

A.P.N.D.P.66-11

Cámara de la Tercera Sección de Occidente: Ahuachapán, a las dieciséis horas del día veinte de junio de dos mil once.

La presente causa es instruida contra **Sergio Antonio S. L.**, de [...]; por los ilícitos penales de **acoso sexual** y **exhibiciones obscenas**, previstos respectivamente en los Arts. 165 y 171 del Código Penal, en detrimento de la libertad sexual de **Karina Susana G. J.**, [...].

Tales diligencias han sido remitidas por el Juzgado de Paz de Apaneca, por recuso de apelación interpuesto por la licenciada Laura del Carmen Hurtado Cuellar, defensora pública del sindicato, contra la decisión judicial en la que se impone la medida precautoria de detención provisional a su defendido.

Cumpliendo la promotora del recurso las condiciones de admisión de la alzada, **admítese.**

Decisión judicial impugnada:

Detención preventiva decretada en contra del procesado, siendo fundada tal medida en lo siguiente:

- Concurrencia del *fumus boni iuris*, es decir, establecimiento de los ilícitos penales reglados en los Arts. 165 y 171 del Código Penal, así como la existencia de elementos bastantes de probable participación del justiciable Sergio Antonio S. L., ello con los actos de investigación: entrevista de la víctima Karina Susana G. J., entrevistas de los agentes captores Jaime Castro Velásquez y Douglas Alexander Jiménez García; acta de detención, inspección ocular, reconocimiento en rueda de personas.

- Que el *periculum in mora* se justifica en los criterios de gravedad del delito, prohibición de sustitución de la detención provisional contenida en el Art. 331 Inc. 2º Pr. Pn, el imputado es de nacionalidad guatemalteca, por lo que en libertad puede retornar a su lugar de origen; asimismo, posible obstaculización ya que en libertad puede obstruir la investigación e influir en la víctima.

Fundamentos de la alzada:

La licenciada Hurtado Cuellar, al fundar su apelación lo hace en los siguientes términos:

- Que el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estatuye que “la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y en su caso, para la

ejecución del fallo”; en ese sentido, la pena establecida en los delitos en comento, así como que sea un delito grave no implica necesariamente que se deba optar por la detención provisional, puesto que ésta debe ser de manera excepcional, teniendo prevalencia los Tratados sobre la ley secundaria.

- Respecto de que el sindicato tiene nacionalidad guatemalteca, es de considerar que el art. 24 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, establece que todas las personas son iguales ante la ley, por lo que no se le puede dar un tratamiento diferente al procesado por ser de nacionalidad diferente, pudiendo gozar de medidas distintas.

- Atinente al riesgo de obstrucción de la investigación considerado por el a quo, no existen dentro del proceso evidencia que el imputado sea un sujeto peligroso, que tenga el poder o la intención de influir en la víctima negativamente; ni tan siquiera existe sospecha de que planea darse a la fuga, como tampoco consta que sea de nacionalidad guatemalteca. Solicitando sea revocada la medida apelada.

Consideraciones de Cámara:

I- La detención provisional es una medida cautelar con propósitos asegurativos, que evidencia una importancia especial dentro del derecho procesal, ya que compromete la libertad física de una persona; es por ello, que su aplicación se debe de dar de manera excepcional, siendo éste el último recurso a aplicar.

Los presupuestos que deben de concurrir para su adopción son el Fumus Boni Iuris y, el Periculum in Mora (o peligro en la demora, por el cual el procesado abuse de su libertad para eludir la acción de la justicia, o la obstaculice), siendo contemplados dichos recaudos en el art. 329 Pr.Pn.

II- En el caso in examine la apelante ha impugnado únicamente el segundo de los presupuestos enunciados, es decir, el peligro de fuga, no obstante ello, esta Cámara tiene la facultad de explorar ambos recaudos, mucho más cuando el fumus boni iuris puede tener incidencia en el periculum in mora y, por ello, ser determinante en la imposición de la medida que sufre el procesado.

En razón de lo anterior, es dable señalar que tanto el ente fiscal como el Juez inferior, coinciden en que la conducta del procesado Sergio Antonio S. L., se enmarca en las infracciones penales de acoso sexual y exhibiciones obscenas, por lo que habrá que relacionar los hechos para verificar si efectivamente concurren los dos tipos penales.

