



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

Magistrado Ponente Doctor HÉCTOR MANUEL CORONADO FLORES

La Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Sucre, integrada por los Jueces Yeannete Conde Luzardo (ponente), Cecilia Yasell Figueredo y Douglas Rumbos Ruíz, en fecha 20 de diciembre de 2006, dictó los siguientes pronunciamientos: **1) Declaró Sin lugar** el recurso de apelación interpuesto por el abogado Jesús Alberto Martínez Navarro, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el número 33.415, en su carácter de defensor privado de los acusados **Marcelo José Salazar Ugás y Juan Josué Moya Vargas**, venezolanos y titulares de las cédulas de identidad número 22.926.069 y 21.011.786; **2) Declaró parcialmente con lugar** el recurso de apelación propuesto por los abogados Alberto José González Marín y Hernán José Ortiz Romero, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los números 44.239 y 91.522, apoderados judiciales de la parte querellante, ciudadano Jesús Eduardo Ortiz Romero, contra el fallo dictado por el Juzgado Segundo Mixto de Juicio del mismo Circuito Judicial, el 10 de abril de 2006, que condenó al acusado Marcelo José Salazar Ugás, a la pena de **nueve (9) años, cuatro (4) meses y quince (15) días de prisión, por los delitos de homicidio intencional frustrado, abandono de personas incapaces de proveer a su seguridad y a su salud y uso indebido de arma de fuego; que absolvió al acusado Juan Josué Moya Vargas, del delito de homicidio frustrado y lo condenó a la pena de tres (3) años, veintidós (22) días y doce (12) horas de prisión, por los delitos de porte ilícito de arma de fuego y abandono de personas incapaces de proveer a su seguridad y a su salud y** **3) Modificó** el fallo apelado, respecto al acusado **Marcelo José Salazar Ugás**, condenándolo a la pena de **once (11) años, seis (6) meses, veintidós (22) días**

y doce (12) horas de prisión, por los delitos de homicidio calificado frustrado, porte ilícito de arma de fuego y abandono de personas incapaces de proveer a su seguridad y a su salud (artículos 406, numeral 1, en concordancia con el artículo 82, 88, 277 y 435 del Código Penal)

Contra la decisión de la Corte de Apelaciones, propuso recurso de casación el abogado Jesús Alberto Martínez Navarro, defensor de los ciudadanos Marcelo José Salazar Ugás y Juan Josué Moya Vargas.

El abogado Hernán José Ortiz Romero, apoderado judicial de la parte querellante, ciudadano Jesús Eduardo Ortiz Romero, al contestar el recurso de casación propuesto por la defensa, expresó que el mismo debe ser desestimado, por considerar que no cumple con la debida técnica establecida en el artículo 462 del Código Orgánico Procesal Penal.

En fecha 10 de abril de 2007, se recibieron las actuaciones en este Tribunal Supremo de Justicia, se dio cuenta en Sala de Casación Penal y se designó ponente al Magistrado Doctor Héctor Manuel Coronado Flores, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

El 11 de octubre de 2007, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia declaró admisibles la primera y segunda denuncias del recurso de casación propuesto por la defensa, de conformidad con lo previsto en el artículo 466 del Código Orgánico Procesal Penal, convocando a las partes para la audiencia oral y pública.

En fecha 06 de noviembre de 2007, se realizó la audiencia pública, comparecieron las partes, quienes presentaron sus alegatos en forma oral y escrita. Al concluir la audiencia, la Sala se acogió al lapso establecido en el

último aparte del artículo 466 del Código Orgánico Procesal Penal, para dictar su fallo.

Cumplidos los demás trámites procedimentales del caso, se pasa a decidir en los siguientes términos:

DE LOS HECHOS

Los hechos materia de la acusación fiscal son los siguientes:

