

APL-30-2019

CÁMARA SEGUNDA DE LO PENAL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO. San Salvador, a las ocho horas con treinta y ocho minutos del cinco de julio de dos mil diecinueve.

Por recibido el oficio número 9-3, procedente del Tribunal Segundo de Sentencia de San Salvador, por medio del cual se envían 329,005 folios, que documentan el proceso instruido en contra de los imputados siguientes:

1. Elías Antonio Saca González, quien afirmó ser de cincuenta y cuatro años de edad, empresario, casado, nacido en Usulután, hijo de ***** y ***** , con domicilio en residencial ***** , San Salvador.

2. Elmer Roberto Charlaix Urquilla de cincuenta y ocho años de edad, casado, licenciado en Administración de Empresas, nacido en esta ciudad, hijo de ***** y ***** , del domicilio de San Salvador, con domicilio en residencial ***** , San Salvador.

3. Francisco Rodríguez Arteaga, de sesenta y siete años de edad, casado, contador, nacido en esta ciudad, hijo de ***** y ***** , con domicilio en residencial ***** , San Salvador.

4. Jorge Alberto Herrera Castellanos, de setenta y cuatro años de edad, casado, licenciado en Administración de Empresas, nacidos en esta ciudad, hijo de ***** y ***** , con domicilio en colonia ***** , municipio y departamento de San Salvador.

5. Pablo Gómez de sesenta y ocho años de edad, casado, contador, nacido en Santiago Nonualco, La Paz, hijo de ***** y ***** , con domicilio en residencial ***** , La Libertad.

A todos los imputados se les atribuyen los delitos calificados provisionalmente como **Peculado y Lavado de Dinero**, descritos típicamente y sancionados en los art. 325 CP y 4 LCLDA, respectivamente, el primero en perjuicio de la **administración pública** y el segundo en detrimento del **orden socioeconómico**; a excepción del sindicado Herrera Castellanos a quien únicamente se le procesa por Peculado.

Es menester hacer notar que existen otros imputados por los que no fue impuesto ningún recurso de apelación: Cesar Funes Durán y Julio Alberto Rank Romero, ambos condenados por el delito de Lavado de Dinero y Activos.

Dicha remisión obedece a los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía General de la República y por defensores José Mario Machado Calderón, Luis Adalberto Palencia Texpan, Luis Ernesto Peña Ortiz, Tanhya Johanna Berenice Pastor Solórzano y Roberto Carlos Claros Henríquez, contra la sentencia emitida por el Pleno del Tribunal Segundo de Sentencia, a las catorce horas del veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho, en cuyo fallo se estableció:

“A) CONDENASE EN JUICIO ABREVIADO al acusado ELÍAS ANTONIO SACA GONZÁLEZ, de generales expresadas en el preámbulo de esta Sentencia, a cumplir la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, por el delito de LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS [...] y a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, por el delito de PECULADO [...] haciendo un total de la pena de DIEZ AÑOS DE PRISIÓN; B) POR UNANIMIDAD DE VOTOS: CONDENASE EN JUICIO ABREVIADO al incoado ELMER ROBERTO CHARLAIX URQUILLA a cumplir la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN por el delito de LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS [...] y a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, por el delito de PECULADO [...] haciendo un total de la pena de DIEZ AÑOS DE PRISIÓN; C) POR UNANIMIDAD DE VOTOS: CONDENASE EN JUICIO ABREVIADO, a JORGE ALBERTO HERRERA CASTELLANOS a cumplir la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN, por el delito de PECULADO [...] D) POR UNANIMIDAD DE VOTOS CONDENASE EN JUICIO ABREVIADO al encartado FRANCISCO RODRÍGUEZ ARTEAGA a cumplir la pena de tres años de prisión, por el delito de LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS [...] y a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN, por el delito de PECULADO [...] haciendo un total de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, E) De igual forma POR UNANIMIDAD DE VOTOS [...] CONDENASE EN JUICIO ABREVIADO al acusado CÉSAR DANIEL FUNES DURÁN, a cumplir la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN por el delito de LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS [...] F) POR UNANIMIDAD DE VOTOS CONDENASE EN JUICIO ABREVIADO a JULIO HUMBERTO RANK ROMERO a cumplir la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN [...] G) En cuanto al acusado PABLO GÓMEZ, con los fundamentos que corresponden y expuestos en la presente sentencia POR UNANIMIDAD DE VOTOS, CONDENASE EN JUICIO ORDINARIO, a cumplir la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN por el delito de PECULADO [...] y, OCHO AÑOS DE PRISIÓN por el delito de LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS [...] sumando el total de la pena impuesta de DIECISEÍS AÑOS DE PRISIÓN. H) POR UNANIMIDAD DE VOTOS ABSUELVASELES DE LAS COSTAS

PROCESASELE[SIC]; Y, POR MAYORÍA DE VOTOS SE LES CONDENA en cuanto a la RESPONSABILIDAD CIVIL a pagar al Estado de El Salvador [...] condenan a los siete imputados relacionados en esta sentencia al pago de la Responsabilidad Civil al Estado de El Salvador, de la siguiente manera: **1) ELÍAS ANTONIO SACA GONZÁLEZ** [...] **(\$260,732.171.64)** [...] **2) ELMER ROBERTO CHARLAIX URQUILLA (15,000,000.00); 3) FRANCISCO RODRÍGUEZ ARTEAGA** [...] **(\$7,000,000.00);** y **4) PABLO GÓMEZ** [...] **(\$5,000,000.00); 5) JORGE ALBERTO HERRERA CASTELLANOS** [...] **(\$3,000.000.00), por el delito de PECULADO; 6) CESAR DANIEL[SIC] FUNES DURÁN** [...] **(\$886,697.97)** [...] **7) JULIO HUMBERTO RANK ROMERO** [...] **(\$8,381,130.30)** [...]” [sic] (resaltado y subrayado del original).

I. Admisibilidad.

i. Planteamiento general.

La vía recursiva es un derecho fundamental de carácter procesal plasmado en los arts. 8.2 literal “h” y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -CADH en adelante- y por integración de los art. 2 párrafo primero y 14 Cn., a través de una interpretación de los alcances del derecho a la protección jurisdiccional desarrollado en la Sentencia del Proceso de Inconstitucionalidad 77-2011 (veintinueve de enero de dos mil catorce), cuya vigencia pretende dotar a las partes de los mecanismos idóneos para acceder a que un Tribunal superior en grado pueda revisar la conformidad al derecho de los fundamentos de una sentencia u otros actos procesales que puedan eventualmente producir un efecto gravoso a las partes.

Al otorgar el legislador la facultad de recurrir, permite el control de la actividad judicial en los siguientes puntos: a) respecto de la sociedad en general, hacia los funcionarios que administran justicia; b) facilita al sistema de justicia penal el desarrollo de mecanismos de autocontrol; c) posibilita a los sujetos procesales la defensa de sus intereses en litigio; y d) viabiliza el control por parte del Estado de cómo los jueces aplican el Derecho (BINDER, Alberto. “Introducción al Derecho Procesal Penal”. Segunda edición actualizada y ampliada. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina. Año 2009. Págs. 285 y siguientes).

No obstante, ello, a pesar de ser esta categoría una manifestación del proceso convencional y constitucionalmente configurado, su acceso no es de carácter absoluto ni tampoco automático; éste se encuentra condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos preestablecidos por el legislador a fin de que se conserve indemne su naturaleza, sin los cuales el juzgador puede, válidamente,

rechazar su conocimiento.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, en el “caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos” (Sentencia del 6-VIII-2008, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas):

“94. Para la Corte el requisito de que la decisión sea razonada, no es equivalente a que haya una análisis sobre el fondo del asunto, estudio que no es imprescindible para determinar la efectividad del recurso. La existencia y aplicación de causales de admisibilidad de un recurso resulta compatible con la Convención Americana y la efectividad del recurso implica que, potencialmente, cuando se cumplan dichos requisitos, el órgano judicial evalúe sus méritos” (resaltado suplido).

Específicamente sobre el proceso penal, los parámetros de admisibilidad se encuentran en la exigencia de cumplimiento de los requisitos establecidos en los arts. 452 y siguientes Pr. Pn, al estatuir que la procedencia de los recursos exclusivamente en los casos expresamente acordados en la legislación y únicamente por las personas y los medios impugnativos específicamente regulados para cada caso.

En ese sentido, se exige que la resolución cause agravio (daño provocado por un error en la decisión judicial) y que quien lo invoca no haya contribuido a provocarlo.

ii. Análisis de impugnabilidad objetiva.

La impugnabilidad de cualquier resolución judicial viene dada por configuración normativa, por lo que la determinación de aquellas que serán susceptibles de discutirse por los medios de impugnación disponibles es una decisión que le corresponde exclusivamente al legislador, como lo indica expresamente la Sala de lo Constitucional en el Proceso de Inconstitucionalidad 40-2009 Ac:

“Pues bien, como se apuntó previamente, el derecho a recurrir es aquel que tiene toda persona a hacer uso de los recursos que el ordenamiento jurídico expresamente consagra dentro del derecho al proceso constitucionalmente configurado que se conjuga con el derecho de audiencia y defensa.

Por consiguiente, el referido derecho es de aquellos respecto de los cuales el legislativo dispone de un cierto margen de conformación, en virtud de su libertad de modular las posibilidades de impugnación en cada materia sometida a regulación: ampliarlas en unas y reducirlas en otras. Por ejemplo, en algunos casos podrá sólo establecer el recurso de revocatoria; en otros contemplar,

además, el recurso de apelación; pero en otros negar toda posibilidad de un segundo examen de la cuestión” (Sentencia de las diez horas con nueve minutos del doce de noviembre de dos mil diez).

Esta medida legislativa se manifiesta en dos criterios: la impugnabilidad *expresa*, que de acuerdo al art. 452 párr. primero CPP son recurribles aquellas resoluciones que así se disponga literalmente la ley; y la impugnabilidad tácita, que acorde al art. 464 párr. primero CPP, le confiere el carácter de apelable a aquellos autos que -indistintamente su nominación- finalicen el proceso o trunquen su continuación.

En el supuesto de alzada se han elevado a conocimiento cuatro recursos de apelación contra la sentencia emitida por el Tribunal Segundo de Sentencia de San Salvador a las catorce horas del veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho.

La anterior resolución, cumple con la exigencia expresa de impugnable en base a los arts. 400 y 468 CPP, por ello habilita su conocimiento en esta sede.

iii. Análisis de impugnabilidad subjetiva.

En este apartado corresponde constatar si aquella persona que ha provocado la actividad recursiva se encuentra debidamente acreditada como legítimo representante -ya sea directa o indirectamente- del interés procesal por el cual procura al momento de la interposición del recurso; esto será, en el caso de las partes materiales, por su sola identificación; y en el caso de las partes técnicas a través de la documentación pertinente que vise su intervención en los términos y formalidades por les prescritos, el orden del análisis será correspondido cronológicamente mediante la fecha de presentación del recurso de apelación.

a. Recurso de apelación firmado por los agentes auxiliares del Fiscal General de la República, licenciados Claudia María Orozco Aguilar, Arturo Ernesto Sánchez y Ricardo Alfredo Menjívar Martínez.

Consta en diferentes etapas del proceso, que los agentes fiscales supra mencionados, han actuado en dicha calidad durante el transcurso su trámite, inclusive, del Acta de Vista Pública y la Sentencia se constata la participación de estos.

En virtud de lo anterior, ha sido el debido cumplimiento de éste requisito para el escrito en estudio.

b. Recurso de apelación firmado por el defensor particular Luis Ernesto Peña Ortiz en procura de Elmer Roberto Charlaix Urquilla.

La participación del abogado Peña Ortiz, ha sido verificada dentro del proceso, asimismo su presencia en el desarrollo de la Vista Pública, representando la defensa técnica del imputado Charlaix Urquilla, que consta en folio 327,721 de la carpeta judicial de primera instancia.

Cumpliendo entonces con el requisito para conocer en alzada.

c. Recurso de apelación firmado por los defensores particulares José Mario Machado Calderón y Luis Adalberto Palencia Texpan en procura de Elías Antonio Saca González.

Consta a folios 327,721 del expediente de primera instancia, que ambos profesionales han ejercido la defensa técnica del señor Elías Antonio Saca González, en diferentes etapas del proceso penal, asimismo en el desarrollo de la Vista Pública.

Dado lo anterior, se ha establecido la calidad de los abogados, cumpliendo con el requisito de impugnabilidad subjetiva.

d. Recurso de apelación firmado por los defensores particulares, licenciada Tanhya Johanna Berenice Pastor Solórzano y licenciado Roberto Carlos Claros Henríquez en procura de los procesados Francisco Rodríguez Arteaga, Jorge Alberto Herrera Castellanos y Pablo Gómez.

Ambos profesionales han ejercido la defensa de los tres imputados durante el transcurso del proceso penal, además se constata su participación en la Vista Pública, folio 327,721, ratificado en la sentencia condenatoria de la que apelan

Satisfaciéndose el elemento subjetivo de apelación.

iv. Análisis de temporalidad.

Al ser una sentencia condenatoria por el cual procede la apelación la regla aplicable es constatada en el art. 470 del Código Procesal Penal, que regula el plazo de diez días hábiles - contados a partir del día siguiente de la notificación - para impugnar.

Al respecto, consta en el proceso el acta de entrega de sentencia, a partir de la cual todas las partes procesales fueron notificadas, realizada a las catorce horas del veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho, folio 328,626.

En ese sentido, el plazo legal habilitado para acceder a la apelación inicio desde el día veintidós de noviembre hasta el día cinco de diciembre, ambos del año dos mil dieciocho.

Por ello se realizará un análisis bajo el parámetro temporal previamente señalado, si las apelaciones han sido presentadas en su debido término.

a. Recurso de apelación firmado por los agentes auxiliares del Fiscal General de la República, licenciados Claudia María Orozco Aguilar, Arturo Ernesto Sánchez y Ricardo Alfredo Menjívar Martínez.

La apelación de la acusación pública fue presentada ante el Tribunal Segundo de Sentencia a las nueve horas con cuarenta y seis minutos del cuatro de diciembre de dos mil dieciocho, lo anterior es verificable en el folio 328,664 vuelto del expediente judicial, cumpliendo con el requisito de temporalidad.

b. Recurso de apelación firmado por el defensor particular Luis Ernesto Peña Ortiz en procura de Elmer Roberto Charlaix Urquilla.

La presentación de la apelación fue realizada a las nueve horas con treinta y cinco minutos del cinco de diciembre de dos mil dieciocho que consta a folio 328,707, presentado el último día habilitado para acceder a la alzada.

c. Recurso de apelación firmado por los defensores particulares José Mario Machado Calderón y Luis Adalberto Palencia Texpan en procura de Elías Antonio Saca González.

La defensa particular del imputado Saca González presentó escrito de apelación ante el Tribunal Segundo de Sentencia de San Salvador a las catorce horas con diecisiete minutos del cinco de diciembre de dos mil dieciocho, estando dentro del plazo habilitado para interponer memorial impugnativo.

d. Recurso de apelación firmado por los defensores particulares, licenciados Tanhya Johanna Berenice Pastor Solórzano y Roberto Carlos Claros Henríquez en procura de los procesados Francisco Rodríguez Arteaga, Jorge Alberto Herrera Castellanos y Pablo Gómez.

El escrito de apelación fue presentado a las diecinueve horas del cinco de diciembre de dos mil dieciocho, ante el Juzgado Décimo Cuarto de Paz, como juzgado de turno durante esa fecha de conformidad al art. 167 CPP; verificándose que fue interpuesto en el último día para acceder a la alzada, cumple con la exigencia temporal de la apelación.

v. Análisis de la exposición de agravios.

El agravio es un elemento de orden subjetivo que se ha instituido como requisito para la admisión de todo recurso a partir de los arts. 452 párr. último y 453 párr. primero CPP, en los que se exige que en todo caso éste debe existir, basarse en puntos específicos de la resolución impugnada y no haber sido generado por el postulante.

La importancia que éste desempeña en la actividad recursiva es que sirve como límite al análisis a realizar en Segunda Instancia; ya que el pronunciamiento del Tribunal orgánicamente superior - art. 459 párr. primero CPP aludirá *sólo en cuanto* a aquellos aspectos retomados de la resolución impugnada, identificados como agravios.

En lo relativo a la admisión de los recursos, todo Tribunal debe considerar, el art. 25(1) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos en lo relativo a que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo es decir sin exceso de formalidades, rápido en lo relativo a identificar agravios causados y efectivo en cuanto debe de amparar cualquier violación de los derechos humanos, en ese sentido serán analizados los puntos sometidos a la alzada.

Esbozando estas características en un concepto para facilitar su comprensión, se tiene que el agravio es toda aquella actividad judicial resolutive que contenga defectos por inobservancia, es decir la no aplicación de un precepto contenido en alguna norma; errónea aplicación, o sea la selección equívoca de una disposición en detrimento de la procedente para el caso; o errónea interpretación del derecho, que es la aprehensión desacertada de lo mandado por una disposición.

Por definición, ésta actividad debe de perjudicar injustamente la pretensión procesal de alguna de las partes en litigio.

Es necesario hacer énfasis que la correcta configuración del agravio como requisito de admisibilidad obedece a la labor contralora que todo Tribunal de Apelaciones supone en un sistema recursivo con respecto a lo ya actuado.

Y es que para efectos recursivos será susceptible de considerarse como agravio *únicamente* lo actuado por el juez de instancia, excluyendo por antonomasia las actuaciones de las demás partes intervinientes; ello debido a que los intervinientes cuentan con el derecho de promover la interpretación o aplicación del derecho que mejor les convenga, pero será la apreciación judicial sobre qué normas serán aplicadas y en qué sentido la que a la postre será vinculante, empero lo anterior, existirán supuestos que adviertan un flagrante vicio de derecho, que con aplicación del principio *Iura Novit Curia* habilite el conocimiento de la apelación, enmendado el yerro judicial alegado.

La jurisdiccionalidad como característica del agravio sirve para instituir los límites al conocimiento en alzada -arts. 459 párr. primero CPP- y supone por derivación lógica dos aspectos esenciales de la actividad a desplegar en Segunda Instancia: primero, que el propósito de la

impugnación es controlar la correcta aplicación e interpretación del derecho por parte del juez actuante respecto de las pretensiones sometidas a su conocimiento.

Por lo tanto no es acogible como agravio la alegación de *cuestiones novedosas*, pues no se cuenta con un pronunciamiento judicial respecto del cual apreciar la aplicación o interpretación del derecho; ni tampoco se ha permitido a las partes intervinientes opinar sobre el mérito de lo pedido junto con lo que sustenta su pretensión.

Como último punto es menester afirmar la esencia técnica del agravio, la cual basándose en el examen de la aplicación e interpretación judicial del derecho, no admite como crítica válida para la impugnación del proveído otra cosa que no sea una discusión de orden dogmático o normativo.

Las quejas de orden subjetivo, juicios de perfectibilidad o simples reclamos desprovistos del sustrato técnico carecen liminalmente de la necesaria vocación para prosperar; e incluso, la *trascendencia* del agravio pasa por exponer además el perjuicio causado a su postura procesal a partir de la actividad judicial defectuosa.

No basta entonces con identificar supuestos errores del *A Quo* en su actividad resolutoria, sino que debe argumentativamente exponer su nexo con el resultado adverso y el perjuicio injusto a la pretensión.

Por lo que no será suficiente la mera enunciación en términos genéricos de vicios, normas o principios presuntamente conculcados: debe dotársele de un contenido tendiente a evidenciar el defecto concreto en el que se ha incurrido -que estará condicionado por el ámbito al que se circunscribe la impugnabilidad objetiva-, por qué éste es relevante para su postura procesal y plantear una propuesta sobre su enmienda, lo anterior ha sido sostenido en la Apl. 285-2018-2 (de las once horas con treinta minutos del veintiocho de septiembre de dos mil dieciocho).

La consecuencia jurídicamente predeterminada para aquellos casos en los que se identifique erróneamente un punto de agravio, o no se dote suficientemente de contenido como para comprender la queja, acorde al arts. 453 párr. primero CPP, es la *inadmisibilidad*.

En ese sentido, tres apelaciones versan sobre la responsabilidad civil, únicamente una apelación alude a la responsabilidad penal, siendo esta la que abordaremos inicialmente, para luego estudiar lo relativo a la responsabilidad civil.

i. Apelación respecto de la responsabilidad penal.

