consideraciones:

COMPETENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en su artículo 31, numeral 1, establece la competencia de cada una de las Salas que integran este

Máximo Tribunal, para solicitar y avocarse al conocimiento de una causa, en los términos siguientes:

*“(...) **Artículo 31.** Son competencias comunes de cada Sala del Tribunal Supremo de Justicia:
1.- Solicitar de oficio, o a petición de parte, algún expediente que curse ante otro tribunal y avocarlo en los casos que dispone esta Ley (...)”.*

Por su parte, el artículo 106 *eiusdem*, dispone lo siguiente:

*“**Artículo 106.** Cualesquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, en las materias de su respectiva competencia, de oficio o a instancia de parte, con conocimiento sumario de la situación, podrá recabar de cualquier tribunal, en el estado en que se encuentre, cualquier expediente o causa para resolver si la avoca y asume el conocimiento del asunto o, en su defecto, lo asigna a otro tribunal (...)”.*

En el presente caso, esta Sala de Casación Penal dictó auto mediante el cual acordó la suspensión inmediata de la causa seguida contra el ciudadano **WISANDER JOSÉ CLER MARVAL**, cursante ante el Tribunal Tercero de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del estado Monagas, con la nomenclatura 2020-1748 (Asunto Principal), y la prohibición de realizar cualquier actuación en el referido proceso penal. En virtud de lo cual, atendiendo lo establecido en el artículo 31, numeral 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala de Casación Penal resulta competente para conocer del presente asunto. Así se declara.

ANTECEDENTES DEL CASO

Consta en las actas que conforman la presente causa lo siguiente:

En fecha 13 de julio de 2020, el Juzgado Tercero de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del estado Monagas, dictó auto en los siguientes términos:

“... **AUTO DE ENTRADA.**

*Se recibe llamada telefónica proveniente de la Fiscalía Vigésima Quinta del Ministerio Público del estado Monagas, donde solicita **ORDEN DE APREHENSIÓN URGENTE Y NECESARIA**, seguida contra de los ciudadanos WISANDER JOSÉ CLER MARVAL, por la comisión del Delito de **‘COAUTOR EN EL DELITO DE ROBO AGRAVADO DE VEHÍCULO y AGAVILLAMIENTO’**. ...” (Sic). (Pieza 1-1, Folio 1).*

En igual data, dictó auto donde señala:

*“... Por cuanto en fecha Sábado 13/07/2020, ... encontrándome como Juez del Tribunal Tercero de Primera Instancia Estatal y Municipal en Función de Control (DE GUARDIA) recibí llamada telefónica de la Fiscal Quinta del Ministerio Público, quien a través de esa vía solicito **ÓRDEN DE APREHENSIÓN URGENTE Y NECESARIA**, en contra del Ciudadano: **WISANDER JOSÉ CLER MARVAL, titular de la cédula de identidad, N° V- 13.602.330.** Dicha orden se solicita en virtud de existir suficientes elementos de convicción la cual fueron puesto al conocimiento de este Tribunal, para presumir que el referido ciudadano se encuentra inmersos en la presunta comisión del delito de **COAUTOR DEL DELITO DE ROBO AGRAVADO DE VEHICULO AUTOMOTOR** ... y el delito de Agavillamiento ... cuya investigación se encuentra signada con el numero **MP-126052-2020** nomenclatura **K-20-0074-01043**, por unos hechos ocurridos en fecha 25/06/2020 ... en consecuencia este Tribunal por ser procedente y ajustada a derecho, acordó vía telefónica la orden de aprehensión solicitada, por considerar que en el presente caso se encuentran satisfechos los requisitos exigidos en el artículo 236 en parte final del Código Orgánico Procesal Penal ... **AUTORIZA LA APREHENSIÓN** ... por extrema urgencia el Ministerio Público solicito dicha orden, conforme a los Artículos 237 y 238 del Código Orgánico Procesal Penal, la cual debes ser ratificada por auto fundado dentro de las 12 horas siguientes a la **aprehensión.** ...” (Sic). (Pieza 1-1, Folio 2).*

En fecha 14 de julio de 2020, la Fiscalía Quinta del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Monagas, presentó ante el Tribunal de Control respectivo, escrito contentivo de “*Ratificación de solicitud de orden de aprehensión*”, razón por la cual en esa misma fecha el Tribunal que conoció de la orden de aprehensión dictó el auto motivado. (Pieza 1-1, folios 3 al 10, y folios 51 al 62).

En idéntica fecha, el Juzgado Tercero de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del estado Monagas, celebró el acto de la audiencia de presentación de imputado “*Ratificación de solicitud de orden de aprehensión*”, y a su vez dictó auto motivado en los siguientes términos:

“... DISPOSITIVA

(...) ***PRIMERO: RATIFICA Y LEGITIMA*** la orden de aprehensión solicitada por la Fiscalía 5° en su debida oportunidad, en contra del ciudadano ***WISANDER JOSÉ CLER MARVAL***, titular de la cédula de identidad N° V- 13.602.330., y adecua la calificación jurídica al delito de, ***DELITO: COAUTOR EN EL DELITO DE ROBO AGRAVADO DE VELICVULO AUTMOTOR. SEGUNDO:*** Se mantiene la ***MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERTAD...*** acordándose como sitio de reclusión el ***INTERNADO JUDICIAL DEL ESTADO MONAGAS (PICA)*** ... ***TERCERO:*** Se ordena seguir la presente causa por las reglas del ***PROCEDIMIENTO ORDINARIO.*** ...”. (Sic). (Pieza 1-1, folios 96 al 104).

En fecha 27 de agosto de 2020, la Fiscalía Quinta del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Monagas, presentó escrito formal de acusación contra el ciudadano ***WISANDER JOSÉ CLER MARVAL***, donde entre otras cosas señaló:

“... PRIMERO: ... presentó formalmente ACUSACIÓN ... por la presunta comisión de los tipos penales de COAUTOR EN EL DELITO DE ROBO AGRAVADO DE VEHÍCULO AUTOMOTOR,

*previsto y sancionado en los artículos 5 y 6 numerales 1°,2°,3°, 8° y 10° de la Ley sobre el Hurto y Robo de Vehículos, concatenado con el artículo 83, **ROBO AGRAVADO**, previstos y sancionados en el artículo 458 y **AGAVILLAMIENTO**, previsto y sancionado en el artículo 286, todos del Código Penal, en perjuicio de **HAYTHAM RACHID y VICTOR LLOVERA**. ... **SEGUNDO**: ... se mantenga la **MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL QUE PESAN SOBRE EL IMPUTADO**... **TERCERO**: ... se sirva **ADMITIR** la presente **ACUSACIÓN**. ...” (Sic). (Pieza 1-1, folios 166 al 197).*

En fecha 9 de noviembre de 2020, el Tribunal Tercero de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del estado Monagas, dictó auto, donde se lee:

“...Por recibido y visto Resolución N° 015-2020 de fecha 09 de noviembre de 2020, emanada de la Presidencia de este Circuito Judicial Penal del estado Monagas, mediante el cual se realiza Alcance a la Resolución N° 008-2020, de fecha 04 de septiembre de 2020, en ejercicio de sus funciones y conforme a directrices impartidas por la Sala de Casación penal del Tribunal Supremo de Justicia, se ha autorizado la continuidad de la ejecución del Plan de Agilización de Causas que se encuentran en fase intermedia ... cuya asignación culmina con la remisión del expediente respectivo al tribunal que corresponda; en atención a lo anterior se AVOCA el ABG. Luisa Virginia Cabeza, Jueza del Tribunal 2 de Primera Instancia Estadales y Municipales en función de Control del Circuito Judicial Penal del estado Monagas, a los fines de conocer del presente expediente. ...” (Sic). (Pieza 1-1, folio 219).