“...siendo aproximadamente las cuatro de la tarde del día 09-04-2004, en la Hacienda de los Franceschi, ubicada en el sector Chaguaramas Vía El Pilar, Municipio Benítez, cuando el ciudadano JESÚS EDUARDO ORTIZ ROMERO regresaba de bañarse de la poza en compañía de Mileidys, Sandy y Mariam, de repente oyeron unos disparos y se apersonaron los ciudadanos MARCELO JOSÉ SALAZAR UGAS y JUAN JOSUE MOYA VARGAS, cada uno con una escopeta con las cuales los apuntaron reclamándole el daño causado a una planta de dicha hacienda, el ciudadano JESÚS EDUARDO ORTIZ ROMERO le responde que ellos no habían dañado ninguna planta pero el ciudadano MARCELO JOSÉ SALAZAR UGAS le disparó en el instante que JESÚS EDUARDO ORTIZ ROMERO dio la espalda, cayendo en el suelo causándole dos (02) heridas; una de 2.5 cms de diámetro, en la región para-vertebral dorsal derecha, complicada con destrucción del tejido celular subcutáneo y masa muscular para vertebral, sin orificio de salida. Además presentó fractura de Apófisis espinosas de la 10° y 11° vértebras dorsales y fractura de 10mo arco costal derecho, y los ciudadanos MARCELO JOSÉ SALAZAR UGAS y JUAN JOSUE MOYA VARGAS no permitían que lo auxiliaran.”(sic).

DEL RECURSO

De conformidad con lo establecido en los artículos 459, 460 y 462 del Código Orgánico Procesal Penal, el impugnante plantea en su escrito de recurso de casación lo siguiente:

“PRIMERO: VIOLACIÓN, POR INDEBIDA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 406, numeral primero y 80 ambos del ‘Código Penal’ No existen en el presente expediente, elementos de juicio, ni hechos comprobados y fijados en la sentencia que se recurre, que pudieran impulsar a esta Corte de Apelaciones a condenar a mi Defendido, el Ciudadano: **MARCELO JOSE SALAZAR UGAS**, antes identificado plenamente en autos, por los delitos de **HOMICIDIO INTENCIONAL CALIFICADO EN GRADO DE FRUSTRACIÓN, PORTE ILÍCITO DE ARMA DE FUEGO y ABANDONO DE PERSONAS INCAPACES DE PROVEER A SU SALUD Y SEGURIDAD**, previstos y sancionados en los artículos: 406, numeral primero, en concordancia con los artículos 80, 277 y 435 todos del Vigente **‘CÓDIGO PENAL’**, imponiéndole una pena de prisión de once (11) años, seis (6) meses, Veinte y dos (22) días y doce (12) horas. Si analizamos acuciosamente las Actas Procesales que conforman el expediente que nos ocupa, sin lugar a dudas, que la conclusión final no es otra que la **‘INCULPABILIDAD’** de mi defendido, **MARCELO JOSE SALAZAR UGAS**, con relación a los citados delitos. Ha quedado ampliamente probado en autos los siguientes hechos pertinentes y necesarios: Que mis defendidos, los Ciudadanos: **MARCELO JOSE SALAZAR UGAS** y **JUAN JOSUÉ MOYA VARGAS**, para el momento de sucederse los Hechos por los cuales han sido sentenciados por esta Corte de Apelaciones, se encontraban laborando para la Hacienda Franceschi, como Vigilantes; que el día viernes 09 del mes de abril del año 2004, salieron a hacer su recorrido diurno por la hacienda, llevando como de costumbre dos armas de fuego, tipo escopetas, la inculpada compuesta por dos (02) cañones y la otra de un (01) solo cañón, de las conocidas como pajiza (...) Que durante el recorrido de vigilancia en la Hacienda Franceschi, se encontraron con varias plantas de cacao destrozadas; (...) Que

*decidieron caminar rápidamente y como a una distancia aproximada de treinta (30) metros lograron avistar a cuatro Ciudadanos rompiendo una planta de cambur; Que mi defendido, el ciudadano **MARCELO JOSÉ SALAZAR UGAS**, hizo dos (02) disparos al aire en sentido contrario donde se encontraban los cuatro ciudadanos, tres jóvenes mujeres y un hombre; (...) Que mis defendidos les llamaron la atención (...) los jóvenes se echaron a reír en forma de burla haciendo caso omiso al llamado hecho por mis defendidos; y en eso el Joven **JESÚS EDUARDO ORTÍZ ROMERO**, hizo un movimiento extraño, mi defendido **MARCELO JOSÉ SALAZAR UGAS**, se echó para atrás, falseándose un pie y apoyándose en el arma detonándose ésta accidentalmente;... ”. (sic).*