Recurso de apelación firmado por los defensores particulares, licenciada Tanhya Johanna Berenice Pastor Solórzano y licenciado Roberto Carlos Claros Henríquez en procura de los procesados Francisco Rodríguez Arteaga, Jorge Alberto Herrera Castellanos y Pablo Gómez.

Los defensores particulares han planteado tres motivos de apelación, que pueden ser delimitados de la forma siguiente:

- Proporcionalidad de la Pena, arts. 246 y 63 CPP.
- Inobservancia del Error de Prohibición Invencible, arts. 4 y 28 CP
- Inobservancia del Principio de Responsabilidad Penal Subjetiva 4CP.

Respecto del **primer motivo** señalan que el Tribunal A quo ha inobservado el grado de culpabilidad de los autores, relacionan que la cuantificación de la pena es la actividad judicial a través de la cual el sentenciador fija el monto para la pena que cumplirá el imputado, para darle cumplimiento al artículo 27 Cn., por cuanto la pena en nuestro marco constitucional, busca en primer lugar la resocialización del delincuente, entendida no como una sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como una manipulación de su personalidad, sino como un intento de ampliar las posibilidades de participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal.

Luego de citar procesos de inconstitucionalidad relativos al análisis de la proporcionalidad de la pena, hacen referencia a jurisprudencia en materia penal, sosteniendo la obligación por parte del juzgador de explicar con fundamentos sustentados, el motivo de la imposición de cantidad de años de pena de prisión.

Posteriormente desarrolla un análisis individual por cada uno de los tres imputados

Inicia con el acusado Rodríguez Arteaga quien ha sido condenado por los delitos de Peculado y Lavado de Dinero y Activos, señalan que debido al proceso abreviado, la pena tiene una reducción considerable a tenor del artículo 447 párrafo 2 CPP, entre la tercera parte del mínimo y el mínimo vigente (con aplicación del peculado bajo la redacción original de la época en que se cometió el ilícito), señalando que el parámetro de imposición de pena oscilaba entre un año y ocho meses y cinco años de prisión.

Al respecto señalan que la pena impuesta por cada delito –tres años de prisión- que atalogan de “mediana” carece de proporcionalidad, aduciendo que de la confesión del imputado Saca González se extrae que el señor Rodríguez Arteaga no obtuvo ningún beneficio personal; posteriormente cuestionan la falta de valoración de la extensión del daño de la conducta ilícita, citando

jurisprudencia de esta Sede.

Cuestionan el hecho que a su defendido no se le pudo comprobar el incremento patrimonial del dinero sustraído, no resultando lógico que una persona que comete un delito no se vea favorecida; estimando que racionalmente debe pensarse que el señor Arteaga actuaba bajo una relación de supra subordinación laboral.

Posteriormente concretiza en la existencia de falta de motivación, al no expresarse ningún análisis sobre las circunstancias que rodean el hecho, entre ellas mencionan: culturales, sociales, económicas.

Concluyendo que a consecuencia de la omisión debió de establecerse el mínimo de la pena.

Continúa con el acusado Herrera Castellanos, afirmando que la pena que debió de imponerse fue la mínima (con sometimiento al proceso abreviado) es decir un año y ocho meses, señalando que la pena impuesta de tres años de prisión es desproporcional.

Reiteran la falta de fundamentación sobre la extensión del daño y peligros efectivos, asimismo los motivos que impulsaron al hecho, omitiendo hacer valoraciones el Tribunal *A quo* sobre el señor Herrera Castellanos; sustentando sus argumentos en jurisprudencia casacional sobre la exigencia de fundamentar la individualización de la pena.

Sigue con el encartado Pablo Gómez, haciendo hincapié, que el señor Gómez fue el único imputado en no someterse al proceso abreviado; concretamente señala que el folio 1,389 de la numeración interna de la Sentencia Condenatoria no posee ninguna argumentación únicamente es una reproducción de las conductas reprochadas junto con el quantum de la pena.

Cuestionan la existencia de un vicio de “Non bis in ídem” sobre la individualización de la pena y valoración de la gravedad de los hechos, por cuanto previamente estos elementos ya habían sido analizados en la individualización del procesado, valorándose nuevamente elementos descriptivos de los tipos penales.

Concretamente sustenta su posición mediante el proceso de Inconstitucionalidad 63-2010 Ac, de las catorce horas del veintinueve de abril de dos mil trece, resaltando de la sentencia que “Ante tales situaciones, el principio se vuelve operativo como una “prohibición de doble valoración”, de manera tal que, en la medida en que una misma circunstancia o aspecto del hecho (o de los hechos) objeto de juzgamiento tenga relevancia bajo más de una descripción, hay que reconocer el carácter “aparente” o impropio de su repetida consideración punitiva”.

Retoman la proporcionalidad de la pena, resaltando que en el folio 1,391 de la Sentencia, se

tuvo como elemento para imponer la pena el hecho de no haberse sometido al proceso abreviado, situación que es contraria al principio de Dignidad Humana, la defensa fundamenta esa postura en la voluntariedad de someterse al proceso; otro parámetro ilegítimo que considera no debió de tomarse en cuenta fue la confesión del imputado Elías Antonio Saca González, teniendo en cuenta el interés que tenía dicho imputado en someterse al proceso abreviado.

Concluyen señalando que la fundamentación judicial es contradictoria, dado que primeramente se resalta el hecho que el señor Pablo Gómez era conocedor del marco normativo de la administración de fondos públicos, asimismo que tenía conocimiento que sus cuentas personales serían alimentadas con fondos del estado, sin embargo posteriormente el mismo Tribunal resalta que el señor Gómez no tuvo ningún beneficio económico realizando únicamente encargos requeridos; no teniendo en cuenta a criterio de la defensa estos elementos.

Respecto del **segundo motivo** es enfocado es hacer ver a este Tribunal la Inobservancia del Error de Prohibición Invencible por parte del Tribunal de Sentencia; iniciando con consideraciones básicas sobre dicha figura, para determinar que “estaremos ante un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida, en contraposición un error de tipo implica la negación de la tipicidad, porque asevera que su actuación carece de componente subjetivo doloso”.

Identifican como efecto de determinar el error de prohibición, sosteniendo que es neutralizar la conducta en no reprochable, aunque aquella sea típica y antijurídica, considerando que en este tipo de error, no tiene conocimiento que su conducta no está permitida, excluyendo de responsabilidad penal su actuación.

Seguidamente desarrollan presupuestos y requisitos exigidos para que opere la excluyente de responsabilidad, sosteniendo que el imputado Pablo Gómez cumple con estos.

Alega una falta de conciencia de antijuridicidad, indicando que el imputado pensó que su actuación era dentro del marco del ordenamiento jurídico, sosteniendo que en la apertura de las cuentas bancarias, siempre junto a su nombre se colocó la leyenda “*Pablo Gómez / Gastos Operativos de Presidencia*” lo que puede considerarse el sometimiento desde un inicio a la normativa reguladora de gastos de presidencia: que los fondos de esa cuenta eran provenientes de la Presidencia de la República

Por medio de los testigos CBA y MEF quienes señalaron que el señor Gómez llegaba a las agencias bancarias acompañado de seguridad de la Presidencia de la República, asimismo que todas

las operaciones se realizaban en sobre manila, el cual era entregado en la agencia bancaria y posteriormente era regresado al señor Gómez; que él nunca obtuvo ningún beneficio económico por el encargo que se le daba, únicamente llevaba y transitaba el dinero en los lugares que le ordenaban.

De nuevo sustenta sus argumentos en doctrina y jurisprudencia casacional, identificando el error judicial al operativizar el error de prohibición de subsunción, puesto que el imputado Gómez consideró haber cumplido con el ordenamiento jurídico, concretamente porqué el acataba órdenes, el proporcionó su nombre, DUI y NIT al abrir las cuentas bancarias conforme a las leyes de prevención del Lavado de Activos, vincular la apertura de su cuenta a los gastos operativos de Presidencia de la República y por el hecho de recibir la orden del jefe de la UIF y del Presidente consideraba que su actuación no era antijurídica, sustentando posteriormente el motivo con jurisprudencia y doctrina para finalizar concluyendo que este Tribunal identifique la existencia del error de prohibición invencible consecuentemente eximirle de responsabilidad penal.

Respecto del **tercer motivo**, Inobservancia del Principio de Responsabilidad Penal Subjetiva (art. 4CP), desarrollan su tesis a partir de una criminalidad organizada, es decir mediante la utilización del Estado para fines ilícitos, ante ello señalan que pueden llegar a existir distintos eslabones de mando, retomando lo desarrollado por la acusación pública en cuanto a que era un grupo estructurado dentro de la Presidencia de la República teniendo como finalidad realizar acciones para sustraer fondos públicos.

Teniendo como jefe único de esta red al Presidente de la República, sujetos con mandos intermedios con posibilidades meridianas señalan a los secretarios de dependencias del Órgano Ejecutivo y por último elementos fungibles que podían ser cambiables por otros.

Destacan entonces, que el señor Pablo Gómez, era una persona que desconocía el plan global de sustracción de fondos, asimismo que su actuación fue sin dolo, no pudiendo sostenerse un dominio de voluntad por parte del procesado, ya que para estos casos supone una imposibilidad en la toma de decisiones, dándose un funcionamiento automático del poder, pudiendo ser sustituido en cualquier etapa. Pretendiendo demostrar el carecimiento de dolo en su actuar.

De los anteriores argumentos este Tribunal estima que:

De la lectura del libelo se denotan las siguientes críticas: 1) Falta de fundamentación sobre determinación de la pena impuesta; 2) Inobservancia de Error de Prohibición Invencible y 3) Inobservancia del principio de Responsabilidad Subjetiva.

1) A partir de la forma en que la defensa particular ha estructurado el primer agravio, estima una falta de fundamentación en la determinación de la pena sobre los imputados Herrera Castellanos, Rodríguez Arteaga y Pablo Gómez, pese a establecer erróneamente la norma violentada (art. 63 CPP), logra determinarse y así lo reconducen posteriormente que es en referencia al art. 63 del Código Penal.

Es así que al momento de establecer la condena de prisión debió de analizarse de forma completa dicho artículo, pues este presupone que el castigo a imponerse dentro del quantum de la pena se vuelva justificado y motivado.

Al alegarse falta de fundamentación del análisis de la pena a imponer resulta obligatoria la verificación dentro de la sentencia condenatoria el apartado relativo al motivo de estudio, a efecto de determinarse el posible yerro advertido por la defensa, dado lo anterior y estimarse que los argumentos conllevan un supuesto vicio que es verificable del análisis de la sentencia, su queja se encuentra debidamente delimitada

De igual forma sobre este punto de apelación estiman una inobservancia al principio de doble persecución, pues considera que el análisis del Tribunal ha tomado elementos de la descripción del tipo penal para valorarlos en dos apartados de la sentencia.

Además, ha tomado como parámetro el hecho que el señor Gómez no se sometió al proceso abreviado, de ello destaca la posible existencia de una doble valoración sobre los delitos de Peculado y Lavado de Dinero y de Activos, concretando su fundamento con una cita jurisprudencial donde refleja la posible existencia de Concurso Aparente de ambos tipos penales bajo la regla de Consunción.

Lo anterior conlleva que dicho motivo deba dividirse en dos para su posterior estudio jurídico, es decir, deberá de analizarse la posible falta de fundamentación de la adecuación y proporcionalidad de la pena en base a los arts. 256 CN, 63 y 63 y 144 CPP de los señores Pablo Gómez, Rodríguez Ortega y Herrera Castellanos, y además el motivo de apelación de Inobservancia de los arts. 7 CPP y 9 CP relativos al concurso aparente de leyes y prohibición de doble Juzgamiento, habiendo estimado este Tribunal que ambos motivos de apelación cumplen con el desarrollo y exposición de agravios para ser conocidos en alzada, se **admite**.

2) Sobre la alegación del Error de Prohibición Invencible en la conducta del señor Pablo Gómez, la defensa ha sido bastante reiterativa en señalar que en su calidad de empleado de Casa Presidencial únicamente acataba ordenes de sus superiores, que dicho imputado nunca se apropió

de ningún activo del Estado y que su conducta de abrir cuentas bancarias como persona natural no era considerada una actividad ilícita pese a que en ella se depositaban fondos del Estado, debido que previamente este lo había realizado sin tener ningún inconveniente; revisados sus argumentos, este Tribunal estima que el motivo de apelación ha cumplido con la exigencia de demostrar un supuesto vicio de la sentencia, dado lo anterior, se **admitirá** la alzada.

3) La Inobservancia de la Responsabilidad Objetiva alegada por la defensa, es fundamentada bajo la utilización del señor Pablo Gómez como instrumento del aparato de poder (Presidencia de la República), persona que por su cargo no tenía ningún poder de decisión, únicamente cumplía con las ordenes que eran requeridas, no siendo ninguna de sus acciones dolosas, careciendo así de responsabilidad penal

Este argumento pese a estar autónomamente desarrollado, encaja con ciertas matizaciones con el motivo de error de prohibición, en ambos hace hincapié la defensa en la imposibilidad de poder de disposición del imputado, como consecuencia de estar sometido a una relación laboral de subordinación frente a sus superiores, mandos medios (secretario de Casa Presidencial) y como último eslabón el Presidente de la República.

Además, retoma la discusión respecto de la apertura de cuentas bancarias a título personal y como estas eran entrelazadas justificándose los fondos como gastos operativos de la Presidencia de la República, situación que consideran no fueron advertidas por el tribunal inferior, es así que respecto de este motivo puede vincularse con el motivo anterior, dado que ambos tienen como objetivo, pretender evidenciar a este Tribunal, la **neutralidad** de la conducta del imputado Gómez.

No obstante, que la neutralidad será resuelta junto con el segundo motivo (Error de Prohibición Invencible), de la argumentación expuesta sobre el tercer motivo, este Tribunal estima que paralelamente a la supuesta conducta neutra del procesado Pablo Gómez, la defensa deja precisado que dicho imputado únicamente acató órdenes superiores, bajo una cadena de mandos, siendo uno de los eslabones inferiores, lo que sin haber desarrollado de forma precisa, es relacionado con una posible inobservancia a los arts. 32 y 36 del Código Penal, relativos a determinar si las conductas realizadas por el señor Gómez y los otros empleados de casa presidencial son propias de un **cómplice** y no como coautores de los ilícitos penales acusados, en conjunto la defensa deja un visto sobre una posible acción de complicidad que conlleve un análisis por parte de este Tribunal a efecto de dirimir y estudiar la conducta de los procesados.

Debido a que el desarrollo sobre este punto se encuentra debidamente estructurado, explicando

la supuesta organización de sustracción de fondos públicos, el presente motivo cumple con los mínimos requisitos de fundamentación para ser estudiados por la alzada.

Así entonces, el motivo se estudiará bajo la inobservancia de los arts. 32 y 36 CP, con la finalidad de establecer si los señores Herrera Castellanos, Rodríguez Arteaga y Pablo Gómez no fueron en realidad autores de los ilícitos penales, debido a ello se **admite** la apelación.

ii. Apelaciones respecto de la responsabilidad civil.

a. Recurso de apelación firmado por los agentes auxiliares del Fiscal General de la República, licenciados Claudia María Orozco Aguilar, Arturo Ernesto Sánchez y Ricardo Alfredo Menjívar Martínez.

Inician mediante una relación de diferentes folios del expediente judicial donde se encuentra la pericia financiera contable (folios 236,701-236,899) así como anexos de esta; asimismo exponen que mediante cheques en depósito de las cuentas de los señores Elmer Roberto Charlaix Urquilla, Francisco Rodríguez Arteaga y Pablo Gómez fueron sustraídos doscientos noventa y ocho millones, seiscientos ochenta y tres mil novecientos cuarenta y cinco dólares con diecisiete centavos (\$298,683.945.17).

Además, un millón seiscientos sesenta y tres mil ciento setenta y dos dólares (\$1,663,172.00) que fueron cobrados en efectivo sin identificarse la persona que realizó esta operación, considerando la acusación pública sobre la base de la pericia contable ascendiendo a un total de trescientos millones trescientos cuarenta y siete mil, ciento diecisiete con diecisiete centavos de dólar (\$300,347,117.17).

Seguidamente resaltan el hecho que en la sentencia condenatoria a folios 1,350-1,351 el Tribunal de Sentencia no solo menciona el monto de doscientos noventa y ocho millones seiscientos ochenta y tres mil novecientos cuarenta y cinco dólares con diecisiete centavos (\$298,683.945.17), sino también hizo alusión a lo que previamente había sido cobrado en efectivo sin constar quien hizo esa operación.

En ese sentido enfatizan el núcleo del yerro en no haber “*atendido a la entidad del daño*”, pues hubo un remanente que a criterio de la acusación pública no fue incluido en la responsabilidad civil, omitiendo la cantidad de trescientos cuarenta y siete mil cinco diecisiete dólares con diecisiete centavos de los Estados Unidos de América (\$347,117.17), puesto que en suma de todos los imputados fueron condenados a trescientos millones de dólares (\$300,000,000.00).

Concluyen en que la modificación del monto de condena debe hacerse sobre los imputados

Elías Antonio Saca González, Elmer Roberto Charlaix Urquilla, Francisco Rodríguez Arteaga y Pablo Gómez no así de los imputados Cesar Funes y Julio Rank.

De los anteriores argumentos este Tribunal estima:

El núcleo de la queja radica en que el Tribunal *A quo*, no ha realizado una condena completa sobre la responsabilidad civil, que a criterio de la acusación pública la cantidad monetaria es **incompleta**, existiendo un faltante de trescientos cuarenta y siete mil ciento diecisiete dólares con diecisiete centavos (\$347,117.17), sustentando esta cantidad en la pericia contable, además considerando erróneo el análisis del monto total, pues en algunos apartados de la responsabilidad civil señalan que –incluso– el Tribunal de Sentencia incluye en su análisis dicha cantidad, sin embargo al finalizar su análisis decide condenar al monto de trescientos millones de dólares (\$300,000,000.00).

Visto lo anterior, esta Cámara considera que el motivo de impugnación se encuentra debidamente desarrollado, además hace mención reiterativa de un error dentro de la sentencia condenatoria, en el apartado relativo a la responsabilidad civil, cuestionando la cantidad pecuniaria total de condena como consecuencia del supuesto análisis de la pericia contable, en ese sentido se **admite** la apelación, a efecto de verificar el supuesto vicio, caso contrario será confirmado el proveído.

b. Escrito de Apelación del defensor particular Luis Ernesto Peña Ortiz quien procura en favor del procesado Elmer Roberto Charlaix Urquilla.

La defensa fundamentó su recurso de apelación en dos motivos.

1. Inobservancia de las reglas de la sana crítica sobre elementos de prueba de Valor decisivo, art. 400 (5) CPP.

Luego de hacer una transcripción de las normas que considera han sido violentadas, explica que el art. 144 CPP, brinda los mínimos que debe de tener una decisión judicial para considerarse fundamentada; ya en el campo de la Responsabilidad Civil describe elementos necesarios para poder emitir una condena, entre estos la delimitación de una lesión, identificación de la actividad del responsable y la cuantificación del daño causado.

Agrega a su apelación doctrinas relativas a este tema, en donde retoma el art. 118 CP, sobre la proporción de la contribución al resultado de la conducta típica, mencionando que dicha división no puede ser de forma superficial, únicamente puede darse por medio del razonamiento que se haga a los elementos de prueba.

Considerando que la infracción sucede a partir del razonamiento judicial de la Responsabilidad Civil, únicamente usando frases rutinarias y transcripciones de doctrina, a partir de ello considera que no puede hacerse un “*traslado automático*” de la cuantía a imponer, dado que lo esencial al analizar este tipo de responsabilidad es la intención, grado de participación y la magnitud del perjuicio causado.

Lo anterior tiene su esencia a partir de la labor fiscal, al considerarla no ordenada en establecer que elementos de prueba sirvieron para establecer la responsabilidad civil y penal, considerando toda la prueba del proceso aplicable también para el proceso civil.

De esa circunstancia señala que en la sentencia únicamente se refiere a la pericia contable, la cual califica de inconclusa pues no se advierte como se compone el monto, razonando el Tribunal que ha obtenido los montos de la pericia sin hacer mención de cómo estos se estructuran.

Descartando la tesis de que todos los elementos de prueba presentados por Fiscalía y sostenidos por el Tribunal sirvieron para al cálculo de la Responsabilidad Civil, esto se evidencia a partir de la confesión de los imputados sometidos al proceso abreviado, siendo los peritajes de cargo para corroborar las declaraciones de forma meridiana, sin embargo el Tribunal únicamente hace referencia en su fundamentación al dictamen pericial.