En fecha 18 de diciembre de 2020, el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del estado Monagas, con ocasión al Plan de Abordaje de Audiencias, realizó la misma, pudiendo observarse:

“... Acto seguido la ciudadana Jueza del Tribunal Segundo de Control actuando por abocamiento, en atención al Plan de Abordaje, emite el siguiente pronunciamiento: Por cuanto para el

día de hoy se encontraba fijada la Audiencia Preliminar y siendo que el Fiscal del Ministerio Público manifestó que se oponía a su realización, sin este Tribunal conocer los motivos y escuchando la declaración efectuada en esta sala por el acusado y lo expuesto por la defensa privada, ORDENA SUSTITUIR LA MEDIDA DE PRIVACIÓN JUDICIAL PREVENTIVA DE LIBERTAD, por una MEDIDA CAUTELAR SUSTITUTIVA A LA PRIVACION DE LIBERTAD, consistente en PRESENTACIONES CADA (30) DÍAS POR ANTE EL DEPARTAMENTO DE ALGUACILAZGO, Y LA PROHIBICIÓN DE AUSENTARSE DE SU JURISDICCIÓN SIN AUTORIZACIÓN DEL TRIBUNAL, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 ordinales 3° y 4° del Código Orgánico Procesal Penal. ...". (Sic). (Pieza 1-1, folio 222 al 224).

Asimismo, en igual cronología, el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del estado Monagas dictó auto motivado en el cual acordó:

"... PRIMERO: Acuerda SUSTITUIR LA MEDIDA DE PRIVACIÓN JUDICIAL PREVENTIVA DE LIBERTAD, por una MEDIDA CAUTELAR SUSTITUTIVA A LA PRIVACION DE LIBERTAD, por PRESENTACIONES CADA (30) DÍAS POR ANTE EL DEPARTAMENTO DE ALGUACILAZGO, Y LA PROHIBICIÓN DE AUSENTARSE DE SU JURISDICCIÓN SIN AUTORIZACIÓN DEL TRIBUNAL, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 ordinales 3° y 4° del Código Orgánico Procesal Penal. ...". (Sic). (Pieza 1-1, folio 225 al 227).

Asimismo, también se pudo constatar una serie de diferimientos, a los fines de celebrarse el acto de la audiencia preliminar correspondiente a la causa seguida al ciudadano **WISANDER JOSÉ CLER MARVAL**. (Pieza 1-1, folios 250, 256 y 259).

DE LOS HECHOS

“... En fecha martes 07-07-2020, siendo aproximadamente las 09:30 horas de la mañana el ciudadano: HAYTHAM RACHID, víctima del presente caso, comparece voluntariamente ante esta representación del Ministerio Público con el objeto de denunciar el robo del vehículo de su propiedad: MARCA MITSUBISHI, MODELO: CANTER, COLOR: BLANCO, DE USO: CARGA, AÑO: 2013, TIPO: PLATAFORMA SERIAL DE CARRROCERÍA: 8X3FE84P6DB000085, SERIAL DE MOTOR: N41999, PLACAS: A45AK8N y en relación a los hechos manifestó que él tuvo conocimiento por intermedio de los ciudadanos: HARVI BASTIDAS, quien es la persona a quien le alquiló el vehículo de su propiedad y el ciudadano VÍCTOR LLOVERA, quien es la persona a quien le despojaron el vehículo antes referido, que en fecha 25 de junio del presente año siendo aproximadamente la 07:30 horas de la mañana, en el momento que el ciudadano: VÍCTOR LLOVERA, y su ayudante el ciudadano: JUAN CARLOS SÁNCHEZ, encontrándose dentro de la finca SAN ANDRÉS fueron abordados por cuatro sujetos entre quienes expresan reconocer al administrador y encargado de la citada finca conocidos como CLER y EL GOCHO, acompañados de otros dos sujetos desconocidos uno de ellos armado con una escopeta y el otro con una arma de fuego tipo ametralladora quienes los despojaron del vehículo propiedad del ciudadano denunciante HAYTHAM RACHID, que durante el hecho estuvieron sometidos y apuntados directamente por el sujeto que portaba el arma de fuego tipo escopeta y el que cargaba el arma de fuego tipo ametralladora mantuvo esgrimida el arma de manera amenazante, que luego de que los sujetos los conminan a dejar el vehículo en el lugar los obligan abordar un vehículo MARCA: TOYOTA, COLOR: BLANCO, con el cual se apersonaron los victimarios al sitio del suceso y los trasladan hasta una oficina que posee el sujeto identificado con el nombre de CLER, en el sector La Cruz de la Paloma; lugar donde se apersona el ciudadano HARVI TIDAS, y dialoga con el sujeto identificado como CLER, conversación de cuyo contenido no tiene conocimiento el ciudadano: VÍCTOR LLOVERA y JUAN CARLOS SÁNCHEZ, quienes ya se habían retirado del citado lugar. Asimismo, es entrevistado es entrevistado es sede fiscal el ciudadano VICTOR LLOVERA quien manifestó que efectivamente en fecha 25 de junio del presente año siendo aproximadamente las 07:30 horas de la mañana fueron despojados del vehículo incriminado en el presente caso, confirmando los hechos denunciados por el ciudadano HAYTHAM RACHID. ...” (Sic). (Pieza 1-1. Folios 3 y 4).

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

El avocamiento es una institución jurídica de carácter excepcional, que le otorga al Tribunal Supremo de Justicia, en cada una de sus Salas, la facultad de solicitar, en cualquier estado de la causa, el expediente de cuyo trámite esté

conociendo cualquier tribunal, independientemente de su jerarquía y especialidad y, una vez recibido, resolver si asume directamente el conocimiento del caso o, en su defecto, lo asigna a otro tribunal.

Asimismo, el avocamiento procede de oficio o a instancia de parte, solo cuando no existe otro medio procesal capaz de restablecer la situación jurídica infringida, en caso de graves desórdenes procesales o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico, que perjudiquen ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática; debiendo ser ejercido con suma prudencia, lo cual está contemplado, tanto en el artículo 106 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, transcrito en el capítulo referido a la competencia, como en los artículos 107, 108 y 109 todos de la referida ley, los cuales, respectivamente, establecen:

*“**Artículo 107.** El avocamiento será ejercido con suma prudencia, y sólo en caso de graves desórdenes procesales o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública, o la institucionalidad democrática.*

***Artículo 108.** La Sala examinará las condiciones de admisibilidad del avocamiento, en cuanto a que el asunto curse ante algún Tribunal de la República, independiente de su jerarquía y especialidad o de la etapa o fase procesal en que se encuentre, así como que las irregularidades que se aleguen hayan sido oportunamente reclamadas sin éxito en la instancia a través de los medios ordinarios. Cuando se admita la solicitud de avocamiento, la Sala oficiará al tribunal de instancia, requerirá el expediente respectivo y podrá ordenar la suspensión inmediata del curso de la causa, así como la prohibición de realizar cualquier clase de actuación. Serán nulos los actos y las diligencias que se dicten en desacato a la suspensión o prohibición que se expida.*

***Artículo 109. Sentencia.** La sentencia sobre el avocamiento la dictará la Sala competente, la cual podrá decretar la nulidad y subsiguiente reposición del juicio al estado que tenga pertinencia, o decretar la nulidad de alguno o algunos de los actos de los procesos, u ordenar la remisión del expediente para la continuación del proceso o de los procesos en otro tribunal competente en la materia, así como adoptar cualquier medida*

legal que estime idónea para el restablecimiento del orden jurídico infringido.”.