Surge de la entrevista de la víctima Karina Susana G. J., que el día seis de junio del presente año, ella se dirigía al mercado municipal de Apaneca, a eso de la una y cuarenta y cinco minutos de la tarde, cuando le faltaba como una cuadra para llegar, y como se dirigía sola, fue en ese momento que se encontró un señor que era primera vez que lo veía, quien andaba con una jaba en su hombro izquierdo, donde supuestamente llevaba conserva que vendía, y cuando vio a la entrevistada, éste se bajó la jaba de su hombro y se la colocó a la altura de la cintura, sosteniéndola con su brazo izquierdo y con la mano derecha se bajó el zíper de su pantalón que vestía y rápidamente se sacó el pene y se lo mostró, gritándole “no querés pene mi amor”, ante esta situación la entrevistada salió corriendo rumbo al mercado y el hombre la empezó a seguir, la deponente por momentos volvía a ver hacia el sujeto y se percató que el hombre corría con el pene de fuera y siempre le decía no querés pene mi amor; agrega que dicho sujeto vestía camisa color amarilla, siendo [...], del que no sabe su residencia, pero que en determinado momento lo puede reconocer nuevamente; aclarando que los hechos sucedieron en la calle central de Apaneca, rumbo al mercado municipal.

Corre agregada a fs.5, el acta aprehensión del señor Sergio Antonio S., por los agentes Jaime Castro Velásquez, Ezequiel Castillo y Douglas Alexander Jiménez García; ya que en momentos en que se encontraban realizando patrullaje preventivo, en el interior de la ciudad de Apaneca, a bordo de una patrulla, se les personó una joven de nombre Karina Susana quien les manifestó, que un sujeto que vestía camisa amarilla con rayas negras y un pantalón de lona color azul manchado, zapatos tenis cafés, de pelo colochó, le enseñó las partes genitales diciéndole palabras soeces, persiguiéndola y repitiéndole las mismas palabras; por lo que se procedió a la búsqueda del sujeto, localizándolo en el interior del parque municipal de Apaneca.

En fs. 13 y 14, constan entrevistas de los agentes Jaime Castro Velásquez y Douglas Alexander Jiménez García, quienes corroboran el contenido del acta de detención, así como la manifestación de la señora Karina Susana G. de que el ahora detenido le mostró las partes genitales, la persiguió y le decía palabras soeces.

Surge a fojas 15, acta de inspección ocular levantada en la calle principal Francisco Menéndez Oriente e intersección avenida central de la ciudad de Apaneca, a las dieciséis horas veinticinco minutos del día siete de junio del año en curso, por el agente Guillermo Orellana, donde hace constar: que es una escena de tipo abierta, clima fresco, día nublado, poca visibilidad, el lugar es empedrado, es una calle ubicada de oriente a poniente, a sus lados se encuentran varias

instalaciones de viviendas al parecer habitadas, ya que en esa calle colindan unos muros a los que no se les ve acceso a entrada a los mismos, las entradas están en la avenida central, seguido al rumbo de la calle en referencia se observa las instalaciones del mercado nacional de esa localidad.

III-Luego de lo anterior, procederemos al respectivo estudio de los tipos penales que se atribuyen al sindicado:

a) El art. 165 del Código Penal, regula como conducta de acoso sexual: “El que realice conducta sexual indeseada por quien la recibe, que implique frases, tocamiento, señas u otra conducta inequívoca de naturaleza o contenido sexual y que no constituya por sí sola un delito más grave, será sancionado con prisión de tres a cinco años...”

El ilícito mencionado tiene exigencias típicas tanto para el sujeto activo como para el sujeto pasivo.

El comportamiento típico del sujeto activo tiene que ver con que éste exteriorice “frases, tocamiento, señas u otra conducta inequívoca de naturaleza o contenido sexual”. Es decir, que el acoso sexual se configura a partir de la exteriorización del acosador de expresiones, roces físicos o cualquier acto que no trascienda materialmente la consumación del acto sexual.