Luego profundiza sobre las cantidades fijadas en la sentencia, difiriendo en el sentido que fueron extraídas del dictamen pericial, sin embargo, no todo el monto que se relaciona es de carácter ilícito, siendo que la responsabilidad civil únicamente puede devenir del cometimiento del ilícito penal, desconociéndose de la pericia cual fue su destino y/o uso lícito.

Recalca, que fuera de la pericia contable no fueron analizados otros elementos de prueba en el apartado de la responsabilidad civil, dando por hecho que de las pruebas analizadas para la responsabilidad penal se han extraído las conductas individuales de cada imputado, situación que es contraria al deber de fundamentación y la exigencia de sustentar la condena en base a la prueba que obra en el proceso y no de principios y doctrina abstractos.

2. Conculcación del derecho de defensa.

Después de citar las disposiciones que considera infringidas relativas a las reglas de la Sana Crítica, relaciona un acontecimiento ocurrido en la etapa de instrucción del proceso penal, que considera pudo haber modificado sustancialmente el monto de la responsabilidad civil, en donde aduce que días previos a que se realizara la audiencia preliminar se agregó al expediente judicial 61 piezas que considera “de mucho interés para la defensa”.

Dado lo anterior fue solicitado el veinticuatro de abril de dos mil dieciocho relativa realizar pericia financiera de los documentos presentados, sin embargo pese a la trascendencia de la documentación esta fue denegada, presentando recurso de revocatoria y posterior apelación a efecto de habilitar el conocimiento en alzada.

De lo anterior considera esencial que esta información sea analizada pues en ella existen diversas personas naturales y jurídicas que recibieron fondos de cuentas de los señores Elmer Roberto Charlaix, Francisco Herrera Castellanos y Francisco Rodríguez Arteaga, transcribiendo desde el folio 39 hasta 69, diversas cantidades que supuestamente recibieron dichas personas.

Cuestionando que a partir de ello pueden existir “destinos lícitos” de los fondos sustraídos de las cuentas estatales, y que un porcentaje –sin especificar- era para pago de servicios prestados y adquisición de bienes a Casa Presidencial.

Sobre los anteriores argumentos este Tribunal estima que:

La falta de fundamentación alegada por la defensa técnica va encaminada en determinar el posible vicio sobre la Responsabilidad Civil, en cuando a un vicio de elementos de prueba de índole civil para sustentar el monto de condena, obviando desde su óptica la delimitación de la lesión, identificación de la actividad del responsable y la cuantificación del daño causado.

Alega la imposibilidad de haberse sustituido la fundamentación del Tribunal por frases y párrafos doctrinarios que no lograr autónomamente comprender los argumentos relativos a la Responsabilidad Civil. Verificado el supuesto yerro judicial, este Tribunal estima que ha sido debidamente delimitada por el apelante la existencia del vicio, en ese sentido se **admite** el presente motivo.

En lo relativo a la afectación al derecho de defensa, el peticionario cuestiona un acto procesal durante la fase de Instrucción, respecto de la negativa de realizar pericia contable a documentación presentada en dicha etapa, establece que de valorarse hubiese servido para ilustrar de mejor forma al Tribunal *A quo*, además de visualizar que no todos los fondos sustraídos tuvieron finalidades “ilícitas” sino que también se dieron pago de obligaciones y compromisos de Casa Presidencial.

Justifica su motivo debido a que previamente había presentado recurso de revocatoria y apelación sobre la denegatoria a la pericia ante eso prevé que este Tribunal realice valoraciones sobre dicha documentación.

Al ser un defecto procesal el que pretende evidenciar el defensor particular, es obligatorio que este haya sido previamente protestado en la etapa en que ocurrió, requisito que ha sido constatado,

sin embargo, su argumento padece de contradicciones.

La primera surge del hecho que se alega una Inobservancia del Principio de las Reglas de la Sana Crítica respecto de una serie de documentos sin detallar su finalidad, esto ocasiona que se vuelva imposible el estudio en abstracto de dicho vicio sin establecer qué medio de prueba se considerada inobservado.

Tampoco señala qué principio de las Reglas de la Sana Crítica resulta ser obviado, pero más importante es resaltar, que de la apelación se extrae que la defensa promueve un vicio de procedimiento, pero por el contrario el vicio que pretende plantear es enfocado a cuestionamientos de valoración probatoria, sin desarrollar la ocurrencia de dicho vicio.

De igual forma no establece ningún defecto de procedimiento, únicamente menciona que la solicitud fue realizar pericia contable a la documentación que fue agregada al proceso, siendo esta denegada, no obstante relatar los anteriores elementos, en ningún apartado de su motivo razona ni explica en que consiste el vicio de procedimiento, únicamente hace alusión a la denegatoria.

Es así que debido a deficiencia relativa a la construcción del agravio, por haberse omitido en su total el defecto procedimental y contradictoriamente alegar un supuesto vicio relativo a Inobservancia de las Reglas de la Sana Crítica sin enlazar el elemento de prueba infringido, deberá de rechazarse el presente motivo y ser declarado **inadmisible**.

c. Escrito de apelación presentado por los defensores particulares José Mario Machado Calderón y Luis Adalberto Palencia Texpan quienes procuran en favor del imputado Elías Antonio Saca González.

Luego de hacer extensas consideraciones sobre la admisibilidad del recurso de apelación, realiza amplias consideraciones relativas a la fundamentación y condena de responsabilidad civil, denunciando que esta afecta el derecho de propiedad, se vuelve confiscatoria, de carácter vitalicio, siendo la confiscación prohibida por la Constitución.

Sobre el cálculo de la condena enfatizan que esta no debe de ser discrecional, que debe de reflejarse el daño causado y en base al estudio de elementos de prueba de índole civil poder establecer de forma comprobable la responsabilidad, considerando entonces que la aplicación fue automática.

De igual forma expresan que la sentencia refleja un “trato desigual” entre las condenas de los imputados, ejemplificando la condena civil del imputado Cesar Funes, la cual fue inferior de forma sustancial a la de su defendido y a quien le fue restado fondos que se usaron lícitamente.

Debido al insuficiente acervo probatorio, la condena debe de ser declarada en abstracto puesto que con los elementos de prueba es imposible hacer un cálculo concreto, correspondiendo aplicar el art. 399 inc 3° CPP, de otra forma se contraría el principio de legalidad.

El **primer** motivo de apelación inicia a partir de la página 57 del recurso, su principal queja radica sobre la inobservancia del art. 399 inc. 3°, en lo relativo a imposibilidad de cuantificar la responsabilidad civil cuando no existan elementos de prueba que permitan establecerla concretamente.

Ocasionando, este apartado de la sentencia, que hayan sido inobservadas las Reglas de la Sana Crítica, de lo anterior, hacen hincapié sobre las pruebas de índole civil, las cuales fueron comunes para determinar la responsabilidad penal, discutiendo el hecho que únicamente sirvió de sustento como prueba para determinar la responsabilidad civil, la pericia contable, evidenciando posteriormente las limitaciones que supuestamente contienen dicho elemento de prueba, entre estas omisiones producto del volumen de documentación que fue estudiada.

Posteriormente, cuestionan que documentación donde se relacionaban pagos de servicio y bienes a personas naturales y jurídicas por parte de casa presidencial fue tardía y que esta no fue valorada en la pericia contable, la cual pudo influir a efecto de disminuir el monto de la responsabilidad civil; enunciando desde la página 111 hasta la 181 cantidades que supuestamente muestran los pagos realizados por Casa Presidencial, siendo estos a criterio de la defensa particular destinos lícitos, además muestra una serie de oficios que no fueron analizados por el Tribunal de Sentencia, teniendo incidencia en la disminución de la responsabilidad civil, culminando con el esbozo de líneas relativas a las Reglas de la Sana Crítica.

La pericia ha contado con serias limitaciones y deficiencias la cual no fue valorada de forma íntegra; producto de una valoración racional y lógica es prudente estimar que por el mero hecho de ser gastos no documentados, no necesariamente fueron desviados a cuentas del imputado Saca González, como sí ocurrió respecto del procesado César Daniel Funes Durán, solicitando como pretensión que la responsabilidad civil sea modificada en abstracto.

El **segundo motivo** alegado por los defensores, es la falta de fundamentación de la Responsabilidad Civil, señalan que ha sido obviado el mandato del art. 144 CPP, justificándose en la posibilidad de conocer respecto de este punto, pese a que su defendido se sometió al proceso abreviado, lo cual deviene en que esto no es óbice para conocer de la falta de fundamentación, más importante aún, que Fiscalía tenía la obligación de ilustrar los elementos de prueba sobre la condena

civil, la cual al no haberse realizado, se torna imposible que pueda determinar un monto específico el Tribunal de Sentencia.

La fijación de una cuantía específica resulta errónea, partiendo desde la pericia contable que no logra especificar el monto del daño causado al Estado de El Salvador, significando entonces que no es posible sostener como responsabilidad civil a la totalidad de los fondos ejecutados por la partida de Gastos Reservados de Presidencia de la República.

Más adelante justifican el uso de gastos reservados por parte del Presidente de la República, alegando disposiciones constitucionales: 168 (14,18 y 20), entre las que destacan el pago de compensaciones complementarias, las cuales han sido “*criminalizadas*” sin embargo son figuras con asidero legal, además de ser una práctica habitual en Casa Presidencial, otro campo que desarrollan son las actividades de inteligencia y los gastos que esta pueda generar (remuneraciones, adquisiciones de bienes etc).

Concluyendo sobre el motivo de apelación, que el Tribunal ha omitido valorar elementos de prueba para cuantificar el monto de la responsabilidad civil y la cual no estaba sometida al proceso abreviado, considerando entonces que al realizar una verdadera verificación de los Gastos Reservados de Presidencia de la República (remuneraciones, bienes etc.) se logra extraer que no puede sostenerse el total del monto asignado a dicha partida como daño patrimonial ocasionado al Estado.

Sobre los anteriores argumentos este Tribunal estima que:

El recurso de apelación contiene una dispersa variedad de temas desarrollados por los defensores, lo anterior es acorde al volumen de páginas de dicho escrito, que en total suman 309 folios, sin embargo pueden extraerse dos motivos de apelación que engloban en suma la posición de la defensa, siendo el **primero** relativo a la Inobservancia de las Reglas de la Sana Crítica, cuestionan el pronunciamiento relativo a la Responsabilidad Civil, al respecto, de los alegatos hechos por la defensa, estos están encaminados en advertir una motivación contraria a las Reglas de la Sana Crítica sin precisar o señalar cual principio ha sido violentado.

El enfoque que da la defensa se encuentra más encaminado a la imposibilidad del caculo específico de la responsabilidad civil por parte del Tribunal *A quo* por haberse omitido analizar elementos de prueba; en ese sentido pese a nominarse bajo una posible Inobservancia de las Reglas de la Sana Crítica el presente motivo, se denota que la intención de la defensa es evidenciar la imposibilidad de cuantificar montos de responsabilidad civil con ausencia de pruebas.

Dándose en el presente caso una supuesta inobservancia al art. 399 inc. 3 CPP, debiendo haber sido declarada la responsabilidad civil en abstracto, ante estos argumentos dispersos que se presentan en un volumen extenso de páginas y apartados que en algunas ocasiones resultan ser repetitivos, es menester establecer el estudio de Cámara, a efecto de determinar si el Tribunal de Sentencia tuvo el acervo probatorio necesario para cuantificar el daño ocasionado, caso contrario deberá de enmendarse el error y modificarse la responsabilidad civil, de modo que se **admite** el presente motivo de apelación.

El **segundo** motivo de apelación coincide en amplios pasajes que el motivo primero, reitera la falta de fundamentación sobre la Responsabilidad Civil, al únicamente valorar la pericia contable como elemento de prueba para establecer la cuantía, contrario a esto, señalan que la pericia en mención no establece la cuantificación del daño ocasionado, en cambio aducen que son cantidades relativas a gastos que no fue posible lograr su destino, el cual no puede ser interpretado en su totalidad como desviación de fondos a cuentas del señor Saca González.

Otro aspecto que los apelantes advierten que no fue estudiada por el Tribunal de Sentencia, fue el pago de sobresueldos, servicios y bienes relativos a la partida de Gastos Reservados de Presidencia, elementos que hubiesen servido para lograr una disminución sustancial del monto impuesto; en suma logra identificarse la similitud entre ambos motivos alegados, ambos dirigidos a reprochar la fundamentación judicial, consecuentemente serán unificadas ambas alegaciones para posteriormente ser sometido al análisis jurídico de Cámara, bajo el motivo de Inobservancia del Deber de Fundamentación, en contravención al art. 144 CPP.

d. Escrito de apelación presentado por los defensores particulares Tanhya Johanna Berenice Pastor y Roberto Carlos Claros Henríquez quienes procuran en favor de los imputados Francisco Rodríguez Arteaga, Jorge Alberto Herrera Castellanos y Pablo Gómez.

Luego de realizar consideraciones relativas a la Responsabilidad Civil, sustenta el vicio alegado como **Errónea Aplicación de la Condena Concreta en Responsabilidad Civil** emitiendo consideraciones específicas:

En primer lugar, alegan la existencia de *falacia de apelación al argumento de autoridad*, cuestionando que el *A Quo* ha utilizado únicamente textos doctrinarios, desencadenado en ser únicamente una opinión jurídica; la transcripción de doctrina hace alusión únicamente a la forma en que será prorrateada la responsabilidad civil entre los imputados, obviando totalmente la forma en que se determinara el “quantum”.

Se han realizado transcripciones que versan sobre interpretaciones del art. 1,332 del Código Civil Peruano, en donde se sostiene que deben de ser condenado en “equidad”, sin embargo, nuestra legislación penal es expresa en el art. 115 inc. 3° CP, que los parámetros deben ser únicamente entidad del daño causado, precio de la cosa y afección del agraviado.

Más adelante, buscan evidenciar la simple enunciación sin análisis de la forma en fue determinada la condena:

“El monto condenado obedece a la existencia de los elementos que perfilan la existencia del delito, según la página 1,401 de la sentencia, sobre ello la mayoría del tribunal se limita a sintetizar que se demostraron los delitos de Peculado y Lavado de Dinero, con ello no solo se exponen las razones por las cuales se fijó el *quantum* para cada uno de nuestros defendidos, sino también resulta redundante, pues repite que la fuente de responsabilidad civil es el artículo 114 CP, mas no los elementos probatorios que vinculan las supuestas apropiaciones de cada uno de los imputados”.

Para sustentar el deber judicial de exponer las probanzas y describir la forma cómo estas generan la convicción para disponer un monto por el cual deben de responder los procesados, hacen una relación jurisprudencial de la Sala de lo Penal, señalando que del plexo que ha desarrollado el Tribunal, es imposible aseverar que el señor Pablo Gómez fue condenado a siete millones de dólares, el señor Pablo Gómez a cinco millones de dólares y el señor Jorge Alberto Herrera Castellanos a tres millones de dólares.

Respecto de la pericia financiera contable, hacen crítica de la relación que sirve de base para establecer un monto específico a sus defendidos, pues dicha pericia no señala en ninguna parte a sus imputados.

Además señalan que durante diferentes etapas del proceso junto con el cruce de información se ha logrado establecer que no ha existido incremento patrimonial por parte de sus defendidos.

En segundo lugar, refieren la posible violación de derechos fundamentales por haberse congelado las cuentas bancarias de los señores Francisco Rodríguez Arteaga y Jorge Alberto Herrera Castellanos, específicamente las cuentas 5000102216 y 500071509, en las cuales únicamente son depositadas las pensiones de ambos imputados, las cuales al no poder ser cobradas por familiares o terceras personas, se afecta la dignidad humana de ambos imputados.

De los anteriores argumentos este Tribunal estima que:

El yerro que alega la defensa es visible fácilmente, presuponen una omisión al deber de

fundamentación relativa a la condena civil en abstracto; acerca de ello en primer lugar cuestionan la existencia únicamente de frases doctrinarias, inclusive en algunos apartados conceptos no aplicables a nuestra legislación penal, entre ellas el cálculo de la condena civil entre imputados sobre la base de la “equidad”, contrario a los parámetros que da el art. 115 inc. 3 CP.

La omisión de pruebas para sustentar la condena civil es otro de los cuestionamientos de la defensa, señalando que únicamente se ha dado mención de la pericia contable, que en ningún apartado relaciona a sus clientes; además no especifica el tribunal *A quo* de qué forma se hizo el cálculo de la condena civil de forma concreta, pues únicamente se estableció una cifra sin desarrollo alguno.

Por último, evidencian que ninguno de sus defendidos sustrajo fondos públicos para beneficio personal, dado que del análisis de incremento patrimonial no se logró determinar ningún aumento no justificado.

De esta manera, el presente motivo cumple con el parámetro para ser conocido mediante el análisis jurídico de este Tribunal, siendo expreso en señalar materialmente donde se encuentra el supuesto vicio de la sentencia –falta de fundamentación para determinar la cifra concreta de responsabilidad civil y omisión de valoración de prueba-, en ese sentido, se declara **admisible**.

Sobre el análisis del descongelamiento de cuentas bancarias, la defensa ha alegado una supuesta vulneración de derechos fundamentales, únicamente enunciando derechos que pueden verse afectados, pero sin ningún desarrollo sobre las supuestas infracciones.

Al respecto, es necesario hacer hincapié, que dentro del proceso penal pueden existir diferentes tipos de medidas cautelares, entre estas las de índole civil, que tienen por finalidad, lograr una ejecución optima de la responsabilidad civil, en otras palabras, depende plenamente de esta última.

En ese sentido, se refleja que ambos imputados en primera instancia fueron condenados por responsabilidad penal y civil (proceso abreviado), siendo esta última la de interés, la cual ha sido apelada por los defensores, dado lo anterior, el levantamiento de la restricción de las cuentas bancarias únicamente puede darse después de realizar el análisis jurídico del motivo anterior.

Cancelar el congelamiento, sin conocer a profundidad los argumentos de la responsabilidad civil, ocasionaría un daño relativo al aseguramiento de la condena civil, pudiendo ser únicamente levantada la restricción en caso de determinarse una absolución civil, en ese sentido deberá de desestimarse la pretensión de la defensa particular, siendo entonces la vía idónea para resolver este punto de apelación, el motivo que antecede; consecuentemente se declara **inadmisibile**.

vi) Contestación de las apelaciones.

De los anteriores recursos analizados, fueron contestados únicamente dos relativos a la responsabilidad civil.

i. Contestación de apelación de los defensores particulares José Mario Machado Calderón y Luis Adalberto Palencia en procura del imputado Saca González, contra el recurso de apelación presentado por la acusación pública.

Después de haberse verificado los requisitos de admisibilidad de la contestación, corresponde verificar los alegatos de la defensa particular sobre la apelación de la condena civil por parte de la Fiscalía General de la República.

Primeramente, cuestionan la admisibilidad del recurso de apelación, de forma repetitiva hacen consideraciones relativas al agravio y la inexistencia dentro del escrito; más adelante modifican la argumentación de su contestación, al manifestar que ha existido agravio pero que ha sido ocasionado por la acusación pública, es decir ocasionándose ellos mismos el daño, siendo imposible su alegación de conformidad al art. 452 CPP.

Agregan cuestionamientos relativos a la condena, entre ellos, que el ente acusador pese a sustentar la responsabilidad civil en pruebas comunes para la responsabilidad penal, pero no obstante ello, únicamente se utilizó la cifra de la pericia contable, que a criterio de la defensa únicamente establece el monto de fondos que no pudo determinarse su destino, no siendo este sinónimo de apropiación de dichos fondos por parte del señor Saca González.

Concluyendo finalmente, que el recurso de apelación se declare inadmisibile, y en caso de admitirse se declare no ha lugar, por carecer de sustento la pretensión de la Fiscalía.

Es de mencionarse, que el recurso de apelación, previamente ha sido admitido, por haber cumplido con los parámetros de admisibilidad, bajo el análisis de motivación incompleta relativa al análisis de la cuantificación de la responsabilidad civil, en ese sentido, no puede accederse a la petición de ser declarado inadmisibile, no obstante ello, a efecto de brindar una respuesta a ambas partes, será sometido al análisis jurídico de este Tribunal, en consecuencia deberá estarse a su previa admisión.

ii. Contestación de apelación del agente auxiliar del Fiscal General de la República contra el recurso de apelación presentado por los defensores particulares José Mario Machado Calderón y Luis Adalberto Palencia en procura del imputado Saca González.

