

Ponencia del Magistrado Doctor **ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS.**

Vistos.

Dieron origen al presente juicio las denuncias y acusaciones interpuestas por los ciudadanos SAMUEL EPPEL KHON y CHRISTIAN CANACHE AGUIAR contra los ciudadanos OSWALDO CISNEROS FAJARDO, DUANE ACKERMAN, MARIO LIZASO, JEFFREI BROWN, ENRIQUE GARCÍA, CHARLES MILLER y MARTY DICKENS, por los delitos de ESTAFA previsto en artículo 464 del Código Penal, APROPIACIÓN INDEBIDA consagrado en el artículo 468 del citado Código y USURA contemplado en el artículo 470 “eiusdem”.

El Juzgado Superior Decimosexto en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, a cargo de la Juez ADA MARITZA DÁVILA FLORES, en decisión del 17 de junio de 1999, declaró TERMINADA LA AVERIGUACIÓN SUMARIA de acuerdo con el ordinal 1º del artículo 206 del Código de Enjuiciamiento Criminal, por la presunta comisión del delito de estafa previsto en el artículo 464 del Código Penal.

Contra la mencionada decisión anunció recurso de casación el representante judicial de los acusadores, abogado NELSON RAMÍREZ TORRES.

El Juzgado Superior Decimosexto en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, remitió el expediente a la extinta Corte Suprema de Justicia.

Con ocasión de la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, la Sala de Casación Penal, por auto del 27 de septiembre de 1999, envió el expediente al Presidente encargado del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, abogado NELSON CHACÓN QUINTANA, para dar cumplimiento a lo exigido por el artículo 455 “eiusdem”.

La Sala N° 6 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, recibió el escrito del recurso interpuesto por los representantes judiciales de los ciudadanos CHRISTIAN CANACHE AGUIAR Y SAMUEL EPPEL KHON, abogados NELSON RAMÍREZ TORRES, SERGY MARTÍNEZ MORALES y REINALDO GADEA PÉREZ. Y la citada instancia judicial emplazó a los abogados AUGUSTO MATHEUS PINTO y EFRAÍN FARÍAS a contestar el escrito según lo contemplado en el artículo 457 del Código Orgánico Procesal Penal. Tal contestación se produjo.

La Sala N° 6 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial mencionado remitió las actuaciones al Tribunal Supremo de Justicia.

La Sala de Casación Penal se constituyó el 10 de enero del año 2000 y al Doctor ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS se le designó ponente el 18 de febrero del año 2000.

El 25 de julio del año 2000 se realizó la audiencia oral y pública con la asistencia de las partes.

Cumplidos los trámites procedimentales del caso, se pasa a dictar sentencia según el régimen procesal transitorio y de acuerdo con lo previsto en el ordinal 1° del artículo 510 del Código Orgánico Procesal Penal, que establece las reglas que regirán los recursos de casación interpuestos después de su vigencia.

PUNTO PREVIO

El defensor de los acusados OSWALDO CISNEROS FAJARDO y MARIO LIZASO, abogado AUGUSTO MATHEUS PINTO, por escrito consignado ante la Sala N° 6 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, solicitó que se declare inadmisibile el recurso de casación anunciado por los acusadores. Alegó como fundamento de su solicitud que la parte acusadora no tiene derecho a ejercer el

recurso de casación contra la sentencia dictada por el citado Juzgado Superior. Y que en la presente causa “...se constituyeron más de un acusador...”.

Ahora bien: en relación con lo que disponía el hoy derogado Código de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 106 acerca de que en un mismo juicio no se admitiría más de un acusador, debe puntualizarse que tal disposición admitía excepciones que siguen rigiendo en cuanto al denominado régimen procesal transitorio del Código Orgánico Procesal Penal. Una de tales excepciones se refería a la acumulación de diversos juicios y éste es el caso en análisis, puesto que fueron acumulados en el Juzgado Undécimo de Primera Instancia en lo Penal del Área Metropolitana de Caracas, los que se habían interpuesto ante los Juzgados Décimo Tercero, Cuarto, Trigésimo y Vigésimo, todos de Primera Instancia en lo Penal de la citada Circunscripción Judicial.

Además, las acusaciones (objeto de la acumulación) eran por hechos diferentes y contra diferentes personas. Respecto a tal tema resulta sumamente ilustrativo el criterio del distinguido procesalista ARMINIO BORJAS:

“Art. 106.- En un mismo juicio no se admitirá más que un acusador.

En la concurrencia de dos o más acusadores se preferirá al ofendido o agraviado, y en su defecto, al primero que hubiere presentado la querrela.

La ley considera como agraviados también en estos casos, a los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos del ofendido, sean éstos o no legítimos, y podrán representarlo sin necesidad de poder, lo mismo que su guardador.