*“...si mi defendido **MARCELO JOSE SALAZAR UGAS**, con el Arma de Fuego Incriminada, que por lo demás está compuesta de dos (02) cañones, con dos (02) cartuchos, a una distancia de dos |metros y diez y ocho centímetros (2,18 mts), y porque no, a una distancia aproximada de treinta metros (30 metros), hechos estos completamente probados en el Juicio Oral y público, hubiere tenido la ‘**INTENCIÓN DE ASESINAR**’ al Ciudadano: **JESÚS EDUARDO ORTIZ ROMERO**, en una forma alevosa, yo les pregunto a ustedes Magistrados **¿Por qué no lo logró?** Acaso no quedó plenamente probado que la víctima **JESÚS EDUARDO ORTIZ ROMERO**, producto del disparo Accidental cayó de espalda...”(sic).*

*“...Si los Magistrados de esta Corte de Apelaciones, hubieren apreciado las pruebas según la sana crítica, aplicando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, incuestionablemente, que de dicho análisis acucioso, hubieren confirmado la tesis del delito Culposo. Si bien es cierto, que mi defendido **MARCELO JOSE SALAZAR UGAS**, tenía el dedo fijado en el gatillo, esto no significa ‘**intencionalidad**’ sino por el contrario ‘**culposidad**’, al actuar con Impericia, imprudencia o negligencia en el conflicto presentado con ocasión a la invasión de la Hacienda Franceschi y el destrozo de las plantas de cacao y cambur...”(sic).*

La Sala, para decidir, observa:

El recurrente alega que la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Sucre, incurrió en “...Violación, por indebida aplicación de los artículos 406, numeral primero y 80 ambos del ‘Código Penal’...”, al condenar a su defendido Marcelo José Salazar Ugás, por el delito de homicidio calificado frustrado. En su concepto, quedó ampliamente probado el hecho de que la víctima Jesús Eduardo Ortiz Romero, cayó de espalda por el disparo accidental del arma de fuego.

Ahora bien, de la revisión de las actas del expediente, esta Sala observa que el Ministerio Público le formuló cargos a los acusados Marcelo José Salazar y Juan Josué Moya Vargas, por los delitos de homicidio calificado frustrado, porte ilícito de arma de fuego y abandono de personas incapaces de proveer a su seguridad y a su salud, previstos y sancionados en los artículos 408, ordinal 1º, en concordancia con el artículo 80, segundo aparte, 278 y 437 del Código Penal derogado.

El Juzgado Segundo Mixto de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Sucre, constituido con la Juez Yolanda Figueroa Lozada, y los Jueces Escabinos Lisbeth Narciso y Alonso Concepción Pantoja, en fecha 21 de marzo de 2006, dio inicio al juicio oral y público contra los ciudadanos Marcelo José Salazar Ugás y Juan Josué Moya Vargas y, en el debate oral y público recibió las declaraciones de los acusados, y procedió a la recepción de las pruebas siguientes: Las testimoniales de los médicos cirujanos Santiago Fermín, Carlos Gilbero Figueira Rivero y Pedro Emilio Nassar, del médico forense Diógenes Rodríguez, del experto José Blondell Vera, de los funcionarios del Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas Ignacio Indriago, Luís Beltrán Salazar, Danny Reyes, Carlos

Suniaga, Aquiles González, Jesús Antonio Padrino, Martín Salazar, de los ciudadanos Marian Emilia Cedeño Ramos, José Gregorio Millán Guzmán, Mileidis Solangel Bello, María de Lourdes Romero Obando, César Arquímedes Obando, Diego César Ortiz Rodríguez, Claudio Zabaleta Márquez, Juan de Dios Franceschi Balan y José Ismael Martínez. En el curso de la audiencia, la Juez advirtió a las partes el cambio de la calificación jurídica, concediéndole la palabra a las partes, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 350 del Código Orgánico Procesal Penal.