Posterior a la verificación de los requisitos de admisibilidad, de conformidad con el art. 466

CPP, inicia haciendo consideraciones sobre la prueba analizada para calcular la responsabilidad civil, negando el hecho que únicamente fue utilizada la pericia contable.

Entre estos, el informe de fecha treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete, con ref. DGT-DEX-230-2017, emitido por el señor Juan Nefalí Murillo Ruiz, en su calidad de Director General del Ministerio de Hacienda, quien expuso la forma en que debían de abrirse las cuentas bancarias de la Presidencia de la República, contrario al reglamento creado por el ex presidente Saca González, quien elaboró un decreto para el uso de fondos públicos en cuentas de personas naturales.

Respecto de la pericia contable, alegan que han sido analizadas toda la información de carácter financiera contenida en el proceso penal entre ellas análisis de cuentas bancarias, estados de cuentas, cheques.

Posteriormente hace consideraciones relativas a dicha pericia separándose de los motivos de apelación, para establecer una “línea de tiempo” que se obtiene producto de la pericia en la cual se identifica la forma en que fue sustraído los fondos públicos.

Sobre el monto de la condena civil, destaca que no es arbitrario y que es una consecuencia del art. 118 CPP, es decir un monto fijado a proporción de la contribución al daño ocasionado, además, que dicho imputado realizo aspectos relevantes en los ilícitos de Peculado y Lavado de Dinero, destacando que:

“Por tal motivo el Tribunal Sentenciador de forma acertada en varias partes de la sentencia señala a SACA GONZÁLEZ como **el autor intelectual por ejemplo en la página 1318, también en página 1351 se le califica como la persona que organizaba y daba órdenes en la ejecución de los hechos**, en páginas 1362, 1368, 1377, 1378 y 1379 se le califica como la persona que tuvo más beneficios, es decir tal como la representación fiscal señalo a SACA GONZÁLEZ le (sic) persona que tuvo una intervención decisiva en la comisión y quien mayor reproche debe recaer sobre él.”

Debido a ello y los elementos de prueba valorados, pide a este Tribunal que sea declarado no ha lugar el motivo de apelación.

Sobre la falta de fundamentación y omisión de valoración de prueba, mencionan que no es cierto sostener esa postura de la resolución judicial, puesto contrario a lo señalado por la defensa particular –obligada a desistir de prueba de descargo- la acusación pública no influyo en la decisión de la defensa, más bien fue un acuerdo para arribar al proceso abreviado, del cual los defensores particulares estuvieron de acuerdo.

Sobre las supuestas falencias de la pericia, la acusación pública no está de acuerdo en catalogar de esa forma a las limitaciones que sufrieron los peritos, debido al volumen de información y que esta no fue proporcionada en una sola ocasión sino de forma gradual, esto no puede entenderse como obstáculo para concluir y desarrollar los puntos periciales propuestos por la representación fiscal, determinando la sustracción de fondos públicos.

Además, agregan que de la pericia logra extraerse el hecho que trescientos millones trescientos cuarenta y siete mil ciento diecisiete dólares (\$300,347.117.17) no se pudo comprobar el **destino**, contrario a lo señalado por la defensa que fueron producto de erogaciones de gastos de presidencia, sobresueldos, compra de bienes y servicios.

Al referirse al gasto público o erogación debe de someterse a control y registro de conformidad con el art. 19 de Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado.

Finalizando con la petición de desestimar los motivos de apelación de la defensa particular del señor Saca González.

vii) Conclusión de Admisibilidad

Culminado el análisis de exposición de agravios de los recursos antecedentes, se expondrán ahora cuáles han sido los motivos por los que se han admitido para examen de fondo y verificación si se ha incurrido o no en los yerros denunciados:

Responsabilidad Penal.

Del escrito de apelación firmado por los defensores particulares, licenciada Tanhya Johanna Berenice Pastor Solórzano y licenciado Roberto Carlos Claros Henríquez en procura de los procesados Francisco Rodríguez Arteaga, Jorge Alberto Herrera Castellanos y Pablo Gómez.

- Inobservancia de los arts. 32 y 36 CP, en relación a la posible variación de autor principal a cómplice sobre los delitos acusados.
- Inobservancia de los arts. 9 CP y 7 CPP, en relación a un concurso aparente de leyes y prohibición de doble juzgamiento de la conducta realizada por el señor Pablo Gómez.
- Inobservancia de arts. 4 y 28 CP, en razón de existir error de prohibición invencible en la conducta del imputado Pablo Gómez.
- Inobservancia de arts. 246, 144 y 63 CPP, por haber sido desproporcional la pena impuesta a los procesados Francisco Rodríguez Arteaga, Jorge Alberto Herrera Castellanos y Pablo Gómez.

Responsabilidad Civil

- a.** Del escrito de apelación firmado por los agentes fiscales auxiliares del Fiscal General de la

República, licenciada Claudia María Orozco Aguilar y licenciados Arturo Ernesto Sánchez y Ricardo Alfredo Menjívar Martínez:

- Errónea Aplicación de un Precepto Legal, respecto de los arts. 114 y 115 del CP en relación con el art. 399 del CPP, por haber sido incompleta la cuantía fijada en la condena civil.

b. Del escrito de Apelación del defensor particular Luis Ernesto Peña Ortiz quien procura en favor del procesado Elmer Roberto Charlaix Urquilla.

-Falta de fundamentación de la Responsabilidad Civil, arts. 144, 400 (2) CPP e Inobservancia del art. 399 inc. 3 CPP por ser imposible su cuantificación.

c. Del escrito de apelación firmado por los defensores particulares José Mario Machado Calderón y Luis Adalberto Palencia Texpan quienes procuran en favor del imputado Elías Antonio Saca González.

-Falta de fundamentación de la Responsabilidad Civil, arts. 144, 400 (2) CPP e inobservancia del art. 399 inc. 3 CPP por ser imposible su cuantificación.

d. Del Escrito de apelación presentado por los defensores particulares Tanhya Johanna Berenice Pastor y Roberto Carlos Claros Henríquez quienes procuran en favor de los imputados Francisco Rodríguez Arteaga, Jorge Alberto Herrera Castellanos y Pablo Gómez.

-Falta de fundamentación de la Responsabilidad Civil, arts. 144, 400 (2) CPP e inobservancia del art. 399 inc. 3 CPP por ser imposible su cuantificación.

Culminando el examen de admisibilidad debe señalarse que la Apelación de una sentencia conlleva un estudio completo de ella, resulta trascendental para el Tribunal que conoce en Segunda Instancia la verificación –cuando sea alegada- de elementos de prueba y parámetros que sirvieron para sustentar la decisión en juicio.

El proceso en estudio además de presentar un amplio volumen de documentación, contiene una sentencia de 1,408 folios, la cual por razones propias de la causa y haberse impugnado la misma tanto por la acusación pública y defensa particular conllevan un análisis integral a efecto de brindar respuesta a las peticiones que han logrado cumplir con el examen de admisibilidad, obligándose entonces la decisión de este Tribunal a estar bajo los estándares de los principios del proceso penal.

NOTA: Previo al estudio de Alzada, es menester establecer que sobre los imputados **Cesar Daniel Funes Durán** y **Julio Humberto Rank Romero** no fueron interpuestos recursos de apelación sobre los apartados civiles o penales; en contra de los señores **Elías Antonio Saca González** y **Elmer Roberto Charlaix** no fueron presentados sobre la condena penal, en

consecuencia para los primeros dos sujetos, la sentencia de primera instancia ha adquirido **firmeza** sobre la responsabilidad penal y civil, para los últimos dos únicamente respecto de la responsabilidad civil, pudiendo variar únicamente cuando el motivo de apelación sea extensivo a ellos, art. 456 CPP.

Presupuestas las anteriores condiciones garantistas se pasarán a analizar y desglosar los motivos de apelación admitidos.

II. ANÁLISIS JURÍDICO-PENAL.

Habiendo ordenado en el apartado antecedente aquellos puntos constitutivos de agravio, es evidente que en muchos de ellos existe coincidencia en cuanto a los presuntos yerros judiciales denunciados, especialmente los relativos a la responsabilidad civil; por lo que, con el propósito de exhibir un análisis ordenado y comprensible de los mismos, éstos se sistematizarán de acuerdo con el lugar que ocupan dentro del análisis judicial, iniciando con los motivos relativos a la responsabilidad penal.

En relación a los cuatro motivos de impugnación, este Tribunal considera necesario iniciar el estudio de la apelación con **(1)** la Inobservancia de los arts. 32 y 36 CP relativos a la autoría y participación del señor Pablo Gómez, Jorge Alberto Herrera Castellanos y Francisco Rodríguez Arteaga, con la finalidad de determinar la conducta de los procesados, posteriormente se pasara a verificar **(2)** la Inobservancia de los art. 7 CP y 9 CPP relativos al Concurso Aparente de Leyes, continuando con **(3)** el estudio sobre el Error de Prohibición Invencible del imputado Pablo Gómez, para finalizar con el estudio relativo a **(4)** la Proporcionalidad de la Pena.

(1) Sobre este motivo de apelación, deberá de delimitarse **(A)** los argumentos judiciales de primera instancia, para posteriormente **(B)** emitir consideraciones sobre el título de imputación, a partir de ello emitir **(C)** la conclusión.

A. Debido a la complejidad del caso y extensión de la sentencia, resulta necesario extraer aquellos puntos argumentativos en los que tuvo por comprobados los elementos del tipo penal acusado al señor Pablo Gómez, al respecto se cuenta con los considerandos: “*V Incorporación de la Prueba Testimonial, Documental, Pericial, en el juicio Ordinario de Pablo Gómez*” de folio 1180-1308; “*VIII Hechos establecidos por el Tribunal de Sentencia en el Juicio Ordinario al que se sometió Pablo Gómez*” de folio 1334-1340; “*XI Consignación de conclusiones por el delito de peculado de Pablo Gómez*” de folio 1366-1369; “*XII Conclusiones Tribunal de Sentencia, imputado Pablo Gómez*” de folio 1369-1376.

Relacionándose las consideraciones más importantes de la sentencia a continuación:

- Como punto inicial fue resaltado, su vinculación laboral, como “Colaborador Técnico de Casa Presidencial de la República”, mediante acuerdo número 514 de mil novecientos noventa y siete; asignado a la Secretaria Privada de la Presidencia, nominalmente en la gerencia financiera, bajo el mando del procesado Rodríguez Arteaga; siendo el señor Gómez conecedor debido a su profesión de contador público, entre ellos la Ley AFI y normativa financiera relacionada con su cargo, contrario a su actuación material que únicamente era enfocada en complacer al ex presidente de la República Saca González.

- Se logró acreditar que el señor Pablo Gómez era titular de cuentas bancarias que sirvieron para apropiarse fondos del Estado de El Salvador en beneficio de Saca González y otros, agregando además “y si bien no es cierto no se ha probado por la fiscalía algún beneficio económico personal de PABLO GOMEZ, sino más bien el cometimiento del delito de PECULADO fue en beneficio de del [sic] ex presidente SACA GONZALEZ, y terceros, esto no lo deja fuera o lo excluye de la responsabilidad penal, puesto que el artículo 325 del Código Penal cubre tal situación o –el resultado o beneficio para sí o terceros, se ha concretizado en el presente caso”.

- El señor Gómez apertura las cuentas 018-301-00-002545-1 banco Cuscatlán y 21023496 para manipular y recibir fondos del Estado, conjuntamente con sus superiores Rodríguez Arteaga, Herrera Castellanos y Charlaix Urquilla, teniendo certeza el Tribunal de Sentencia que el dinero provenía de Cuentas Institucionales del Tesoro Público de la Presidencia de la República 590-055722-2 y 590-056592-3 del banco Agrícola y 018-301-00-002387-7 del banco Cuscatlán.

- Las cuentas del señor Gómez no contaban con ninguna autorización del Ministerio de Hacienda, estableciéndose lo anterior con el testimonio de las cajeras, además de la prueba documental que obra en el proceso.

- Sobre el delito de Lavado de Dinero y de Activos, el imputado Pablo Gómez ha realizado los verbos rectores de “Retirar, Transferir y Convertir” –dinero del Estado Salvadoreño- emitiendo cheques de la cuenta personal del imputado, número 2102234396 del banco Hipotecario, a favor del procesado Francisco Rodríguez Arteaga, en el año dos mil ocho por un monto total de un millón de dólares \$1,000,000.00; constituyendo esto el verbo emitir, transferir fondos públicos a cuentas de particulares de conformidad al art. 4 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y personales sin autorización estatal.

- Al imputado Gómez le emitieron cheques a nombre de el mismo pero cobrados por terceras personas, dichos cheques tenían como origen las cuentas 008-301-00-00472-7 del banco Cuscatlán a nombre de Charlaix Urquilla, y las cuentas número 018-301-00-002723-9, 018-301-00-003221-7, 018-301-00-003298-3, todas del banco Cuscatlán a nombre del imputado Rodríguez Arteaga y 210232792, 210234523, 210237298, 210238880 y 210239231 del banco Hipotecario a nombre del imputado Rodríguez Arteaga y de las cuentas número 018-301-00-002545-1, del banco Cuscatlán y de la cuenta número 210234396 banco Hipotecario, a favor del señor Pablo Gómez haciendo un total de ciento setenta y un millones setenta y un mil setecientos noventa y nueve punto treinta y cinco dólares \$171,071,799.35.

- La prueba testimonial de cargo (empleados de agencias bancarias) además sirvió para corroborar que el señor Gómez acudía semanalmente a bancos a realizar cambio de cheques, dando un aproximado de un cambio de diez cheques, cada uno por el valor aproximado de cincuenta mil dólares, depositados en un maletín negro, custodiado por camionetas de Casa Presidencial.

- El imputado Gómez realizó una serie de depósitos de su cuenta número 018-301-00-002545-1 del banco Cuscatlán a la cuenta número 000-000-22-010320-0 del banco Cuscatlán, a nombre de Alianza Republicana Nacionalista (ARENA) por un monto de un millón cuatrocientos cincuenta mil dólares \$1,450,000.00, acción que se verificó mediante la declaración de los testigos de cargo MEB, GDLR y CPB, quienes señalaron que el señor Gómez llegaba con cheques por un monto aproximado de cincuenta mil dólares \$50,000.00, los cuales se depositaban en cuentas de Alianza Republicana Nacionalista (ARENA), cumpliendo estas acciones con el verbo depositar o transferir fondos de cuentas del Estado Salvadoreño a cuentas personales, con la finalidad de beneficiarse el ex presidente Saca González.

- Con las declaraciones del señor Charlaix Urquilla y Rodríguez Arteaga se logra acreditar que Pablo Gómez hizo transferencias de su cuenta número 018-301-00-002545-1 banco Cuscatlán a diferentes cuentas del acusado Charlaix Urquilla por un monto total de novecientos diecinueve mil doscientos sesenta y un dólares con diecinueve centavos \$919,261.19, además, de haberse transferido desde la cuenta del señor Gómez 210234396 del banco Hipotecario a la cuenta número 210237298 del banco Hipotecario a nombre de Rodríguez Arteaga, por un monto de cincuenta y ocho mil trescientos once dólares \$58,311.00.

- Con el contenido de las pruebas de cargo y descargo fue comprobado la utilización de agencias de publicidad contratadas por parte de la Presidencia de la República entre los años 2004-

2009, las cuales se realizaron al margen de la ley, a dichas sociedades les eran transferidos fondos estatales con la finalidad de borrar la ilicitud de la sustracción de las cuentas de Presidencia; fueron emitidos cheques a nombre del procesado Gómez desde la cuenta 018-301-00-002545-1, del banco Cuscatlán, cheques por dos millones seis mil ochocientos noventa y un dólares con setenta y seis centavos \$2,006,891.76, a la cuenta del banco Cuscatlán a nombre de Molina Bianchi y Asociados, S.A. de C.V., igualmente dicha cuenta emitió cheques por un total de doscientos veinticinco mil cuatrocientos cuarenta y ocho dólares con treinta y nueve centavos \$225,448.39 a la cuenta número 030-301-00-001320-7 del banco Cuscatlán cuyo titular es Campaña S.A. de C.V., setecientos setenta y cinco mil noventa y ocho dólares con cuatro centavos \$774,098.04 a favor de América Publicidad S.A. de C.V., asimismo seiscientos cincuenta mil dólares, \$650,000.00 a favor de la sociedad Funes y Asociados S.A. de C.V.

- El sindicado Gómez emitió cheques desde su cuenta 018-301-00-002545-1 del banco Cuscatlán, a favor de la cuenta 018-301-00-002376-9 a nombre del imputado Cesar Daniel Funes Durán, por un monto de ciento cincuenta y cinco mil dólares, \$155,000.00; además emitió cheques desde su cuenta 210234396 del banco Hipotecario por un monto de ciento siete mil trescientos setenta y dos dólares \$107,372.00 y de la cuenta número 018-301-00-002545-1 del banco Cuscatlán emitió cheques por un monto total de novecientos treinta mil trescientos sesenta y cinco dólares con un centavo \$930,375.01, a las cuentas 00210234795 banco Hipotecario, 024-305-00-000250-3 del banco Cuscatlán, y a la cuenta número 084540005346 del banco Salvadoreño y a la cuenta número 3670115435 del banco Agrícola, cuyo titular era el acusado Julio Humberto Rank Romero.

- Agrega el Tribunal en pleno que todas las operaciones bancarias realizadas por Pablo Gómez tendientes a depositar, retirar y convertir encajan en el art. 4 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, debido a que todo el movimiento de dinero de sus cuentas, provenían de cuentas institucionales de la Presidencia de la República, en consecuencia eran fondos del Estado de El Salvador, destinados al beneficio de la población y no para beneficios particulares.

Con base en lo anterior concluyó, sobre el Peculado, lo siguiente:

- ❖ Por medio del presidente de la República, fue creado en el año dos mil cuatro el “Reglamento Interno de Funcionamiento Para el Manejo, Control y Fiscalización de los Fondos Públicos, Gastos Reservados y Secretos de la Presidencia de la República Destinados a Las Actividades de Inteligencia, Clasificación, Manejo y Protección de la Información y Deber de

Guardar Secreto de Los Colaboradores Designados Para el Manejo de Gastos Reservados y Secretos” siguiendo una copia del reglamento anterior del ex Presidente Francisco Flores.

❖ Saca González ordenó a Pablo Gómez y otros imputados que se crearan cuentas bancarias en los bancos Cuscatlán e Hipotecario, no teniendo ninguna coacción para realizarlo el señor Gómez; que dicho imputado realizó multiplicidad de acciones con fondos estatales (apertura de cuentas, cambio de cheques etc.) de los cuales por su tiempo de laborar en la Presidencia de la República tenía conocimiento como eran manejadas las finanzas, pues previamente ya había laborado en las gestiones de los ex presidentes Calderón Sol y Francisco Flores.

❖ El señor Gómez era conocedor que sus cuentas personales iban a ser alimentadas con fondos públicos, además no podía alegar desconocimiento de la ley AFI.

❖ Determinándose por el Tribunal de Sentencia que las cuentas abiertas por el señor Gómez 018-301-00-002545-1 del banco Cuscatlán y 210234396 del banco Hipotecario, las cuales tenían por finalidad recibir fondos de las Cuentas Institucionales del Tesoro Público de la Presidencia de la República CITPPR números 590-055722-2 y 590-056592-3, manifestado el señor Gómez que el únicamente cumplía con las ordenes que le eran encomendadas a efecto de depositar el dinero en el lugar que sus superiores le ordenaran, no obstante ello es innegable su libre voluntad y conocimiento, mas con su experiencia en contabilidad, además por el hecho de ser empleado de la Unidad Financiera Institucional de Casa Presidencial, dado ello conocía la procedencia de los fondos y cuál era su destino, contrario a adquirir un bien o servicio de la Presidencia, concretándose el aspecto subjetivo del delito de peculado.

❖ El mayor beneficiado con el dinero sustraído fue el imputado Saca González, quien en el caso del delito de peculado es a lo que se refiere el art. 325 CPP “el tercero beneficiado” dándose además la aceptación de abrir las cuentas, no mostrando ninguna negativa el señor Gómez, además que no mostrara ninguna curiosidad sobre el procedimiento distinto al señalado por la normativa, ocasionando de esta forma el ser coautor del ilícito de peculado.