Otro aspecto importante de la conducta exigida al sujeto activo es, que haya una actividad de hostigamiento en forma reiterativa; o sea, que no basta con que el acto se haya llevado a cabo en una sola oportunidad. Esto es congruente con lo que ha señalado la Sala de lo Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en la resolución clasificada bajo la referencia número 73-CAS-2004, pronunciada a las nueve horas y treinta minutos del día nueve de noviembre de dos mil cuatro, en la que se lee lo siguiente:

“(...) nos estamos refiriendo específicamente al Acoso Sexual, tipificado en el Art.165 Pn., que por definición, son propuestas, insinuaciones, o conductas que tienen el carácter de reiterativo, constantes, persistentes, continuos y de naturaleza sexual, que pueden ser verbales, físicas o visuales. ----- Existen muchas formas de acoso sexual, como a través de comentarios gráficos o degradantes, lenguaje de naturaleza sexual continuo y frecuente, exhibición de objetos o dibujos sexuales sugestivos o contactos físicos desagradables o abusivos de naturaleza sexual, como abrazos, tocamientos furtivos que no impliquen en sí mismo una agresión sexual. ----- Para una mejor ilustración en el acoso sexual, su naturaleza nace a partir de insinuaciones donde prevalecen las situaciones de relaciones de prevalimientos, como en el trabajo, en la escuela, etc.,

generando un ambiente hostil, donde se pueden presentar situaciones de favoritismos o beneficios condicionados a favores sexuales, lo que en doctrina se le llama, *quid pro qua*, es decir la solicitud de recompensa o comúnmente conocido como chantaje sexual (...)"

De igual manera, el tipo penal de acoso sexual exige para el sujeto pasivo, que sea indeseada para éste la conducta realizada por el sujeto activo.

En el caso sub examine, de las diligencias relacionadas y principalmente de la entrevista de la víctima Karina Susana G. J., se desglosa que los actos lascivos realizados por el imputado Sergio Antonio S. L., solo han sido por esa ocasión, pues la víctima claramente ha reconocido en su entrevista que tal sujeto era primera vez que lo veía; por lo que tales acciones de contenido sexual han sido aisladas y por lo tanto no reiterativas, en ese sentido, esta conducta no encajan en el supuesto de hecho de acoso sexual reglado en el art. 165 C.Pn.

B) El delito de exhibiciones obscenas reglado en el art. 171 Pn., puede entenderse definida como toda acción de naturaleza sexual que se materializa mediante la ejecución por parte del sujeto activo de actos lúbricos o de exhibición obscena, o indecorosa, en lugar público o expuesto al público o bien ante menores de dieciocho años de edad o deficientes mentales, conducta que igualmente abarca el hecho mismo de hacer ejecutar este tipo de actividades a otras personas.

En el caso de conocimiento, consideramos que la conducta realizada por el sindicado Sergio Antonio S. L., de mostrar a la víctima sus partes genitales y exteriorizarle frases de contenido sexual, y perseguirla por una calle cercana al Mercado Municipal de la ciudad de Apaneca, se enmarca en la descripción del tipo penal en comento.

Respecto de la probable participación del sindicado S. L., podemos decir que de las diligencias que en esta etapa se han recaudo, se colige la existencia de elementos bastantes de este extremo procesal, pues el mismo ha sido plenamente identificado por la víctima, quien aportó a los agentes la descripción física así como la forma en que vestía dicho sujeto, en virtud de lo cual fue ubicado y detenido.

Por lo anterior, estimamos que el *Fumus Boni Iuris* se ha configurado respecto de este delito.

IV- El *periculum in mora* fue sustentado por el funcionario judicial en los criterios de gravedad de ilícito, prohibición de sustitución del art.331 Inc. 2º Pr.Pn., ser de nacionalidad guatemalteco; y, posible obstaculización.

La gravedad de la pena a criterio de esta Curia no debe valorarse como un criterio absoluto para imponer la medida cautelar de detención provisional, porque, de ser así, se establecería una regla general para los delitos graves consistente en que a su comisión se impondría siempre la medida precautoria de la detención provisional; es por ello, que el criterio objetivo de gravedad de la pena como parámetro para inferir el riesgo de fuga debe ser valorada en conjunto con otros elementos que arroje la investigación y que hagan inferir un verdadero riesgo procesal.

En el caso de examen, es dable aclarar que el Jurisdicente inferior, estimó dicho criterio por estimar que la conducta del procesado se adecuaba a dos tipos penales, lo que fue modificado por esta Curia, por lo que este riesgo se ve disminuido.