El Juzgado de Juicio, el 10 de abril de 2006, dictó decisión en la cual expresó lo siguiente:

“FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO

*“De acuerdo a los hechos fijados en el juicio conforme a las pruebas ofrecidas por las partes cuya valoración y análisis se efectuó en parágrafos anteriores en observancia al resultado de culpabilidad emitido por el Tribunal conformado por Escabinos Unánimemente, estima esta sentenciadora que efectivamente quedó plenamente demostrado la participación y responsabilidad por ser autor el acusado **MARCELO SALAZAR**, del delito de Homicidio Intencional en Grado de Frustración, sin estar revestido de la calificante específica de este delito, como lo es la alevosía, pues vale decir entonces que las circunstancias de motivos fútiles e innobles no se hicieron presentes...”(sic).*

“FUNDAMENTO DE HECHO”

*“Las pruebas recibidas en la audiencia Oral y Pública que permitieron a este Tribunal Mixto en el presente caso llevó (sic) al convencimiento la culpabilidad del acusado **MARCELO SALAZAR**, arroja también la convicción que el acusado no obró a traición o sobre seguro circunstancias estas constitutivas de la noción jurídica de alevosía, dado que se desprende de las declaraciones de los expertos de Criminalística específicamente el Experto **JOSE BLONDELL VERA**, señala el arma incriminada según experticia corresponde al N° 23-2.006, N°*

1270, resultando ser dos armas de fuego, las cuales una de ellas es de tipo escopeta, calibre 16 serial 738534, representada por dos cañones y la misma se accionaba con una palanca en la parte superior de mecanismo, señalando el experto que con la referida arma de fuego se pueden causar lesiones que depende de la zona anatómica comprometida, tienen un mecanismo de simple acción además todo depende la intención del propietario o accionante, así mismo señala el experto que el material sintético con que está conformado el proyectil puede alcanzar los 500 metros y su mecanismo es de doble impacto, es preciso indicar que el acusado en su declaración señala entre otras cosasluego hizo un movimiento, yo falsee hacia detrás y se salió el disparoentre las preguntas realizadas al acusado indicó que tenía el dedo fijado en el gatillo, hace esto merecedor de responsabilidad al referido acusado al manipular y ejecutar el arma incriminada produciendo como consecuencia las lesiones que a su vez dan como resultado la responsabilidad Penal del acusado antes mencionado y como consecuencia el delito de Homicidio Intencional en Grado de Frustración, calificativo este determinante para este Tribunal dado las results y análisis exhaustivo de las pruebas debatidas en dicho juicio (...) con las declaraciones de los testigos presenciales como los son **MARIAN EMILIA CEDEÑO RAMOS, MILEIDIS SOLANGEL BELLO, DIEGO ORTIZ RODRIGUEZ Y GERARDO OROZCO**, solamente aportaron en sus declaraciones al convencimiento de este Tribunal Mixto en cuanto al delito de Abandono de Personas Incapaces de Proveer a su seguridad o a su Persona ...”(sic).

“FUNDAMENTO DE DERECHO”

“Los Artículos 407 en concordancia con el Artículo 82, 282 y 437 todos del Código Penal, establecen una responsabilidad Penal como delitos típicos, encuadrados en nuestra legislación Penal, es decir que el Homicidio Simple en grado de Frustración prevé una pena de 12 a 18 años de prisión atenuada por el grado de frustración, en aplicación de las disposiciones contenidas en el Artículo 37 y 74 de la Norma Sustantiva Penal (...) Establecidas estas premisas legales para subsumir los hechos en el Derecho, tenemos que los hechos dentro de las previsiones de

*los Artículos supra citados y por lo que de acuerdo a los señalamientos expresos del Artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, sin lugar a dudas quedan configurados los delitos de **HOMICIDIO SIMPLE EN GRADO DE FRUSTRACION...**" (sic).*

"DISPOSITIVA"

*"Durante el debate del desarrollo del juicio Oral y Público seguido contra los acusados **JUAN JOSUÉ MOYA VARGAS Y MARCELO SALAZAR**, por la comisión de los delitos atribuidos por el Representante del Ministerio Público de Homicidio Calificado en Grado de Frustración (...) este Tribunal Segundo de Juicio constituido Mixto del Circuito Judicial Penal Extensión Carúpano del Estado Sucre previo el análisis de las pruebas debatidas por la partes y previa las consideraciones de Hecho y de Derecho debidamente analizadas por los que conformamos el Tribunal Mixto (...) respecto al acusado **MARCELO SALAZAR**, considera este Tribunal Mixto la calificación del delito de Homicidio Simple en Grado de Frustración tal como lo prevé el artículo 407 en concordancia con el Artículo 82 del Código Penal, lo cual conlleva a una pena de 12 a 18 Años de Presidio, de lo cual se debe aplicar la disposición del contenido del artículo 37 **eiusdem**, el cual prevé la imposición del término medio de la pena, asimismo se toma en cuenta el Artículo 74 de dicha norma y esta señala las circunstancias de atenuante, lo cual disminuye la pena al término mínimo, es decir a 12 Años de Presidio, y como quiera que la perpetración del delito en cuestión se realizó en grado de frustración es necesario aplicar la rebaja de 1/3 de la pena, lo cual disminuye 4 años, quedando definitivamente la pena por este delito antes señalado a Ocho (8) Años..." (sic).*