EN UN MISMO JUICIO NO PUEDE ADMITIRSE SINO UN SOLO ACUSADOR. COMO SE ENTENDIA ESA DISPOSICIÓN EN EL ANTIGUO DERECHO ESPAÑOL. ¿DEBE ENTENDERSE DE OTRA MANERA EN EL DERECHO PATRIO?

La prohibición de admitir en un mismo juicio más de un acusador data entre nosotros de la época colonial, porque la establecieron las antiguas leyes españolas. ‘Allegándose muchos homes en uno delante del judgador para

acusar a un home solo de un yerro que dixiesen que habie fecho, non debe el judgador recibir la acusación de todos, nin el acusado non es tenuto de responder a ella', dice una de las leyes alfonsinas. Ello ha obedecido al temor de los embarazos que suscitaría en el juicio penal la multiplicidad de los acusadores y de sus pedimentos, no siempre acordes, porque, según la clara glosa de Gregorio López, 'si admitteret judex plures accusatores, posset unus probare, alius in probatione deficere et judex poneretur in perplexitate'.

La prohibición no tiene efecto, como es natural suponer, sino en una misma causa, por los mismos hechos punibles. No tendría, por consiguiente, razón de ser en el caso de que, por acumulación se siguiesen en un mismo proceso varias causas distintas, en cada una de las cuales podría haber un acusador diferente. Cuando la ley establece que sólo se admitirá un acusador " en un mismo juicio", ha de entenderse que se refiere a una misma causa: y en los casos de acumulación hay, es cierto, un solo juicio, esto es, un solo proceso, pero son diversas las causas. En dicha hipótesis no existe la razón de la prohibición, y puede haber tantas querellas como causas, sin peligro de que sus pedimentos, sus pruebas y sus conclusiones se estorben o contradigan. La acumulación no podría, sin evidente arbitrariedad, hacer cesar el derecho que ejercía válidamente cada uno de los querellantes, y sería absurdo que uno solo de éstos fuese escogidos, con o sin su voluntad, y considerado como acusador y parte en todas las causas acumuladas, no obstante que no acusó sino por un delito determinado, ha determinado delincuente; amén de que las causas por delito de acción privada que hubieren sido acumuladas, y cuyos acusadores hubieran tenido que desaparecer o separarse, para que no hubiese en el proceso sino uno solo, no podría continuar en curso por falta de instancia.

Creemos que no debe tenerse como una acusación múltiple la que promovieron en un solo libelo diversas personas igualmente agraviadas, que obrasen movidas por idéntico interés, en ejercicio de un mismo derecho y representadas por un mismo mandatario representante legal. El cónyuge,

por ejemplo, de la víctima, obrando por sí y en representación de sus hijos menores, el tutor de los hijos menores de la víctima obrando en representación de todos ellos, deben considerarse como un solo acusador...”. (Borjas, Arminio. Exposición del Código de Enjuiciamiento Criminal Venezolano. Ediciones Schnell, C.A. 3era Edición 197, páginas 386 a la 388).

Observa al respecto la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia que el Juzgado Superior Decimosexto en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante auto del 14 de junio de 1999, admitió el escrito de acusación interpuesto por los apoderados judiciales del ciudadano SAMUEL EPPEL KHON y el 17 de junio de 1999 admitió el escrito de acusación presentado por los representantes judiciales del ciudadano CHRISTIAN CANACHE AGUIAR.

En cuanto al régimen procesal derogado, pero aplicable a este caso por estar dentro del régimen procesal transitorio, la Sala de Casación Penal reiteradamente estableció que la acusación en un juicio de acción pública podía intentarse en todo estado y grado de la causa, antes de que se haya librado el fallo definitivo de última instancia. Incluso tal diligencia podía realizarse ante el Tribunal Superior que en ese momento esté conociendo de la causa. (Auto 08-08-68 GF 61 p. 574 y auto 31-03-81 G.F. III 3E p. 2.135).

En tal sentido, también ha dicho la Sala de Casación Penal que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 100 y 109 del Código de Enjuiciamiento Criminal “...cualquier particular, tenga o no la condición de agraviado, podrá constituirse en acusador, en causas de acción pública en todo estado y grado de la causa, siempre y cuando no se haya dictado el fallo definitivo de la segunda instancia. En efecto, dado que el ciclo procesal se cierra con la emisión de dicho pronunciamiento, hasta tanto éste no se haya hecho efectivo, está abierta para los particulares la vía de la acusación en los juicios de acción pública, e incluso, la acusación puede intentarse ante el Juzgado Superior que en ese momento esté conociendo de la causa...”. (Díaz Chacón Freddy José. 5 Años de Casación Penal. Máximas y Extractos 1989-1993. Editorial Livrosca. Página 6).

En el presente caso los escritos de acusación fueron interpuestos antes de la sentencia del tribunal de segunda instancia.