En virtud de lo anterior, esta Sala de Casación Penal, el 15 de abril 2021, estimo necesario recabar el expediente cursante ante el Tribunal Tercero de Primera Instancia en función de Control del Circuito Judicial Penal del estado Monagas, con la nomenclatura 2020-1748 (Asunto Principal).

De allí que, recibido el mismo, se verificó que los hechos que dieron origen al presente proceso penal ocurrieron en el estado Monagas, con motivo de causa penal seguida contra el ciudadano **WISANDER JOSÉ CLER MARVAL**, titular de la cédula de identidad número 13.602.330, por la presunta comisión de los delitos de **COAUTOR EN EL DELITO DE ROBO AGRAVADO DE VEHÍCULO AUTOMOTOR**, previsto y sancionado en los artículos 5 y 6 numerales 1,2,3, 8 y 10 de la Ley sobre el Hurto y Robo de Vehículos, concatenado con el artículo 83 eiusdem, **ROBO AGRAVADO**, previsto y sancionado en el artículo 458 del Código Penal y **AGAVILLAMIENTO**, tipificado en el artículo 286 eiusdem, en perjuicio de los ciudadanos **HAYTHAM RACHID y VICTOR LLOVERA**.

De las actuaciones que conforman el presente expediente, la Sala observó la existencia de vicios procesales de orden público, que infringen principios y garantías constitucionales, según lo dispuesto en el artículo 49 de nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como el derecho a una tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26, *eiusdem*, y en este sentido se destaca lo siguiente:

En fecha 7 de julio de 2020, el ciudadano HAYTHAM RACHID, interpuso denuncia ante la Fiscalía Quinta del Ministerio Público de la Circunscripción

Judicial del estado Monagas contra el ciudadano **WISANDER JOSÉ CLER MARVAL**.

En fecha 13 de julio de 2020, la representación fiscal antes mencionada, solicitó vía telefónica al Tribunal Tercero de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del estado Monagas, orden de aprehensión contra el ciudadano **WISANDER JOSÉ CLER MARVAL**. En dicha solicitud, específicamente en el **“Capítulo II “DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN QUE MOTIVAN LA PRESENTE SOLICITUD”**, señala:

*“... 1.- **DENUNCIA COMÚN**, de fecha martes 07-07-2020 rendida por el ciudadano HAYTHAM RACHID, EN CALIDAD DE VICTIMA, EN SEDE FISCAL.*

*2.- **ACTA DE ENTREVISTA**, de fecha 07-07-2020, rendida por el ciudadano VÍCTOR JOSÉ LLOVERA, EN CALIDAD DE TESTIGO, EN SEDE FISCAL.*

*3.- **EXPERTICIA DE REGULACIÓN PRUDENCIAL N° 9700-0074-099** de fecha 09-07-2020, practicada por funcionarios adscritos al Área Técnica del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.*

*4.- **ACTA DE ENTREVISTA**, de fecha 07-07-2020, rendida por el ciudadano VICTOR JOSÉ LLOVERA, EN CALIDAD DE TESTIGO, EN SEDE FISCAL.*

*5.- **ACTA DE ENTREVISTA**, de fecha 07-07-2020, rendida por el ciudadano HARVEY ISAIAS BASTIDAS MILLAN, EN CALIDAD DE TESTIGO, EN SEDE FISCAL.*

*6.- **ACTA DE INVESTIGACIÓN PENAL**, de fecha 09-07-2020, suscrita por funcionarios adscritos al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, Eje de Investigaciones contra Hurto y Robo de Vehículo.*

*7.- **ACTA DE INSPECCION TÉCNICA N° 152**, de fecha 09-07-2020, suscrita por funcionarios adscritos al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, Eje de Investigaciones contra Hurto y Robo de Vehículo.*

*8.- **ACTA DE ENTREVISTA**, de fecha 09-07-2020, rendida por el ciudadano CATALINO MENDOZA, EN CALIDAD DE TESTIGO, EN SEDE FISCAL.*

- 9.- **ACTA DE ENTREVISTA**, de fecha 09-07-2020, rendida por el ciudadano EULICES JOSEFINA MURAI ACAGUA, EN CALIDAD DE TESTIGO, EN SEDE FISCAL.
- 10.- **ACTA DE INVESTIGACIÓN PENAL**, de fecha 10-07-2020, suscrita por funcionarios adscritos al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, Eje de Investigaciones contra Hurto y Robo de Vehículo
- 11.- **ACTA DE INVESTIGACIÓN PENAL**, de fecha 09-07-2020 (Sic), suscrita por funcionarios adscritos al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, Eje de Investigaciones contra Hurto y Robo de Vehículo.
- 12.- **ACTA DE INSPECCION TÉCNICA N° 153**, de fecha 09-07-2020, suscrita por funcionarios adscritos al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, Eje de Investigaciones contra Hurto y Robo de Vehículo.
- 13.- **ACTA DE RECONOCIMIENTO LEGAL S/N**, de fecha 09-07-2020, suscrita por funcionarios adscritos a la Sub delegación Maturín estado Monagas adscritos al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.
- 14.- **ACTA DE INVESTIGACIÓN PENAL**, de fecha 10-07-2020, suscrita por funcionarios adscritos al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, Eje de Investigaciones contra Hurto y Robo de Vehículo.
- 15.- **ACTA DE INSPECCION TÉCNICA S/N**, de fecha 09-07-2020, suscrita por funcionarios adscritos al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, Eje de Investigaciones contra Hurto y Robo de Vehículo.
- 16.- **EXPERTICIA Y AVALÚO APROXIMADO N° 9700-0074-163** de fecha 11-07-2020, suscrita por funcionarios adscritos al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, Eje de Investigaciones contra Hurto y Robo de Vehículo.
- 17.- **ACTA DE ENTREVISTA**, de fecha 13-07-2020, rendida por el ciudadano JUÁN SÁNCHEZ, EN CALIDAD DE TESTIGO, EN SEDE FISCAL. ...". (Sic).

Luego, en fecha 14 de julio de 2020, el Juzgado Tercero de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del estado Monagas, celebró el acto de la audiencia de presentación de imputado “*Ratificación de solicitud de orden de aprehensión*”, y a su vez dictó auto motivado.