Contra la decisión anterior, propusieron recurso de apelación el abogado defensor de los acusados Marcelo José Salazar Ugás y Juan Josué Moya Vargas, y los apoderados judiciales del ciudadano Jesús Eduardo Ortiz Romero.

La Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Sucre, al conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, (la primera denuncia, referida a la contradicción o ilogicidad manifiesta de la parte motiva del fallo impugnado), se expresó de la manera siguiente:

*“...la apreciación del A quo no está viciada de contradicción alguna, y determinó que fue intención del acusado MARCELO SALAZAR, causarle la muerte al ciudadano **JESÚS EDUARDO ORTÍZ ROMERO**” (sic).*

“Por lo tanto considera este Juzgado Superior que la razón no le asiste al defensor recurrente porque los hechos establecidos en Juicio y valorados por el Tribunal A quo, son los resultantes del litigio y los mismos no se adecuan de manera alguna a culposidad sino a intención, por tratarse de un arma de fuego, así como por la distancia a la cual se realizó el disparo, y el órgano o región anatómica donde se produjeron las heridas, tales hechos llevan a la conclusión de que no hubo culposidad sino intención de causar la muerte de la víctima”(sic).

*“Esto se deduce de que no hay en la causa, fuera de la declaración del acusado, testimonio o prueba que convalide lo expuesto por el defensor, de que el acusado falseó el pie y accidentalmente el arma se disparó, tampoco lo afirmaron los testigos presenciales, ni el otro acusado **JUAN JOSUÉ MOYA**”(sic).*

*“...ahora bien, como quiera que se ha constatado por la declaración de los testigos presenciales del hecho, ciudadanas **MARIAN EMILIA CEDEÑO RAMOS Y MILEIDIS SOLANGEL SALAZAR BELLO**, las cuales fueron contestes en decir que el acusado luego de empujar a la víctima le disparó, y con el resto de las pruebas apreciadas por el Tribunal de Primera Instancia se puede deducir que el acusado no está favorecido por la norma invocada por haber quedado comprobada su responsabilidad penal...”(sic).*

“Por lo tanto con fuerza en todo lo expuesto esta Corte de Apelaciones declara Sin Lugar el primer motivo de impugnación

de la defensa. ASÍ SE DECIDE...”(sic).

La Corte de Apelaciones, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte querellante (la primera denuncia, por errónea aplicación de una norma jurídica), determinó lo siguiente:

“...el delito calificado tanto por el Representante Fiscal como por los Querellantes, fue el de Homicidio Intencional Calificado en Grado de Frustración, previsto y sancionado en el artículo 408 ordinal 1 del Código Penal, apartándose el Tribunal A quo de la calificación referida motivándola de la manera que a continuación se señala:”(sic).

“OMISSIS”

‘estima esta sentenciadora que efectivamente quedó plenamente demostrado la participación y responsabilidad por ser autor el acusado MARCELO SALAZAR, del delito de Homicidio Intencional en Grado de Frustración, sin estar revestido de la calificante específica de este delito, como lo es la alevosía, pues vale decir entonces que las circunstancias de motivos fútiles e innobles no se hicieron presentes...’ (sic).

