Inc. 62-2012 (5)

CÁMARA TERCERA DE LO PENAL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO, SAN SALVADOR A LAS QUINCE HORAS CON CINCUENTA Y CINCO MINUTOS DEL DÍA DIECISIETE DE ABRIL DEL AÑO DOS MIL DOCE.-

Por recibido el oficio número 728-4, de fecha trece de abril del año en curso, procedente del Juzgado de Primero de Instrucción de Soyapango, junto con doscientos once folios útiles en copias, repartidos en dos piezas, de la causa penal marcada bajo el número de referencia 0895011PPOR01-I01, instruida en contra del imputado **BRYAN ALEXANDER FLORES RIVERA**; a quien se le atribuye el delito de HOMICIDIO AGRAVADO, previsto y sancionado en los Arts. 128 y 129 numeral 3° del Código Penal, en perjuicio de la vida de NESTOR BALMORE VÁSQUEZ PORTILLO, mediante el cual se remite el recurso de apelación respectivo para que sea resuelto conforme a derecho corresponde.

Inconforme con la resolución que no impone medida cautelar alguna a favor del referido imputado, y deniega en consecuencia la medida de la detención provisional solicitada, la fiscal Licenciada NEMILI ATETUNAL DEODANES ARDÓN, con base a disposiciones legales pertinentes y el derecho a recurrir que le concede la Constitución de la República, interpone **RECURSO DE APELACIÓN** en contra de dicha resolución, la cual fue dictada en Acta de Audiencia Especial y de las catorce horas del día diez de abril del año en curso, que corre agregada de folios 192 a folios 195 del proceso penal que se analiza, ratificada y fundamentada en autos de las quince horas con cincuenta minutos del día diez de abril del año en curso, de folios 196 a folios 204 del proceso penal analizado.-

A) RESOLUCIÓN OBJETO DE APELACIÓN

El Juez que preside el Juzgado Primero de Instrucción de Soyapango en su resolución objeto de alzada y en cuanto a la denegatoria de la medida cautelar de la detención provisional solicitada por la fiscal del caso, expuso lo siguiente: ".....En el caso que nos ocupa, ciertamente se logra verificar la existencia del delito, y la amenaza penal que atenta la libertad ambulatoria del procesado supera la penalidad de tres años de prisión, catalogándolo como delito grave, no obstante lo anterior, es de advertir que aún cuando la sanción penal para el caso concreto oscila entre los treinta y cincuenta años de prisión, Bryan Alexander Flores Rivera se ha hecho presente a los requerimientos judiciales. El peligro de obstaculización en la investigación o la injerencia de Bryan Alexander Flores Rivera en los órganos de prueba es cuestionable, en cuanto el testigo

clave "Beatriz" goza del Régimen de Protección por parte del Aparato Estatal, de lo cual se colige que el procesado no tiene la suficiente capacidad para poder romper la reserva de la identidad nominal y física del testigo. De igual forma se logra advertir que los demás testigos de cargo ostentan puestos policiales y que de tal calidad se puede indicar que la injerencia de Flores Rivera en las conciencias de los testigos ofertados, puede ser perfectamente desvirtuada; aunado a ello, dichos testigos refieren a información de carácter técnica o periférica del hecho atribuido al indiciado, y no tienen el objetivo de individualización o imputación. Ante tales consideraciones se vuelve insostenible el planteamiento de la Representación Fiscal

B) FUNDAMENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La Fiscal Licenciada NEMILI ATETUNAL DEODANES ARDÓN expresó en síntesis el fundamento del recurso de Apelación de la siguiente manera: "...INOBSERVANCIA DE LA DISPOSICIÓN LEGAL DEL ART. 331 INC. 2 PR. PN. El Art. 331 Pr. Pn., prohíbe la sustitución de la detención provisional por otra medida cautelar, ya que de la lectura de dicho artículo se puede inferir que ante la gravedad del catalogo de delitos que establece dicha disposición no es posible imponer otra medida que no sea la detención provisional. Con el inciso segundo del Art. 331 Pr. Pn., se pretende equilibrar la protección procesal que se debe tanto al imputado como a las víctimas, y además, combatir en ello la delincuencia, impidiendo la libertad de movilidad a los imputados de esos delitos. (Sentencia de las 11:00 horas del día 15/02/02 Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro). Por tanto, si bien es cierto la detención provisional debe ser la excepción y no la regla general, la misma jurisprudencia salvadoreña expresa: "Para que el Juzgador llegue al convencimiento de que el o los imputados a los cuales se benefician con dichas medidas, no trataran de evitar la justicia o entorpecer la investigación, se debe tomar en cuenta las circunstancias personales de cada uno de ellos, es decir que haya comprobado fehacientemente su arraigo familiar, laboral y otras condiciones personales que de una manera inequívoca logren crear en el juzgador la certeza de que uno no evadirá la justicia o entorpecer el procedimiento (Sentencia de las 11:30 horas del día 26/07/01 Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro).-