Asimismo concluyó, sobre el delito de Lavado de Dinero y Activos, lo siguiente:

❖ Después de hacer una breve relación de elementos de prueba para arribar a la conclusión del cometimiento del ilícito en comento, el Tribunal de Sentencia ha estimado que al imputado Gómez le fueron girados tres mil cuatrocientos nueve cheques, remitidos de cuentas del imputado Charlaix, asimismo cheques a favor del señor Francisco Rodríguez Arteaga bajo los números de cuenta 1) 018-301-00-002723-9, 2) 018-301-00-002847-4, 3) 018-301-00-002925-5, 4) 018-301-

00-003070-7, 5) 018-301-00-003221-7, 6) 018-301-00-003298-3 toda del banco Cuscatlán, 7) 210232792, 8) 210234523, 9) 210237298, 10) 210238880 y 11) 210239231 todas del banco Hipotecario, y del mismo imputado Gómez 301-00-002545-1 del banco Cuscatlán, emitiendo cheques y poniéndose el mismo como beneficiario de la cuenta 210234396 del banco Hipotecario, sobre montos que oscilaban entre los cincuenta mil dólares y cien mil dólares, para los cuales el señor Pablo Gómez se hacía presente a las agencias bancarias a realizar el cobro en efectivo, entre ellas Agencia Pirámide Cuscatlán (Santa Tecla), Agencia Masferrer (San Salvador), Banca Empresarial Pirámide Cuscatlán (Santa Tecla), Agencia Santa Elena (Antiguo Cuscatlán), llegando entre dos a tres veces por semana a realizar transacciones, lo anterior comprobado mediante testigos de cargo como la señora MRZ, quien menciona que era empleada y secretaria de la Presidencia del Banco Cuscatlán, señalando que la atención al señor Gómez era con facilidad y agilidad diferente al público en general; debido al volumen de visitas le fueron asignadas al señor Gómez dos personas (RGG y CUB), quienes incluso llegaban hasta Casa Presidencial a recoger los cheques, realizar los cambios y posteriormente regresárselos al señor Gómez en casa Presidencial.

❖ Manifestando en su declaración que la cantidad de cheques variaban pero que era constante, debido a ello les informaron a sus superiores del banco que no realizarían más esta acción, pues la consideraban extraña, desconociendo el origen de los fondos y que eran cantidades exorbitantes, situación que también lo comprobó el Tribunal con otros empleados de agencias bancarias.

❖ Además, fuera de los movimientos a favor del imputado Charlaix, el Tribunal advierte otras conductas realizadas por el señor Pablo Gómez, entre estas el cobro de cheques en efectivo emitidos por terceras personas con un monto de quinientos noventa y seis mil ciento cincuenta y dos punto ochenta y cuatro dólares \$596,152.84, además el depósito en sociedades que aparentemente brindaban servicio a la Presidencia de la República, asimismo depositarle diez mil dólares mensuales \$10,000.00 a la ex Primera Dama de la República Ana Ligia de Saca, pago de tarjetas de crédito del señor Elmer Roberto Charlaix Urquilla por ochenta mil con treinta y nueve dólares con cuarenta y un centavos \$80,039.41 en concepto de pago de tarjetas de crédito.

❖ Precizando cifras totales, sobre puntos periciales del análisis contable, entre ellas el haberse emitido trescientos noventa y seis cheques que suman dieciséis millones quinientos setenta y dos mil con seiscientos noventa y cuatro dólares con cuarenta y ocho centavos, \$16,572,394.48, además abonos a cuentas mediante seiscientos doce cheques por catorce millones, trescientos treinta y ocho mil, seiscientos doce dólares con ochenta y cuatro dólares \$14,338,612.84, cuatro pagos de tarjetas

de crédito No. 42621000***** del señor Elmer Roberto Charlaix Urquilla por valor de ciento cinco mil, novecientos sesenta y ocho dólares con cincuenta y cuatro centavos \$105,968.54, doscientos ochenta y cinco cheques a favor de América Publicidad S.A. de C.V. por siete millones, sesenta y nueve mil, setecientos doce dólares con sesenta y cinco centavos \$7,069,712.65, abonos a grupo SAMIX por la cantidad de cien mil dólares \$100,000.00, ciento ochenta y tres cheques a favor de Funes y Asociados Publicidad S.A. de C.V., que suman cuatro millones, seiscientos setenta y cinco mil dólares \$4,675.000.00, se transfirieron al señor Roberto Zamora ciento cuarenta y siete mil dólares \$147,000.00 y un millón doscientos setenta y siete mil quinientos treinta y dos dólares con doce centavos \$1,277,532.12, setenta y dos cheques ocho millones setecientos mil setenta y cuatro, ciento ochenta dólares \$8,774,180.00 a favor del señor Rubén Castro, veintinueve cheques haciendo un total de un millón cuatrocientos cincuenta mil dólares \$1,450,000.00 a favor del partido Alianza Republicana Nacionalista (ARENA).

❖ La prueba de descargo no desvirtuó la acusación ni la participación del acusado, ya que mediante testigos y prueba documental se ha determinado el procedimiento desarrollado en las agencias bancarias, evadiendo controles del Ministerio de Hacienda y la Superintendencia del Sistema Financiero.

❖ El imputado no tuvo ningún beneficio económico del dinero ilícito por el manejo de fondos estatales, pero eso no lo exime del delito de Lavado de Dinero y Activos descrito en el art. 4 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, pues el artículo sanciona el mero hecho de la participación “*QUIEN HAYA PARTICIPADO EN LA COMISIÓN DE DICHAS ACTIVIDADES DELICTIVAS*” Su participación ha sido probada y fue realizada de manera voluntaria.

❖ Bajo el análisis de la sana crítica respecto de la lógica no era una acción normal, el abrir cuentas bancarias de fondos públicos obviando la normativa aplicable, siendo el procesado profesional de la contaduría y haberse graduado además como bachiller en Contaduría, no teniendo dudas el Tribunal de Sentencia de la participación del procesado.

❖ Luego enunciar las conductas imputadas al señor Gómez, deberán emitirse consideraciones relativas a la autoría y participación, sobre la base de los arts. 32 y 36 CP, a efecto de determinar el vicio alegado por la defensa, en establecer el nivel de mando que tenía su defendido dentro de las imputaciones en su contra.

B. i. El análisis sobre sobre el art. 32 CP, presupone el estudio de la acción realizada personalmente por un sujeto, teniendo el ánimo directo de cumplir con la conducta sancionable.

Cuando únicamente la acción u omisión punible es realizada por un solo individuo, no conlleva mayor dificultad en realizar una apreciación como autor directo del ilícito penal, así igualmente puede ocurrir con los autores mediatos quienes no realizan directamente la acción u omisión, dado que se valen de una persona para la ejecución del delito.

Siempre que se logre identificar un nivel de planeación por parte de todos los imputados y carecer de algún tipo de subordinación, fácilmente puede determinarse que todos los partícipes han planeado su conducta, debiendo ser juzgados como autor o coautores en caso de ser dos o más personas.

Pero también pueden darse casos complicados en la práctica, que como consecuencia de un poder de subordinación y/o organización jerárquica, los niveles o intensidades de los sujetos actuantes pueden ser en menor valor, no necesariamente teniendo el dominio en la realización del hecho, empero no muestran su rechazo en la realización del ilícito, extrayendo de sus acciones una manifestación de conformidad en colaborar para que el autor logre su cometido.

Ese tipo de colaboración se encuentra legislado en el art. 36 del Código Penal, bajo el epígrafe “cómplices” de la siguiente forma:

“Se consideran cómplices - 1) Los que presten al autor o autores una cooperación, de tal modo necesaria, que sin ella no hubiere podido realizarse el delito; y - 2) Los que presten su cooperación de cualquier otro modo a la realización del delito, aún mediante promesa de ayuda posterior a la consumación de aquél”.

De su texto se extraen dos tipos de cooperación: la necesaria y la no necesaria; la primera se operativiza cuando realiza labores en la producción del tipo penal, que sin ellas no hubiese sido posible obtener el resultado querido; mientras que el segundo en el hecho de poder ser sustituida y/o suspendida su colaboración en el ilícito penal y pese a ello lograr el autor principal el objetivo querido (sustituible).

La cooperación dentro del entorno espacial del tipo penal puede ser previo, durante o posterior a su ejecución.

Al hacer una alusión reiterativa a la dependencia que tiene el autor sobre el cómplice, debe estimarse que esta figura es una cooperación dolosa de un delito doloso ajeno, por ello la complicidad carece de autonomía, dependiendo siempre del autor y que solo en base a éste pueda enjuiciarse su conducta, características que retoma nuestra legislación al momento de juzgar la complicidad, en el art. 66 CP:

“La pena del cómplice en el caso del numeral 1) del artículo 36 de este Código, se fijará entre el mínimo legal que corresponde al delito y las dos terceras partes del máximo de la misma pena y en el caso del numeral 2) del mismo artículo, se fijará entre el mínimo legal que corresponde al delito y la mitad del máximo de la misma, pero en ningún caso excederá de las dos terceras partes de la pena que se imponga al autor”.

Al mismo tiempo que se analiza la complicidad de un sujeto, debe determinarse si esta fue dispensable o no, bajo la teoría de la escasez, teniendo en cuenta: *si la acción del sujeto ha contribuido a la producción del resultado, el sujeto da una intervención que ninguna persona podía suplirla (ejemplo de ello su cargo, función, o nivel de estructura de crimen).*

Una vez delimitada la complicidad, resulta producente considerar la diferencia principal con la autoría, por lo cual se ha considerado desde antaño que:

“Es autor quien domina finalmente la realización del delito, es decir, quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización. Este concepto, con ser ambiguo, es el más apto para delimitar quién es autor y quién es partícipe, porque, por más que sea a veces difícil precisar en cada caso quién domina realmente el acontecimiento delictivo, está claro que sólo quien tenga la última palabra y decida si el delito se comete o no, debe ser considerado autor” (Muñoz Conde, Francisco, “Teoría General del Delito”, 2ª edición, 1996, Pag. 451, 1996.

Después haber emitido consideraciones sobre la autoría y participación, deberá de analizarse la conducta del señor Pablo Gómez para sostener si esta recae en una ejecución autónoma o si es un acto de cooperación en beneficio del autor principal, previamente se han enunciado los hechos establecidos por el Tribunal A Quo sobre el señor Gómez, que servirán para establecer su grado de participación, junto con elementos de prueba:

- El señor Pablo Gómez es Bachiller contable y fue empleado de Casa Presidencial, específicamente colaborador técnico financiero asignado a la Secretaria Privada de la Presidencia, nominalmente en la Gerencia Financiera, bajo el mando del procesado Rodríguez Arteaga.

- Del estudio de la forma en que operaba la sustracción de fondos públicos se establece que fue el ex presidente Elías Antonio Saca González quien ideó el plan de extracción de fondos públicos, a dicho efecto puede verse la relación circunstanciada de los hechos, pero más específica la declaración del ex presidente, quien manifestó, haber elaborado desde el primer día en que llegó a su cargo, alternativas para obtener fondos de la Presidencia de la República para su beneficio personal, constatado desde la página 1119 en adelante de la sentencia condenatoria.

La primera evidencia sobre la planeación del ilícito de peculado fue desde el primer día de su gestión, emitiendo el “*Reglamento Interno de Funcionamiento Para el Manejo, Control y Fiscalización de los Fondos Públicos, Gastos Reservados y Secretos de la Presidencia de la República Destinados a Las Actividades de Inteligencia, Clasificación, Manejo y Protección de la Información y Deber de Guardar Secreto de Los Colaboradores Designados Para el Manejo de Gastos Reservados y Secretos*” (pieza 221, folios 44,060-44,070), con la finalidad del uso de fondos de la partida de gastos reservados y secreta.

En ese sentido, delegó al señor Charlaix para el manejo de los gastos reservados, quien - a su vez - le ordeno al señor Francisco Rodríguez Arteaga como jefe de la Gerencia Financiera la apertura de cuentas bancarias, quien se apoyó en su asistente Pablo Gómez.

El sindicado Charlaix - en su confesión - declaró que las cuentas que el manejo junto con los señores Francisco Rodríguez Arteaga y Pablo Gómez, cierta cantidad de dinero sin especificar, la utilizó para beneficio personal, estando consiente de la forma intencional o dolosa de haber cometido los delitos de Peculado y Lavado de Dinero, es decir, dicho imputado a diferencia del señor Pablo Gómez tenía cierto nivel de dominio sobre la sustracción de fondos públicos.

Las funciones del señor Gómez dentro del ilícito penal de Peculado consistieron en la apertura de cuentas bancarias, por orden superior, además con base en el reglamento citado, puede estimarse entonces que se refleja un nivel de subordinación para con sus superiores dentro de la red para sustraer fondos públicos siendo las personas que idearon el plan los señores Elías Antonio Saca González y Elmer Roberto Charlaix Urquilla.

Lo anterior es sustentado, con que el señor Pablo Gómez no se acreditó ningún beneficio personal, coincidiendo en ello tanto el Tribunal de Sentencia como la acusación pública; debido a que los fondos depositados en sus cuentas, fueron en su totalidad destinados a otras personas.

Situación que no lo separa de la colaboración del ilícito penal, pero que muestra el posicionamiento que tuvo el señor Gómez, siendo este subordinado por su superior (Francisco Arteaga) y ulteriormente de Elmer Charlaix, quien básicamente resultaba ser el operador designado por el señor ex Presidente.

Puede entenderse que la función asumida por el señor Gómez bajo un aparato de poder fue de colaboración, es decir nunca tuvo el dominio de la acción, careciendo de esta característica que si tenían Saca González y Charlaix Urquilla, quienes pudieron disponer de la toma de decisiones y ejecución de estas.

La colaboración del señor Gómez, no lo excluye de la responsabilidad penal, contrario a lo sostenido por la Defensa, dado que este Tribunal previamente ha verificado las acciones realizadas por dicho imputado, recaen en una colaboración en la ejecución de los delitos, no pudiendo ser equiparable su participación a la del señor Elías Antonio Saca González y Elmer Roberto Charlaix Urquilla por dos razones fundamentales.

Uno. Nunca tuvo la posibilidad de detener o modificar sus acciones: el imputado Gómez al ser un cooperador subordinado, acataba ordenes de sus superiores, quienes eran los únicos que tenían el poder de suspenderlas, a ese efecto la Presidencia de la República dirigida por el señor Saca González fue utilizada para la sustracción de fondos públicos, beneficios personales y de terceros durante su mandato, siendo éste el único que podía disponer las acciones a tomar para el desvío de dineros del Estado

Ello es verificable de los hechos que constan en la sentencia condenatoria, en donde se estableció diferentes mecanismos que fueron modificados en el transcurso del periodo presidencial, con la finalidad de aparentar una falsa “legalidad” y justificación de los movimientos de fondos públicos.

Dos. Las modificaciones y beneficios personales únicamente fueron posibles mediante órdenes de los superiores del señor Pablo Gómez, de forma organizacional: Elías Antonio Saca González y Elmer Roberto Charlaix, éste último tuvo la posibilidad de transferir fondos públicos a cuentas propias, así como de dirigir activos al pago de tarjetas de crédito.

Esta es una de las diferencias sustanciales entre el señor Pablo Gómez y los imputados que si tenían dominio del hecho.

Atendiendo a las consideraciones doctrinarias, sobre el delito de Peculado se estima que el señor Gómez nunca tuvo el dominio sobre la sustracción de fondos públicos, su labor fue sustentada en órdenes superiores -apertura de cuentas bancarias como persona natural- por parte de los señores Elías Antonio Saca Gonzales y Elmer Roberto Charlaix Urquilla.

Debido a su cargo y su función como colaborador de la Gerencia Financiera de Casa Presidencial, el imputado Gómez tuvo una incidencia de cooperación importante, sin la cual no hubiese sido posible el tránsito desde las Cuentas Institucional Subsidiaria del Tesoro Público hacia las cuentas abiertas como persona natural por el señor Gómez, esto conlleva a establecer que sin su labor no hubiera sido posible el provecho de terceros, siendo *necesarias* las acciones que el

imputado hizo para poder obtener beneficios económicos los señores que tenían el dominio de la conducta ilícita: Elías Antonio Saca González y Elmer Roberto Charlaix Urquilla.

La esencialidad sobre el imputado radica en el cargo que este ostentaba como colaborador de la Unidad Financiera Institucional de Casa Presidencial, además de ser el encargado de presentarse materialmente a las agencias bancarias a depositar y transferir los fondos estatales, lo cual no era óbice para que -en caso de no cumplir con lo ordenado- no pudiese ser sustituido por otra persona.

Sobre el delito de Lavado de Dinero y de Activos es donde más se visualiza la cooperación del señor Pablo Gómez, dado que el *transferir* por órdenes superiores, desde sus cuentas bancarias, para cuentas personales y tarjetas de crédito del señor Elmer Roberto Charlaix Urquilla, además transferir millones de dólares de fondos estatales a empresas de publicidad Molina Bianchi y Asociados, S.A. de C.V., Campaña S.A. de C.V., América Publicidad S.A. de C.V., Funes y Asociados S.A. de C.V., ANLE S.A. de C.V., MARKETING AND SERVICE DE CENTROAMERICA S.A. y C.V. las cuales posteriormente depositaban el efectivo en cuentas de GRUPO SAMIX S.A. de C.V., siendo dueño el señor Elías Antonio Saca, lucrándose de esta forma en beneficio personal.

Dichas órdenes acatadas por el señor Gómez para transferir los fondos públicos fueron *esenciales y necesarias* para poder beneficiarse los señores Elmer Roberto Charlaix Urquilla y Elías Antonio Saca González, no teniendo igualmente - en este tipo penal - el dominio del hecho.

Colofón: Pablo Gómez actuó bajo una cadena de mando respecto de los delitos de Peculado y Lavado de Dinero y de Activos, acciones que realizó mediante requerimiento de sus superiores, siendo estas esenciales para lograr el cumplimiento de los objetivos de las personas que tenían el dominio del hecho: *sustraer fondos públicos para beneficios personales*.

De ello el Tribunal Segundo de Sentencia de San Salvador, estima que el imputado Pablo Gómez no obtuvo ningún beneficio económico, además de establecer la cadena de mando en la sustracción de fondos públicos, no obstante ello, omitió realizar análisis respecto del dominio que tenía dicho imputado en el desarrollo de la amplia gama de acciones acusadas, situación que para este Tribunal resultó indispensable, resultando imposible equiparar después de examinar la Sentencia de Primera Instancia, el grado de participación del señor Pablo Gómez, frente a los imputados Elmer Charlaix y Antonio Saca.

Superado el examen respecto del señor Pablo Gómez y establecer este Tribunal que dicho imputado ha realizado conductas de complicidad necesaria de los delitos de Peculado y Lavado de

Dinero y de Activos, deberá tomarse en cuenta para el cálculo de la pena de prisión del art. 66 CP, tomando como referencia la pena impuesta a los coautores.

Menester es señalar que en el *A Quo* ha sustentado en establecer la responsabilidad del señor Pablo Gómez, basándose en la confesión de un coimputado - Elías Antonio Saca González - al respecto debe estimarse que previo a darle validez a lo manifestado por otro coimputado, es requerido el estudio integral de elementos de prueba que permitan arribar a determinar la participación de otro imputado, ante ello surge el deber del Ministerio Público de probar los extremos procesales a efecto de determinar la condena penal y civil.

La confesión debe de estar revestida de corroboraciones que mínimamente permitan vincularse a otros elementos de prueba, ante ello es requerido que el Tribunal de Sentencia no tome como único sustento o principalmente la confesión de un coimputado, pues debe existir una relación con el plexo probatorio, que permita dar validez a la confesión.

La Sala de lo Penal sobre ello ha manifestado que:

“Cabe señalar que la exigencia de corroboración no puede ser "plena", como si cada afirmación que realice el declarante coimputado ha de contar con el respaldo de otra evidencia, pues esto conllevaría en la práctica, a privar de toda eficacia a este tipo de testimonio impropio. Como alternativa, surge la teoría de la "corroboración mínima" que esta Sala ya ha acogido en decisiones anteriores, sosteniendo específicamente en cuanto a la declaración de coimputados: "se ha dejado por sentada como una prueba legítima y constitucional, sometida su validez a la condición que sea mínimamente corroborada...esta corroboración exige la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración, que habrá de realizarse caso por caso" (Sentencia de casación Ref. 574-CAS-2011, de fecha 08/07/2013, con cita de URIARTE VALIENTE, L., El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada, P. 504, Editorial La Ley, España, 2007)”.