*“...En el caso que nos ocupa el ciudadano **JESÚS EDUARDO ORTÍZ ROMERO**, se encontraba en un estado de indefensión notoria por los acusados, estaba en compañía de otras personas dentro de una hacienda que cuidaban los acusados **JUAN JOSUÉ MOYA Y MARCELO SALAZAR**, los cuales pudieron observar que la víctima no tenía en su poder ningún arma con la cual ellos pudieran ver amenazadas sus vidas, aunado el hecho de que el imputado (sic) recibió el disparo por la espalda y así quedó probado en el Juicio Oral por la declaración de los testigos (sic) **MILEIDIS SOLANGEL BELLO**, quien aseveró que la víctima fue empujada por el acusado **MARCELO SALAZAR UGÁS**, y luego le disparó por la*

espalda, asimismo el Cirujano Plástico Dr. PEDRO EMILIO NASSAR refiere en su declaración que 'yo recibí este paciente en fecha 05-05-04 que me fue referido por el doctor Carlos Figuera, me lo refirió en calidad de cirujano plástico, ya que el paciente presentaba pérdida de sustancia dorsal, es por lo que decidimos intervenirlo quirúrgicamente' (sic).

“Así las cosas para criterio de esta Corte sí se encuentra presente la agravante específica de la alevosía en el presente caso...”(sic).

De lo antes expuesto, se observa, que la Corte de Apelaciones al resolver los recursos de apelación interpuestos por la defensa y por la parte querellante, apreció el dicho de los testigos Marian Emilia Cedeño Ramos y Mileidis Solangel Bello, y consideró que las mismas son contestes respecto al hecho de que el acusado Marcelo José Salazar Ugás, empujó primero a la víctima y luego le disparó por la espalda, y que, el médico Dr. Pedro Emilio Nassar, intervino quirúrgicamente al paciente Jesús Eduardo Ortiz Romero, porque “...presentaba pérdida de sustancia dorsal...”.

Con la apreciación de las testimoniales de Marian Emilia Cedeño Ramos, Mileidis Solangel Bello y del Dr. Pedro Emilio Nassar, la Corte de Apelaciones condenó al acusado Marcelo José Salazar Ugás, por el delito de homicidio calificado frustrado, porque consideró que el acusado cometió el delito con alevosía, asumiendo la Corte una posición que no le corresponde, usurpando funciones propias del Juez de Juicio, pues motivó su decisión apreciando pruebas testimoniales evacuadas en el juicio oral y público, y ello corresponde es al Tribunal de Juicio, quien dejó establecido que de acuerdo a los hechos fijados conforme a las pruebas ofrecidas por las partes cuya valoración y análisis efectuó en párrafos anteriores (...), estimó que efectivamente quedó plenamente demostrada la participación y responsabilidad, por ser autor, el acusado Marcelo José Salazar Ugás, del delito

de homicidio intencional en grado de frustración, sin estar revestido de la calificante específica de este delito, como lo es la alevosía, pues las circunstancias de motivos fútiles e innobles no se hicieron presentes.

En virtud de las anteriores consideraciones la Sala declara con lugar la presente denuncia, porque del examen de la sentencia recurrida se desprende que en dicho fallo se incurrió en la indebida aplicación del artículo 406, numeral 1 del Código Penal Vigente, denunciado por el impugnante, por cuanto el Juzgador de Primera Instancia en el juicio oral y público dejó establecido que los hechos probados se subsumen en el delito de homicidio intencional frustrado, y la Corte de Apelaciones procedió a aplicar agravantes al delito que no fueron probadas en el juicio oral y público, como lo dejó expresamente establecido el sentenciador de Primera Instancia, en consecuencia se procede a corregir la pena impuesta al acusado Marcelo José Salazar Ugás.

La pena a imponer al acusado **Marcelo José Salazar Ugás**, por la comisión del delito de homicidio intencional, es de doce (12) a dieciocho (18) años de prisión, de conformidad con el artículo 405 del Código Penal, siendo su término medio a tenor de lo dispuesto en el artículo 37 *eiusdem*, quince (15) años de prisión. Dicha pena se aplica en su límite mínimo, doce (12) años de prisión, por cuanto el Juzgador de Juicio consideró la rebaja del artículo 74, ordinal 4° *ibídem* (el acusado no tiene antecedentes penales), de conformidad con el artículo 82 del citado Código, se disminuye un tercio de la pena, por haber realizado el delito en grado de frustración, quedando la pena a imponer en **ocho (08) años de prisión**, correspondiendo aumentar la pena por la comisión del delito de porte ilícito de arma de fuego, previsto y sancionado en el artículo 277 del Código Penal, con prisión de tres (3) a cinco (5) años, siendo su término medio, según la regla del artículo 37 del Código Penal, de

cuatro (4) años de prisión, aplicada en su límite mínimo, tres (3) años de prisión, por aplicación de la atenuante genérica establecida en el artículo 74, numeral 4, del Código Penal, rebajada la pena la mitad, **un (1) año y seis (6) meses de prisión**, luego de aplicar el artículo 88 *eiusdem*. Quedando en definitiva la pena que debe cumplir el acusado Marcelo José Salazar Ugás, por la comisión de los delitos de homicidio intencional frustrado y porte ilícito de arma de fuego, en **nueve (09) años y seis (6) meses de prisión**. Así se decide.