Y en fecha 27 de agosto de 2020, la Fiscalía Quinta del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Monagas, presentó escrito formal de acusación contra el ciudadano **WISANDER JOSÉ CLER MARVAL**, con idénticos elementos de convicción acreditados para solicitar la orden de aprehensión, solo adicionando dentro de la actividad probatoria, en el mismo orden cronológico, los siguientes:

“... CAPITULO III
DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN QUE FUNDAMENTAN
EL PRESENTE ESCRITO ACUSATORIO

...

18.- **ACTA DE ENTREVISTA**, de fecha lunes 13-07-2020, rendida por el ciudadano HARVEY ISAIAS BASTIDAS, EN CALIDAD DE TESTIGO, EN SEDE FISCAL.

19.- **EXPERTICIA DE EXTRACCIÓN DE DATOS Y VACIADO DE CONTENIDO** de fecha 12-08-2020, suscrita por funcionarios adscritos al Área Técnica de la División de Vehículos del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas de la Delegación Estadal Monagas.

20.- **ACTA DE INVESTIGACIÓN PENAL**, de fecha 18-08-2020, suscrita por funcionarios adscritos a la Dirección de Investigaciones Penales del Instituto Autónomo de Policía Municipal de Maturín del estado Monagas.

21.- **ACTA DE INVESTIGACIÓN PENAL**, de fecha 20-08-2020, suscrita por funcionarios adscritos a la Dirección de Investigaciones Penales del Instituto Autónomo de Policía Municipal de Maturín del estado Monagas. ...”. (Sic).

Siendo así, verificado el expediente, se observaron infracciones de orden Constitucional y procesal, lo que lleva a esta Sala hacer las siguientes consideraciones:

En nuestra legislación, específicamente en el Código Orgánico Procesal Penal, el proceso, se circunscribe en tres fases o etapas, es decir, una preparatoria o investigativa, luego la intermedia (Audiencia Preliminar) y por último

el Juicio Oral y Público, que articuladas tienen como finalidad la búsqueda de la verdad y un eventual pronóstico de condena.

En el presente caso, hemos de referirnos a la fase primigenia del proceso (Preparatoria o investigativa), la cual tiene como características: 1.- Determinar la existencia de un hecho punible; 2.- Individualizar e identificar a los presuntos autores o partícipes del delito; y 3.-Sustentar el Juicio Oral y Público, en base a los elementos de convicción recabados, a los fines de que recaiga sobre los responsables la consecuencia jurídica procedida de la acción criminal.

Bajo este contexto, la Ley Orgánica del Ministerio Público, vigente a la fecha, expresa en su artículo 16, las atribuciones a las cuales debe ceñirse el Ministerio Público, a saber:

“(..)

3.- Ordenar, dirigir y supervisar todo lo relacionado con la investigación y acción penal; practicar por sí mismo o por el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, o por los órganos con competencia especial y de apoyo en materia de investigaciones penales, las actividades indagatorias para demostrar la perpetración de los actos punibles; hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y establecer la responsabilidad de los autores o las autoras y demás partícipes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con su perpetración. (...). (Resaltado de la Sala).

Y por vía Jurisprudencial, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia número 1.100, de fecha 25 de julio de 2012, indicó:

“... En el proceso penal al Ministerio Público corresponde, entre otras, la atribución de dirigir la investigación de los hechos punibles y de ordenar y supervisar las actuaciones de los órganos de policía de investigaciones, para buscar y asegurar los elementos de convicción y establecer la identidad plena de los autores de dichos hechos (Cfr: artículo 111, numerales 1 y 2 del Código Orgánico Procesal Penal)...”. (Resaltado de la Sala).

En relación a la solicitud de la orden de aprehensión, la Sala en reciente sentencia número 058 de fecha 19 de julio de 2021, señaló:

“... Por consiguiente, es deber de la Sala ilustrar, que cuando el Ministerio Público, solicite ante el Tribunal Penal competente una orden de aprehensión, no basta una narración indiferenciada de sucesos, se requiere que éstos sean narrados, precisando claramente su relación con él o cada uno de los imputados, según fuere el caso, lo que permitirá verificar cuál fue el hecho que cometió o cometieron, así como también cuándo y cómo fue realizado, elementos éstos relevantes a los efectos de establecer la calificación jurídica, los grados de participación, circunstancias de agravación, grados de ejecución, la prescripción de la acción penal, así como también la competencia y jurisdicción.

Adicionalmente, no basta la simple enumeración de los elementos que según el criterio del fiscal del Ministerio Público resultan de convicción, sin motivar su relación con una posible imputación formal, toda vez que de hacerse así se estaría obviando la fundamentación requerida por la norma. ...”.

Y además en la sentencia antes referida, en cuanto a los elementos de convicción sustentados en la orden de aprehensión, expresó:

“... Siendo así, los presuntos elementos de convicción están conformados por las evidencias obtenidas y no por obtener, en la fase preparatoria del proceso ordinario o en el momento de la aprehensión en los casos de flagrancia, que permiten subsumir los hechos en el supuesto de la norma penal sustantiva, y por ende solicitar el enjuiciamiento del imputado, razón por la cual el legislador exige una debida fundamentación basada en los

elementos de convicción. Máxime, cuando esa exigencia se concreta en dar a conocer el aspecto resaltante de cada actuación, que a juicio del fiscal constituye el motivo o circunstancia que la hace relevante a los efectos de la imputación que se realiza, mediante su transcripción en el escrito acusatorio.

Por lo tanto, los elementos expuestos y citados deben concatenarse entre sí, de manera que pueda apreciarse claramente su coherencia, estableciéndose de modo claro la relación entre los elementos de convicción y los hechos previamente narrados, mediante la manifestación expresa de los razonamientos utilizados para establecer tal vinculación, ya que, una inadecuada fundamentación podría generar dudas, tanto en la debida calificación del delito por el cual se acusa, como en la responsabilidad del imputado, y en el presente caso el Ministerio Público no soslayo la hermenéutica propia de la figura de la orden de aprehensión y menos aún, cuando solicito las medidas precautelativas, para luego de forma tempestiva solicitar su levantamiento lo que genera incertidumbre para los justiciables.

Aseverando lo anterior, la Sala Constitucional, en su Sentencia N° 820 del 15 de abril de 2003, estableció sobre la legitimación constitucional de la orden de aprehensión:

“... estriba en la existencia de indicios racionales de la comisión de un hecho punible cuyo autor o partícipe es la persona objeto de llamamiento por el órgano jurisdiccional, previo requerimiento del Ministerio Público, como director de la fase de investigación del proceso penal; y como objetivo, el normal desarrollo del proceso en la búsqueda de la verdad...”
(Resaltado de la Sala). ...”.

Siendo así, el Ministerio Público, el titular de la acción penal en los delitos de acción pública, es el llamado, a dar inicio a una investigación preliminar, a los fines de la consecución de los objetivos previamente señalados, situación que no aconteció en el presente caso.

En esta línea argumentativa, la Sala, en su deber pedagógico con miras a la correcta y sana administración de justicia, debe adiestrar sobre los actos de investigación y los elementos de convicción, a saber:

El Código Orgánico Procesal Penal, cuando se refiere “*Del Inicio del Proceso*”, en su “*Sección Primera De la Investigación Penal*”, señala lo siguiente:

“Investigación del Ministerio Público.

Artículo 265.