En el caso en concreto, al realizarse un ejercicio de exclusión mental hipotética sobre la confesión del señor Elías Antonio Saca González, logran establecerse otros elementos de prueba que permiten verificar las acciones realizadas por señor Pablo Gómez, siendo la principal, la Pericia Financiera Contable del treinta de noviembre de dos mil diecisiete, de la cual el Tribunal *A Quo* ha hecho mención en menor grado que la confesión del imputado Saca González, dicha pericia se encuentra a folios 236,701-236,940, piezas 1,184 y 1185, asimismo la ampliación de la pericia de folios 309,469-309,559, que permiten ilustrar a este Tribunal como las cuentas del señor Pablo

Gómez, bajo la leyenda “*Pablo Gómez/Gastos Operativos de Presidencia de la República*” sirvieron para transitar fondos estatales a cuentas del ex Presidente y terceras personas, acatando ordenes el señor Gómez.

La vinculación normativa era el art. 5. del “*Reglamento Interno de Funcionamiento Para el Manejo, Control y Fiscalización de los Fondos Públicos, Gastos Reservados y Secretos de la Presidencia de la República Destinados a Las Actividades de Inteligencia, Clasificación, Manejo y Protección de la Información y Deber de Guardar Secreto de Los Colaboradores Designados Para el Manejo de Gastos Reservados y Secretos*” que consta a folio 44,060-44,070 pieza 221, que posibilitaba la apertura de cuentas personales para recibir fondos públicos; visto lo anterior y sin tomarse en cuenta la confesión de coimputados, si subsisten dentro del acervo probatorio, elementos que permita vincular al señor Gómez con las conductas acusadas por el Ministerio Público.

2. Las conductas del señor Francisco Rodríguez Arteaga quien fungió como jefe del Departamento Financiero en Casa Presidencial desde el año mil novecientos noventa, quien posteriormente en el año mil novecientos noventa y siete fue nombrado jefe de la Unidad Financiera.

Sobre el delito de Peculado, fueron determinadas por el A Quo (folio 1,324) que consistieron en: “(Doce).- *Se determina de forma infalible que FRANCISCO RODRÍGUEZ ARTEAGA, fue titular de un total de doce cuentas personales, las cuales son: 1) 018-301-00-002723-9, 2) 018-301-00-002847-4, 3) 018-301-00-002925-5, 4) 018-301-00-003070-7, 5) 018-301-00-003221-7, 6) 018-301-00-003298-3, todas del Banco Cuscatlán; y 7) 210232792, 8) 210234523, 9) 210237298, 10) 210238880, 11) 2102239231 y 12) 210239860, que estas fueron alimentadas o en las mismas se realizaron diferentes depósitos de dinero del Estado o del tesoro público, el cual fue sustraído ilegalmente con el fin de poder apropiarse en beneficio de SACA GONZÁLEZ y de terceras personas –agencias de publicidad y el grupo radial “SAMIX” propiedad del acusado SACA GONZALEZ, así como partido Arena y otros.*”

“(Trece).- *Que las doce cuentas personales de FRANCISCO RODRÍGUEZ ARTEAGA que se relaciona en el numeral 15.- supra, se sustrajo el dinero de las cuentas del Estado Salvadoreño (CISTPPR) números: 1) 590-056592-3, aperturada el cuatro de julio de dos mil uno en el Banco Agrícola, 2) 018-301-00-002387-7, aperturada el siete de julio de dos mil cuatro en el Banco Cuscatlán, 3) 590-055722-2, la cual fue aperturada en fecha cinco de septiembre de dos mil ocho*

*en el Banco Agrícola. Recibieron esas doce cuentas a nombre de **RODRÍGUEZ ARTEAGA**, un total de \$256, 002,086.09” [sic] (resaltado e itálicas del original).*

De los hechos sostenidos por el Tribunal de Sentencia respecto del señor Francisco Rodríguez Arteaga, se puede constatar que existe una similitud con las acciones realizadas por el señor Pablo Gómez; la diferencia radica en que el señor Arteaga tenía autorización para abrir cuentas Estatales y transferirlas a cuentas de personas naturales (Pablo Gómez, Elmer Charlaix y él mismo).

Sin embargo, no se logró comprobar ningún beneficio personal sobre el imputado Arteaga, hecho que no lo separa del delito de Peculado, pero muestra de forma innegable que las personas beneficiadas de la sustracción de fondos públicos fueron los señores Elías Antonio Saca González y Elmer Roberto Charlaix Urquilla quienes tenían el dominio sobre la ejecución del delito de Peculado, además de beneficiar a terceras personas por orden de ellos (partidos políticos, empresas de publicidad).

En su confesión (fs. 1,169) el señor Francisco Rodríguez Arteaga detalló de forma concisa haber sustraído fondos públicos por orden del señor Elmer Roberto Charlaix, así:

- Que ha laborado en la Presidencia de la República desde mil novecientos noventa hasta el treinta y uno de octubre de dos mil dieciséis, que durante el período del presidente Saca González, ostento el cargo de gerente financiero institucional.
- Que era titular de tres cuentas institucionales de Casa Presidencial: (1) N°590-055722-2, fecha de apertura: el cuatro de julio de dos mil uno en el banco Agrícola por su persona y el imputado Herrera Castellanos, (2) N° 018-301-0000238-7 fecha de apertura: el siete de julio de dos mil cuatro en el banco Cuscatlán, estando facultados para firmar Jorge Armando Escobar Barillas, Jorge Alberto Herrera Castellanos y él mismo, (3) 590-056592-3 fecha de apertura el cinco de septiembre de dos mil ocho, teniendo autorización los señores Francisco Rodríguez Arteaga, Jorge Alberto Herrera Castellanos y José Armando Escobar Barillas para la emisión de cheques, señala además que de estas cuentas fue solicitada autorización a la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda.
- Que durante la gestión del ex presidente Elías María Saca, se abrieron dieciséis cuentas bancarias sin autorización del Ministerio de Hacienda, que sus titulares eran los señores Elmer Roberto Charlaix Urquilla, Pablo Gómez y Francisco Rodríguez Arteaga, cuya finalidad era transferir fondos de cuentas subsidiarias del tesoro público de forma ilegal y realizar operaciones fuera del sistema de contabilidad gubernamental.

- Posterior a haber transferido los fondos a las dieciséis cuentas, el dinero fue transferido nuevamente para apropiación en beneficio personal de los señores imputado Elías Antonio Saca González, Elmer Roberto Charlaix Urquilla, Julio Humberto Rank Romero y Cesar Daniel Funes Dura, así como a favor de las sociedades AMÉRICA PUBLICIDAD, ANLE, FUNES Y ASOCIADOS PUBLICIDAD, MOLINA BIANCHI Y MARKETING AND SERVICE DE CENTROAMERICA, además de un amplio catálogo de otras personas jurídicas, sin que estas empresas prestaran bienes o servicios a favor del Estado; asimismo se pagaron saldos de tarjeta de crédito de la señora Ana Ligia Mixco Sol de Saca y Elmer Roberto Charlaix Urquilla.

- Que de la cuenta 590-055722-2 (banco Agrícola), fue transferido un total de un millón novecientos veinte mil seiscientos noventa y un dólares (\$1,920,691,00)

- Que en el año dos mil cuatro, desde las cuentas creadas para desviar fondos públicos fueron transferidos al señor Saca González: trece millones de dólares.

- Que en la cuenta 018-301-00-002387-7 banco Cuscatlán, fueron depositados cuatrocientos mil dólares (\$400,000.00), provenientes de la cuenta institucional 008-301-00-000472-7, tres cheques extendidos por Jorge Alberto Herrera Castellanos y Francisco Rodríguez Arteaga, consignando como beneficiario al señor Saca González, girando trescientos setenta y cinco mil dólares (\$375,000.00) omitiendo todos los controles de ley.

- Elmer Charlaix le dijo al acusado, a Herrera Castellanos y a Pablo Gómez, que abrieran cuentas personas a las cuales se les iba a transferir fondos provenientes de casa presidencial, sin ningún control, mencionando que él, de forma voluntaria entre los años 2004 y 2009, abrió seis cuentas bancarias, emitiendo de ellas dos millones seiscientos mil dólares a favor de Pablo Gómez como asistente financiero de la Presidencia de la República, quien posteriormente los cobró en una agencia bancaria y fueron depositados al partido político Alianza Republicana Nacionalista (ARENA) eso ocurrió entre el año dos mil cuatro y dos mil cinco; asimismo entre los años dos mil seis y dos mil siete, se hicieron pagos a cuentas personales de tarjeta de crédito del Banco Cuscatlán cuyo titular era el señor Elmer Roberto Charlaix Urquilla, estando consiente que no eran actividades de la Presidencia de la República.

- Que a la ex primera dama Ana Ligia Mixco Sol de Saca, le eran entregados diez mil dólares mensuales, para lo cual se ordenaba al señor René Napoleón Rodezno Corea (empleado de Casa Presidencial) que depositara a una cuenta personal de dicha señora.

- Que fueron transferidos millones de dólares a sociedades tales como “ANLE S.A. de C.V., AMERICA PUBLICIDAD S.A. DE C.V., FUNES Y ASOCIADOS PUBLICIDAD S.A. DE C.V y MARKETING AND SERVICES DE CENTROAMERICA S.A. DE C.V.”, sin que le constara a él que estas habían prestado algún servicio.

- Que en el año dos mil seis, desde su cuenta personal 18301000027239 del banco Cuscatlán, por orden del señor Saca González, fue transferido mediante cheques, a la sociedad GRUPO RADIAL SAMIX, la cantidad de cien mil seis dólares con ochenta centavos (\$100,006.80).

- Que el dieciocho de mayo de dos mil nueve abrió una cuenta en el banco Hipotecario, que se alimentaba de fondos de las cuentas institucionales de la Presidencia de la República mediante depósitos del veinticinco de mayo de dos mil nueve, a pocos días que terminara el mandato presidencial, la cual hizo transferencias después de haber finalizado el período presidencial hasta los primeros meses del año dos mil diez a PROMOTORA DE COMUNICACIONES S.A. de C.V. por un monto superior a novecientos ochenta y tres mil dólares, correspondiendo a pagos de casa presidencial.

- Concluye diciendo que es consiente que los fondos eran provenientes de las arcas del Estado, la finalidad era hacer un uso discrecional y libre, sin ningún control, cuando él tenía la obligación de seguir los procedimientos legales para el uso correcto de fondos públicos.

- En concurrencia con el señor Jorge Alberto Herrera Castellanos emitieron la quinientos noventa y tres cheques, que suman la cantidad de trescientos millones trescientos cuarenta y siete mil ciento diecisiete dólares con diecisiete centavos de dólares (\$300,347,117,17).

- A preguntas de Fiscalía manifestó que él era titular de las cuentas junto con Pablo Gómez, fue cobrado en efectivo monto superior a ciento cincuenta y tres millones novecientos cincuenta mil dólares, de los cuales depositó cierta cantidad a favor del partido político Alianza Republicana Nacionalista (ARENA), entre otros beneficiarios.

- Que no acepta haberse apropiado, ni tener ningún beneficio personal o en conjunto con otras personas, de fondos de Casa Presidencial, pero sí de favorecer a los señores Elías Antonio Saca González y Elmer Roberto Charlaix Urquilla.

- Acepta haber cometido el delito de Lavado de Dinero y Peculado.

- A preguntas de la defensa, manifestó que el señor Pablo Gómez no tuvo conocimiento que deposito dinero en favor de ARENA, pues únicamente se le proporcionaba el número de cuenta.

Comparativamente con el señor Pablo Gómez, ambos imputados no tuvieron beneficio económico personal de los fondos públicos, pero debido a su nivel educativo, ausencia de oposición y muestra de voluntariedad, por medio de su declaración de realizar las acciones delictivas no pueden excluirse del Peculado, sin embargo, no puede sostenerse el nivel de coautoría frente a los señores Saca González y Charlaix Urquilla.

En ese sentido, advertimos que las acciones no dependían de él, carecía de la capacidad de *continuar o impedir* su desarrollo.

En segundo lugar, se evidencia una *subordinación* por parte de Rodríguez Arteaga para colaborar con las ordenes ilícitas de sus superiores, el imputado ha sostenido en su declaración que todos sus actos sirvieron para el beneficio patrimonial de terceras personas, además que por orden del señor Charlaix le fue requerida la apertura de cuentas bancarias a título personal que tenían como propósito la captación de fondos públicos.

En tercer lugar, las acciones del señor Gómez, para lograr el objetivo requerido, fueron *esenciales*, es decir, sirvieron para transportar fondos públicos, cuentas que además fueron abiertas justificándose los depósitos en ellas, por ser empleados de Casa Presidencial, recayendo la esencialidad debido al cargo que ejercía el proceso.

Entonces, no obstante haber realizado acciones de colaboración, debe desestimarse la tesis de la defensa bajo el argumento que se encontraba realizando únicamente el ejercicio de sus funciones, dado que del peritaje y de la propia confesión del señor Rodríguez Arteaga que hizo pagos de tarjetas de crédito personales a funcionarios de Casa Presidencial.

De igual forma ayudar en el beneficio económico en las empresas del señor Saca González y un partido político, actos de cooperación que fueron realizados voluntariamente por el señor Arteaga, sin embargo, demuestran una subordinación dentro de la red para beneficiarse de fondos estatales por parte de Saca González y Charlaix Urquilla.

Debido a lo anterior este Tribunal estima que, el imputado Francisco Rodríguez Arteaga ejerció labores de complicidad necesaria, respecto de los delitos de Peculado y Lavado de Dinero y Activos, debido al cargo que ostentaba, consecuentemente deberá de realizarse análisis posterior sobre la determinación de la pena, de conformidad al art. 66 CP.

3. Corresponde el análisis sobre la participación que tuvo el señor Jorge Alberto Herrera Castellanos, el Tribunal de Sentencia sobre dicho imputado concluyo que:

“(Catorce).- **En cuanto al encartado JORGE ALBERTO HERRERA CASTELLANOS,** teniendo la calidad de Tesorero de la Presidencia de la República y además era el responsable para efectuar los pagos, por ello tenía firma autorizada y endoba los cheques que se emitían, de aquellos cheques que se cobraban y se hacían efectivo por el encartado PABLO GOMEZ, o a veces otros cheques que se depositaban en cuentas de empresas de publicidad de las cuales se beneficiaba SACA GONZALEZ y las empresas de este mismo. **Que Herrera Castellanos, juntamente con el encartado RODRÍGUEZ ARTEAGA hacían la transferencia de fondos de la cuenta Institucional Subsidiaria del Tesoro Público, en razón de que ambos poseían la firma mancomunada o autorizada para el pago de dichos cheques**” [sic] (resaltado del original) (página 1,325).

Previo a la llega del mandato presidencial del señor Saca González, el imputado Herrera Castellanos tenía diez años de laborar para Casa Presidencial, dentro del rubro de las finanzas institucionales, debido a ello tenía el pleno conocimiento –además de ser una de sus funciones- el disponer la transferencia desde las Cuentas Institucionales del Tesoro Público de la Presidencia de la República CITPPR, hacia cuentas subsidiarias de Casa Presidencial de distintos rubros (Remuneraciones, Compra de Bienes, etc.)

Estas debían previamente de someterse a autorización y verificación del Ministerio de Hacienda y Banco Central de Reserva, sin embargo, las cuentas subsidiarias no tuvieron ningún control, además fueron abiertas como titulares de ellas a personas naturales (Pablo Gómez, Francisco Arteaga y Elmer Charlaix), sustentando esas transferencias en el “*Reglamento Interno de Funcionamiento Para el Manejo, Control y Fiscalización de los Fondos Públicos, Gastos Reservados y Secretos de la Presidencia de la República Destinados a Las Actividades de Inteligencia, Clasificación, Manejo y Protección de la Información y Deber de Guardar Secreto de Los Colaboradores Designados Para el Manejo de Gastos Reservados y Secretos*” creado por el ex Presidente Saca González, con la única finalidad de sustraer fondos públicos.

Sumado a ello dentro del procedimiento abreviado contra el imputado Herrera Castellanos, expresó:

- Que en el año dos mil cuatro él era el jefe del área de Tesorería Institucional de la Presidencia de la República, realizó conductas contrarias a la ley y acepta el delito de peculado.
- Que desde la cuenta institucional de la Presidencia, comenzó a girar cheques en favor de Elías Antonio Saca, en acuerdo a las instrucciones de los señores Elías Antonio Saca González,

Elmer Roberto Charlaix Urquilla y Francisco Rodríguez Arteaga, este último jefe de la Unidad Financiera Institucional.

- Posteriormente fue cambiada la modalidad, señalando que los cheques debían emitirse a nombre de “*Gastos Operativos de la República*” a efecto que se reflejara como un gasto ordinario de Casa Presidencial.

- Que él tenía conocimiento que esa actividad era ilícita, que se estaba beneficiando al presidente y miembros de su gabinete, evitando controles de fiscalización de fondos públicos.

- La emisión de cheques fue posible con la firma del señor Rodríguez Arteaga y él mismo, que la conducta de desviar fondos fue ideada por los señores Elías Antonio Saca González y Elmer Roberto Charlaix Urquilla.

- Que él estaba consiente que su conducta daba un beneficio patrimonial ilegal a otras personas, mediante la sustracción de fondos públicos, obviando procedimientos legales de los cuales ya tenía conocimiento.

- Que junto con el señor Francisco Rodríguez Arteaga, giró la cantidad de quinientos noventa y tres cheques, por una cantidad total trescientos millones trescientos cuarenta y siete mil ciento diecisiete dólares con diecisiete centavos de dólar (\$300,347,117,17).

- La finalidad de esos millones no fue el pago de remuneraciones de Presidencia de la República y fueron destinados a cuentas personales de Elmer Roberto Charlaix, Francisco Rodríguez Arteaga y Pablo Gómez.

La función que tenía el señor Francisco Herrera Castellanos dentro de la red de sustracción de fondos estatales, se suscitaba durante su inicio, dado que era la persona encargada de trasladar fondos de cuentas corrientes subsidiarias institucionales de casa presidencial a cuentas específicas de rubros de la presidencia (remuneraciones, compra de bienes etc.), sin embargo entre todas ellas se crearon cuentas de personas naturales (empleados de Casa Presidencial) que era donde sería depositado el dinero para el beneficio patrimonial del señor Saca González y terceras personas.

Previamente este Tribunal ha sostenido que la apertura de las cuentas de empleados de Casa Presidencial, fue proveniente de órdenes superiores el señor presidente Elías Antonio Saca, canalizadas por parte de su secretario privado Elmer Roberto Charlaix, designado para el manejo de gastos reservados y ser el operador de las conductas ilícitas.

De ello se desprende, también el hecho que el señor Herrera Castellanos, no obtuvo beneficio personal, materialmente por no haber abierto ninguna cuenta bancaria como persona natural que

recibiera los fondos estatales, pero más importante es que los depósitos que él realizaba a empleados de Casa Presidencial correspondían a fondos que posteriormente llegarían a beneficiar a los señores Elías Antonio Saca González, Elmer Roberto Charalix Urquilla y otros.

Tanto el señor Herrera Castellanos como Francisco Rodríguez Arteaga tenían funciones asignadas con la finalidad de obtener beneficio patrimonial para sus superiores.

Específicamente el señor Herrera Castellanos únicamente acusado por el delito de Peculado, transfirió fondos públicos a cuentas de personas naturales, labor que también realizó el señor Francisco Rodríguez Arteaga (Jefe de la Unidad Financiera Institucional), quien además junto con el señor Pablo Gómez (asistente técnico financiero) abrieron dieciséis cuentas bancarias en donde fueron depositados fondos estatales, que servirían para beneficiar a las personas que tenían el dominio sobre la red de sustracción.

En atención a ello, es factible el estudio sobre la conducta del señor Herrera Castellanos, a efecto de mostrar si él tenía el dominio y disposición de sus acciones o únicamente realizó labores de cooperación y de subordinación.

Se constata que la *planeación* no fue realizada por el señor Herrera Castellanos, sino por el ex Presidente Saca, mediante la creación del reglamento interno, de igual forma no tenía la posibilidad de *impedir o dar giros decisivos* en la forma en que eran sustraídos los fondos, pues a este se le comunicaba por medio del señor Charlaix las modificaciones y a qué personas debía de depositarse, *la falta de poder* es reflejada de la ausencia de beneficio personal por parte de Herrera Castellanos, dado que realizaba una acción que era precedida de una orden del señor Charlaix, en la cual no se incluía el beneficio patrimonial al señor Herrera Castellanos.