Si bien es cierto, el delito de exhibiciones obscenas que se atribuye al procesado, es grave, ya que su penalidad oscila de los dos a cuatro años de prisión, empero, por las circunstancias en que se han desarrollado los hechos, estimamos que la consecuencia jurídica que le sobrevendría al procesado sería mínima; por lo que la imposición de la medida cautelar de detención provisional se vuelve desproporcionada, ello en razón del principio de proporcionalidad y necesidad (art. 5 Pr.Pn.) que rige las medidas cautelares «en el sentido de que se debe elegir la medida menos lesiva para la restricción de los derechos fundamentales, es decir, la que permita alcanzar la finalidad perseguida con el menor sacrificio de los derechos e intereses del afectado».

Atinente a la prohibición del inciso segundo del art.331 Pr.Pn. consideramos:

Es innegable que, por un lado existe la obligación constitucional de la investigación y el juzgamiento de los delitos y los delincuentes, lo que justifica la existencia del artículo 331 inciso segundo Pr. Pn.; empero, no debemos soslayar que del artículo 1 Cn. se desprende la “dignidad humana”, como derecho fundamental de todo imputado, el que se contrapone y tiene prelación sobre la referida obligación constitucional; y que, procesalmente se desarrolla en el artículo 3 Pr. Pn. y se materializa en la práctica mediante la aplicación del principio de proporcionalidad; en este sentido, estimamos, que si bien existe una prohibición en el artículo 331 inciso segundo Pr. Pn., respecto de la aplicación de medidas alternas en este tipo de ilícitos, empero, por las circunstancias en que acaecieron los estimamos que no revistió tanta peligrosidad, por lo que el quantum de pena sería potencialmente la mínima, por lo que se considera que no es procedente la aplicación del encarcelamiento preventivo; la expectativa del quantum de la pena puede ser menos severa; lo cual no significa “per se”, que el periculum in mora sea totalmente inexistente,

pues la simple dosimetría de la pena ya implica un riesgo procesal al que no podemos ser indiferentes, el cual puede contrarrestarse o neutralizarse con la aplicación de medidas alternas a la detención.

Respecto de la nacionalidad del sindicado de ser de origen guatemalteco, consideramos que dicha circunstancia no implica que automáticamente deba imponerse la medida gravosa, sino que deben conjugarse con otros elementos que arrojen el potencial riesgo de fuga o de obstrucción de la investigación, y existiendo indicios de que el sindicado Sergio Antonio S. L. reside actualmente en [...] (según requerimiento fiscal) estimamos que al imponerse las medida contenidas en el art. 332 3 y 4 Pr.Pn. puede estar sujeto al proceso.

En cuanto al riesgo de obstrucción de la investigación estimado por el Juez a quo, y basado en que el imputado puede influir en posteriores investigaciones en influir en la víctima; consideramos que dicho peligro no ha sido fundado por el Juez inferior, primero porque está presumiendo que en libertad puede influir en posible o futuras investigaciones; y no ha exteriorizado de qué manera puede influir en la víctima y testigo, para que se retracte de su dicho o cambie la versión de los hechos. Además, no existe evidencia de alguna acción por parte del investigado tendiente a evitar la investigación; en ese sentido apreciamos que no existe evidencia por el momento de la que pueda inferirse dicho riesgo.

Por lo anterior, consideramos que la detención provisional decretada por el juez inferior resulta desproporcionada, debiendo por ello revocarse; empero, para garantizar el éxito de la etapa de instrucción, las resultas del proceso y lograr la comparecencia de éste al juicio, debe imponerse medidas cautelares idóneas y distintas a la detención.

En virtud de lo expuesto, dispositivos legales citados y a lo que disponen los arts.329, 332, 341, 452, 453, 464, 465 Pr. Pn. esta Cámara RESUELVE: a) Revócase la medida cautelar de detención provisional impuesta a **Sergio Antonio S. L.**; por los ilícitos penales de **acoso sexual y exhibiciones obscenas** reglados respectivamente en los arts. 165 y 171 C.Pn, en detrimento de la libertad sexual de Karina Susana G. J.; b) Impóngansele las medidas cautelares distintas la detención únicamente por el delito de **exhibiciones obscenas**, consistentes en: 1-Presentarse cada ocho días al Juzgado de Instrucción de esta ciudad, 2 -Prohibición de salir del país por cualquier vía; 3- Prohibición de comunicarse con la víctima Karina Susana G. J., siempre que no afecte el derecho de defensa; c) Certifíquese la presente resolución a los Juzgados siguientes: Juzgado de

origen, Juzgado de Instrucción de esta ciudad; y, Segundo de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de la ciudad de Santa Ana. Hágase saber.

PRONUNCIADA POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LA SUSCRIBEN.