En lo que respecta al segundo motivo del recurso de casación, alega el recurrente:

“SEGUNDO: VIOLACIÓN POR INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 435 DEL Vigente CÓDIGO PENAL’. En lo que respecta al delito impuesto a mis defendidos **MARCELO JOSE SALAZAR UGÁS y JUAN JOSUÉ MOYA VARGAS**, en la Sentencia Definitiva, como lo es el delito de **‘ABANDONO DE PERSONAS INCAPACES DE PROVEER A SU SEGURIDAD O A SU SALUD’**, previsto y sancionado en el artículo 435 del Vigente **‘CÓDIGO PENAL’** (...) En lo que respecta a este delito, la Corte de Apelaciones dejó sentado textualmente lo siguiente, cito: **...‘Es preciso para este Juzgado Superior dejar sentado que la aplicación del artículo 437 del Código Penal, tiene un alcance más allá de lo señalado por el defensor, por cuanto, también se adecua a las circunstancias en que se encuentre una persona en un momento y lugar determinado en el sentido de que estando bajo la dificultad de valerse por sí mismo, aún para buscar auxilio médico en caso de gravedad, si no es asistido por aquel que esté más cercano y no le presta el auxilio debido, cae en responsabilidad del delito de Abandono de personas incapaces de proveer a su seguridad o a su salud’...**”(sic).

“...La citada norma, Ciudadana Juez, prevé dos clases de abandono, el relativo a un menor de doce años y el referente a un

incapaz por causa de enfermedad. En ambos casos se requiere que la persona autora del abandono tenga la obligación de mantener o cuidar el abandonado...”(sic).

“...Indudablemente, que esta Corte de Apelaciones, y el Tribunal A quo, yerran al interpretar en su alcance general y abstracto, la norma contenida en el artículo 435 del Vigente ‘Código Penal’ al pretender aplicar la citada norma Jurídica más allá del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del Legislador...”(sic).

La Sala, para decidir, observa:

Se denuncia la indebida aplicación del artículo 435 del Código Penal. Expresa el formalizante que el artículo 435, prevé dos clases de abandono cometidos por una persona obligada a mantener y cuidar: 1) A un niño menor de doce años y 2) a una persona incapaz, por causa de enfermedad.

En el presente caso, el Tribunal de Juicio condenó a los acusados Marcelo José Salazar Ugás y Juan Josué Moya Vargas, por la comisión del delito de abandono de niños o de otras personas incapaces de proveer a su seguridad o a su salud.

El artículo 435 del Código Penal, establece que el que haya abandonado un niño menor de doce años o a otra persona incapaz de proveer a su propia salud, por enfermedad intelectual o corporal que padezca, si el abandonado estuviese bajo la guarda o al cuidado del autor del delito, será castigado con prisión de cuarenta y cinco días a quince meses.

El delito de abandono de niños o de otras personas incapaces de proveer a su seguridad o a su salud consiste en que un sujeto tiene bajo su guarda o

custodia a otro sujeto (un niño menor de doce años o a otra persona incapaz para proveer a su propia salud, por enfermedad intelectual o corporal que padezca). Este delito requiere que el sujeto actúe con dolo de abandonar a la persona que tiene bajo su custodia y no con dolo de lesionar o de matar. Tal requisito es indicativo de la intención del sujeto.

El Tribunal de Juicio no dejó reflejado en el fallo dictado la existencia del delito de abandono de personas incapaces, o sea, no se cometió el delito de abandono de niños o de otras personas incapaces de proveer a su seguridad o a su salud, por cuanto no consta en autos que la víctima, ciudadano Jesús Eduardo Ortiz Romero, ha sido declarado incapaz y mucho menos estuviese bajo la guarda o protección de los acusados.