1.- ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN

Al hacer la valoración respectiva se puede determinar que el recurso de apelación interpuesto por la representación fiscal, se encuentra dentro del término establecido en el Art. 465

Pr. Pn., y cumpliendo con las demás formalidades de ley que establecen los Arts. 452, 453 y 464 y siguientes del Código Procesal Penal relativos a la existencia del agravio, motivación del recurso, el acto procesal, decisión jurisdiccional o resolución impugnada y autoridad a quien se dirige el recurso; siendo procedente la viabilidad de dicho recurso en el presente caso, de conformidad a lo establecido en el Art. 341, Pr. Pn., y luego de analizados los elementos de procesabilidad antes enunciados, se declara **ADMISIBLE** el recurso de apelación respectivo, conforme a lo dispuesto en el Art. 467 Pr. Pn.-

2.- Esta Cámara, luego de analizados los argumentos que motivan el presente recurso de apelación, con base a la relación circunstanciada de los hechos y la sentencia recurrida hace las siguientes **CONSIDERACIONES:**

El caso concreto fue sometido a conocimiento de esta Cámara con anterioridad, habiéndose determinado por este Tribunal de Alzada que en el presente caso existen los elementos probatorios suficientes y necesarios para promover la fase de juicio, siendo razonable que los elementos de prueba con los que se cuenta hasta la fecha sean valorados mediante las reglas de la comunidad de la prueba (valoración integral de la prueba-desfile probatorio) y bajo los principios de inmediatez, oralidad, y concentración; ello con el afán de determinar si efectivamente tales elementos son suficientes y meritorios para la determinación de la culpabilidad a través de la presunta responsabilidad penal que se le atribuye al imputado **BRYAN ALEXANDER FLORES RIVERA**, en el delito de Homicidio Agravado en perjuicio de la vida y humanidad de Néstor Balmore Vásquez, y por consecuencia es procedente la imposición legal de la pena de prisión respectiva, o si por el contrario, tales elementos de prueba no son suficientes para revocar la presunción de inocencia de la que goza el procesado, debiendo absolvérsele de cualquier persecución y responsabilidad penal, siendo la fase de juicio, la etapa idónea para verificar tales circunstancias, como ya se fundamentó en la resolución anteriormente emitida por este Cámara.

Por otro lado, se aclara que el hecho por el cual la Cámara no se pronunció de la medida cautelar, al momento en que conoció del recurso de apelación y mediante el cual se sometió a conocimiento el fondo del presente caso, en el cual se revocó la decisión del juez a quo y se ordenó la habilitación de la etapa de juicio, fue en razón de que tal circunstancia procesal no era objeto de impugnación en aquel momento, y en vista de que deberá resolverse únicamente lo sometido a conocimiento del Tribunal de Apelaciones, sin excederse en las pretensiones hechas

por las partes, salvo excepciones, se decidió no pronunciarse respecto a la medida cautelar idónea a imponer en el presente caso, y dejar tal decisión a criterio del juez a quo.

Sin embargo, la parte apelante y acusadora en el proceso, no está de acuerdo con la decisión tornada por el Juez A quo en cuanto a no imponer medida cautelar alguna en contra del procesado por el delito de Homicidio Agravado, habiendo fundamentado tal decisión en la comparecencia del imputado a la Audiencia Especial respectiva, y su juramento de comparecer a futuras citaciones legales, por lo que se presenta ante esta jurisdicción y a través de la apelación correspondiente, el conocimiento de dicha decisión.

La detención provisional como medida cautelar extrema y mayormente gravosa adoptada por autoridad judicial, y que limita por naturaleza el derecho a la libertad, debe ser excepcional y con una función específica, por lo que la adopción de tal medida deberá estar siempre justificada y razonada debiéndose tener en cuenta ciertos elementos propios de cada caso.

