

237-P-18

CÁMARA DE LO PENAL DE LA CUARTA SECCIÓN DEL CENTRO, SANTA TECLA,
a las once horas dieciocho minutos del día doce de enero de dos mil diecinueve.-

Por recibido, el día 06 de julio de 2018, el Oficio N° 1847, procedente del Tribunal de Sentencia de Chalatenango, por medio del cual remite el proceso penal constando de 515 folios dividido en tres piezas, bajo referencia de origen **240-12-2017-3**, instruido en contra del imputado **EOVC**; a quien se le atribuye el ilícito penal de **VIOLACION EN MENOR O INCAPAZ en la modalidad de delito continuado**, en perjuicio de la menor *********, cuyo nombre se omite en cumplimiento a los Arts. 106 No. 10 CPP., 46 y 47 LEPINA y Art. 8 reglas de Beijing, siendo representada legalmente por su madre *********.

Remisión que tiene como objeto resolver **EL RECURSO DE APELACIÓN** presentado por los licenciados JULIO CESAR ORELLANA RIVERA y RICARDO ALBERTO MIRANDA MIRANDA, en su carácter de defensores particulares del imputado en el presente proceso, y en contra de la **SENTENCIA CONDENATORIA**, dictada el día 11 de junio de 2018.

DATOS DEL IMPUTADO:

EOVC, de 20 años de edad, soltero, agricultor, originario del municipio de La Palma, departamento de Chalatenango, e hijo de los señores SVM y BNCP, residente en Caserío Las ********* del Cantón Los Horcones, municipio de La Palma, departamento de Chalatenango.-

I. JUSTIFICACIÓN DEL PLAZO PARA RESOLVER.

Esta Cámara deja constancia que la presente resolución es emitida hasta esta fecha en razón de varios factores, uno de ellos es la carga laboral que se nos ha incrementado, según se puede corroborar en los libros de ingreso de procesos de esta sede judicial, muestra de dicha carga es la creación del Tribunal Segundo de Sentencia en esta sede judicial, precisamente por el exceso de trabajo, el cual desemboca únicamente ante esta Cámara; lo que ha llevado a tener que redistribuir carga laboral; y finalmente, aun cuando es un argumento de naturaleza administrativa, no por ello deja de ser menos importante y es el hecho que en esta Cámara los colaboradores tienen que compartir equipo de computadoras; ello definitivamente incide en los tiempos de respuesta. La **Sala de lo Constitucional** en sentencia bajo referencia **49-2000**, de fecha 22 de marzo del 2000, ha considerado que para estar en presencia de una dilación indebida, el Tribunal que conoce la causa tuvo que haber creado los denominados “plazos muertos”, es decir, haber dejado transcurrir el tiempo, permaneciendo inactivo sin realizar diligencias dentro del referido

proceso **injustificadamente**; al señalar en la referida sentencia que: “*finalmente, la actitud del órgano judicial, que sin causa de justificación alguna, dejó transcurrir el tiempo sin impulsar del oficio el procedimiento, sin emitir su resolución de fondo, u omitió adoptar medidas adecuadas para conceder la satisfacción real y práctica de las pretensiones de las partes...*”; esa ha sido la línea jurisprudencial – que también esta Cámara comparte- pero en el presente caso no ha sido descuido de esta Cámara, sino por la carga laboral, en cuanto a que aún se están tramitando casos de probidad como si fuéramos Primera Instancia, casos civiles de apelación con realización de audiencias orales diarias, recursos de apelación de diferente naturaleza en materia penal, Habeas Corpus, entre otros, habiendo informado a la Corte Suprema de Justicia de la necesidad de apoyo, el cual aún está pendiente que se nos conteste; motivo por el cual no puede colegirse que en este caso se haya originado una dilación indebida.

I.) RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SENTENCIA.

El señor Juez motivó su sentencia en los siguientes términos: “...*la prueba en este caso se limita a la testimonial de la víctima rendida en Cámara Gessel y de los testigos ***** y ***** rendidas durante el juicio; así como la pericial consistente en pericia médica, pericia de evaluación psicológica y pericia de ADN, y la documental consistente en certificación de partidas de nacimiento de G***** y de su hija M*****, así como partida de nacimiento del acusado. Esa prueba, ...resulta además de creíble, suficiente para demostrar los hechos que han sido acusados. En primer lugar, consideramos la prueba pericial de ADN. ...la genética es una ciencia que ha sido capaz de descubrir que la estructura del ADN es única en cada ser humano y por tanto resulta un medio eficaz para su identificación. ,,En este caso la pericia arroja, indudablemente la conclusión de que el señor VC es el padre de la niña M***** hija de la víctima ...En su declaración que podemos reconocer como legítima a pesar de las alegaciones formuladas por la defensa en la etapa incidental, la víctima hace una narración de los hechos que resulta coherente y consistente con lo que ha expresado en otras ocasiones en las que ha tenido que relatar lo sucedido, como es la pericia psicológica, ...esa coherencia y consistencia es precisamente signo de veracidad en su narración, como lo ha advertido el perito psicólogo al expresar que hay indicadores de verdad en su relato. Pero, más importante que esos signos, es la relación de esa declaración con la pericia de ADN. La víctima dice en su declaración que como resultado de sostener relaciones sexuales con el acusado quedó embarazada, ...Esta persona ubica en su relato dos hechos concretos: uno el día veinticuatro de*

diciembre de dos mil quince, y otro en el mes de julio de dos mil dieciséis. Sobre el primero ha dicho que ocurrió cuando fueron a llevarle serenata o “cantarle las mañanitas” a una persona de la comunidad religiosa a la que ellos pertenecían y luego de un rato, ambos, víctima y acusado se retiraron al vehículo del último, donde sostuvieron relaciones sexuales. ...para este tribunal y conforme a las reglas de la experiencia común ninguna duda cabe que cuando la víctima habló de relaciones sexuales se refirió a acceso carnal específicamente cuando también dijo que era su primera vez. ...El otro evento también fue sin duda un acceso carnal, pues es precisamente el que provocó el embarazo de la víctima y posterior nacimiento de su hija... Con la prueba indicada, entonces sin lugar a dudas ha ocurrido el acceso carnal del acusado en la víctima. Pero, también es posible admitir que el acceso carnal ocurrió cuando la víctima era menor de quince años. ...Sabemos por la certificación de la partida de nacimiento de la adolescente, ...que ella nació el día 12 de julio del año 2003; y si consideramos que M*****, hija de la víctima y del acusado, nació el día 6 de abril del año 2017, hemos de entender que, considerando los nueve meses de que ordinariamente demora la gestación de un ser humano, la concepción de esa niña ocurrió en el mes de julio del año 2016, tal como lo dijo la propia víctima en su declaración y fue reafirmado por la madre de ella, ...al señalar en su testimonio que al observar un atraso en la menstruación de su hija, en el mes de agosto del año 2016, decidió llevarla a un laboratorio para hacerle una prueba de embarazo, la cual resultó positiva. Entonces cuando ocurrió la concepción de la niña M*****, su madre solo tenía trece años de edad. Y puede entenderse que tenía doce años de edad, ...cuando ocurrió el primer acceso carnal al que se ha referido y que situó en el día veinticuatro de diciembre del año dos mil quince. Por tanto la víctima si era menor de quince años cuando sostuvo accesos carnales con el acusado VC, según lo ha demostrado la prueba. ...ANALISIS SOBRE EL TIPO PENAL Y JUICIO DE TIPICIDAD. (...) Dicho lo anterior, podemos ahora expresar que aun cuando el delito antes indicado se encuentra insertado en el contexto de delitos contra la libertad sexual, la inclusión en la descripción típica de ese delito, de circunstancias personales del sujeto pasivo como la edad o su estado mental, hacen evidente que el bien jurídico protegido en ese caso no necesariamente lo ha de ser la libertad sexual, pues se trata de personas que por sus peculiaridades no se encuentran en condiciones de determinar válidamente su voluntad en relación con sostener encuentros sexuales con otras personas, que impliquen o no el coito o acceso carnal; por ello, lo que se protege en estos supuestos es la indemnidad o intangibilidad

sexual de los menores o de los incapaces, que está referido al derecho de esas personas, a desarrollar su comprensión o, en todo caso, el derecho que tienen a que, bajo ninguna circunstancia, se establezca una relación de índole sexual con ellas, implique o no el coito o acceso carnal. Por eso mismo es que la presencia de violencia, como medio para doblegar la voluntad, en estos casos resulta completamente prescindible; porque la ausencia de voluntad en relación con los actos de connotación sexual a los que es sometido el sujeto pasivo por parte del sujeto activo, está determinada no por el empleo de violencia, sino por aquellas circunstancias personales del sujeto pasivo, como la edad, la enajenación mental o la inconsciencia. Las personas que se encuentran en cualquiera de esas circunstancias no están aptas para ejercer su derecho de libertad sexual. Encontramos, pues, una primera razón para entender que los hechos acusados por la representación fiscal pueden ser calificados como un delito de Violación en Menor o Incapaz, en tanto que el sujeto pasivo de ese hecho, ha sido una persona menor de quince años de edad, lo cual le incapacita para tomar decisiones válidas en relación con su sexualidad. Y tal circunstancia ha sido demostrada a través de las certificaciones de partidas de nacimiento de la víctima y de su hija, así como con la declaración de la víctima y con la pericia de ADN, que fijan los eventos en el momento en que ella sólo contaba con doce años de edad y es embarazada cuando sólo tenía aproximadamente trece años de edad. Eso significa que respecto de ella no podría ofenderse su derecho de libertad sexual, porque no se encuentra en condiciones de ejercerlo, más bien lo que se lesiona con cualquier ataque sexual realizado contra esa persona, es su derecho a una indemnidad sexual. Adicionalmente a lo expresado antes, debe entenderse que dada la naturaleza del delito de Violación en Menor o Incapaz, es imprescindible que la prueba vertida en juicio haya podido demostrar no sólo que la víctima fue una persona menor de quince años, sino también, y más importante aún, que sí se produjo un acceso carnal. Pero, tal como ya lo dejamos planteado en el apartado relativo a la valoración de la prueba, sí se ha demostrado plenamente que la víctima fue accesada carnalmente, lo ha declarado ella y además está confirmado con su embarazo y posterior nacimiento de una niña. Es imprescindible recordar que todos los delitos comprenden no solo unos elementos objetivos, como los que ya mencionamos en relación con el delito imputado en este caso – sujeto pasivo menor de quince años, acceso carnal – que resultan perceptibles a través de los sentidos, sino también elementos subjetivos que, en este caso se limita al dolo. ... **V. ANTIJURIDICIDAD**, Las valoraciones que hemos formulado antes, al referirnos a la calificación de los hechos probados, nos dan cuenta de