El Ministerio Público, cuando de cualquier modo tenga conocimiento de la perpetración de un hecho punible de acción pública, dispondrá que se practiquen las diligencias tendientes a investigar y hacer constar su comisión, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la responsabilidad de los autores o autoras y demás partícipes, y el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración.”.

Y luego en el siguiente artículo indica:

“Investigación de la Policía.

Artículo 266.

Si la noticia es recibida por las autoridades de policía, éstas la comunicarán al Ministerio Público dentro de las doce horas siguientes y sólo practicarán las diligencias necesarias y urgentes.

Las diligencias necesarias y urgentes estarán dirigidas a identificar y ubicar a los autores o autoras y demás partícipes del hecho punible, y al aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración.”

De lo anterior se colige que es, en la fase preparatoria o investigativa, donde el Ministerio Público enmarcado dentro de sus atribuciones Constitucionales, con sostén de los órganos de investigación penal, debe velar que se practiquen “... *las diligencias tendientes a investigar y hacer constar la comisión...*”, en consecuencia, esas diligencias son las llamadas “actos de investigación”, lo cual constituye la actividad administrativa de instrucción procesal, realizada por el Ministerio Público o por sus órganos auxiliares, cuyo objeto es la exploración y justificación de los hechos considerados delictuosos, la comprobación del estado de los lugares, cosas, los rastros y

efectos materiales que sean de interés criminalístico, la individualización de los autores y partícipes, el análisis científico y tecnológico de hallazgos y resultados entre otros en ejecución de la fase preparatoria del Proceso Penal, con el fin de demostrar la veracidad y certeza de ciertos hechos afirmados o negados que al ser alegados, llevan consigo la necesidad de determinar su credibilidad.

Revalidando lo anterior el artículo 8 de la Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, expresa:

“...A los efectos de la presente Ley, se entenderá como investigación penal el conjunto de diligencias orientadas al descubrimiento y comprobación científica del delito, sus características, la identificación de sus autores o autoras o partícipes, así como el aseguramiento de sus objetos activos y pasivos. ...” (Resaltado de la Sala).

Y es allí dentro de esos actos de investigación, donde germinan los elementos de convicción o elementos de interés criminalístico, constituidos por los objetos, personas, hechos, y circunstancias que relacionados de forma lógica, metódica, jurídica y suficiente con el sujeto activo, proporcionan a las partes el instrumento procesal para alegar la existencia de una conexión necesaria para probar una determinada afirmación y así acreditar o exculpar la responsabilidad penal.

Corolario a lo anterior, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia número 902 de fecha 14 de diciembre de 2018, reafirmó con criterio vinculante:

“... De modo que, la Carta Magna le impone al Ministerio Público el deber de investigar, de manera suficiente o exhaustiva, todos aquellos hechos que pudieran tener consecuencias penales, esto es, la obligación de establecer en la fase de investigación del

proceso penal el esclarecimiento sobre la existencia de un hecho punible con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores o autoras y demás participantes del delito que investiga, así como lograr el aseguramiento previo de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración delictiva. ...”

Por lo que, a discernimiento de esta Sala, la investigación penal, constituye el esfuerzo lógico para acopiar un conjunto de “*elementos de convicción o elementos de interés criminalísticos*” concluyentes, en procura de que el resultado se aproxime a la expectativa de justicia materializada establecida en el artículo 13 de Código Orgánico Procesal Penal.

Delimitado lo anterior, y como resultado de la orden de aprehensión solicitada, el Ministerio Público en fecha 27 de agosto de 2020, presentó formal acusación, ofreciendo como medios probatorios, iguales elementos de convicción que fueron presentados para solicitar la medida judicial preventiva privativa de libertad contra el ciudadano **WISANDER JOSÉ CLER MARVAL**, complementando con algunas actas de entrevistas, actas de investigación penal, una experticia de extracción de datos y vaciado de contenido.

En este sentido, el escrito acusatorio adolece de requisitos cardinales exigidos en el artículo 308 del Código Orgánico Procesal Penal, necesarios para activar el juicio contradictorio y concentrado, evidenciándose una violación al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, así como el derecho a la defensa.

Resulta, oportuno para esta Sala, traer a colación lo referente a la Acusación, la cual se encuentra tipificada en el artículo 308 del Código Orgánico Procesal Penal, la cual expresa, lo siguiente:

“...Cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado o imputada, presentará la acusación ante el tribunal de control.

La acusación debe contener:

1. Los datos que permitan identificar plenamente y ubicar al imputado o imputada y el nombre y domicilio o residencia de su defensor o defensora; así como los que permitan la identificación de la víctima.
2. Una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye al imputado o imputada.
3. Los fundamentos de la imputación, con expresión de los elementos de convicción que la motivan.
4. La expresión de los preceptos jurídicos aplicables.
5. El ofrecimiento de los medios de prueba que se presentarán en el juicio, con indicación de su pertinencia o necesidad.
6. La solicitud de enjuiciamiento del imputado o imputada. ...”
(Resaltado de la Sala).

De la norma antes transcrita observamos que el legislador, estableció un silogismo capaz de permitir que la acusación como uno de los actos conclusivos, sustentara su existencia siempre y cuando “...el Ministerio Público estime que la **investigación proporciona fundamento** serio para el enjuiciamiento público. ...”, al igual que los presupuestos en los cuales se asientan las bases para fundar la acusación.

En este concurso de ideas, podemos afirmar entonces, que la acusación, es la dicción propia, del *Ius Puniendi*, que debe estar revestido de formalidad, considerando además que este acto conclusivo, pone fin a la fase preparatoria, más no al proceso.

Argumentando lo anterior, según Cafferata Nores, Ob. cit. p.608., la acusación es: “La atribución (fundada) por parte del órgano acusador a una persona debidamente individualizada, de alguna forma de participación (autor, coautor, cómplice, instigador) en un hecho delictivo, y el pedido de que sea sometida a juicio oral y público, para que en su transcurso el acusador intente

probar su responsabilidad penal y, si lo logra, el tribunal (porque así lo acepte) le imponga la sanción prevista por la ley.”

Por consiguiente, el escrito acusatorio que se cuestiona, si nos referimos a la estructura señalada en el artículo 308 del Código Orgánico Procesal Penal, sigue de forma cronológica los seis presupuestos, empero, distinto es la formalidad intrínseca de cada uno de ellos, en tal sentido, en la acusación incoada por la Fiscalía Quinta del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Monagas, no está acreditado que los elementos de convicción hayan sido concatenados entre sí, con los hechos previamente narrados, mediante la manifestación expresa de los razonamientos utilizados para establecer tal vinculación, es decir, el titular de la acción penal ha omitido fundamentar estos elementos, en relación a la responsabilidad del ciudadano **WISANDER JOSÉ CLER MARVAL**, es decir, no se aprecia la individualización del sujeto activo, solo se hace mención a un cúmulo de actuaciones de investigación criminal, que a criterio del Ministerio Público, “...sirven de base para solicitar el enjuiciamiento del imputado...”, incurriendo en una inmotivación del acto conclusivo en sede fiscal, por existir precarios elementos de convicción.

Así pues, la acusación fiscal, ha sido respaldada sobre medios de pruebas que no están referidos a la actuación del hoy acusado, no proporcionando elementos de convicción sobre su participación ni la responsabilidad penal que le ha sido atribuida, lo que se traduce, en una flagrante violación al orden público.