En ese sentido la aplicación de la detención provisional procede cuando dentro del proceso se establecen dos presupuestos; por una parte, lo que doctrinalmente se conoce como "FUMUS BONI IURIS", o Apariencia de Buen Derecho, constituido por la verosimilitud del hecho imputado y la razonable atribución de la responsabilidad por el mismo a la persona contra quien se adopta la medida cautelar. En el proceso penal tal presupuesto se identifica con el juicio de imputación dispuesto en el Art. 329 inciso primero Pr. Pn., que está constituido por la existencia del hecho tipificado como delito y la probabilidad de participación del imputado en la comisión del mismo.

Los elementos de prueba con los que se cuenta y que han sido legalmente incorporados y admitidos en el presente proceso para amparar la imputación hecha en contra del imputado son los siguientes: Prueba Documental y Pericial: acta de reconocimiento de cadáver, reconocimiento médico forense de cadáver, Autopsia de cadáver, álbum fotográfico e inspección ocular de la escena del delito, acta de reconocimiento de rueda de fotografía y en rueda de personas por parte del testigo protegido con clave "Beatriz", acta de entrevista del testigo protegido con clave "Beatriz". Elementos que independientemente entre sí, comprueban la existencia del delito, y la probable participación del imputado en la comisión del mismo, por las razones legales que esta Cámara argumentó en la resolución que pronunció a las nueve horas del día veintisiete de marzo de este año, ya que existe por una parte la suficiente prueba para comprobar la existencia del delito de homicidio, la cual nunca se discutió por ninguna de las partes durante el procedimiento,

y por otra parte existe la prueba suficiente para comprobar la probable participación del imputado en la comisión del ilícito que se le atribuye; por cuanto, el testigo de cargo, que se encuentra bajo el Régimen de Protección de Testigos, bajo la clave "BEATRIZ", no ha dudado en reconocer al referido imputado por distintos medios e instancias del proceso, vía fotografía, y en atención al debido proceso, en rueda de personas, lo que ha permitido a su vez y mediante el historial de la Policía identificarlo; elementos de prueba a partir de los cuales para este Tribunal es procedente la continuación del proceso en la fase de Juicio.-

Por otro lado, y como segundo elemento para la procedencia de la interposición de la medida cautelar de la detención provisional, se encuentra lo que doctrinalmente se conoce como **PERICULUM IN MORA**; es decir, el daño jurídico que viene determinado por el retardo en el procedimiento derivado del peligro de fuga o evasión del imputado; presupuesto según el cual para poder decretar la prisión preventiva, es necesario comprobar que existe el riesgo inminente que el procesado pueda sustraerse del proceso penal en el cual es señalado como autor de un hecho punible; en otras palabras, este presupuesto representa un carácter cuantitativo ya que el peligro de evasión de un acusado aumenta en la medida que el hecho cometido es de mayor gravedad y como consecuencia la posible pena a imponer se vuelve más gravosa; y se rige por los elementos comprendidos en el inciso segundo del Art. 329 Pr. Pn., requisitos de carácter objetivos y subjetivos para su aplicación legal,

En cuanto a este requisito de procesabilidad propio de la detención provisional, la Cámara analiza dentro de los elementos subjetivos el hecho que hasta la fecha la defensa técnica del imputado no ha presentado ningún tipo de arraigo a favor del imputado, ofertando únicamente durante el desarrollo de la Audiencia Preliminar y Especial testigos de descargo que a la fecha no han rendido su declaración, y que por tanto, hasta la fecha no se pueden valorar en afán de establecer cierta credibilidad de que el imputado no se sustraerá del procedimiento, siendo que la comparecencia del imputado a la audiencia especial a la cual se le convocó, así como la declaración jurada que prestó durante el desarrollo de dicha audiencia y que está plasmada en el acta respectiva, no son motivos legales suficientes para hacer presumir que el mismo se someterá a futuras convocatorias que desacrediten consecuentemente el peligro de fuga y que frustren los intereses del proceso penal que se instruye en su contra, por la etapa decisiva en la que se encuentra el mismo y para no interferir en los elementos de prueba de cargo con los que se cuenta hasta el momento; por otro lado, en cuanto a los elementos objetivos, se analiza la alarma social

que causa el delito, por cuanto se trata de un homicidio que fue cometido mientras se desarrollaba un partido de futbol, en presencia de una cantidad considerable de personas y cuyo acto causó conmoción, temor, y rechazo por parte de los presentes. Por último, en cuanto a la gravedad de la sanción del delito de HOMICIDIO AGRAVADO, esta va comprendida desde los treinta años hasta los cincuenta años de prisión, siendo una de las penas más graves impuestas por el Legislador en el Código Penal, por la gravedad que obedece a la naturaleza del delito