que ese comportamiento es completamente antinormativo; porque se ha realizado contra la prohibición contenida en la norma penal que ya identificamos; pero, además también es predicable respecto de esa conducta su completa antijuricidad, en tanto que no es posible reconocer norma alguna dentro de todo nuestro ordenamiento jurídico que habilite a un particular a sostener relaciones coito-vaginales con una persona menor de quince años.- **VI. CULPABILIDAD.** En un Estado democrático de Derecho, las normas penales están dirigidas a motivar a los ciudadanos contra el delito; es decir, a determinarlos a que ajusten su conducta de tal manera que no infrinjan las normas que prohíben la lesión de bienes jurídicos ajenos. Por eso, ese llamado de motivación a no delinquir exclusivamente ha de estar dirigido a personas con capacidad, a personas en las que no exista ninguna disfunción psicológica que les impida la posibilidad de conocer y comprender el mensaje normativo. Por otro lado, únicamente una persona que carece de alteraciones psicológicas, puede luego tener conciencia de la ilicitud de su conducta y, además, ajustar su comportamiento a esa conciencia. En este caso, advertimos que en el joven VC no concurre, o cuando menos no se ha demostrado, ninguna perturbación psíquica que le impida tener capacidad de conocer la prohibición y por tanto, también tenía las capacidades intelectivas y volitivas para advertir la ilicitud de su conducta. Para cualquier persona, en un estado de normalidad psíquica, resulta posible conocer que tener relaciones sexuales con una persona menor de quince años de edad es completamente ilícito. Por tanto, si en el acusado no concurre ninguna alteración psicológica, también podía comprender y tener conciencia de la ilicitud de su proceder. Entonces, sí puede concluirse que el joven VC ha obrado de manera culpable y por tanto debe asumir su responsabilidad personal por el delito cometido; ...La condena del señor EOVC le coloca ante la imposibilidad de ejercer de manera efectiva sus derechos de ciudadano, por tanto, ...ha de ser condenado también a sufrir la pena accesoria de inhabilitación absoluta referida a la pérdida de sus derechos de ciudadano, por el mismo tiempo fijado para la pena principal, que es de VEINTE AÑOS DE PRISION ...el suscrito Juez de Sentencia de emite el siguiente **FALLO: I)** Se declara culpable a EOVC, por el delito de VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ en la modalidad de delito continuado, tipificado en los artículos 42, 72 y 159 del Código Penal, en perjuicio de la indemnidad sexual de la adolescente G*****, en consecuencia se le impone la pena de VEINTE AÑOS DE PRISION, ...**II)** Asimismo se le condena al señor EOVC a la pena accesoria de inhabilitación absoluta que implica la pérdida de los derechos de ciudadano, ...**III) DECLARASE LA**

RESPONSABILIDAD CIVIL EN ABSTRACTO, contra el señor EOVC, para lo cual, una vez firme la presente sentencia, la víctima o sus representantes quedan facultados para seguir el trámite correspondiente ante el Juez de lo Civil o el Juzgado de Primera Instancia competente; ...”

II.) ARGUMENTOS DE LOS APELANTES.

Los recurrentes alegan en su recurso lo siguiente: “...**VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO (VULNERACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 2 INCISO 1° DE LA CONSTITUCIÓN Y 1 DEL CPP)**. ... En el caso que nos ocupa, la sentencia condenatoria dictada en contra de nuestro defendido el joven EOVC, se ha proveído con infracción de la estructura básica del proceso penal, esto es, del debido proceso, por cuanto se han vulnerado los principios de inmediación, contradicción e inclusive el derecho de defensa, al haberse autorizado el Anticipo de Prueba Testimonial en Cámara Gesell de la víctima G***** y, posteriormente, haberse valorado dicho testimonio de cargo por parte del Tribunal Sentenciador. En primer lugar, tal como consta a **folio 183** del expediente judicial, el Juzgado de Primera Instancia de Tejutla, mediante resolución proveída el día ocho de septiembre de dos mil diecisiete, resolvió autorizar el Anticipo de Prueba Testimonial en Cámara Gesell de la víctima G*****, sin ninguna fundamentación, es decir, no fundamentó ni siquiera mínimamente la concurrencia de los presupuestos legales para la autorización del anticipo de prueba; esta falta de fundamentación produce la nulidad absoluta de dicho Auto conforme a lo previsto en el CPP. El artículo 144 del CPP señala en su inciso 1° que “**Es obligación del juez o tribunal fundamentar las sentencias, los autos y aquellas providencias que lo ameriten**”; aclarando en su inciso segundo, que “La fundamentación expresará con precisión los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones tomadas”. Esta disposición legal es ilustrativa en cuanto al contenido de la obligación de fundamentar las resoluciones que le compete al juez, pues en su inciso tercero advierte, ...En la Jurisprudencia de la Honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en relación al deber de fundamentación de las resoluciones judiciales, se ha señalado: “Este tribunal también se ha referido a la obligación específica de las autoridades jurisdiccionales de motivar sus resoluciones (...) Dicha exigencia deriva de los **derechos a la seguridad jurídica y de defensa**, contenidos respectivamente en los artículos 2 y 12 de la Constitución; e implica que la autoridad judicial debe respetar los derechos fundamentales de los enjuiciados, garantizando que éstos conozcan los motivos que la inducen a

*resolver en determinado sentido y por consiguiente sea factible impugnar su contenido mediante los mecanismos que la ley prevé” (Sentencia de Hábeas Corpus, Ref. 42-2009, del 13 de abril de 2014.) Considerando lo anterior, se puede concebir que la falta de fundamentación de las resoluciones judiciales produce en ellas una nulidad de carácter absoluta, por cuanto implica a su vez vulneración de los derechos de seguridad jurídica y defensa; por consiguiente, al construir nulidad absoluta puede declararse inclusive de oficio, en cualquier estado o grado del proceso. Resulta que la defensa técnica, ante el Auto de autorización del anticipo de prueba proveído por el Juzgado de Primera Instancia de Tejutla, presentó escrito oponiéndose a dicho anticipo probatorio tal como consta a **folios 192 y 193** del expediente judicial, por considerar que con ello se vulneraban los principios de inmediación, contradicción y defensa. Sin embargo, dicho Juzgado de Primera Instancia luego de darle el trámite de revocatoria a dicha oposición, resolvió declarar no ha lugar a la misma, confirmando la realización del Anticipo de Prueba Testimonial en Cámara Gesell de la víctima G*****. De igual manera, en la etapa incidental de la Audiencia de Vista Pública la defensa técnica alegó la nulidad absoluta del Auto del Juzgado de Primera Instancia de Tejutla, en el que autorizó el referido anticipo de prueba y, a la vez, se solicitó la exclusión probatoria de dicho testimonio; sin embargo, el Tribunal sentenciador declaró no ha lugar a la solicitud de declaratoria de nulidad absoluta del Auto mencionado y de exclusión del referido medio de prueba, ante lo cual la defensa técnica oportunamente interpuso el recurso de revocatoria, la cual fue declarada no ha lugar. En ese orden de ideas, es posible afirmar que la sentencia condenatoria dictada en contra de nuestro defendido el joven EOVC, se ha pronunciado con violación del derecho de defensa por cuanto el Auto que autorizó el Anticipo de Prueba Testimonial en Cámara Gesell de la víctima G*****, carece totalmente de fundamentación, y dicho testimonio rendido de manera anticipada fue valorado por el Tribunal sentenciador para fundamentar la condena de nuestro defendido. En tal sentido, el A quo no resolvió lo que era procedente, declarar la nulidad absoluta del Auto que autorizó el anticipo de prueba y excluir el elenco probatorio a valorar dicho testimonio practicado de manera anticipada. En segundo lugar, el Anticipo de Prueba Testimonial en Cámara Gesell de la víctima G***** se realizó sin que concurrieran los presupuestos legales. La doctrina, la jurisprudencia y el mismo CPP establecen que, por regla general, la prueba se practica en la Vista Pública para garantizar los principios de inmediación y de contradicción, y sólo de manera excepcional podrán producirse de manera anticipada al*

juicio, cuando concurren los requisitos establecidos en la ley. ... Por otra parte, el mismo artículo 305 numeral 5 del CPP establece que cuando el testigo fuere menor de doce años de edad, el anticipo procederá “previo de dictamen psicológico o psiquiátrico, que evalúe su condición física y psicológica”; sin embargo, en el peritaje psicológico que se le realizó a G***** por el perito Lic. CEPG, que corre agregado a folios 14-17 del expediente judicial, en las conclusiones no se dictamina que ella no pueda someterse a interrogatorio en vista pública, no se establece que ella sea susceptible de revictimización, mucho menos se recomienda el uso de la Cámara Gesell, y en general no se encontraron indicadores emocionales de trauma psicológico; lo único que concluye el perito es que su capacidad de rendir testimonio está conservada al igual que su capacidad intelectual. Por consiguiente, no concurría de ninguna manera el presupuesto de anticipo de prueba establecido en el artículo 305 numeral 5 del CPP. Por lo anterior, la afectación a los principios de inmediación y contradicción es ilegítima, por cuanto el anticipo de prueba se llevó a cabo sin que concurrieran los requisitos de irreproducibilidad, urgencia y necesidad. Es más, si lo que se, pretendía era proteger a la víctima de una revictimización, bastaba con ordenar que el testimonio se rindiera en Cámara Gesell pero no bajo la modalidad de anticipo de prueba como se ha señalado en la jurisprudencia, aunque el mismo artículo 106 numeral 10) literal e), establecen que este derecho de rendir testimonio en ambientes no formales ni hostiles y a no ser interrogado personalmente por el imputado, constituye un derecho de la víctima cuando ésta fuere menor de doce años de edad. Sin embargo, aplicando el principio de proporcionalidad bastaba con garantizarle a la víctima que rindiera su testimonio en Cámara Gesell para garantizarle protección, y no autorizar dicho testimonio bajo la modalidad de anticipo de prueba, porque no era necesario, y de esta manera se hubiese respetado el principio de inmediación. ... Como es sabido, nuestro CPP reconoce los principios de legalidad y de licitud de la prueba. El primero dichos principios está referido a que los elementos de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y normas previstos en la ley; el segundo, es decir, el principio de licitud de la prueba, en cambio, implica que todo elemento de prueba debe obtenerse con respeto a los derechos o garantías fundamentales. El artículo 175 del CPP, expresamente reconoce el principio de licitud de la prueba al disponer lo siguiente: “... En el caso que nos ocupa, **el A quo valoró y fundamentó la sentencia condenatoria dictada en contra de nuestro defendido en el Anticipo de la Prueba Testimonial de la víctima,** prueba que se autorizó y practicó sin que

concurrieran los presupuestos establecidos en el CPP para llevar a cabo dicho Anticipo probatorio, por consiguiente, **la sentencia se ha fundamentado en prueba ilícita**, por lo que la misma debe ser anulada. Al haberse dictado la sentencia definitiva con vulneración del derecho de defensa y de los principios de inmediación y contradicción, es procedente que la Honorable Cámara resuelva declarar nula la sentencia y ordene la reposición de la Audiencia de Vista Pública.(...) **VI. PETITORIO** ...A LA HONORABLE CAMARA DE SEGUNDA INSTANCIA ...considerando el motivo de impugnación alegado y de conformidad al artículo 475 del CPP, resuelva anular la sentencia definitiva condenatoria y ordene la reposición de la audiencia de vista pública.”

III.) CONTESTACIÓN DEL RECURSO.