Al margen de los vicios precedentes, la Sala Constitucional en sentencia número 1.242 de fecha 16 de agosto de 2013, indicó, lo cual la Sala en aras de la hermenéutica de tipo metódica, lo estructura de la siguiente manera:

En cuanto a la utilidad de los medios de prueba o elementos de convicción: “...En efecto, de la revisión del escrito acusatorio no puede apreciarse la utilidad de algunos medios de prueba, pues no se advierte la

existencia de una relación lógica entre el medio de prueba ofertado y la conducta del imputado como objeto de aquel o bien como hecho que se pretende acreditar, esto es, la idoneidad del medio propuesto para generar la convicción o certidumbre de los hechos investigados como fundamento de la acusación. ...”.

Con respecto a los actos de investigación, haciendo énfasis a las declaraciones como actos de investigación, precisó: “... *En este sentido, la Sala considera pertinente destacar que el contenido de las declaraciones propuestas como medios de pruebas a los cuales se alude como fuente de los elementos de convicción para acreditar los hechos en los cuales se fundamenta una acusación, deben referirse al acusado, pero al no ser así no sirven para confirmar lo alegado por el Ministerio Público en el referido acto conclusivo.*

Por otra parte, en respeto al debido proceso y con el propósito final de desentrañar la verdad de lo ocurrido y determinar a los posibles responsables, la Vindicta Pública debe cumplir con su obligación de actuar apegado a la ley, de forma objetiva, técnica y ponderada, al utilizar los medios de prueba y señalar los elementos de convicción de indubitablemente emergen de ellos, sin agregar apreciaciones ajenas a los mismos, que puedan dar paso al uso inapropiado y abusivo de la acción penal contra quienes solo existen indicios que son insuficientes para acreditar los hechos investigados. ...”

Para luego fundar que: “...*Es por ello que resulta evidente para esta Sala que la falta de utilidad de los medios de prueba para acreditar los hechos imputados al hoy accionante y la inexistencia de elementos de convicción que fundamenten la acusación fiscal, forzosamente conducen a la declaratoria de la inadmisibilidad de los medios probatorios cuestionados en los cuales se sustentó principalmente la presunta participación y responsabilidad penal del accionante. ...”*

Advirtiendo al finalizar su fallo que: “... Es preciso entonces, que se presenten medios de prueba de los cuales emerja la convicción en el juzgador sobre la participación de la persona investigada en la realización de una conducta tipificada como delito para determinar si la acusación es admisible.

Sobre este punto, la Sala considera oportuno insistir en que toda acusación fiscal o querrela presentada ante el órgano jurisdiccional, debe sustentarse en medios de prueba legalmente obtenidos y suficientes para arrojar elementos de convicción sobre la responsabilidad penal del acusado (...) de modo contrario, la acusación no resultaría admisible, por no estar basada en fundamentos serios para el enjuiciamiento público de una persona y no cumplir con lo previsto en el artículo 326 del Código Orgánico Procesal Penal vigente para aquel entonces, ahora artículo 308 eiusdem. ...”.

Y tan cierto es el vicio divisado por parte del Ministerio Público, por demás reiterado en la práctica dentro del proceso penal, que la Sala Constitucional en sentencia número 487 de fecha 4 de diciembre de 2019, ratificó las siguientes sentencias:

La primera identificada bajo el número 1.303 del 20 de junio de 2005, donde distinguió entre el control formal de la acusación y el control material de la acusación, al señalar:

*“...El primero, consiste en la verificación de que se hayan cumplido los requisitos formales para la admisibilidad de la acusación, por ejemplo, identificación del o de los imputados, así como también que se haya delimitado claramente el hecho punible. **El segundo, implica el examen de los requisitos de fondo en los cuales se fundamenta el Ministerio Público para presentar la acusación, en otras palabras, si dicho acto conclusivo posee basamentos serios que permitan vislumbrar un pronóstico de condena respecto del imputado. ...”.***
(Resaltado de la Sala).

Y la segunda, en sentencia número. 1.676 del 3 de agosto de 2007, donde estableció el catálogo de supuestos en los que la acusación puede considerarse como infundada, siendo ellos los siguientes:

*“... a) Cuando el acusador no aporte ninguna prueba; b) **Cuando el acusador aporte pruebas, pero éstas evidente y claramente carezcan de la suficiente solidez para generar un pronóstico de condena contra el imputado;** y c) Cuando se acuse a una persona por la comisión de una figura punible inexistente en nuestra legislación penal, es decir, cuando la conducta del imputado no está tipificada - como delito o falta- en el código penal ni en la legislación penal colateral. ...”.* (Resaltado de la Sala).

En esta línea de pensamiento, para Ferrajoli. Ob. cit. p. 606-607: *“...la acusación debe formularse en términos unívocos y precisos, idóneos para denotar exactamente el hecho atribuido y para circunscribir el objeto del juicio y de la sentencia que le pondrá fin, por contraste con la indeterminación del antiguo proceso inquisitivo. En segundo lugar, la acusación debe contar con el apoyo de adecuados indicios de culpabilidad: en efecto, la acusación, como dice Carrara, si es un <<teorema>> para el acusador, es un <<problema>> para todos los demás y se justifica, por tanto, si no con la prueba, necesaria para la condena, al menos con la <<probabilidad >> de la culpabilidad del acusado. En tercer lugar, debe ser completa, es decir, integrada por la información de todos los indicios que la justifican, de forma que el imputado tenga la posibilidad de refutarlos y nada le sea <<escondido de cuanto se prepare para su daño o de cuanto se hace, o se hará, para reforzar el preconcepto de su culpabilidad y destruir la presunción de inocencia, que siempre le asiste>>. En cuarto lugar, debe ser oportuna, es decir, debe dejar al imputado el tiempo necesario para organizar su defensa y a la vez proveer a cualquier otro acto instructorio de su interés. Por último, la notificación de la acusación ha de ser, además de expresa y formal, sometida a refutación desde el primer acto del juicio oral que es el interrogatorio del imputado...”.*

Además de la transgresión antes comprobada, no es dable al Ministerio Público, presentar acusaciones, infundadas e inmotivadas, como si le otorgaran una patente de corso, contraviniendo normas de orden público, lo cual deja en

entredicho una de sus funciones que es garantizar el debido proceso, la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, así como el respeto de los derechos, aun cuando es al juez de primera instancia en función de control a quien le compete fiscalizar el escrito acusatorio a los fines de determinar la validez formal y sustancial del mismo, teniendo como norte el control judicial absoluto de la acusación, porque de lo contrario al no verificarse las exigencias de ley, el juez de control actuaría creyéndose subordinado funcionalmente al Ministerio Público, infringiendo los principios procesales previstos en los artículos 1, 8, 12 y 22 todos del Código Orgánico Procesal Penal.