Pese a no tener ningún provecho económico no lo separa de la responsabilidad penal por el delito de Peculado, pues de su propia confesión se extrae el ánimo y aceptación voluntaria de trasladar fondos de Cuentas Institucionales del Tesoro Público de la Presidencia de la República CITPPR números 590-055722-2 y 590-056592-3 a cuentas personales de los señores Elmer Roberto Charlaix, Pablo Gómez y Francisco Arteaga.

Sin embargo, al demostrarse que su acción correspondió a una orden que cumplió voluntariamente, no se puede reflejar un dominio sobre ellas, dándose entonces por parte del señor Herrera Castellanos una cooperación aceptada y ejecutada para beneficiar a terceras personas, consecuentemente careciendo de ser autor principal del ilícito penal de Peculado.

Lo importante después de haber comprobado que la acción del imputado Herrera Castellanos correspondía a una complicidad, es determinar si ella era *necesaria* o *no necesaria*, para esos efectos, se estudia el cargo que ejercía –Jefe de Tesorería- en su momento era determinante, pues era la persona que servía de enlace para informar a instituciones estatales (Ministerio de Hacienda y Banco Central de Reserva) sobre la creación de cuentas bancarias en Casa Presidencial, actos que fueron omitidos al no mandar las solicitudes a dichas instituciones.

A partir de esa omisión que el plan ideado por los autores intelectuales Elías Antonio Saca y Elmer Roberto Charlaix pudo funcionar, resultando evidente entonces la *esencialidad* de las conductas realizadas por el señor Herrera Castellanos, primeramente omitiendo el informe de creación de cuentas y posteriormente el transferir fondos públicos de Cuentas Institucionales del Tesoro Público de la Presidencia de la República CITPPR números 590-055722-2 y 590-056592- a cuentas de los señores Francisco Herrera Castellanos, Elmer Roberto Charlaix y Pablo Gómez.

C. De ello se concluye que debido a la modificación de autores a **cómplices necesarios** de los imputados Francisco Herrera Castellanos por el delito de Peculado y los señores Francisco Rodríguez Arteaga y Pablo Gómez por los delitos de Peculado Lavado de Dinero y de Activos, se examinara posteriormente determinación de la pena de los imputados precitados, que debido a la modificación en su participación delictiva deberá ser estudiada de conformidad al art. 66 CP.

2. Inobservancia de los arts. 7 y 9, sobre el concurso aparente de leyes y la prohibición de doble persecución.

Debido a lo anterior, para dar respuesta al planteamiento de forma sistemática, en principio se harán **(A)** consideraciones en torno al concurso aparente de leyes o principio de unidad de ley **(B)**, para luego, sintetizar los hechos probados y determinar si es aplicable el concurso aparente de leyes o no al caso de mérito, **(C)**, determinando la consecuencia de ello.

A. Los hechos han sido nominados con dos calificaciones jurídicas, la primera, Peculado (art. 325 CP) y la segunda Lavado de Dinero y Activos (4 LECLADA).

El objetivo principal del concurso aparente de leyes, es que la conducta del autor se subsume bajo varios supuestos legales de hecho - tipos penales - pero el contenido delictivo, sin embargo, es absorbido con la aplicación de uno o de algunos de ellos, de manera que los restantes se deben dejar de lado, dando como consecuencia práctica la aplicación única de la pena del delito que desplaza a los otros.

En particular el jurista Zaffaroni, sobre el concurso aparente de leyes ("*unidad de ley*" o "*conurrencia aparente impropio*"), expone que engloba aquellos supuestos donde "*si bien la acción es abarcada por dos o más tipos penales considerados aisladamente, cuando se los considera conjuntamente -en sus relaciones- se verifica que una de las leyes concurrentes interfiere la operatividad de las restantes, por lo que se excluye su aplicación al caso, aunque en definitiva lo haga porque incluye las lesiones de éstas*" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General*, 2a. edición, Ed. Adiar, Buenos Aires, Argentina, 2002, Pág. 867).

Dicho de otra manera: el concurso sucede cuando un solo tipo penal comprende todas las conductas con relevancia penal contenidas en el sustrato fáctico, por lo que no es necesario nominar a los hechos con distintas calificaciones jurídicas (como inicialmente se ha hecho), pues una sola comprende todos los actos y sus correspondientes reproches.

Esta opinión se exteriorizó en la Apl. 57-13-3 (sentencia de las ocho horas con veinticinco minutos del cuatro de abril de dos mil trece).

De igual forma la Sala de lo Constitucional ha mencionado que:

“Cuando la duplicidad de consecuencias jurídicas para un mismo hecho opera en virtud de disposiciones que pertenecen al mismo orden normativo, la solución debe proveerse con las reglas generales de la especialidad, subsunción y consunción que operan en las aparentes concurrencias normativas” (Proceso de Inconstitucionalidad 18-2008, sentencia de las doce horas con veinte minutos del veintinueve de abril de dos mil trece).

La justificación de la existencia del concurso aparente de leyes, proviene de uno de los principios fundamentales del *ius puniendi* estatal, que además goza de protección constitucional: *ne bis in ídem* o *non bis in ídem*, conocido como la prohibición de doble juzgamiento o interdicción de múltiple persecución.

A causa de la prohibición de doble juzgamiento, el concurso aparente de leyes da un desplazamiento de todas las calificaciones jurídicas con que se nominaron los hechos a un solo ilícito, mismo que comprende todas las conductas acaecidas dentro de él.

Sobre ello, Creus precisa que:

“[E]l encuadramiento plural se reduce a un encuadramiento único (por eso se dice que el concurso es sólo "aparente"), cuando uno de los tipos en juego desplaza a los otros, con lo cual únicamente queda vigente el tipo desplazante. Dicho desplazamiento puede fundamentarse en distintas motivaciones procedentes de las mismas consideraciones de las tipicidades que, a su vez,

constituyen los principios que rigen las relaciones de desplazamiento” (Creus, Carlos, “Derecho Penal. Parte General”, 3a. edición, Astrea, Argentina, 1992, Pág. 283).

Esa situación es la establecida en el art. 7 CP., que ordena que:

“Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código y no comprendidos en los artículos 40 y 41, de este Código se sancionarán observando las reglas siguientes:

- 1) El precepto especial se aplicará con preferencia al precepto general.*
- 2) El precepto subsidiario se aplicará en defecto del precepto principal, cuando se declare expresamente dicha subsidiaridad o ella sea tácitamente deducible; y*
- 3) El precepto penal complejo absorberá a los preceptos que sancionan las infracciones consumidas en aquél”.*

De ese precepto, podemos extraer precisamente tres tipos de reglas: *especialidad* (numeral 1), *subsidiariedad* (numeral 2) y *consunción* (numeral 3).

En el caso de mérito se alega la última modalidad, teniendo esta por finalidad: *"vincular típicamente al o a los hechos posteriores que no dan lugar a la pluralidad normativa por cuanto existe una continuidad relativa al desvalor del hecho cometido - Es así como el contenido del injusto y de culpabilidad de una acción típica alcanza, incluyéndolo, absorbiéndolo, a otro hecho o a otro tipo, de suerte que la condena, basada en un solo punto de vista jurídico ya expresa, de forma exhaustiva, el desvalor de todo el proceso"* (Arce Aggeo, Miguel Ángel, *Concurso de delitos en materia penal*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1996, Pág. 175).

Concretamente y de importancia al caso en concreto la consunción implica, entonces, que *la acción de un tipo queda englobada en la más amplia de otro, siendo aquella que se establece entre los tipos cuando uno encierra al otro, pero no porque lo abarque conceptualmente, sino porque consume el contenido material de su prohibición.*

Sobre el particular la Sala de lo Penal sostiene que:

"[S]e emplea cuando un delito engloba otros hechos ya de por sí constitutivos de delitos que no se castigan autónomamente porque su desvalor va incluido en el del ilícito del que forma parte. Es decir, que sólo opera cuando ninguna parte del hecho queda sin respuesta penal, ya que, de lo contrario, habrá que aplicarse el conjunto de normas que comprendan íntegramente el desvalor del hecho, guardando entre sí la relación que resulte oportuna" (Fallo 185-CAS-2009, sentencia de las 9:40 horas del 3 de junio de 2011).

B. A continuación, corresponde determinar si ese tipo de concurso aparente es aplicable al caso de mérito, debiendo para ello esquematizar los hechos probados en los siguientes términos:

✓ Los señores Pablo Gómez (colaborador de la Unidad Financiera Institucional) y Francisco Rodríguez Arteaga (Jefe de la Unidad Financiera Institucional) eran empleados de casa Presidencial, quienes durante el periodo del ex presidente de la República Elías Antonio Saca González y mediante el “*Reglamento Interno de Funcionamiento Para el Manejo, Control y Fiscalización de los Fondos Públicos, Gastos Reservados y Secretos de la Presidencia de la República Destinados a Las Actividades de Inteligencia, Clasificación, Manejo y Protección de la Información y Deber de Guardar Secreto de Los Colaboradores Designados Para el Manejo de Gastos Reservados y Secretos*”.

✓ Las cuentas de ambos señores fueron por parte del señor Francisco Rodríguez Arteaga 1) 018-301-00-002723-9, 2) 018-301-00-002847-4, 3) 018-301-00-002925-5, 4) 018-301-00-003070-7, 5) 018-301-00-003221-7, 6) 018-301-00-003298-3, todas del Banco Cuscatlán; y 7) 210232792, 8) 210234523, 9) 210237298, 10) 210238880, 11) 2102239231 y 12) 210239860 y Pablo Gómez las cuentas 018-301-00-002545-1 y 210234396, en las cuales fueron depositados fondos estatales sin ningún control de uso ni autorización, es mediante este hecho de depositar a las cuentas enunciadas, teniendo por establecido el *A quo* el delito de peculado.

✓ Posterior al depósito en las cuentas personales de ambos imputados, estos tenían la orden de realizar depósitos y transferir fondos a terceras personas tanto naturales como jurídicas (empresas de publicidad, etcétera), con la finalidad de favorecer económicamente al ex presidente Elías Antonio Saca González, quien delego en el Secretario Privado Elmer Charlaix, la administración y funcionamiento de la sustracción de fondos estatales.

✓ Tanto el Tribunal de Sentencia en pleno, como la acusación pública, estimaron que ambos imputados no tuvieron ningún beneficio patrimonial como motivo de la sustracción de dichos fondos, dato que previamente han sido analizados por esta Cámara para establecer su calidad como cómplices *necesarios* como parte una cooperación que tuviera como propósito el beneficio personal de los sujetos que tenían el dominio de la acción: Elías Antonio Saca y Elmer Roberto Charlaix Urquilla.

✓ Por su parte el delito de Lavado de Dinero y de Activos, se tuvo por probado por el Tribunal Segundo de Sentencia, después de análisis sobre los elementos de prueba, tomando en cuenta que el art. 4 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, sanciona la *transferencia y depósito* de

fondos que tengan por finalidad ocultar su origen ilícito, es así que ambos imputados realizaron transferencias y depósitos (con fondos públicos) a cuentas de personas naturales y jurídicas, entre ellas: el partido político ARENA, empresas de publicidad Molina Bianchi y Asociados S.A. de C.V., Campaña S.A. de C.V., América Publicidad S.A. de C.V., Funes y Asociados S.A. de C.V., ANLE S.A. de C.V., MARKETING AND SERVICE DE CENTROAMERICA S.A. y C.V., que tenían por finalidad posteriormente transferirse a cuentas de GRUPO SAMIX para beneficiarse personalmente el señor Elías Antonio Saca González; de igual forma se hicieron transferencias bancarias y depósitos en favor del señor Elmer Charlaix Urquilla como destino final, asimismo el pago de tarjetas de crédito tanto de Charlaix Urquilla y la ex Primera Dama de la República Ana Ligia Mixco Sol de Saca, entre otras transferencias a personas jurídicas y naturales.

Globalmente fueron esos los hechos (sintetizados) establecidos por el Tribunal de Sentencia para condenar a ambos imputados.

De ese sustrato fáctico se colige teniendo en cuenta que ambos imputados no tuvieron ningún beneficio económico, es decir, hicieron únicamente labores de cooperación para beneficiar al ex presidente y terceras personas, dándose ese *beneficio* hasta que fueron depositados los fondos en las cuentas de agencias de publicidad, del señor Charlaix, pago de tarjetas de crédito y GRUPO SAMIX.

De ahí que el depósito en dichas cuentas engloba *tanto* el delito de Peculado (beneficiando a un tercero) *como* el de Lavado de Dinero y de Activos (depositar y transferir fondos ilícitos), ello significa que las cuentas de los señores Pablo Gómez y Francisco Rodríguez Arteaga eran *vehículos* que tenían por finalidad transferir el dinero público, acción que se dio mediante el depósito y transferencia de millones de dólares.

Al analizarse el texto del art. 4 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, se refleja que la conducta relativa al delito de peculado y Lavado de Dinero y de Activos, sucedió simultáneamente, pues el beneficio económico del señor Saca González fue posible determinarse a partir de los depósitos que realizaran los empleados de Casa Presidencial, de igual forma el delito de Lavado de Dinero y de Activos ocurrió en ese instante al momento de transferir esos fondos.

Lo que conllevaría a concluir que el Delito de Lavado de Dinero y de Activos engloba totalmente al delito de peculado, expresando, de forma exhaustiva, toda la acción realizada por los empleados de Casa Presidencial, pues este tipo penal, resulta ser más amplio en determinar las acciones realizadas por ambos sujetos –depósitos y transferencias de fondos públicos.

Como se expuso anteriormente y en aplicación al caso de estudio, el haber nominado ambos tipos penales por separado respecto de los empleados de Casa Presidencial, estima esta Cámara que fue en inobservancia al art. 7 CP, pues era factible el establecer que las acciones realizadas por los procesados podían encuadrar de forma unilateral en el delito de Lavado de Dinero y Activos, teniendo en cuenta el espacio y tiempo (depósitos y transferencias) en que sucedida el beneficio económico para los señores Saca González, Elmer Urquilla y terceros, desestimándose por ello el delito de Peculado, considerando que mantener ambas acusaciones sería una plena inobservancia del art. 9 CPP, relativo a la única persecución penal, ocasionándose una doble persecución simultánea.

El análisis previo, es conforme a jurisprudencia de la Sala de lo Penal, sobre característica de ser pluriofensivo el delito de Lavado de Dinero y Activos y su habilitación de subsumir una conducta previa cuando esta tenga por finalidad el blanqueo de capitales:

“De las circunstancias fácticas descritas, los Jueces de la causa han aclarado que tuvieron por probado como un delito "precedente", el establecido por el literal I) del Art. 6 de la LCLDA, (Evasión de Impuestos, Art. 249-A Pn.), pero por tratarse de uno de los medios para la comisión del blanqueo, lo dispusieron subsumir en el ilícito de LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS, de acuerdo con el artículo 4 de la LCLDA.

De acuerdo con los hechos analizados, en el caso presente concurren los elementos objetivos del referido delito, puesto que, por un lado, se estableció que el acusado recibió depósitos en sus cuentas bancarias de dineros, cuyos ingresos no están justificados por actividades lícitas, ya que con las pruebas que se relacionan, los Juzgadores tuvieron por probado que hizo retiros de tales cantidades y adquirió bienes muebles e inmuebles con esos fondos; de modo tal, que su conducta perfectamente se enmarca dentro de los verbos rectores de "depositar", "retirar", "convertir" y "ocultar" fondos con sospechas razonables de proceder de alguna actividad ilícita, pues no existieron indicios que justificaran su origen legal

[...]

De manera, que se estima adecuada la actuación de los Jueces A-quo, en tanto que la decisión de subsumir la Evasión de Impuestos al delito de Lavado de Dinero y de Activos, está hecha conforme a derecho, pues los elementos típicos integrantes de la descripción legal del último ilícito citado, exigen evidenciar que los fondos, bienes o derechos, procedan directa o

indirectamente de actividades delictivas” (Fallo 288-CAS-2011 del doce de octubre de dos mil doce).

En consecuencia, *se estima el presente motivo de apelación en el sentido que existe un concurso aparente de leyes entre las calificaciones jurídicas con que se han nominado a los hechos.*

C. Por lo que, encontrándose contemplado las acciones relativas al tipo penal de Peculado en beneficio de un tercero (art. 325 CP) en el delito de Lavado de Dinero y de Activos (depositare o transfiriere), deberá entonces revocarse la sentencia en cuando a la pena de tres años de prisión al señor Francisco Rodríguez Arteaga y de ocho años de prisión al señor Pablo Gómez, ambas impuestas por el delito Peculado, debiendo cumplir los imputados la pena relativa al Lavado de Dinero y de Activos.

A efecto de dejar claridad, este análisis no resulta aplicable para los señores Elías Antonio Saca y Elmer Charlaix, no sólo por la **firmeza adquirida** de su condena penal, sino además porque sus acciones de ambos tipos penales logran una distinción clara en tiempo y espacio, lo cual es extraído del acervo probatorio y de sus confesiones, así detallándose para el señor Charlaix, quien expuso mediante su confesión:

Que cierta cantidad de dinero sin especificar la utilizó para **beneficio personal y beneficio de sus empresas**, estando consiente de la forma intencional o dolosa de haber cometido los delitos de Peculado y Lavado de Dinero.

Por su parte el señor Saca González, quien resulta ser la persona con más beneficios económicos de la red de sustracción de fondos públicos, detalló en su declaración que del dinero sustraído busco diferentes alternativas para convertirlo y ocultar su procedencia, entre ellas la compra de bienes muebles con empresas fantasmas con el propósito de justificar su “legítima” propiedad:

- Hacienda Lombardía, Cooperativa 4, El Amate, Zacatecoluca, departamento de La Paz, a favor de GDE S.A. de C.V., año 2007.
- A favor de INGROUP S.A. de C.V. el apartamento 14 y 15, edificio F, condominio La Montaña II, santa tecla, departamento de La Libertad.
- A favor de OSAD S.A de C.V. se adquirieron ocho porciones de la Hacienda El Cauca, comunidad El Casco, El Rosario, Departamento de La Paz; casa ubicada en Urbanización Palmira, Polígono C, lote número 4, Santa Tecla, departamento de La Libertad.

- A favor de GDE S.A. de C.V., dos terrenos ubicados en Cantón Barrio Nuevo, San Mauricio número dos, municipio de Tecoluca, departamento de San Vicente.

- A favor de GROCORP S.A. de C.V., se adquirió el apartamento 13, del edificio C, del Condominio La Montaña II, Santa Tecla, departamento La Libertad.

- A favor de INGROUP S.A. de C.V. se adquirió un inmueble ubicado en Urbanización Cumbres de Cuscatlán, departamento La Libertad.

- En el año 2009, el señor Saca González decidió construir dos inmuebles a nombre de Promotora de Comunicaciones S.A. de C.V. con fondos provenientes de cuentas del Estado, **uno de ellos, el inmueble ubicado en cantón El Carmen, departamento de San Salvador, donde residía al momento de su captura con su familia.**

- En el año dos mil once, siempre con la finalidad de ocultar el origen ilícito de los fondos, adquirió otros inmuebles, poniendo en propiedad de las sociedades que no habían tenido record financiero y estar a nombre de terceras personas:

- A favor de GDE S.A. DE C.V., se adquirió el lote número 19, polígono K, urbanización Cumbres de Cuscatlán, Antiguo Cuscatlán, departamento de La Libertad, posteriormente en el año dos mil doce, esta sociedad también adquirió el apartamento 42, estacionamientos 6 y 28, del condominio residencial Montecastello, lote número 12, polígono F, colonia San Benito.

- A favor de OSAD S.A. DE C.V., se adquirió el lote 43, polígono G, de la Hacienda El Cauca, comunidad El Casco, El Rosario, La Paz, especifica que son 450 manzanas, posteriormente en el año dos mil catorce esa misma sociedad, obtuvo en derecho de usufructo el apartamento 13, edificio C, condominio La Montaña II, Etapa II, Santa Tecla, departamento de La Libertad.

- **GRUPO SAMIX** siendo la sociedad en donde el señor Saca González, busco convertir los **millones de dólares** sustraídos de Casa Presidencial, alimentada mediante las agencias de publicidad que sirvieron para lograr el beneficio económico de dicho imputado.

A ese efecto, puede verse la a pericia financiera contable de folios 236,702 – 236,899 de pieza 1,184, junto con los anexos 236,900 – 236,940 de pieza 1,185 más ampliación de pericia de folios 309,496 – 309,558 de pieza 1,548 que delimita el incremento patrimonial que tuvieron los señores Charlaix Urquilla y Saca González, durante el periodo presidencial del año dos mil cuatro al año dos mil nueve, quienes previo a utilizar la modalidad de apertura de cuentas mediante empleados, crearon cuentas personales y recibieron fondos de la Presidencia de la República.