La representación fiscal por su parte y en lo medular contestó el recurso de apelación de la siguiente manera: “...De la lectura del recurso interpuesto, se advierte que para el recurrente se han vulnerado los principios de inmediación, contradicción e inclusive el derecho de defensa, por haber autorizado el Anticipo de Prueba Testimonial en Cámara Gesell de la víctima, y que el Juez sentenciador valoro dicho testimonio. Con respecto a este punto la defensa en su momento procesal oportuno interpuso recurso de revocatoria, el cual fue declarado no ha lugar, así como también vía incidental en la vista pública la defensa plantea nulidad de resolución emitida por el Juzgado de Primera Instancia, Tejutla, en donde se ordenó el anticipo de prueba testimonial de la víctima, y plantea la exclusión de ese anticipo de prueba, argumentando la defensa que el art. 12 de la Const. Establecer el juicio previo, contemplando además que la prueba se recibirá en el juicio, el anticipo de prueba le afecta el principio de inmediación judicial, ya que no se practica ante el Juez Sentenciador. Sobre este punto la defensa deja de lado que el art. 305 inciso 1) ...Art. 57 literales m) ...de la Ley Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres (LEIV). Dicho anticipo de prueba ...fue autorizada por el Juzgado de Instrucción, dado que reunía todos los requisitos legales. ...el Juez de Sentencia, para imponer una sentencia condenatoria no solo valoro la prueba testimonial, documental, sino también valoro la prueba pericial consistente en el resultado de ADN, ...en el presente caso el perito en su peritaje concluyo que el señor VC es el padre de la niña hija de la víctima. Dicha pericia ha sido practicada por especialistas, con procedimientos e insumos acordes con los estándares y protocolos establecidos para el mismo. ...Ante ello, considero que la Señora Jueza de Instrucción en su momento procesal oportuno ordeno y autorizo el anticipo de prueba de la declaración en

cámara gesel de la víctima, dado que reunía todos los requisitos de ley. Así como también el Juez de sentencia hizo de forma adecuada y oportuna la valoración de la prueba en base a las reglas de la sana crítica, experiencia común, ...por lo que dentro de la aplicación de las reglas de la sana crítica el Juez debe darle a un elemento o medio de prueba los alcances que le corresponden, ello equivale a efectuar una valoración integral de todos los elementos probatorios disponibles. ...Y no como alega la defensa material del acusado en cuanto que la sentencia se ha fundamentado para ellos en prueba ilícita. ...La defensa material en su recurso de Apelación pretende ...que la Honorable Cámara anule la sentencia condenatoria de su acusado y ordene la reposición de la audiencia de vista pública. ...De conformidad a las disposiciones antes citadas ...PIDO: ...3. Confirméis la sentencia recurrida donde se encuentra culpable al imputado donde se le impone la pena de VEINTE AÑOS DE PRISION y responsable civil en abstracto.”

IV.) ANÁLISIS SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN.

La resolución de la que se está apelando es una **sentencia definitiva**, la cual es apelable de conformidad a los Arts. 468 y 469 CPP., por lo que se cumple con el requisito de impugnabilidad objetiva.

La sentencia fue notificada a los defensores el **12 de junio de 2018**, tal como consta a fs. 498 de la 3ª. pieza, y siendo que el recurso fue presentado el **25 de junio de 2018**, este fue **presentado en tiempo**, bajo el cómputo de diez días hábiles que la ley establece, Art. 470 Inc. 1 CPP.

Por otra parte, los recurrentes, Licenciados Julio César Orellana Rivera y Ricardo Alberto Miranda Miranda, son **Defensores Particulares** del imputado, por lo que de acuerdo a lo establecido en el Art. 452 CPP., están **facultados** para apelar.

En relación a las **disposiciones objetadas**, aunque los apelantes no lo expresen, por el desarrollo que han hecho del recurso en su escrito, se adecúa a lo regulado en el Art. 400 numeral 3) CPP, que dice: “*Los defectos de la sentencia que habilitan la apelación, serán los siguientes: ...3) Que se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio.*”

Los MOTIVOS de IMPUGNACION que alega la parte apelante recae en los siguientes puntos: **1)-Cuestiona que la resolución del juez de Primera Instancia de Tejutla de haber autorizado el ANTICIPO DE PRUEBA en Cámara Gesell en la víctima menor de edad, sin ninguna fundamentación es causal de nulidad absoluta, y que le pidió revocatoria de dicha**

decisión pero dicho juez rechazó la misma; 2)-Alega que en la etapa de incidentes en visita pública, le solicitó al Sr. Juez de Sentencia **la exclusión de esa prueba**, pero se la declaró no ha lugar, de lo cual también presentó recurso de revocatoria y de igual manera se le denegó; 3)- Alega que dicho ANTICIPO DE PRUEBA se practicó sin que concurrieran los presupuestos legales del art. **305 CPP**, pues solo de manera excepcional se debe acudir al **anticipo de prueba** por cumplirse los requisitos de irreproducibilidad, urgencia y necesidad y el perito nunca recomendó que a la víctima se le tomara declaración en Cámara Gessell, en ese orden no se garantizó la inmediación y contradicción, ni el derecho de defensa del imputado, por ende considera que la sentencia se ha fundamentado en prueba ilícita.

En cuanto al requisito de **agravio**, los recurrentes manifiestan que con la sentencia pronunciada se le ha privado del derecho de libertad y de otros derechos a su defendido, inobservando preceptos constitucionales.

Finalmente, en cuanto a **la solución** que se pretende y **el petitorio**, se solicita a esta Cámara, que se **ANULE la sentencia condenatoria** y se ordene la reposición de la audiencia de vista pública.-

De la resolución que autoriza la declaración de la menor víctima en Cámara Gesell como anticipo de prueba, el Licenciado Julio César Orellana Rivera, **mostró oposición** según escrito que consta a fs. 192, la cual le fue declarada sin lugar por el señor Juez de Primera Instancia de Tejutla; reiterando igualmente el defensor, su oposición mediante incidente de nulidad en audiencia de vista pública, con lo cual se cumple el requisito a que se refiere el Art. 469 Inc. 2º. CPP, que señala: “...*Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituye un defecto del procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su corrección...*”

En ese orden de ideas, de conformidad a los Arts. 452, 453, 461, 463, 465, 468 y 470 del Código Procesal Penal, es procedente declarar en el fallo respectivo la **ADMISIBILIDAD** del recurso de apelación interpuesto.

IV. FUNDAMENTACIÓN DESCRIPTIVA.

PRUEBA TESTIMONIAL.

DECLARACIÓN DE LA MENOR G*****, documentada en disco DVD en grabación audiovisual, llevada a cabo el día 28 de noviembre de 2017, quien declaró: “...*Que su nombre es ...le gusta que le digan O*****; no le gusta que le digan G*****, menos*

G*****; que tiene catorce años de edad, que hasta julio del otro año cumplirá los quince años; no sabe si le harán fiesta, aunque le gustaría que le hicieran una fiesta pero no muy grande, que sea algo solo en familia; que vive con sus papás; su papá se llama ***** y su mamá *****; que su papá solo ese nombre tiene, que los apellidos de su papá son PM; el nombre completo de su mamá es *****; que también viven ahí sus dos hermanos menores, uno tiene ocho años y el otro tiene cinco años; que el de cinco años se llama N***** y el de ocho años se llama L*****; con L***** se lleva peor, el que tiene ocho años de edad, el chiquito molesta pero no mucho; no está estudiando, pero antes sí estudiaba, este año no ha estudiado, dejó de estudiar en sexto grado, en el dos mil quince cree; que talvez estudiará el año que viene; vive en Cantón *****; municipio de La Palma, está súper lejos de donde está en ese momento; que está lista para contar lo que le pasó y que hizo que anduviera en todo eso; está ahí porque salió embarazada en menor de edad, tiene una niña, entonces por ese delito qua ella le ocurrió es que está ahí; salió embarazada en el dos mil dieciséis, **el papá de la niña se llama H [sic], o sea, E pero le dicen H; el nombre completo es EOVC**; que le empezaron a explicar cuando ella fue a controles al hospital, le atendió una trabajadora social y después llegaron los investigadores de la Policía de La Palma, le empezaron decir que era un delito, porque yo era menor de dieciocho años y que era hasta menor de quince años, lo cual era un delito más grave que se le llamaba Violación, entonces cree que eso es un delito; que E era su novio desde el dos mil quince, a principios como en enero, que conocí a E desde hace mucho tiempo antes, desde que ella era pequeña, porque él era su vecino, que comenzaron a verse y hablarse de esa forma como para decir que eran novios en enero de dos mil quince, que ella tenía en ese momento once años, él tenía diecisiete años; que él sabía que tenía once años, le preguntó a ella cuántos años tenía y ella se lo dijo, que ella sabía la edad de él porque también se lo preguntó; que en febrero se hicieron novios, en enero comenzaron a hablar y ya en febrero se declararon novios; salió embarazada en el año dos mil dieciséis, que fue en agosto que se dio cuenta que estaba embarazada, ya tenía un mes de embarazo, porque quedó embarazada en el mes de julio; que mantuvo relaciones sexuales con E, que la primera vez fue el veinticuatro de diciembre de dos mil once, en Navidad, que desde febrero hasta en diciembre no había pasado nada de eso, fue hasta en diciembre de dos mil quince, era la primera vez que ella tenía relaciones sexuales, la idea fue de él, se lo pidió, le dijo que se entregara a él, ya se lo había empezado a decir un tiempo antes y le empezó a rogar y con el tiempo ella aceptó y le dijo que sí,

el veinticuatro de diciembre nos fuimos y pasó eso; fue una madrugada, fueron a cantarle las mañanitas de cumpleaños a un compañero de una comunidad que está un poco cerca y como él conducía un carro, entonces en el carro de él fueron; **tenía doce años cuando empezó a tener relaciones sexuales**, porque en julio los había cumplido, él ya había cumplido dieciocho, cumple años el dos de junio; ella sí quería tener relaciones sexuales con él, era un poco seguido que tenían relaciones sexuales, era como semanal, que a veces sucedía en el carro que él conducía, en la casa de ella o en la casa donde él porque él vivía en la casa de los abuelos, que en todas esas ocasiones ella quería hacerlo; que se dio cuenta que estaba embarazada porque atrasó la menstruación, su mami se dio cuenta que ella había tenido ese retraso, entonces le preguntó qué por qué, su persona estaba un poco afligida y le dijo que no sabía porque no tenía palabras para contestarle, pero ella sospechaba que estaba embarazada, entonces su mamá le mandó a hacer la prueba de embarazo y salió positiva, entonces fue así que se dio cuenta que estaba embarazada; que su mamá no sabía que ella tenía una relación con él, porque su mamá no sabía que andaba con él, andaban de escondidas [sic]; que su mamá estaba preocupada por lo que había pasado, y su papá habló con el papá de H y le dijo lo que estaba pasando, lo llamó a que platicaran sobre eso, a que fuera a la casa donde ellos viven, pero el señor no quiso ir, no sabe por qué, pero no fue, entonces todo quedó así, ella iba a los controles y solo su papá iba con ella; que la bebé nació el seis de abril de este año, tiene siete meses, nació bien, se llama M*****, el nombre lo escogió ella; E no estuvo pendiente del embarazo ni se ha hecho responsable, solo el papá de ella, él nunca le ayudó en el trascurso del embarazo ni hoy que nació la niña [sic], que cuando la niña tenía un mes se lo llevaron preso a él, entonces nunca le ha ayudado; que el veintinueve de mayo se lo llevaron preso a él, por lo de ella; que cuando ella se fue a poner en control la investigó la trabajadora social, **entonces la trabajadora social pasó la información a la Fiscalía**, luego la Fiscalía mandó a investigar con los investigadores y se fue haciendo todo eso, su persona no sabía que se lo iban a llevar preso, pensaba que lo iban a obligar a que le ayudara con la niña, cuando menos lo esperó llegó a decir el papá de E que se lo habían llevado preso; por la parte de la niña se siente bien porque la quiere mucho, pero por otra parte se siente mal porque no ha recibido el apoyo del papá de su hija, ella solamente con su hija y sus papás que le han apoyado bastante; que le gustaría que terminara ese proceso, aunque no sabe decir muy bien, pero quisiera que el papá de la niña le ayude, porque es bastante importante que él le ayude porque solo los papás de ella llevan los gastos de la niña, le dice su