Bajo estas consideraciones, la Sala de Casación Penal, en sentencia número 85 de fecha 9 de octubre de 2020, en un avocamiento de oficio, en relación a la motivación de la acusación, sentenció:

“... También, exige los fundamentos de la imputación, con expresión de los elementos de convicción que la motivan. Tales elementos están dados por el resultado de las diligencias practicadas en la fase preparatoria, las cuales no constituyen medios de pruebas, ya que solo servirán de basamento para solicitar el enjuiciamiento de una persona o el sobreseimiento de la causa, o para decretar el archivo fiscal respectivo. Una acusación sin el fundamento requerido por la ley, se traducirá en una fallida pretensión por parte del fiscal del Ministerio Público, en tanto que la correcta presentación de las evidencias o elementos de convicción servirá para determinar los hechos, comprobar la existencia de un delito y sus respectivas circunstancias, e imputar su comisión a una persona determinada. (...).”

Así, dicho escrito acusatorio debe contener un reconocimiento claro, determinado y pormenorizada de la transgresión de la norma penal que se atribuye, ya que si la imputación es imprecisa y discordante por parte del representante del Ministerio Público, ello acarreará como consecuencia que se desestime la misma, despojando a la víctima y al estado de las acciones que puedan ejercer en el equitativo desagravio de sus derechos y pretensiones en el proceso.

Asimismo, requiere que la acusación contenga en forma clara los elementos de la imputación con la argumentación precisa

de todos los elementos de convicción que la causa, los cuales serán precisos para basar la acusación: ya que si no determina la participación en el hecho delictivo del imputado o de los imputados por consiguiente no cumple con lo establecido en el derecho adjetivo.

Resultando pertinente recordar, que el Ministerio Público, al ofrecer los medios probatorios, debe indicar expresamente su pertinencia y la necesidad, que se centra en la conveniencia de relacionar los medios probatorios con los hechos imputados, señalando expresamente la forma en la cual el medio probatorio se adecúa a demostrar el hecho delictivo descrito en la acusación y la participación de cada encausado, de ahí que debe ser preciso el tipo penal y los elementos de prueba de cada uno de los acusados.

Este deber del Ministerio Público, se encuentra directamente relacionado con el principio de congruencia, traduciéndose en la relación que debe existir entre los hechos alegados y las pruebas presentadas, con el objeto de otorgarles a los procesados la seguridad jurídica de una debida imputación sin ambigüedades, lo que les permitirá realizar una efectiva defensa de forma idónea y apropiada. ...”. (Resaltado de la Sala).

En efecto, la Fiscalía Quinta del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Monagas, realizó actuaciones que atentan contra el derecho a la defensa, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, de acuerdo con los artículos 26 y 49 ambos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en primer lugar, porque de forma intempestiva, no cumplió con su deber de ordenar y dirigir la investigación penal, y menos realizó una pesquisa exhaustiva con el fin de verificar el dicho del denunciante, procediendo de manera automática a solicitar la orden de aprehensión antes mencionada, tomando solo en consideración lo narrado en el escrito de denuncia, lo manifestado por los entrevistados, y los actos de investigación, y en segundo lugar, presentado el acto conclusivo, en este caso *el escrito formal de acusación*, con idénticos elementos de convicción, se evidencia una fallida pretensión de la Fiscalía Quinta del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Monagas, el querer

obtener un enjuiciamiento fiscal con una acusación sin la debida fundamentación, omitiendo la forma correcta de los elementos de convicción que servirán para determinar los hechos, comprobar la existencia de un delito y sus respectivas circunstancias, e imputar su comisión a una persona determinada.

Sosteniendo la afirmación anterior, el artículo 182 del Código Orgánico Procesal Penal, establece:

“Un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse, directa o indirectamente, al objeto de la investigación y ser útil para el descubrimiento de la verdad...”.

De allí, que esta Sala debe advertir siguiendo el hilo motivacional, que los elementos de convicción ofrecidos como medios de pruebas por el Ministerio Público, deben establecer un nexo de causalidad lógico, con los hechos imputados al sujeto activo, es decir, el escrito acusatorio debe de manera obligatoria individualizar la conducta presuntamente delictiva, para lograr establecer como condiciones tanto la pertinencia, que deben estar referidos a los hechos investigados, como la utilidad, esto es, idoneidad o eficacia para producir certeza sobre la existencia o inexistencia de un hecho.

Adicional a lo antes expuesto, tampoco la Sala puede dejar pasar por alto, que en el presente caso, el acto de la audiencia preliminar establecido en el artículo 309 del Código Orgánico Procesal Penal, no se ha podido realizar por diferimientos imputables a la víctima y al Ministerio Público, este último, quien estando debidamente notificado no ha comparecido al llamado del Tribunal, y menos consta justificación alguna, tal como se cotejó en la Pieza identificada 1-1, folios 250, 256 y 259, del presente expediente.

Por tal motivo, cuando el Ministerio Público no comparece de manera reiterada e injustificada, a la celebración de la audiencia preliminar, incurre en una

falta administrativa que lleva como consecuencia una sanción Administrativa Disciplinaria que amerita la apertura de un procedimiento administrativo en sede Fiscal, tal como lo señaló la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia número 163 de fecha 14 de mayo de 2021, al indicar:

“... No obstante, de las actas que conforman el presente expediente, en los folios 44 y 45, esta Sala observa que, el Fiscal Provisorio Cuadragésimo Quinto Especializado en Derechos Humanos del Ministerio Público del Estado Zulia, abogado Yortman Villasmil González, incurrió en distintas inasistencias a los actos procesales convocados y fijados por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en funciones de Control con competencia Municipal de la Circunscripción Judicial Penal del Estado Zulia, para la Audiencia Preliminar los días 22 de abril de 2019, 19 de julio de 2019 y 30 de agosto de 2019, fechas establecidas para celebrar dicha audiencia en la causa signada con el alfanumérico 2C-22708-10, MP430254-18, Asunto N° VP03P2018026232, seguida a los ciudadanos Jorge David Montesinos Mendoza y Erick de Jesús Torres Osorio accionantes en amparo. Tales inasistencias fueron injustificadas según se evidencia en autos por cuanto el Juez de la causa afirmó que la representación fiscal se encontraba debidamente notificada.

Ello así, esta Sala observa que, dada la reiterada incomparecencia del mencionado funcionario público a los actos fijados para celebrar la Audiencia Preliminar, queda demostrado que el referido fiscal incurrió en la falta establecida en el Título VIII, denominado “De las Sanciones Administrativas y Disciplinaria”, artículo 117, numerales 2 y 10 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual dispone lo siguiente:

Artículo 117. Los fiscales o las fiscales y demás funcionarios o funcionarias del Ministerio Público, previo el debido proceso, podrán ser sancionados disciplinariamente por el Fiscal o la Fiscal General de la República, sin perjuicio de la responsabilidad por los delitos o faltas en que incurran:

2. Cuando incumplan el horario establecido o se ausenten del lugar donde ejerzan sus funciones en tiempo hábil y en forma injustificada, sin la licencia respectiva.

10. Por incumplimiento o negligencia en el ejercicio de sus deberes.

En consecuencia, esta Sala ordena oficiar al Fiscal General de la República, ejerza la potestad disciplinaria ante la conducta omisiva del referido fiscal; a los fines que inicie el procedimiento administrativo correspondiente, para determinar la responsabilidad administrativa a la que hubiere lugar, contra el ciudadano Fiscal Provisorio Cuadragésimo Quinto Especializado en Derechos Humanos del Ministerio Público del Estado Zulia, abogado Yortman Villasmil González, de conformidad con lo previsto con la referida ley. Así se decide. ...”.