El sentenciador de la recurrida igualmente se equivocó al interpretar el contenido y alcance del artículo 435 del Código Penal, tratando de desvirtuar los alegatos de la defensa, al no tener los acusados la guarda o protección de la víctima, ciudadano Jesús Eduardo Ortiz Romero, lo cual es indispensable a los fines de la declaratoria de la culpabilidad de los acusados, en el delito de abandono de niños o de otras personas incapaces de proveer a su seguridad o a su salud.

En virtud de las anteriores consideraciones, la Sala declara con lugar el recurso de casación interpuesto por la defensa, revoca la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado Segundo Mixto de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Sucre, confirmada por la la Corte de Apelaciones del mismo Circuito Judicial, en contra de los acusados Marcelo José Salazar Ugás y Juan Josué Moya Vargas, respecto al delito de abandono de niños o de otras personas incapaces de proveer a su seguridad o a su salud, previsto y sancionado en el artículo 435 de Código Penal, materia de la acusación fiscal y

en consecuencia los absuelve, en virtud de que la conducta de los referidos ciudadanos no se subsume en el tipo previsto en el referido artículo. Así se decide.

En cuanto la pena a imponer al acusado **Juan José Moya Vargas**, quien resultó condenado por el Juzgado Segundo Mixto de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Sucre y cuya decisión condenatoria fue confirmada por la Corte de Apelaciones del mismo Circuito Judicial, por la comisión del delito de porte ilícito de arma de fuego, previsto en el artículo 277 del Código Penal, y sancionado con prisión de tres (03) a cinco (05) años, siendo su término medio, según lo dispuesto en el artículo 37 *eiusdem*, cuatro (04) años de prisión, aplicada en su límite mínimo, tres (3) años de prisión, por aplicación de la atenuante genérica establecida en el artículo 74, numeral 4, *ibídem*. Quedando en definitiva la pena que debe cumplir el acusado Juan José Moya Vargas, por el delito de porte ilícito de arma de fuego en **tres (03) años de prisión**. Así se decide.

DECISIÓN

Por las razones expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, dicta los siguientes pronunciamientos: **1) Declara con lugar** el recurso de casación interpuesto por la defensa de los acusados Marcelo José Salazar Ugás y Juan Josué Moya Vargas; **2) Revoca** la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado Segundo de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Sucre, y confirmada por la Corte de Apelaciones del mismo Circuito Judicial, respecto al delito de abandono de niños o de otras personas incapaces de proveer a su seguridad o a su salud, previsto en el

artículo 435 del Código Penal, en contra de los acusados Marcelo José Salazar Ugás y Juan Josué Moya Vargas, en consecuencia, **Absuelve** a los acusados Marcelo José Salazar Ugás y Juan Josué Moya Vargas, del delito de abandono de niños o de otras personas incapaces de proveer a su seguridad o a su salud, materia de la acusación fiscal y **3) Anula** dicho fallo condenatorio dictado por la Corte de Apelaciones, en relación a la calificante de alevosía, del delito de homicidio intencional frustrado cometido por el acusado Marcelo José Salazar Ugás; **Rectifica la pena y Condena** a los acusados **Marcelo José Salazar Ugás, a la pena de nueve (09) años y seis (06) meses de prisión**, por la comisión de los delitos de homicidio intencional frustrado y porte ilícito de arma de fuego, y **Juan Josué Moya Vargas, a la pena de tres (03) años de prisión**, por la comisión del delito de porte ilícito de arma de fuego, previstos y sancionados en los artículos 405, en concordancia con los artículos 82, 88 y 277 del Código Penal.

Publíquese, regístrese, oficiéese lo conducente 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 veintisiete (27) días del mes de noviembre de 2007. 197° de la Independencia y 148° de la Federación.

La Magistrada
Presidenta,

**Deyanira Nieves
Bastidas**

El Magistrado Vicepresidente,

La Magistrada,

Eladio Ramón Aponte Aponte
Mármol de León

Blanca Rosa

El Magistrado,

La Magistrada,

Héctor Manuel Coronado Flores

Miriam Morandy

Mijares

Ponente

La Secretaria,

Gladys Hernández González

HMCF/ mj

Exp. N° 2007-0167