mami: “*imagínate, no tenemos la ayuda de él y quisiéramos que le ayudara*”, y ella le responde: “*pero mami él en la cárcel cómo le va a ayudar a la niña*”, pero le dice su mamá: “*a saber ahí la ley va a decidir qué va a suceder*”; que considera que lo que hicieron fue malo, fue un error. Que el carro en el que tuvieron relaciones sexuales, algunos dicen que es del hermano de E que está en los Estados Unidos, otros dicen que es del papá de él, aunque era el papá el que mantenía el carro, pero como el papá no puede manejar, entonces E lo manejaba; el carro es color gris, es un pick-up, marca Toyota, Tacoma; que el lugar donde estaba el carro la primera vez que tuvieron relaciones sexuales es el Caserío El Panal, en la calle, pasó como a las cinco de la mañana, se van a cantar las mañanitas en la madrugada, eran como las cinco, estaban cantando las del coro, su mamá iba a cantar también, su persona solo estuvo un ratito adentro y después se fueron para el carro con él; alrededor de donde estuvieron hay casas, solo que un poco retiradas, la casa más cerca es la del cumpleaños al que le iban a cantar; que la última vez que tuvo relaciones sexuales con E no la recuerda, pero fue en julio, el mes que salió embarazada; que la última ocasión que tuvieron relaciones sexuales fue un poco cerca de la casa, estaban como en una vega tienen huerta, hay árboles, ahí es de una vecina, no estaban en el carro, estaban al aire libre, eso pasó como a las once de la mañana, no había más gente alrededor; que cuando dijo que estaba cerca de su casa, se refiere a la casa donde ella vive.”

DECLARACION DE LA SEÑORA *****, madre de la menor **G*******, rendida en audiencia de vista pública el día 29 de mayo de 2018, quien manifiesta: “*Que se dedica a los oficios domésticos, es casada, tiene tres hijos, y la han citado por algo que le pasó a su hija G*****, quien desde pequeña le empiezan a informar por mensajes que le caían a su celular que ella andaba con el muchacho EOY, empezó a preguntarle a su hija, quien le decía que no era cierto, que eran habladurías de la gente, comenzaron con su esposo a vigilarla a ella, estando la niña estudiando quinto grado y tenía once años, una vez la encontró su esposo con él en la calle cuando venía del grupo juvenil y le dijo a él que si no sabía lo que estaba haciendo, porque era una niña en ese momento, los mensajes fueron en julio o agosto, los comentarios siempre seguían; en agosto o septiembre de dos mil dieciséis, empieza a notar un retraso menstrual en ella y le preguntaba qué pasaba porque nunca le había sucedido eso y ella le decía que era un retraso mental, su persona no se sentía tranquila por los comentarios, por lo que la llevó a un laboratorio y le hizo una prueba de embarazo que resultó positivo, luego ella le dijo que hacía como un año que había tenido una relación con E. Que su hija iba a quinto grado y*

*estudiaba en Caserío *****, el resultado de ese embarazo fue que nació la niña M***** el seis de abril de dos mil diecisiete. Al contrainterrogatorio, la testigo responde: que su hija tenía once años y cursaba quinto grado, que a E lo conoce desde pequeño y cuando empezó a andar con su hija tenía casi dieciocho años, no recuerda en qué fecha empezó a andar con su hija, pero fue como en julio o agosto de dos mil quince; que su esposo la encontró a ella con él que venían de un grupo juvenil que se hace en la iglesia católica, a la que asistía tanto su hija como E.”*

DECLARACION DEL SEÑOR ***,** Padre de la menor G*****, rendida en audiencia de vista pública celebrada en el Juzgado de Sentencia de Chalatenango, a las once horas del día 29 de mayo de 2018, en la que manifiesta: *“Que está presente por el problema que le sucedió a su hija G*****, quien salió embarazada, su esposa le comenta que se le había retrasado la menstruación y la llevaron a un laboratorio y el resultado fue positivo a embarazo, habló su esposa con su hija, quien le dijo que había tenido una relación hacía un poquito más de un año con EO; que la bebé nació en abril de dos mil diecisiete, llevaron a su hija al laboratorio entre agosto y septiembre de dos mil dieciséis. Que tiene tres hijos, se ha referido a su hija G*****, a quien ha visto últimamente normal, sigue siendo una niña tranquila, no tiene reacciones erróneas, anteriormente era una niña bien liberal. Al contrainterrogatorio, responde: Que no sabría responder a qué se refiere cuando dice que su hija era bien liberal.”*

DECLARACION DE SS, rendida en audiencia de vista pública celebrada en el Juzgado de Sentencia de Chalatenango, a las once horas del día 29 de mayo de 2018, en la que dijo: *“Que es investigador de la Policía, destacado en sección de investigaciones de La Palma y ha sido citado por haber realizado una investigación por el delito de Violación en perjuicio de la menor ...contra el señor EO, realizó acta de inspección en caserío El Panal, Cantón Horcones, La Palma, Chalatenango, el veinticinco de abril de dos mil diecisiete, plasmó la descripción del lugar y un vehículo pick up TOYOTA, color gris, la vivienda era construida de adobe y duralita, donde vivía el señor que acaba de mencionar, dejó constancia mediante acta, la cual remitió a la sede fiscal.”*

RECONOCIMIENTO MÉDICO LEGAL DE GENITALES DE LA VICTIMA, (fs. 227, 2ª. pieza), realizado el 6 de octubre de 2017, por la médico forense doctora AGR, en el que concluye: *“...Región extragenital, saliendo secreción láctea de ambos pezones; región paragenital, sin lesiones; área genital: monte de venus con vello púbico, sin lesiones; labios*

mayores, menores y vestíbulo, sin evidencia de lesiones; himen, carúnculas mirtiformes (restos del himen después del parto); ano con pliegues radiales, sin lesiones; concluyendo la perito, que no observó infecciones de transmisión sexual en genitales externos; al momento del reconocimiento la adolescente tenía seis meses de post parto, dando lactancia materna (hay salida de leche por pezones) y el himen presentó características del parto vaginal (carúnculas mirtiformes).

PERITAJE PSICOLÓGICO DE LA VICTIMA G*****, (fs. 14-17), practicado por el licenciado César Edgardo Peñate Garciguirre, el día 7 de febrero de 2017, psicólogo forense del Instituto de Medicina Legal “Dr. Roberto Masferrer”, en el que concluye: “...al momento de la evaluación las únicas fuentes de información con que contó fue G***** la que refiere estar embarazada de varios meses, menciona a una persona en particular como padre de su bebé, el que presuntamente le niega la paternidad del mismo y en parte por eso surge la presente denuncia; su capacidad de rendir testimonio está conservada, no describe enfermedades que le impidan valerse por sí misma, ni consume sustancias o medicamentos que le alteren la personalidad, por lo que está en capacidad de comprensión de los hechos que denuncia; su capacidad intelectual está conservada, describe indicadores de retraso sociocultural ya que no sabía que estaba embarazada; no hay indicadores de presencia de enfermedad mental; describe indicadores de coherencia del relato, entre las posibles secuelas de abuso sexual está un embarazo no deseado, ni planificado, lo que concuerda con la sintomatología de abuso sexual y con una psicosexualización temprana por seducción; no describe indicadores emocionales de trauma psicológico; describe indicadores de credibilidad del relato en delitos sexuales; recomienda una prueba de ADN para establecer paternidad, se hace necesario comenzar el tratamiento psicológico para prepararla para la maternidad y los cambios que eso implicará para su vida personal, familiar y social, no hay necesidad de internamiento para que reciba el tratamiento; describe indicadores de dependencia económica a sus tutores, no desarrolla una actividad económicamente productiva, por lo que se beneficiaría si aprende un oficio, no describe indicadores de una posible retractación, incluso refiere rechazo hacia el denunciado, el tiempo y costo de tratamiento dependerá de la institución a la acuda a recibirlo, si lo hace a una institución pública los costos son menores, pero las citas se dan con semanas o meses de separación, lo que lo vuelve poco efectivo, en una institución privada los costos son entre 35 a 40 dólares y estas se dan con la cercanía que ...necesita, inicialmente se recomiendan veinte sesiones. El presunto rechazo del padre del bebé también se convierte en

maltrato al no nato, victimización en maltrato infantil, y en futuro podría generar maltrato infantil o convertirse en indicadores de violencia intrafamiliar, o en factores de riesgo de violencia intrafamiliar...”

INFORME DE LA INVESTIGACION BIOLÓGICA DE LA FILIACIÓN RESPECTO A LA MENOR M***** (fs. 398-401, 3ª. pieza), de fecha 20 de noviembre de 2017, practicado por las licenciadas Cándida Rebeca Mejía de Estrada y Xiomara Pastore de Rodas, del Instituto de Medicina Legal “Dr. Roberto Masferrer”, en el que concluyen indicado: *“Tomando en cuenta los resultados obtenidos en el estudio de los polimorfismos de ADN (ver tabla), y el hecho de que cada persona posee un perfil genético o ADN que ha sido heredado en un 50% por su madre biológica y el otro 50% por su padre biológico, el Sr. EOVC, NO SE PUEDE EXCLUIR como padre de la niña M*****, hija de la adolescente G*****. ...La probabilidad de paternidad es de 99.9999%.”*

INFORME EMITIDO POR LA POLICIA NACIONAL CIVIL, (fs 13), de fecha 27 de diciembre de 2016, realizado por el cabo Gerardo Torres, encargado de la patrulla comunitaria de La Palma, dirigido al fiscal de turno de la Fiscalía General de la República, Subregional Chalatenango, **para informar lo siguiente:** *“... mientras nos dirigíamos al Caserío Terreros del Cantón Horcones, municipio de La Palma, se nos acercó una persona ...manifestó que había tenido conocimiento que un sujeto a quien conoce solamente con el apellido de V, ...tiene embarazada a la adolescente G*****, de 13 años de edad, ...hija de los señores ***** y *****; ...quienes le manifestaron que se sienten ofendidos por el abuso que el sujeto ha cometido en su hija, por lo que los suscritos recabamos mayor información con personas de la comunidad, ...han manifestado que es cierto que la adolescente tiene aproximadamente seis meses de estar embarazada y que el padre del niño que la adolescente espera no se ha responsabilizado, y es el joven conocido como EOVC, de 18 años de edad...”*

CERTIFICACIÓN DE PARTIDA DE NACIMIENTO DE *****, (fs. 25), extendida con fecha 24 de abril 2017, por la señora EGG, Jefe del Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal de La Palma, Chalatenango, en la que consta que en la página 215, tomo 1 del libro de partidas de nacimiento que esa oficina llevó en el 2003, se encuentra asentada la partida número 215, a nombre de G*****, sexo femenino, quien nació el día 12 de julio de 2003 en el Hospital Nacional de Nueva Concepción, Chalatenango, siendo hija de los señores ***** y de *****.