Por otra parte, el artículo 106 del Código de Enjuiciamiento Criminal disponía lo siguiente:

“En un mismo juicio no se admitirá más de un acusador, pero si varias personas pretendieron ejercer la acción penal con respecto a un mismo delito, podrán hacerlo conjuntamente, por sí mismas o por medio de una sola representación.

En la concurrencia de dos o más acusadores, se preferirá el ofendido o agraviado, y en su defecto, al primero que hubiere presentado la querella...”

Con fundamento en el transcrito artículo, y sin perjuicio de lo que se estableció de que sí podía haber más de un acusador cuando se trate de una acumulación de juicios, la Sala de Casación Penal pasa a conocer el escrito contentivo del recurso de casación interpuesto por los apoderados judiciales del ciudadano SAMUEL EPEL KHON.

RECURSO DE CASACIÓN PRESENTADO POR LOS REPRESENTANTES JUDICIALES DEL CIUDADANO SAMUEL EPEL KHON

-

Los recurrentes, sobre la base del ordinal 1º del artículo 330 del hoy derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, denunciaron la violación del artículo 42 “eiusdem” y señalaron que la recurrida omitió resolver los puntos esenciales alegados en el escrito de acusación que presentaron ante el Tribunal de Segunda Instancia. En su criterio, tales puntos son los siguientes:

“1) cobrar desde el momento de oprimir la tecla “send” (desde el comienzo del repique) (esté ocupado o fuera de servicio...En el mismo sentido del punto esencial en cuestión también es trascendente el interrogatorio que el juzgado 4 penal hizo al ex ministro de Transporte y Comunicaciones, Moisés Orozco Graterol, cuyas respuestas constan en la pieza del expediente denominada “Anexo C” inserto del folio 143 al 146, en el Oficio N° DM/97-1233 de ese Ministerio, donde él afirma:

“En cuanto al caso que el usuario efectúe una llamada y la misma no sea contestada, ésta no puede ser cobrada de ninguna manera y bajo ningún concepto”. (Folio 144).

2) no advertir a los usuarios en el contrato que Telcel les hace firmar, que no se cobrarán los segundos hablados, sino mínimo un minuto;

3) hacer creer Telcel que técnicamente no puede cobrar los segundos hablados (dizque porque los equipos no lo permiten) sino que es menester redondear, lo cual no es verdad. En el folio 32 de la primera pieza del expediente rielá (sic) un recorte de prensa (Correo del Pueblo, El Universal, 21-2-97, p.2-26), que dice: “Movilnet y Telcel, alegaron en esa ocasión que no contaban con la tecnología necesaria para hacer la medición por fracciones por lo que tenían que hacerlo por minutos. Debido a que las denuncias se presentaron nuevamente, el Indecu decidió abrir una nueva investigación, en esta ocasión para conocer por qué ninguna de las prestatarias del servicio telefónico celular han adaptado sus instrumentos de medición a los legítimos requerimientos de los usuarios”.

4) Cobrar Telcel varias veces la misma llamada;

5) Tener Telcel ingresos que no puede modificar, obtenibles únicamente gracias a la sobrefacturación. Al respecto en el expediente hay varios señalamientos en el sentido que (sic) el ingreso promedio mensual por cada usuario de Telcel es superior al de las demás compañías latinoamericanas del ramo. Para probar este punto esencial fue que nuestro poderdante promovió ante el tribunal de segunda instancia (páginas 6 y 7 de la acusación, folios 192 y 193, pieza 5): “...una experticia para determinar que “TELCEL”: a) en ocasiones cobra en alguna (sic) partidas el doble y más sin tener derecho a ello; B) que sus ingresos mensuales por usuario sobrepasan groseramente el de las demás empresas del mismo ramo; C) que todos sus gastos, inversiones, etc. Se cubren con el dinero del “flujo de caja” es decir, con los ingresos producidos por la operación o prestación del servicio telefónico, y no por aportes de los accionistas...Es evidente, además, en cuanto a los puntos esenciales, que la recurrida no resolvió lo alegado en la acusación de Samuel Eppel Khon, en torno a los hechos ocurridos con sus líneas 014-210426, 014-210427 y 014-251086, respecto a las cuales se indicó que Telcel cargó y cobró irregularmente una misma llamada dos y tres veces cuando sólo podía cobrar una”.