Aunado a los razonamientos hechos anteriormente, y en atención al principio de legalidad, según lo dispuesto precisamente en el inciso segundo del Art. 331 Pr. Pn. que establece taxativamente que para el delito de Homicidio Agravado no se sustituirá la medida de la detención provisional por cualquier otra medida distinta; para este Tribunal existe fundamento amparado en la ley para decretar por tanto la detención provisional, ya que la citada disposición se constituye como uno de los criterios objetivos que amparan legalmente la imposición de la medida cautelar de la detención provisional en contra del referido imputado, y no obstante para algunos tratadistas esta disposición violenta el principio de inocencia al determinar taxativamente delitos no excarcelables, partiendo de la base que se trata de una pena anticipada, la regla de prohibición que se analiza, no contiene propiamente supuestos de delitos no excarcelables, sino más bien un riesgo "ex lege"; es decir, un riesgo de fuga basado en la gravedad del delito que impide sustituir la detención provisional por una medida alternativa; así mismo existe jurisprudencia emitida por la Sala de lo Penal que declara que dicha disposición no violenta normas de carácter constitucional ya que no se trata de una pena anticipada; y no obstante se toma en consideración el principio de excepcionalidad y se valora lo prescrito en el Art. 144 de la Constitución de la República, en concordancia con el Art. 7.5 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Art. 4.1 de las Reglas Mínimas de la Detención Provisional conocidas como Reglas de Tokio, tratados de carácter internacional ratificados por El Salvador, en los cuales se ha dejado claro que la detención provisional no es la regla general, y que la libertad de los procesados podrá estar subordinada a garantías que aseguren su presencia al juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo; la excepcionalidad de la detención provisional no puede aplicarse forzosamente en todos los delitos y como una constante, puesto que el citado principio de excepcionalidad no implica que en todo delito, sin distinción alguna, proceda la sustitución de la detención provisional sólo porque la normativa internacional

así lo indique.

Por lo que en atención a los argumentos expuestos anteriormente y sobre la base del principio de legalidad y comprendido en el Art. 331 Pr. Pn., en cuanto a que existe una prohibición predeterminada por el legislador para otorgar la libertad al o los imputados en delitos graves, como el previsto en el caso concreto, que a su vez está vinculado con los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, y el hecho que hasta la fecha no se tiene una certeza o aseguramiento de la finalidad que se persigue con la imposición de medidas alternas a la detención provisional en contra del procesado, siendo que el proceso se encuentra en una etapa decisiva, es procedente la imposición de la **DETENCIÓN PROVISIONAL** en contra del imputado **BRYAN ALEXANDER FLORES RIVERA.**

POR TANTO: Vistas las razones anteriormente expuestas, disposiciones legales citadas, y los Arts. 144, 341 y 459 Pr. Pn., ésta CÁMARA RESUELVE: **A) ADMÍTASE** el recurso de apelación interpuesto por la representación fiscal Licenciada **NEMILI ATETUNAL DEODANES ARDÓN**, de conformidad a lo dispuesto en los Arts. 341, 452, 453, 464 y 467 Pr. Pn.; **B) REVOQUESE** la decisión del Juez Primero de Instrucción de Soyapango en cuanto a no imponer medida cautelar alguna y en consecuencia **DECRETASE LA DETENCIÓN PROVISIONAL** en contra del imputado **BRYAN ALEXANDER FLORES RIVERA;** por la presunta comisión del delito de **HOMICIDIO AGRAVADO**, previsto y sancionado en los Arts. 128 y 129 numeral 3° del Código Penal, en perjuicio de la vida de **NESTOR BALMORE VÁSQUEZ PORTILLO**; **C) Ordénese** al Juez Primero de Instrucción de Soyapango **GIRAR LA ORDEN DE CAPTURA** correspondiente a la Policía Nacional Civil, en contra del referido procesado. **D) REMITASE** consecuentemente la certificación de la presente resolución junto con las copias del proceso penal al Juzgado Primero de Instrucción de Soyapango, para lo cual deberá librarse el oficio correspondiente.

NOTIFÍQUESE.