ACTA POLICIAL DE INSPECCIÓN del lugar donde la víctima e imputado tuvieron relaciones sexuales, (fs. 23), elaborada el 25 de abril de 2017, a las diez horas con diez minutos en el Caserío El Panal del Cantón Los Horcones, municipio de La Palma, departamento de Chalatenango, por los investigadores RM y SS, obteniendo el resultado siguiente: *“...observamos una escena de tipo cerrada, tratándose de un inmueble construido de paredes de adobe repellada sin pintar, techo de duralita con armazón de hierro con corredor al costado poniente con puertas de entrada al mismo costado y otra al oriente. El inmueble se encuentra orientado de oriente a poniente; en la parte externa al poniente hay muro de ladrillo de block, al norte termina el mismo al costado oriente pegado al inmueble se observa estacionado un vehículo tipo Pick up color gris con franjas rojas y negro, marca Toyota Tacoma con placas particulares *****. A la escena fuimos guiados por la adolescente víctima G*****, de trece años de edad, residente en la dirección antes señalada, así como también nos acompaña la representante legal la representante legal madre de la adolescente de nombre *****, de treinta y dos años de edad; y es así que la víctima señala la escena ya descrita y nos manifiesta que tanto en el vehículo y la vivienda antes descrita tuvo relaciones sexuales en el sujeto EO en varias ocasiones, y producto de esas relaciones salió embarazada, a la cual dio a luz a una bebé a quien le ha dado el nombre de M*****....”*

CROQUIS DE UBICACIÓN del lugar donde se practicó inspección, (fs. 24), elaborado el 25 de abril de 2017, por los investigadores RM y SS, en el que se ha representado gráficamente la vivienda de EOVC, donde la víctima tuvo relaciones sexuales con el imputado, localizada en el Caserío El Panal del Cantón Los Horcones, La Palma, Chalatenango, así como el vehículo estacionado donde también tuvieron relaciones sexuales (víctima e imputado).

CERTIFICACIÓN DE LA PARTIDA DE NACIMIENTO DE LA MENOR MA, (fs. 26). extendida el 24 de abril de 2017, por la señora EGG, jefe del Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal de la Palma, en la que consta que a la página 80 del libro de nacimiento que esa oficina llevó durante el año 2017, se encuentra inscrita la partida número 80, a nombre de M*****, sexo femenino, quien nació en el Hospital Nacional de Nueva Concepción, Chalatenango, el día 6 de abril de 2017, hija de la adolescente G*****.

CERTIFICACIÓN DE LA PARTIDA DE NACIMIENTO DE EO, (fs. 27), extendida el 24 de abril de 2017, fue emitida por la señora EGG, Jefe del Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal de la Palma, en la que consta que a la página 92 del libro de partidas de

nacimiento que esa oficina llevó durante el año de 1997, se encuentra inscrita la partida número 183 a nombre de EO, sexo masculino, quien nació el día 2 de junio del año 1997, en el Cantón Los Horcones, La Palma, Chalatenango, y que es hijo de los señores SVM y de BNCP.

CERTIFICACIÓN DE LAS IMÁGENES Y DATOS DEL DOCUMENTO ÚNICO DE IDENTIDAD NÚMERO *****, (fs. 28), emitido el 5 de mayo de 2017, por la licenciada AMDR, Directora de Identificación Ciudadana del Registro Nacional de las Personas Naturales, en la que consta que las imágenes y datos de identificación a nombre de EOVC, son las que se encuentran respaldadas en el Sistema de Registro del Documento Unico de Identidad de esa institución.

CERTIFICACIÓN DEL EXPEDIENTE CLINICO NÚMERO *****, **A NOMBRE DE G*******, (fs. 74-106), extendida el 1 de junio de 2017, Directora del Hospital Nacional de Nueva Concepción, Chalatenango, por la doctora MVDR, que contiene sesenta y dos folios útiles, en la que consta que dicha paciente fue atendida el día 4 de noviembre de 2016, con un embarazo de 17 semanas, y que en fecha 6 de abril de 2017 se le dio atención de parto vaginal normal, habiendo sido dada de alta médica el día 8 de abril de 2017.

ACTA DE ALLANAMIENTO Y DE REGISTRO CON AUTORIZACIÓN JUDICIAL, (fs. 39-40). de fecha 30 de mayo de 2017, elaborada a las cero horas con quince minutos en la casa sin número ubicada en el Caserío El Panal del Cantón Los Horcones, municipio de La Palma, Chalatenango, por los investigadores FMO y RML, en la que consta que procedieron a llevar a cabo el registro con autorización judicial en la referida vivienda, con el objeto de hacer efectiva la orden de captura emitida contra EOVC, por habersele decretado detención administrativa por atribuírsele el delito de Violación en Menor o Incapaz, bajo la modalidad de delito continuado, en perjuicio de la indemnidad sexual de la adolescente G*****; el acta contiene una descripción de la vivienda objeto del registro en la que obtuvieron como resultado haber procedido a la detención mediante orden emitida por la Fiscalía General de la República, del señor VC, siguiendo el procedimiento legalmente establecido para ello.

V.) ANÁLISIS INTELECTIVO DE ESTA CÁMARA.

Los hechos acusados se pueden resumir de la siguiente manera:

En el año 2015, la víctima G***** de **11 años de edad**, vivía con sus padres y hermanos en el cantón **Los *******, **La Palma, Chalatenango**, dándose el caso que en

enero de ese año 2015 el hoy imputado EOVC comenzó a enamorar a la misma, para esa época la referida menor estudiaba sexto grado, es así que luego de estarla enamorando por todo ese año y pedirle a la menor que tuviera relaciones sexuales con él, ella al final aceptó dándose el caso que ambos asistieron a una celebración de cumpleaños de un compañero de la comunidad católica, retirándose luego de ello a un vehículo que solía conducir el imputado, al estar en dicho lugar el imputado nuevamente le dijo a la menor “**que se le entregara**”, a lo cual ella aceptó, es así que tuvo relaciones sexuales con el mismo el día **24 de diciembre de 2015**, y a partir de allí la menor continuó teniendo más relaciones sexuales semanales con el imputado. En el mes de **julio de 2016** volvieron a tener relaciones sexuales y producto de ello, la referida menor **quedó embarazada**, por lo que la madre de la víctima al detectar un retraso en el período la llevó a control médico al hospital Nacional de Nueva Concepción, y luego de los exámenes respectivos se constató que la víctima estaba embarazada; en el hospital en comento al detectar la trabajadora social que la víctima era una niña menor de edad embarazada informaron a la Fiscalía, quienes iniciaron una investigación, y fue así que en efecto se constató el hecho delictivo antes descrito. Resultando que producto del mismo hecho, la víctima menor de edad dejó de estudiar y dio a luz a una niña. Girando fiscalía las respectivas órdenes de captura en contra del imputado EOVC.

Analiza esta Cámara que los MOTIVOS de IMPUGNACION que alega la parte apelante recae en los siguientes puntos: **1)-Cuestiona que la resolución del juez de Primera Instancia de Tejutla** de haber autorizado el ANTICIPO DE PRUEBA en Cámara Gesell en la víctima menor de edad, sin **ninguna fundamentación** es causal de **nulidad absoluta**, y que le pidió **revocatoria** de dicha decisión pero dicho juez rechazó la misma; **2)-Alega** que en la etapa de incidentes en visita pública, le solicitó al Sr. **Juez de Sentencia la exclusión de esa prueba**, pero se la declaró no ha lugar, de lo cual también presentó recurso de revocatoria y de igual manera se le denegó; **3)-Alega** que dicho ANTICIPO DE PRUEBA se practicó sin que concurrieran los presupuestos legales del art. **305 CPP**, pues solo de manera excepcional se debe acudir al **anticipo de prueba** por cumplirse los requisitos de irreproducibilidad, urgencia y necesidad y el perito nunca recomendó que a la víctima se le tomara declaración en Cámara Gessell, en ese orden no se garantizó la inmediación y contradicción, ni el derecho de defensa del imputado, por ende considera que la sentencia se ha fundamentado en prueba ilícita.

Esta Cámara detecta que los tres motivos atacan **en el fondo lo mismo**, con **algunas matizaciones**, por lo que serán abordados **de manera conjunta**.

El señor **Juez de Primera Instancia de Tejutla** al ordenar el anticipo de prueba, consta en su resolución que el mismo dijo lo siguiente: *“Sobre lo solicitado se resuelve: Practique el anticipo de prueba para la toma de la declaración de víctima en Cámara Gessell, G...representado por su madre señora *****, víctima del delito de Violación en menor o Incapaz bajo la modalidad de delito continuado (Art. 159, 42 y 72 CP.), atribuido al imputado EOVC. Con base a lo anterior solicitase el auxilio Judicial al Juzgado de Paz de Turno de la ciudad de Chalatenango, a fin de que practique anticipo de prueba, y será el Juez que conozca quien hará todas las gestiones pertinentes para su realización, además, si se diere el caso que no se realiza en el primer señalamiento, re programe nueva fecha hasta su práctica ya que de esta manera se le dará cumplimiento al principio de celeridad. Se autoriza la salida del reo EOVC de veinte años de edad, soltero, jornalero, con residencia en Caserío El Panal, Cantón *****; La Palma, Chalatenango, hijo de SV y B; procesado por el delito de Violación en Menor e Incapaz bajo la Modalidad de Delito Continuo (Arts. 159, 42 y 72 CP.), en perjuicio de la adolescente G..., representado por su madre señora *****; por lo que debe de librarse los oficios de Centro Penal La Esperanza San Luis Mariona, Ayutuxtepeque San Salvador. Dicho auxilio se realizará con la presencia de las partes procesales, teniendo como fiscal a la licenciada Carolina Beatriz Oliva Salazar, quien puede ser citada y notificada en... Por lo tanto remítase provisión al Juzgado de Paz de Turno de la ciudad de Chalatenango a fin de que practique dicho auxilio judicial. Adjunto al presente...Notifíquese.”*

De lo antes expuesto, puede decirse que en efecto el señor Juez de Primera Instancia de Tejutla no fundamentó dicho auto y se reconoce que existe el deber de motivar las decisiones que un juez emita, tal como lo exige el art. 144 CPP, en tanto ello es parte de lo que implica un estado democrático de derecho.