La Sala, para decidir, observa:

La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia deja constancia de que la sentencia del Tribunal Superior declaró terminada la presente averiguación porque los hechos no revisten carácter penal según el ordinal 1º del artículo 206 del hoy derogado Código de Enjuiciamiento Criminal. Y para ello resumió las denuncias y los escritos de acusación interpuestos por los ciudadanos CHRISTIAN CANACHE AGUIAR y SAMUEL EPPEL KHON; las declaraciones de los ciudadanos HUGO PÉREZ LA ROCHA, OSWALDO JESÚS CISNEROS FAJARDO, JOSÉ LUIS AVILEZ NEIRO,

MARÍA DE LA SOLEDAD FERRERO FERNÁNDEZ, BELKIS JOSEFINA DÍAZ GONZÁLEZ, JOSÉ RAMÓN CAMPOS FUERTE y MARIO LIZASO; la inspección judicial practicada en la sede de la Presidencia de la Sociedad Mercantil Telcel Celular C.A.; la copia certificada del contrato de concesión suscrito entre la República de Venezuela y la Sociedad Mercantil Telcel Celular C.A.; y el escrito presentado por los abogados AUGUSTO MATHEUS PINTO y EFRAÍN FARÍAS con el carácter de defensores del ciudadano MARIO LIZASO.

La sentenciadora expuso en su fallo los argumentos siguientes:

“...En criterio de quien aquí decide, en autos no están dados los supuestos establecidos en el artículo 464 del Código Penal, por cuanto no se evidencia que Telcel C.A. o alguno de sus representantes, haya utilizado medios capaces de inducir a los denunciantes-acusadores en error, para que tomaran la decisión de contratar con la misma, obteniendo un provecho injusto, en su perjuicio, sino que nos encontramos en presencia de una relación contractual (realizada entre las partes de común acuerdo, acatando el contrato de concesión suscrito (sic) entre el Ministerio de Transporte y Comunicaciones y la compañía Telcel, C.A.), donde una de las partes ofrece un servicio y la otra lo contrata, y si el contratante no queda satisfecho o considera que no se ha cumplido con todo o parte de lo ofrecido, no es la vía penal, la que deben utilizar los afectados para hacer cumplir dicho contrato, por lo que deberán acudir los denunciantes-acusadores al órgano jurisdiccional competente, para dirimir dicha controversia”.

De las transcripciones expuestas se evidencia que los alegatos de la parte acusadora, relacionados con presuntas irregularidades en la prestación del servicio de telefonía celular por la empresa Telcel Celular C.A., no aparecen considerados ni resueltos por la juez de la recurrida. Los puntos alegados son esenciales, ya que de ser analizados quizá podrían llegar a configurar hechos delictuosos.

Sin prejuzgar la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia acerca de si los alegatos inconsiderados contribuyen a la demostración del delito por el cual se acusó u otro, y menos aún sin prejuzgar sobre la responsabilidad de los acusados en la comisión de algún hecho punible, por constituir todo ello materia de fondo, advierte que la juzgadora ha debido considerarlos, bien para admitirlos o desecharlos. Y no limitarse a expresar,

como lo hizo, que por haber habido un contrato su eventual incumplimiento tendría necesariamente que ser enjuiciado ante el “órgano jurisdiccional competente” (refiriéndose inequívocamente a la jurisdicción civil o mercantil y en todo caso a la que no configurara la “vía penal”), cuando lo cierto es que en la ejecución de los contratos, y como se ha comprobado en innumerables ocasiones, se pueden perfectamente cometer y evidenciar delitos de índole muy diversa.

De todo lo anterior se concluye en que la falta cometida por la recurrida, al no resolver de manera expresa los alegatos o puntos esenciales que ya se han determinado, y que sí fueron objeto del libelo acusatorio, constituyen motivo de casación y así se decide.

La declaratoria con lugar de la anterior denuncia acarrea la nulidad del fallo impugnado y por consiguiente la Sala de Casación Penal no entra a conocer las otras denuncias planteadas.

DECISIÓN

En virtud de las consideraciones expuestas, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara **CON LUGAR LA DENUNCIA DE FORMA** en el recurso interpuesto por los representantes judiciales del ciudadano SAMUEL EPEL KHON.

En consecuencia anula el fallo dictado por el Juzgado Superior Décimo Sexto en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y ordena remitir el expediente al Presidente del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, de acuerdo con lo establecido en el Parágrafo Único del artículo 4 de la Resolución N° 284 del 4 de abril del año 2000, dictada por la Comisión de Funcionamiento y de Reestructuración del Sistema Judicial, para que a su vez lo envíe (previa distribución) a una de las Salas Accidentales de Reenvío para el Régimen Procesal Transitorio, de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de

Caracas, para que dicte nueva sentencia con prescindencia de los vicios que motivan la nulidad del presente fallo.

Publíquese, regístrese y bájese el expediente.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Audiencias del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, en Caracas, al PRIMER día del mes de AGOSTO del año dos mil. Años 191° de la Independencia y 141° de la Federación.

El Presidente de la Sala,

JORGE ROSELL SENHENN

El Vice-Presidente,

RAFAEL PÉREZ PERDOMO

El Magistrado,

ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS
Ponente

La Secretaria,

LINDA MONROY DE DÍAZ

Exp. 00-156

AAF/ma