Por las razones antes expuestas, es por lo que esta Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, se avoca de oficio al conocimiento de la presente causa, y en virtud de los vicios advertidos en detrimento de los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, consagrados en los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, declara procedente el avocamiento y, en consecuencia de ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 109 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, declara la **NULIDAD ABSOLUTA** de todas las actuaciones cumplidas en el presente proceso a partir 27 de agosto de 2020, oportunidad en la cual la Fiscalía Quinta del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Monagas, presentó escrito formal de acusación contra el ciudadano **WISANDER JOSÉ CLER MARVAL**, titular de la cédula de identidad número 13.602.330, con la consecuente nulidad de todos actos ulteriores al acto írrito, quedando a salvo la presente decisión.

Como consecuencia de la nulidad absoluta declarada, se repone la causa al estado que el representante del Ministerio Público, al que corresponda conocer, presente sin demora alguna un nuevo acto conclusivo y su posterior remisión a un Tribunal de Primera Instancia en función de Control a los fines de continuidad al proceso penal seguido contra el ciudadano **WISANDER JOSÉ CLER MARVAL**, titular de la cédula de identidad número 13.602.330. **Así se decide.**

Así las cosas, en resguardo de la finalidad del proceso penal instaurado y en aras de garantizar una aplicación de la justicia responsable y expedita, donde se le permite a los justiciable el derecho al debido proceso, la Sala decide sustraer la presente causa, y remitirlo a otro Circuito Judicial Penal, para que continúe en su debida oportunidad procesal, el proceso asegurando el resguardo de los derechos y las garantías constitucionales, todo esto sobre la base de lo establecido en el artículo 109 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, que dispone: “**Artículo 109.** *La sentencia sobre el avocamiento la dictará la Sala competente, la cual podrá decretar la nulidad y subsiguiente reposición del juicio al estado que tenga pertinencia, o decretar la nulidad de alguno o algunos de los actos de los procesos, u ordenar la remisión del expediente para la continuación del proceso o de los procesos en otro Tribunal competente en la materia, así como, adoptar cualquier medida legal que estime idónea para el restablecimiento del orden jurídico infringido*”.

El carácter extraordinario del avocamiento, permite a la Sala sustraer la causa del conocimiento del juez con competencia territorial (cuando el caso lo amerite), con el propósito de velar por una correcta administración de justicia.

De lo expuesto se concluye ordenar la remisión del expediente a la Presidencia del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, para que lo distribuya a un Tribunal de Control de la misma Circunscripción Judicial, quien seguirá conociendo del presente proceso, a los fines remita las presentes actuaciones al Fiscal Superior del Ministerio Público del Distrito Capital, para que, presente sin demora alguna un nuevo acto conclusivo y se cumpla con el fin único del proceso, que no es otro, que la búsqueda de la verdad y la justicia, dándole acatamiento a los derechos y garantías, consagrados en la Constitución de la

República Bolivariana de Venezuela y en el Código Orgánico Procesal Penal. **Así se decide.**

Precisado lo anterior, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, deja sentado que es garante del fiel cumplimiento de los Derechos Humanos, que ha suscrito en los Pactos y Convenios Internacionales, la República Bolivariana de Venezuela, en relación a la infructuosa función de los funcionarios a quienes se les encomienda la vigilancia de los privados de libertad e investigados en el proceso penal, que estos dirijan su actuación con el fiel cumplimiento a las garantías del debido proceso y derechos humanos que le asisten en todo momento a estos. Reafirmando, de esta manera que el Estado venezolano está comprometido en sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices en la comisión de hechos ilícitos; así como la toma de medidas para evitar la impunidad y violación a los Derechos Humanos, por lo que se insta al Ministerio Público y a los Jueces de Primera Instancia en función de Control con competencia ordinaria, especial y militar, del deber que tienen en verificar que este tipo de situaciones no se presenten en el curso de la investigación criminal, que se desarrolla en el marco de un proceso penal, por cuanto ello pone en riesgo la objetividad y mesura de los funcionarios en la realización de las actuaciones preparatorias del proceso pudiendo, incluso, incurrir en actos que violen derechos y garantías constitucionales y vicien de nulidad dichas actuaciones, como sobrevino en el caso bajo estudio.

Finalmente, no puede esta Sala de Casación Penal pasar por alto la irregular actuación del Ministerio Público, por lo que se ordena remitir copia certificada de la presente decisión al Fiscal General de la República, a los fines de determinar la responsabilidad disciplinaria a las que hubiere lugar. **Así se decide.**

DECISIÓN

Por lo antes expuesto, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, realiza los siguientes pronunciamientos:

PRIMERO: Se **AVOCA** de oficio al conocimiento de la presente causa y, en consecuencia, se **DECLARA PROCEDENTE** el avocamiento.

SEGUNDO: Se declara la **NULIDAD ABSOLUTA** de todas las actuaciones cumplidas en el presente proceso a partir 27 de agosto de 2020, oportunidad en la cual la Fiscalía Quinta del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Monagas, presentó escrito formal de acusación contra el ciudadano **WISANDER JOSÉ CLER MARVAL**, titular de la cédula de identidad número 13.602.330, con la consecuente nulidad de todos actos ulteriores al acto írrito, quedando a salvo la presente decisión.

TERCERO: **ACUERDA** sustraer la causa, seguida contra el ciudadano **WISANDER JOSÉ CLER MARVAL**, titular de la cédula de identidad número 13.602.330, cursante ante el Tribunal Tercero de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del estado Monagas, con la nomenclatura 2020-1748 (Asunto Principal).

CUARTO: Se acuerda **REMITIR** el expediente a la Presidencia del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, para que lo distribuya a un Tribunal de Control de la misma Circunscripción Judicial, quien seguirá conociendo del presente proceso, a los fines remita las presentes actuaciones al Fiscal Superior del Ministerio Público del Distrito Capital.

QUINTO: Se **REPONE** la causa al estado que la Fiscalía Superior del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, designe al representante Fiscal que continuara conociendo de la presente causa para que presente sin demora alguna, un nuevo acto conclusivo y se cumpla con el fin único del proceso, que no es otro que la búsqueda de la verdad y la justicia, dándole acatamiento a los derechos y garantías, consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el Código Orgánico Procesal Penal.

SEXTO: Se ordena **REMITIR** copia certificada de la presente decisión al Fiscal General de la República, a los fines legales consiguientes.

Publíquese, regístrese y ofíciase lo conducente. 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 treinta (30) días del mes septiembre de _____ de dos mil veintiuno (2021). Años: 211° de la Independencia y 162° de la Federación.

El Magistrado Presidente,

MAIKEL JOSÉ MORENO PÉREZ

La Magistrada Vicepresidenta,
Magistrada,

La

**ELSA JANETH GÓMEZ MORENO
GONZÁLEZ**
(Ponente)

FRANCIA COELLO

El Magistrado,

**JUAN LUIS IBARRA VERENZUELA
KARABIN DE DÍAZ**

YANINA BEATRIZ

La Secretaria,

ANA YAKELINE CONCEPCIÓN DE GARCÍA

La Magistrada, Doctora Yanina Beatriz Karabin De Díaz no firmó por motivos justificados.

EJGM

Exp N° AA30-P-2021-000047