Ahora bien, el hecho que se reconozca que el Juez de Primera Instancia de Tejutla incurrió en esa omisión, **no significa que en automático** ya por ello, esa decisión adolece de **nulidad absoluta**, aun cuando el art. 144 CPP regule que *“La falta de fundamentación producirá la nulidad de las decisiones”*, por las razones que a continuación daremos.

Véase que el legislador en el citado art. 144 CPP fue sabio en no clasificar dicha nulidad en nulidad **“absoluta”**, la dejó abierta, solo dice **“nulidad”**, pues dependerá de cada caso concreto y según las propias particularidades que el mismo presente se podría estar ante una nulidad relativa o absoluta; ahora bien, el art. 144 CPP no debe analizarse de forma separada o

divorciada al art. 345 CPP, en donde el legislador nos ordena que, aún en el supuesto hipotético que la nulidad exista, ésta no necesariamente tiene que declararse siempre, sólo se dictará **como último remedio** y si existe un real agravio, pero ese agravio no consiste en el agravio que “a opinión de la parte dice que existe”, o sea subjetivo, debe tratarse de un agravio real debidamente probado y que de cara a la Constitución en efecto se haya soslayado un derecho fundamental.

Lo anterior es importante dejarlo claro, porque tanto los derechos del imputado como los derechos de las víctimas **son igualmente importantes**, y solo si hay **colisión de derechos**, entonces uno de ellos tendrá que ceder con algún tipo de limitación frente al otro, todo bajo un juicio de ponderación del caso concreto; ello es así porque **no existen derechos absolutos**, he allí la necesidad de tener primero que determinar si esa nulidad (que dice la defensa que se debió haber decretado), era necesario decretarla, o si por el contrario, dado el marco legal existente, **por imperativo de ley** (al margen de la falta de motivación del señor Juez de Primera Instancia de Tejutla) correspondía que, dadas las particularidades de este caso, igual se ordenase dicho anticipo de prueba.

Esta Cámara reconoce que el IMPUTADO tiene derecho a contar con un defensor que lo asista y ejerza una defensa técnica y eficaz, o sea que vele por sus intereses a lo largo de toda la sustanciación del procedimiento, asimismo la ley le reconoce el derecho a toda persona procesada por un delito a que pueda intervenir en todas las etapas del proceso con todas las garantías de la ley, tal como lo regulan los arts. 12 de la Constitución, y los arts. 10, 81, y 82 CPP, tales derechos son indiscutibles en un proceso constitucionalmente configurado.

Ahora bien, también existe todo un marco legal en el tema de los derechos de las VICTIMAS, y más aún en el tema de las víctimas **menores de edad**, como es el caso que nos ocupa que para la fecha de los hechos tenía **11 años de edad**, siendo considerada una persona “vulnerable”; ello es así porque el art. 106, numeral 10, literales “a” y “b” CPP dice que son derechos de las víctimas menores de edad, los siguientes: “Que en la decisiones que se tomen en el procedimiento se tenga en cuenta su **interés superior**”, y “Que se reconozca su **vulnerabilidad** durante el proceso”.

Sumado a ello existe todo un cuerpo normativo de legislación nacional (como la Ley Lepina), así como legislación internacional (como la Convención de los Derechos del Niño) que velan en el caso de los niños, niñas y adolescentes por **una tutela judicial reforzada**, dada esa categoría de **vulnerabilidad** de las víctimas menores de edad; lo anterior partiendo de nuestra

misma Constitución (art.35), así como en el código de familia, y la referida ley de Protección Integral de la niñez y la adolescencia (art.12), sumado a la citada normativa internacional, Las Reglas de Brasilia, etc., que en esencia regulan ese interés superior de proteger a las víctimas menores, así como el reconocimiento a esa referida categoría de vulnerabilidad; en ese orden de ideas, partimos de la premisa que ello ya es de conocimiento de la parte recurrente, y que también se detuvo a analizar ese marco legal.

En ese contexto, y ya abordando el punto en controversia, véase que “en principio” y como regla general todos los testigos y víctima de un caso que ya llegó a la etapa de vista pública, deben de llegar a declarar al juicio oral y rendir su testimonio, incluso al margen que se haya pedido tomar un anticipo de pruebas a alguno de ellos, a efecto que frente al juez, las partes y posible público declaren, ello como se ha indicado es regla general; pero también sabemos que toda *regla general* tiene *excepciones*, en ese orden de ideas la declaración de un niño, niña o adolescente y más aún si a su vez tiene calidad de **víctima** es un caso de “**excepción**” en donde los mismos no tienen por qué llegar a declarar en un **ambiente formal** como lo es la vista pública, así lo haya ofrecido fiscalía o la defensa técnica o material, pues se trata de testigos sobre los cuales existe **una tutela judicial reforzada**, como se mencionó anteriormente a los cuales **la ley les da un tratamiento especial**, y no común, por ser personas catalogadas como vulnerables al estar **aún en proceso de desarrollo**, y todo juez como garante del debido proceso debe también velar por el cumplimiento de ello.

En ese orden de ideas, nuestro código procesal penal regula de manera diferente el **tratamiento procesal de cómo tomar una prueba testimonial a una víctima menor de edad** en comparación a los adultos. Entonces, es necesario llevar a cabo una hetero-integración de normas procesales, una de ellas es el art.106 numeral 10, literal “e” CPP el cual dice que tienen derechos las víctimas menores de edad a:

*“A que se le brinden facilidades para la rendición de su testimonio en **ambientes no formales, ni hostiles** y de considerarse necesario por medio de circuito cerrado o videoconferencia; **y que se grabe su testimonio para facilitar su reproducción en la vista pública cuando sea necesario** y a que **no sea interrogado personalmente por el imputado, ni confrontado por él, cuando fuere menor de doce años**”.*

Por su parte, véase que el legislador ha ido más allá en su protección en este tipo de casos pues también reguló en el art. 213 del CPP, lo siguiente:

“Las partes harán las preguntas de manera clara y sencilla, resguardando la integridad psíquica y moral de la persona menor de edad, y cuando sea necesario el juez conducirá el interrogatorio con base en las preguntas formuladas por las partes. El juez que preside podrá valerse del auxilio de los padres o del representante legal del menor o en su caso de un pariente de su elección o de un profesional de la conducta, en los casos de declaraciones de menores de doce años esta disposición será de aplicación imperativa.

Asimismo en el art. 51 lit d), de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (LEPINA), se establece: *“Se garantiza a las niñas, niños y **adolescentes** el acceso gratuito a la justicia; lo cual incluye, entre otros elementos, los siguientes: ..d) Facilidades para la rendición de su testimonio **en ambientes no formales ni hostiles**; y de considerarse necesario, por medio de **circuito cerrado** o teleconferencia, y **grabación de su testimonio para facilitar su reproducción en audiencia administrativa o judicial**, cuando sea posible y necesario; ...”*,

También en la Guía para el Uso de la Cámara Gesell en la toma del Anticipo de Prueba Testimonial de niñas, niños, adolescentes y otras Poblaciones en Condición de Vulnerabilidad, se regula lo siguiente: *“...En la rendición del testimonio, las niñas, niños **o adolescentes** tienen derecho a ser tratadas con el debido respeto de su dignidad humana, especialmente en lo relativo a su autonomía personal e integridad física y moral. Por ese motivo, la autoridad judicial no permitirá preguntas que dañen la salud, moral o aspectos psicológicos **de las personas menores de dieciocho años de edad**. Art. 3 C Pr. Pn. Por regla general debería utilizarse dentro de una petición de anticipo de prueba, pero si ello no fue posible, **aún en la vista pública, pueden las partes trasladarse a este recinto para recibir el testimonio de la niñez o adolescencia testigo.**”*

Del análisis de dichas normas procesales, se desprende que, por mandato de ley, es evidente que nuestro legislador **coloca un acento, un énfasis** en que a las **víctimas menores de edad** no se les exponga a ambientes formales como podría ser el escenario de una vista pública; y véase que en lo referente a la decisión de ordenar el ANTICIPO DE PRUEBA las máximas de la experiencia común como parte de las reglas de la sana crítica, nos indica que en general los seres humanos no tenemos una memoria **infalible**, dada nuestra naturaleza consustancial de seres imperfectos, y entre más pasa el tiempo **desde la fecha en que sucedió un hecho delictivo**, hay que reconocer que mayor riesgo hay que los detalles del suceso puedan irse perdiendo aún en los adultos, con mayor razón en el caso de los menores de edad que por regla

general tienen una memoria corta, frágil, de tal manera que entre menos es la edad de una víctima menor de edad, **más riesgo** hay de que la prueba **se pueda perder (olvidar) y con ello irreproducir**, no siendo recomendable en estos casos excepcionales tener que esperar el momento de que el proceso llegue a la eventual etapa de vista pública, para que la víctima menor de edad declare, naciendo entonces allí la necesidad de tener que tomarle un ANTICIPO DE PRUEBA a la misma, de preferencia al inicio del proceso, que el suceso está fresco en su memoria, a manera también de no tener que volver a exponer a la víctima a tener que revivir varias veces el hecho delictivo acaecido en contra de su persona, incurriendo en una revictimización.

Es importante señalar que los principios de **inmediación y contradicción** entre otros, no se cancelan o invalidan ante una **PRUEBA ANTICIPADA**, pues este acto debe practicarse “en principio” con las mismas garantías del juicio oral en tanto el mismo debe ser controlado por el juez y las partes, por eso tiene estratégicamente ese nombre (*prueba anticipada*) pues se anticipan las reglas de la vista pública al tomar esa prueba; ahora bien en cuanto al uso del escenario de la Cámara Gessell, se reconoce que si bien no tienen el esplendor de un interrogatorio **en el estrado ante la sala de audiencias al momento de la vista pública**, ello es una clara excepción a la regla general, en tanto estamos ante una persona menor de edad, *como se ha insistido*, estando aún en proceso de desarrollo, (por más adulta que alguien quiera verla al momento de los hechos y de su declaración), entonces al ser menor de edad, su forma de interactuar e interrogarle debe ser diferente, descartando un ambiente formal propio de una vista pública.

Esta Cámara hace ver que curiosamente la defensa **apunta su protesta** en cuestionar **más** el hecho de haber autorizado el juez de instrucción (Juez de Primera Instancia de Tejutla) la PRUEBA ANTICIPADA, **que al hecho** de haber ordenado la declaración en la sala de CÁMARA GESSELL; sin embargo como se ha indicado sea que la PRUEBA ANTICIPADA se hubiese tomado ante el juez de instrucción o ante el juez de sentencia, a la **defensa igual** se le asegura su derecho de intervenir en ese acto para controvertir la prueba como sucedió en este caso; más bien esta Cámara (a diferencia del apelante) considera que **en todo caso** donde podría haber alguna limitación al derecho de la defensa sería al haber ordenado la declaración en la sala de CÁMARA GESEELL en tanto, sabemos que la víctima menor de edad **no es expuesta cara a cara ante el imputado**, y suele ser interrogada no por los abogados (fiscal y defensor), sino por **un psicólogo forense, en una sala no formal**, en el que la víctima menor de edad no ve ni al juez

ni a las partes, quien a través de las preguntas que las partes hayan planteado, así el psicólogo forense preguntará a la víctima menor de edad, allí es donde podría surgir algún tipo de limitante, en tanto el contrainterrogatorio no se realiza con las mismas condiciones que cualquier otro tipo de testigo adulto, que es interrogado directamente por las partes.

En esa línea de pensamiento, esta Cámara analiza que existen diversas formas de **cómo interpretar** una norma, la interpretación *restrictiva, extensiva, teleológica, histórica, literal, sistemática o integral*, etc., de tal manera que si analizamos el art. 15 y **16-A** ambos del CPP en concordancia con el art. 18 CPCM, el cual dice: “Las disposiciones de este código deberán interpretarse de tal modo que **se procure la protección y eficacia** de los derechos de las personas...”, se llega a la conclusión que el art. **305 inc. 5°** del CPP, debe ser interpretado de una manera integral que favorezca la protección y eficacia de los derechos de la víctima (sin detrimento de los derechos del imputado), la cual a la fecha de los hechos tenía entre 11 y 12 años, (habiendo dado a luz a su bebé a los 13 años de edad), y el hecho que al momento del ANTICIPO DE PRUEBA haya tenido ya los 14 años, ello no tiene trascendencia, pues el art. 305 No. 5 cpp, no distingue si el testigo tiene los doce años **al momento del hecho** o al **momento de la declaración**, y si va a ser para potenciar los derechos de la víctima menor de edad, debe interpretarse entonces de forma extensiva, sistemática o integral, conforme a la Constitución, sin que ello implique un detrimento de los derechos del imputado.

La **Sala de lo Penal**, en sentencia bajo **ref. 334C2015** de fecha 31 de marzo de 2016, en un caso similar, en el que se cuestionaba el hecho que la víctima no había comparecido a la vista pública, la Sala dijo: *“El impetrante expresa que la Cámara incurrió en el mismo error del Tribunal de Sentencia, ya que los contenidos de la confirmación de la sentencia condenatoria sólo toman en cuenta la **declaración de la menor víctima, la cual no compareció a la vista pública; dicha declaración fue a través de la prueba anticipada, por lo cual se violentó el derecho de defensa del imputado, en cuanto a que no es lo mismo valorar la prueba anticipada que la declaración del testigo que se presenta en la vista pública. La Sala estima que el motivo debe ser desestimado, conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes:Al respecto, es necesario reiterar lo que esta Sede ha expresado anteriormente sobre los anticipos de prueba, en casos de delitos sexuales cometidos contra niñas, niños y adolescentes, específicamente para evitar su revictimización, por su vulnerabilidad en razón de su edad y con el propósito de impedir se enfrente en el juicio oral al imputado o al interrogatorio de***

la defensa, habiéndose sostenido: “... No debe soslayarse, que aún, a fin de preservar **los intereses del declarante infantil, sin provocar la indefensión del imputado**, en atención al Art. 106 N° 10, Lit. E), del Código Procesal Penal, se brindaron facilidades para rendir su testimonio, verbigracia la utilización de la Cámara Gessel, a fin de obtener la narración del evento, **en un ambiente menos hostil** como el que se produce ante la administración de justicia. Igualmente, el Art. 213 del Código Procesal Penal, pretende erradicar a través de este recurso tecnológico, **la victimización secundaria o re-victimización** es decir, que el niño rememore aquel hecho vejatorio, disminuyendo con esta medida, el impacto del crimen original como consecuencia de la injerencia de las agencias del Control Social Formal ...”. (Véase Ref. 153C2012 de las diez horas con dieciocho minutos del día veintidós de mayo de dos mil trece). En ese sentido, se advierte que el expresado testimonio, rendido en la Cámara Gesell, fue ofrecido en la acusación fiscal, como prueba anticipada, el cual fue admitido en el auto de apertura a juicio y reproducido en el debate. En casos como el presente, es oportuno considerar que, por lo general, cuando exista la posibilidad de que el testigo comparezca posteriormente al juicio a rendir su declaración, pueden las partes o el Tribunal, a fin de favorecer el descubrimiento de la verdad y la inmediatez, exigir la comparecencia personal del órgano de prueba. Sin embargo, esto no significa que se le deba negar valor probatorio al primero de los testimonios, puesto que comparezca o no el testigo, el juzgador habrá de valorar una o ambas declaraciones, según el caso, con arreglo a la sana crítica, siempre que aporten elementos pertinentes a la resolución de las pretensiones sometidas a su conocimiento. Con base en todo lo expuesto, se estima que el vicio denunciado por el impetrante no se ha configurado en el caso en examen, puesto que la Cámara concluyó razonablemente que el dicho de la víctima a través de la Cámara Gesell fue prueba suficiente para acreditar la existencia del ilícito y la responsabilidad penal del imputado en el mismo, **pues la no comparecencia de la víctima en la vista pública no violenta el derecho de defensa del imputado**, ya que su declaración, rendida mediante el mecanismo de la prueba anticipada, puede ser valorada y formar convicción judicial, por lo que el criterio dado por el Tribunal de Segunda Instancia fue conforme a derecho”.

En jurisprudencia comparada, tenemos sentencias del Tribunal Supremo Español, Sala Segunda, que en sentencia bajo Ref. STS N°1016/2012 de fecha 20 de diciembre de 2012, en donde analizó lo siguiente: “Y tal como manifiesta la sentencia recurrida, nuestra jurisprudencia admite la reproducción audiovideográfica del testimonio del menor llevado **a cabo en la fase de**

*instrucción, con todas las garantías ya señaladas, apoyándose para ello en la normativa internacional, aceptada por España, que autoriza la ausencia del menor en el proceso penal en casos de delitos **contra su libertad sexual**, sin que ello suponga «per se» una vulneración del art. 14 PIDCP o del art. 6.3.d) CEDH, en lo relativo al **derecho de todo imputado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él**. Esta línea inspiradora encuentra su refrendo en la **Convención de Derechos del Niño**, aprobada por Naciones Unidas el 20/11/1989 y en vigor en España desde 05/01/1991 (art. 96.1 CE) (...). De hecho, tal valor ha sido incorporado a nuestro Derecho positivo a través de la LO 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo art. 11.2 menciona como principios rectores de la **actuación de los poderes públicos** “la supremacía del interés del menor” [apartado a)] y “la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal” [apartado d)], a lo que se añade en el art. 13.3 que en las actuaciones de protección “se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor (...). Como nos recuerda la STS nº 96/2009, antes citada, el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño precisa que: “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés supremo del niño”».* (F. J. 1º).

De lo antes expuesto, se puede decir entonces que la decisión del señor juez de instrucción, o sea del Juez de Primera Instancia de Tejutla de ordenar el ANTICIPO DE PRUEBA en la víctima menor de edad en el presente caso, aun cuando falló en no fundamentar (pudiendo retomar los argumentos de Fiscalía), al final la decisión que él tomó al autoriza el anticipo de prueba va acorde al marco normativo nacional e internacional, al menos en el caso concreto y conociendo la defensa la referida normativa no explica cuál es el agravio que le causó, en tanto, sabemos que **la prueba** por regla general se debe incorporar en la etapa de vista pública, a donde deben llegar a declarar los testigos de viva voz para someterse al contradictorio y pueda darse vigencia a los principios de oralidad, contradicción, confrontación, intermediación entre otros; pero véase que tal como lo hemos analizado esa es la regla general, la excepción es que podrá incorporarse por su lectura el respectivo ANTICIPO DE PRUEBA cuando se presenten los presupuestos del art. 305 CPP, y en este caso existe la causal del número 5º de la referida norma, en tanto nuestro legislador les ha dado un tratamiento especial y excepcional a las víctimas, en el sentido que los no serán sometidos a ambientes formales, todo ello a través de **una tutela**

judicial reforzada.

Dicho lo anterior, la defensa técnica estuvo presente en el ANTICIPO DE PRUEBA practicado ante el Juez de Primera Instancia de Tejutla, tal como consta en el proceso (acta fs.370 al 371), garantizándose el derecho de defensa; entonces si ello fue así, no nos dice cuál es la afectación o agravio que sufrió, y no basta decir de “**forma abstracta**” que se violentó el derecho de defensa, tendría que haber motivado y demostrado que en efecto hubo una grave afectación **concreta** al derecho de defensa, pero véase que **no lo desarrolla en su recurso**, por ejemplo alegar él como defensor que le pidió al señor juez que el imputado estuviese presente en dicho acto y el señor juez se lo denegó arbitrariamente, entre otros ejemplos; en ese sentido, no nos dice el defensor (desde su punto de vista) cuál es o cuál hubiese sido la diferencia y el agravio que existe por el hecho que se tomase la declaración de la víctima en ANTICIPO DE PRUEBA en CÁMARA GESSELL, en sede del juzgado de instrucción (juzgado de Primera Instancia de Tejutla), en lugar de que se tomase siempre en CÁMARA GESSELL en sede del tribunal de sentencia, pues igual, en cualquiera de los casos la defensa técnica hubiese estado presente, **y de hecho lo estuvo**; en cambio el riesgo de no haberlo hecho en la forma en cómo se hizo, es que la víctima pudo ser sometida a un ambiente formal, y esperar hasta la etapa de vista pública dada su edad, se hubiese corrido y el riesgo de perder ciertos pasajes o detalles de su declaración respecto del hecho delictivo acaecido y ser **irrepetibles**, partiendo de la edad de la víctima y lo que dice el mismo **peritaje psicológico** que la misma tiene **retraso sociocultural** (lo cual estamos claros que no quiere decir retraso mental, pues el perito dice que su capacidad intelectual esta conservada), sin embargo el psicólogo dice que la víctima ni sabía que estaba embarazada, no obstante ser un dato relevante y que **necesita veinte sesiones de terapia**, siendo ello un claro indicador de la vulnerabilidad de la misma.

Al respecto también es importante señalar que la defensa cuestiona que el psicólogo forense no recomendó el uso de la Cámara Gessell y no obstante se utilizó; sin embargo ello constituye una afirmación gratuita, pues un psicólogo forense hace su pericia y sus conclusiones **dependiendo de lo que se le haya pedido**, a efecto de no ir más allá de lo que le han pedido; en ese orden de ideas hay casos que el fiscal de forma explícita le pide al psicólogo forense que diga “si recomienda el uso de la Cámara Gessell” en determinada víctima o testigo, en el presente caso Fiscalía le pidió al Psicólogo analizara varios factores, pero no le solicitó si recomendaba el uso de la Cámara Gessell, y en esa sintonía el referido psicólogo Lic. Peñate Garciaguire no se

pronunció al respecto, pero es falso que haya dicho que “no” recomendaba el uso de la Cámara Gesell en la víctima.

En ese orden de ideas, insistimos bajo el método de la inclusión mental hipotética, aun cuando el señor **juez instructor en comento** no fundamentó en debida forma la decisión de autorizar el ANTICIPO DE PRUEBA, y estamos claros que debió haberlo hecho en su resolución, véase que al menos para el presente caso tal **actuar no ha causado agravio** precisamente porque de conformidad a la ley igual el señor juez tendría que haber ordenado el referido ANTICIPO DE PRUEBA, por estar ante una víctima **de 11 o 12 años de edad** al momento del hecho delictivo, y el tener **14** al momento de la declaración no cambia su estatus de persona vulnerable y que priva sobre ella el interés superior pues para la ley es niña-adolescente, y el que haya quedado embarazada, la normativa no la convierte en mujer-adulta, y por ende ello no constituyó ninguna afectación al derecho de defensa, al menos que se haya expresado, motivado y acreditado en el presente caso.

Sobre la falta de fundamentación en el referido auto, en donde se ordenó el ANTICIPO DE PRUEBA, es de señalar que de folios 177 al 181 del expediente, **consta la solicitud de Fiscalía, en donde de forma ABUNDANTE el ente fiscal motivó y fundamentó la necesidad de que se autorizara el ANTICIPO DE PRUEBA**, en el presente caso, a lo cual la defensa tuvo acceso y por ende conoce esa motivación; en ese orden de ideas, nada le costaba al señor juez de Primera Instancia de Tejutla retomar algunos fundamentos para justificar su decisión judicial entre otros que como ya dijimos no hizo; ahora bien, no está demás traer a cuenta que existe, la figura de lo que se conoce en doctrina y jurisprudencia, como “**Motivación por Remisión**”, la cual debe ser usada en casos muy excepcionales, pues insistimos que existe el deber de cada juez de motivar siempre todas sus decisiones.

Sobre dicha motivación por remisión, tenemos que en sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 5 de diciembre de 2012, de la Sala Penal 2, bajo Ref. 2216/2011 siendo el magistrado ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, en un caso donde se ordenó un registro con prevención de allanamiento en el que el juez instructor no había motivado dicha decisión, utilizó la figura de la “motivación por remisión”, en donde dijo: *“la doctrina jurisprudencial, tanto la de esta Sala como la del Tribunal Constitucional, ha admitido la **motivación por remisión**, de forma que es bastante que esos datos consten en el oficio policial, aunque no figuren recogidos literalmente en la resolución judicial. No obstante, como señala la*

*STS. 1597/2005 de 21.12, del oficio policial deberá desprenderse de forma suficiente las razones que se invocan para solicitar la autorización judicial.; STS. 148/2007 de 13.2. Así y como recuerda STC. 167/2002 de 18.9 , aunque **lo deseable** es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención en el derecho fundamental **queden debidamente plasmados en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida impone**”.*

Por su parte la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, también ha hecho uso de esa “motivación por remisión” y si bien no la ha hecho remitiéndose a una solicitud fiscal, sino de un juez a juez, es importante invocarla en consonancia con lo antes expuesto; una de esas sentencias es la de habeas corpus bajo Ref.65-2008 de fecha 9 de octubre de 2009, en donde analizó lo siguiente:

*“Al respecto, se advierte que dicha autoridad al momento de justificar la no sustitución de la medida cautelar realizó una **“motivación por remisión”** la cual ha sido aceptada por este Tribunal en su jurisprudencia, pues: “una autoridad para cimentar su decisión puede invocar **o remitirse** a una resolución proveída por otra autoridad judicial que anteriormente ha compartido dicha decisión y efectivamente ha plasmado las razones por las cuales decidió adoptarla”(sentencia de hábeas corpus 199-2005 de fecha 21/12/2005).... por tanto, respecto a dicho planteamiento esta Sala desestima, que se haya vulnerado los derechos a la seguridad jurídica y de defensa del favorecido con incidencia en su derecho de libertad física”. Con ello no estamos diciendo que los jueces deban relajarse y **obviar el deber de fundamentar sus decisiones, claro que no**, los jueces debemos saber que la mejor garantía de las decisiones que emitimos es que para que no sean cuestionadas de ser arbitrarias es que deben estar debidamente motivadas o fundamentadas.*

En ese contexto, de todo lo analizado la defensa conocía todos los argumentos de por qué Fiscalía pidió el anticipo de prueba y también conoce el marco normativo en tema de víctimas menores de edad, y por otra parte no procede estar hablando de **prueba ilícita**, en tanto la prueba ilícita es aquella “evidencia” o “prueba” obtenida y/o incorporada al proceso en contravención a los derechos constitucionales, y en el presente caso no ha existido violación al derecho de

defensa, por cuanto el imputado ha contado con su defensor a lo largo de todo el proceso, y en el ANTICIPO DE PRUEBA también estuvo presente con todos los derechos que la ley prevé, sin perjuicio de reiterarle que en caso haya existido alguna mínima limitación por el uso de la Cámara Gesell, ello responde a un marco legal que ampara su legitimidad dado el tipo de víctima que existe en el presente caso, y por ende no podría estarse hablando de ilicitud, en tanto no existen derechos absolutos.

Sobre el tema de derechos absolutos, tenemos que en la sentencia de proceso de inconstitucionalidad bajo Ref. 18-2014 de fecha 13 de junio de 2014, la Sala dijo: *“En consecuencia, el ámbito normativo de un derecho no puede extenderse a tal punto que su aplicación suponga el desconocimiento de otras disposiciones igualmente constitucionales que también sean aplicables al caso: un derecho fundamental, por lo tanto, no puede dar cobertura a vulneraciones de otras normas constitucionales, dado el sentido armónico de la Constitución [...] **ningún derecho es absoluto** y las disposiciones constitucionales que los reconocen no pueden interpretarse aisladamente...La jurisprudencia de esta Sala ha insistido en que el carácter relativo (condicionado, limitado) de los derechos fundamentales es un efecto obligado de la situación de interdependencia de los diversos contenidos constitucionales, de modo que cada uno de ellos está limitado por la necesidad de hacerlo compatible con los demás derechos y bienes protegidos por la Constitución. Los derechos fundamentales no son absolutos, sino que “todos ellos en mayor o menor medida están sujetos a límites [...] los límites pueden estar prescritos en la misma disposición o en otras disposiciones constitucionales”.* (Lo resaltado es de esta Cámara).

Finalmente, no está demás hacer ver que, en el presente caso, aun en el supuesto hipoteco que desapareciéremos mentalmente **la prueba anticipada que tanto cuestiona la defensa**, véase que **hay otra prueba** que siempre sostiene la sentencia condenatoria, **como es la prueba de ADN** que acredita que **el padre de la hija de la víctima menor de edad**, producto de la violación es precisamente el hoy imputado EOVC, bajo una probabilidad de 99.99%, constituyendo prueba científica; sumado a otras prueba con las que se contó cómo fue la declaración de sus padres de la víctima que corroboran el dicho de la menor, así como la prueba pericial y documental del hospital, guardando toda esa prueba armonía y coherencia entre sí, no siendo impugnada, en tanto ninguna de esas pruebas contradice el hecho acreditado por el señor juez de sentencia y la defensa tampoco la cuestiona en su recurso.

No está demás hacer ver que dicha Sala de lo Penal **incluso ha avalado casos en donde no se contó con la declaración de la víctima en vista pública y tampoco se contó con prueba anticipada**, pero existía otra prueba, entre ellas prueba científica, con la que se logró acreditar el delito de violación, tal es el caso de la **Sentencia bajo Ref. 81-CAS-2012** de fecha 2 de junio de 2014, en la que se dijo lo siguiente: *“Así, el Sentenciador al examinar el resultado del análisis comparativo de ADN, efectuado por las Licenciadas XIOMARA DE R. y MARTA L., en las que se estudió muestras de saliva de (...) y de SACC., concluyendo tal probanza que el indiciado es el padre de la menor (...), señalando el A-quo que al ser ésta una **prueba científica**, permite determinar con certeza que el imputado accedió carnalmente a (...) quien era menor de quince años y que producto de tal acción, quedó embarazada, **manifestando que pese a no existir una deposición de ningún testigo, ésta se vuelve innecesaria** ya que la prueba científica conduce a determinar que efectivamente hubo penetración en la víctima menor de quince años, siendo que no es relevante determinar si esa relación fue voluntaria, ya que su consentimiento no es válido.... queja. Esta Sala comparte el criterio sostenido por la Autoridad Juzgadora, en el sentido de que no se hacía imprescindible la presencia de la víctima y los testigos”*; y véase que en este caso se ha contado con el anticipo de prueba de la víctima, así como con prueba de ADN, entre otras.

En conclusión, el señor juez dio por acreditada la acusación, tanto en **la existencia del delito** de violación en menor o incapaz, al haberse acreditado cada uno de los requisitos del tipo penal, como es la minoría de edad de la víctima, el acceso carnal, que fue vía vaginal, y el dolo, esto último tomando en cuenta la forma en como actuó el imputado no existiendo ningún indicio que lo contradiga.

Por otra parte, véase que **el consentimiento de la víctima no tiene ninguna validez**, pues dada la edad de la misma, que era de **11 años** cuando el imputado la comenzó a seducir y a lo sumo tenía **12 años** cuando la accedió carnalmente, la ley no la faculta a dicha menor para poder auto determinarse **sexualmente**, en razón que no había alcanzado un nivel de madurez para poder tomar ese tipo de decisiones según la ley, por lo que cualquier consentimiento que ella pudo haber dado **es nulo**.

Asimismo, el señor juez dio por acreditado bajo un nivel de certeza positiva **la autoría directa del imputado** EOVC al estar plenamente identificado por la víctima, así como las demás pruebas; considerando esta Cámara que la sentencia está apegada a derecho.

Por todo lo antes expuesto, habiéndose constatado que no concurre ninguno de los argumentos alegados por la defensa, es procedente **DENEGAR** lo solicitado en el recurso de apelación.

POR TANTO: Con base a los argumentos vertidos, disposiciones legales citadas y artículos 2, 11 y 18 de la Constitución de la República, Arts. 159 y 42 Pn., Arts. 4, 144, 179, 372, 395, 452, 453, 468, 469, 470 y 475 todos del Código Procesal Penal, 12 y 51 lit. d), de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (Lepina), esta Cámara **RESUELVE:** **A) ADMÍTASE** el Recurso de Apelación interpuesto por los licenciados **Julio César Orellana Rivera y Ricardo Alberto Miranda Miranda**, en su carácter de defensores particulares del imputado **EOVC**; **B) DECLARASE NO HA LUGAR** lo solicitado en el recurso de apelación de la sentencia definitiva por el apelante en este proceso; **C) CONFIRMASE la sentencia definitiva condenatoria** pronunciada en contra del imputado **EOVC**, a quien se le atribuye el ilícito penal de **VIOLACIÓN EN MENOR E INCAPAZ** bajo la modalidad **continuada**, en perjuicio de la joven **G******* cuyo nombre se omite en cumplimiento a los Arts. 106 No. 10 CPP., 46 y 47 LEPINA y Art. 8 reglas de Beijing, siendo representada legalmente por su madre *********; **D) Remítase de inmediato una copia certificada al Juez de Primera Instancia de Tejutla**, departamento de Chalatenango para que tome nota; **E) En caso de no interponerse recurso de casación**, con certificación de ley **remítase al Juzgado de origen** el proceso principal, a efecto que el señor juez declare firme su sentencia definitiva; **F) LIBRENSE** los oficios correspondientes. **NOTIFIQUESE.-**