En definitiva, el Concurso Aparente de Leyes alegado por la defensa de los procesados Francisco Arteaga y Pablo Gómez, es procedente únicamente en favor de ambos imputados, imputándoseles únicamente el delito de Lavado de Dinero y de Activos mediante la modalidad complicidad necesaria, por ello deberá anularse la pena de prisión sobre el delito de Peculado.

3. Inobservancia del art. 28 CP, relativo a la existencia de Error de Prohibición Invencible sobre la conducta de Pablo Gómez.

Con la finalidad de brindar una resolución que proporcione certeza sobre lo pedido por las partes, **(A)** se iniciara sintetizando el análisis de primera instancia respecto de la conducta del imputado Pablo Gómez, posteriormente, **(B)** se pasara a emitir consideraciones sobre el error de prohibición invencible, para finalizar con **(C)** la conclusión determinando la existencia del vicio alegado, caso contrario se confirmara la sentencia sobre este punto.

A. Previamente este Tribunal ha agrupado las argumentaciones judiciales emitidas por el Tribunal Segundo de Sentencia de San Salvador relativas a la responsabilidad penal del imputado Pablo Gómez, a efecto de evitar de ser repetitiva la resolución sobre este punto, deberá de sostenerse que la delimitación de imputación realizada al señor Gómez puede sintetizarse de la siguiente forma:

❖ **Peculado:** Mediante el cargo que tenía el señor Gómez, Colaborador Técnico de la Gerencia Administrativa de la Presidencia de la República, bajo el mando del procesado Francisco Arteaga; en las cuales el señor Gómez apertura una serie de cuentas bancarias, siendo consciente que la procedencia era producto de desvió de fondos de la Presidencia de la República, con la única finalidad de favorecer al señor Ex presidente de la República Elías Antonio Saca González, debido a que tanto la acusación pública como el Tribunal de Segundo de Sentencia, sostuvieron que no se logró comprobar ningún beneficio económico al imputado Gómez, esto se debió a que el dinero depositado en sus cuentas fue en su totalidad para beneficio del ex Presidente Saca González y terceras personas.

❖ **Lavado de Dinero y de Activos:** Sobre este ilícito penal, sustancialmente como fue expuesto previamente en el razonamiento de primera instancia, las investigaciones y elementos de prueba sirvieron de base para el Tribunal de Sentencia a efecto de determinar la responsabilidad penal del señor Pablo Gómez, las actividades que este realizó para el cometimiento del ilícito, pueden resaltarse el pago de tarjetas de crédito de funcionarios de Casa Presidencial, movimientos a favor de Elmer Charlaix, Elías Antonio Saca González y terceros, depósitos en sociedades de

publicidad que tenían por finalidad el beneficio económico de GRUPO SAMIX S.A. de C.V., propiedad del ex presidente Saca González, todo lo anterior con dinero sustraído y desviado de cuentas estatales de la Presidencia de la República, evidenciándose un propósito de beneficio económico a favor del ex presidente de la República.

B. El inciso 2° del art. 28 del Código Penal dispone:

“El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de exclusión de la responsabilidad penal, exime de ésta. Si el error fuere vencible, se atenuará la pena en los términos expuestos en el artículo 69 de este Código”.

Actualmente no se encuentra una definición expresa del dolo en el Código Penal, sin embargo, previamente en el Código derogado de 1974 daba una definición en el art. 33, fundamentándose en la previsión y el deseo que una acción se realice.

Lo anterior no puede entenderse como sinónimo de libertad, ello sería temerario, es así que bajo la teoría del tipo y del error resultan de interés esencial, esto para poder comprender la magnitud del dolo, obligando entonces a hacer alusión a consideraciones respecto del dolo a efecto de mostrar la mejor posición de adecuación en la legislación.

La teoría del dolo, pretendía que este fuera un supuesto de culpabilidad, siendo ello una consecuencia de los elementos del tipo como la antijuridicidad, no importando si el error implicaba a conciencia de la antijuridicidad o a supuestos de hecho, es decir de tipo o error de prohibición, recibiendo así un tratamiento unificado sobre el error –Teoría Unitaria del Error- mediante la cual sostiene Eugenio Raúl Zaffaroni que todo problema del error es un problema de culpabilidad (Manual de Derecho Penal, parte general, México, 1991, P.440)

Excluyéndose en caso de ser invencible la culpabilidad, dejando intocable el injusto, mientras que al ser vencible: podía ser sancionado de forma culposa.

Teniendo en cuenta dicho concepto, el error de prohibición, se entiende como la consecuencia de la actuación del sujeto al juzgar por error, tener equivocado conocimiento o ignorancia que su conducta no tiene sanción penal, por ejemplo *cazar a un animal y al dispararle y acercarse ver que es una persona*, es decir cuando un sujeto cree que su actuación es justificada al realizar una conducta antijurídica, siendo esto equivocado.

En el error de prohibición directo el autor tiene desconocimiento de la existencia de la prohibición de su conducta, en cambio en el indirecto el autor tiene conocimiento de la prohibición, pero cree que su actuar es justificado debido a presupuestos excluyentes (alegado por la defensa).

La doctrina lo sostiene, en suma:

“El error de tipo invencible excluye el dolo, y si es vencible, fundamenta en su caso el castigo por imprudencia; el error de prohibición invencible excluye la culpabilidad y si es vencible permite atenuarla, pero no afecta en nada el tipo de injusto” (Muñoz Conde, Op. Cit, Pág. 123).

Mediante jurisprudencia la Sala de lo Penal en Casación 294-CAS-2010 ha sostenido la diferenciación entre el **error de tipo** y **error de prohibición**, el primero recae sobre elementos del tipo penal excluyendo el dolo mediante la figura de la atipicidad, sin embargo, el de prohibición conlleva un desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta, dándose la excluyente de culpabilidad.

Dichas figuras no pretenden bajo ninguna circunstancia blindar la impunidad ni *premiar* a la persona que alega ignorancia de la ley que lógicamente no puede ser beneficiado por tal desconocimiento, por ello debe sostenerse que en caso de ser un error invencible este excluye la culpabilidad, en caso de ser vencible obtiene una atenuación especial.

Para arribar a una conclusión de no reproche penal o atenuación del castigo, debe de analizarse el caso en concreto, aspectos propios y característicos del sujeto, del hecho, lugar, entre otros.

En particular Zaffaroni sostiene que:

“[L]a evitabilidad del error exculpante presenta, por lo menos, tres aspectos que deben ser examinados para su correcta valoración: (a) si el sujeto tuvo la posibilidad de conocer la conminación penal de su conducta, es decir, si le era posible acudir al algún medio idóneo de información; (b) si el sujeto, al tiempo del hecho, tuvo la oportunidad de hacerlo, lo que dependerá del período de que disponga para la toma de la decisión, de la posibilidad de reflexión en la circunstancia dada, etc. y (c) si al autor le era exigible que imaginase la criminalidad de su conducta, lo que no sucede cuando, conforme a su capacidad intelectual, a su instrucción o entrenamiento y con un Standard mínimo de prudencia, no hubiera tenido motivos para presumirla” (Zaffaroni, Ob. Cit, Pág. 697).

Por otra parte la Sala de lo Penal, en casación 441-CAS-2011 de las ocho horas y diez minutos del cuatro de abril de dos mil catorce, sostuvo que:

“[S]e entiende que el error debe recaer sobre la situación o "hecho" que se realiza, no está sujeta a pena, quiere significar directamente que el sujeto debe creer falsamente que el acto no es punible, lo que puede suceder cuando: a) El sujeto actúa sin saber que lo que ejecuta se encuentra dentro del ámbito prohibitivo de la norma, es decir, ignorando que el hecho está prohibido, o

sabiendo que está prohibido, ignora que es punible; b) El sujeto que actúa considera que el Ordenamiento Jurídico le concede un permiso para su actuación; y, c) El sujeto que actúa piensa que está dentro del ámbito de una causa de justificación cuando en realidad no lo está.”.

Simultáneamente debe considerarse la *evitabilidad*, que citando a Bacigalupo establece que el autor haya tenido cuestionamientos sobre la punibilidad de su comportamiento, *naturalmente, el autor que conoce o pudo conocer la antijuridicidad ya tiene razones para pensar en la punibilidad. Y en general habrá razones para pensar en la punibilidad del comportamiento cuando el autor haya conocido circunstancias que le habrían permitido tomar conciencia de la incompatibilidad de su comportamiento con el orden jurídico y la gravedad del hecho.*

En el caso en estudio, los argumentos de la defensa para separar al procesado de la responsabilidad penal se centran en una serie de posturas, de manera general, previo a darle respuesta a esas inquietudes, deberá de analizarse el entorno del procesado al momento de haber realizado las conductas reprochables:

Así el *acceso a Información para determinar si la apertura de cuentas bancarias sin autorización para recibir fondos públicos a título de persona natural eran permitidas*. Según se establece a folio 23, El señor Pablo Gómez, fue contratado en Casa Presidencial en el año mil novecientos noventa y siete desempeñándose como Técnico en la Dirección de Administración Institucional, según acuerdo presidencial número 514 de fecha veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y siete, asignado al cargo desde el siete de agosto de mil novecientos noventa y siete, siendo este bachiller en especialidad de Contabilidad.

De su experiencia en Casa Presidencial, en la cual laboró hasta el año dos mil seis (por haber sido detenido en octubre del año dos mil dieciséis) que el imputado tenía el pleno conocimiento sobre la correcta forma de utilización de fondos públicos y el régimen aplicable, lógicamente la apertura de cuentas bancarias a título personal para recibir fondos públicos era contrario a la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, ley AFI aprobada mediante Decreto Legislativo número 7, Tomo 330, de fecha once de enero de mil novecientos noventa y seis, y vigente desde el veinte de enero de mil novecientos noventa y seis, encargada de la administración y control de los fondos públicos, que son aprobados según la Ley General del Presupuesto General a cada institución del Estado.

Además, el Ministerio de Hacienda, exige actualmente y exigía previo al año dos mil cuatro la necesidad de llevar un registro sobre la apertura de cuentas bancarias de cualquier institución

estatal, además de ser el encargado de la recaudación, custodia y erogación de fondos públicos de conformidad con el art. 4 ley AFI.

Asimismo, dicho ministerio es el encargado de crear normas técnicas que permitan implementar la ley AFI, de obligatorio cumplimiento para cualquier funcionario o empleado que administre fondos públicos; para aplicar las regulaciones debe existir una Unidad Financiera Institucional, en la cual puede incluirse encargados del presupuesto, tesorería y contabilidad, que se vuelven exigibles a jefes y colaboradores.

A ese efecto la utilización de gastos de fondos públicos no puede considerarse fuera de controles normativos por su condición de ser “gastos reservados” previo a realizar cualquier manejo de fondos públicos, el art. 74 ley AFI, requiere autorización del Banco Central de Reserva (BCR) para la apertura de cuentas bancarias institucionales, que antes de ser bifurcadas internamente por el órgano receptor son depositadas en las cuentas provisionales “*Cuenta Institucional Subsidiaria del Tesoro Público*”, posterior a ello los fondos pueden transitar a diferentes rubros (bienes y servicios, pago de remuneraciones, entre otras), teniendo de ello la obligación del buen manejo los jefes de Tesorería y Jefe de la Unidad Financiera Institucional arts. 109 y 116 reglamento ley AFI.

La obligación de cada institución es informar al BCR sobre la apertura de cuentas bancarias a título de institución y únicamente ante el aval del BCR se puede abrir cuentas institucionales para recibir fondos públicos, lo anterior tiene su justificación en el hecho que tanto el Ministerio de Hacienda como el BCR, son instituciones contraloras, a quienes se les ha mandatado la revisión y auditoría de fondos públicos.

Por lo que abrir cuentas bancarias para recibir fondos públicos sin ningún proceso previo ante el BCR y Ministerio de Hacienda, caería en una acción contraria a la ley y reprochable que puede tener consecuencias administrativas y penales, dado que se pierde el control y auditoría del manejo de fondos públicos.

Junto al proceso de apertura de cuenta bancaria institucional, se exige para la Unidad Financiera Institucional, el resguardo de información y archivos, que permitan demostrar mediante la rendición de cuentas el correcto manejo de fondos públicos, de conformidad con el art. 19 ley AFI.

“Las unidades financieras institucionales conservarán, en forma debidamente ordenada, todos los documentos, registros, comunicaciones y cualesquiera otros documentos pertinentes a la actividad financiera y que respalde las rendiciones de cuentas e información contable, para los

efectos de revisión por las unidades de auditoría interna respectivas y para el cumplimiento de las funciones fiscalizadoras de la Corte de Cuentas de la República. Todos los documentos relativos a una transacción específica serán archivados juntos o correctamente referenciados. La documentación deberá permanecer archivada como mínimo por un período de cinco años y los registros contables durante diez años”.

No llevar el registro necesario de documentación puede considerarse una consecuencia grave tanto en materia penal y administrativa, debido a que esta negligencia es de tal magnitud que ocasiona: *la imposibilidad de poder establecer el manejo de fondos públicos y si estos fueron destinados para los fines que habían sido adjudicados.*

Después de sintetizar la utilización de fondos públicos, es menester retomar las posturas de la defensa del señor Gómez, siendo la primera de ellas para demostrar el error de prohibición invencible, el *desconocimiento* del señor Gómez sobre el manejo de fondos públicos, pues nominan que él era un mero “colaborador” de la institución el cual únicamente acataba órdenes superiores.

A ese efecto debe de verse aspectos socioculturales del señor Gómez, entre ellos su nivel educativo y su profesión y oficio, estableciéndose con anterioridad que el procesado inició a laborar en casa presidencial desde el año mil novecientos noventa y siete como Técnico en la Dirección de Administración Institucional, lo que permite interpretar que se encuentra relacionado con la normativa citada, además de haber tenido al momento de ocurrir los hechos, siete años aproximadamente en la utilización de fondos públicos.

Dicha falta de conocimiento alegada por la defensa encuentra una contradicción en su argumento, pues en la página 39 de la numeración interna de la apelación menciona:

*“Denota que nuestro representado **Pablo Gómez** al realizar básicamente funciones de mensajero **desconocía el contenido de la Ley AFI y otras normativas o las interpreto falsamente**”* posteriormente en la página 41 señalan que *“En este caso particular, debe subrayarse que no solo el sindicato no vio incrementado de forma alguna su peculio por los hechos acusados (algo en lo que incluso Fiscalía coincide), también no es responsable en la medida en que **pensó que su conducta se encontraba dentro de la Normativa de la Superintendencia del Sistema Financiero, leyes AFI y de la Corte de Cuentas de la República**”.*

Incluso la Defensa no es contundente en establecer si el procesado desconocía o pensó que su acción estaba fuera o dentro de la normativa reguladora, contrario a lo expuesto por la defensa, para este Tribunal se tiene comprobado el conocimiento que tenía el imputado que los fondos con

los que serían alimentadas sus cuentas serían públicos, desviados de Cuentas Institucional Subsidiaria del Tesoro Público sin tener ningún aval del Ministerio de Hacienda ni BCR, omitiendo con ello el deber de documentar cualquier movimiento de sus cuentas bancarias, a efecto de justificar los depósitos en ellas, debido a su estándar de nivel de educación superior propia del rubro de la administración de fondos públicos y su relación de trabajo con Casa Presidencial.

Otro de los argumentos alegados por la defensa respecto de la “*conciencia de licitud*” en las acciones de Pablo Gómez es el abrir cuentas bancarias como persona natural agregando la leyenda “Gastos Operativos de la Presidencia de la República” Pablo Gómez/Gastos Operativos de la Presidencia, vinculando su número de Identificación Tributaria y Documento Único de Identidad.

Al respecto este Tribunal estima, que el señor Gómez al momento de abrir las cuentas bancarias cumplió únicamente con requisitos de apertura para personas naturales, no obstante, incumplió requisitos propios del manejo de fondos públicos (verificar autorizaciones para el uso y manejo por parte del Ministerio de Hacienda y el BCR).

Dichas aperturas como persona natural, no tienen su esencia en haber cumplido la normativa previamente establecida, por el contrario, van en sintonía a estructura originada para sustraer fondos públicos de Presidencia de la República, es decir acorde al “*Reglamento Interno de Funcionamiento Para el Manejo, Control y Fiscalización de los Fondos Públicos, Gastos Reservados y Secretos de la Presidencia de la República Destinados a Las Actividades de Inteligencia, Clasificación, Manejo y Protección de la Información y Deber de Guardar Secreto de Los Colaboradores Designados Para el Manejo de Gastos Reservados y Secretos*” creado por orden del ex Presidente de la Republica Elías Antonio Saca González desde el primer día de su gestión y que tenía como finalidad evitar controles del Ministerio de Hacienda, Banco Central de Reserva y Corte de Cuentas.

Desde su génesis esta normativa interna de Casa Presidencial se encontraba viciada, pues tenía por finalidad sustraer fondos públicos para beneficios personales, previamente en la doctrina se ha sostenido “*Una reglamentación administrativa no puede justificar abusos de poder o arbitrariedades de las autoridades*” (Muñoz Conde, Ob. Cit. Pág. 352).

Ello se enlaza con el análisis previo sobre el conocimiento que tenía el señor Gómez que debía de realizarse para el manejo de fondos públicos debido a su cargo y experiencia en dicha institución, no puede sostenerse lo expresado por la defensa (desconocimiento de ilicitud).

En ese sentido abrir cuentas bancarias destinadas al uso de manejo de fondos públicos para beneficios personales del señor Saca y Terceros era contrario a la normativa vigente de esa época.

Además, como se expuso previamente tenía una finalidad delictiva, encaminada a evitar controles y auditorias por Instituciones del Estado, omitiendo el señor Pablo Gómez estos controles pese a ser el titular de las cuentas bancarias.

Igualmente, producto de la creación del Reglamento, en su declaración el Presidente Saca manifestó que la Corte de Cuentas únicamente auditaba a la Presidencia de la República de forma *superficial*, en consecuencia, la supuesta conciencia de que el actuar del señor Gómez era apegado a la normativa vigente, además por haber sido auditado, se encontraba plenamente viciado.

Cabe añadir otra observación manifestada por la defensa, sobre que el imputado nunca se benefició de la sustracción de fondos públicos, de dicha postura, alegan que la Acusación Pública y el Tribunal de Sentencia manifestaron que de la pericia contable se demostró que el imputado no obtuvo ningún beneficio personal, lo cual puede inferirse y demostrar que el señor Pablo Gómez no tenía el dominio del hecho.

Entre las acciones más relevantes realizadas por el señor Pablo Gómez están, el de beneficiar a personas jurídicas, entre ellas partidos políticos; sobre ello no puede sostenerse bajo ninguna justificación a excepción de la figura de la deuda política (art. 210 Cn.) que un partido político reciba fondos públicos extraídos de cuentas institucionales de la Presidencia de la República, para posteriormente transitar en cuentas de personas naturales y depositarse en cuentas de instituciones políticas.

Como se expuso anteriormente es el hecho que el imputado Gómez realizó una serie de depósitos de su cuenta número **018-301-00-002545-1** del banco Cuscatlán a la cuenta número **000-000-22-010320-0** del banco Cuscatlán, a nombre de **Alianza Republicana Nacionalista (ARENA)** por un monto de un millón cuatrocientos cincuenta mil dólares \$1,450,000.00, acción que se verificó mediante la declaración de las testigos de cargo MEB, GDLR y CPB, quienes señalaron que el señor Gómez llegaba con cheques por un monto aproximado de cincuenta mil dólares \$50,000.00, los cuales se depositaban en cuentas de Alianza Republicana Nacionalista (ARENA), cumpliendo estas acciones con el verbo depositar o transferir fondos de cuentas del Estado Salvadoreño a cuentas personales, con la finalidad de beneficiarse el ex presidente Saca González.

Sobre los depósitos realizados por Pablo Gómez al partido ARENA, en su declaración el procesado Francisco Arteaga señaló que el señor Gómez desconocía que los depósitos eran para ARENA, sin embargo, para este Tribunal, eso fuese aceptable si únicamente hubiese sido un depósito, sin embargo fueron varias las ocasiones que el colaborador técnico financiero acudió a agencias bancarias a realizar depósitos en favor del instituto político citado, por ello, para este Tribunal el imputado Gómez si tenía conocimiento sobre el destino de los fondos de sus cuentas bancarias.

También, depositar mensualmente a la Primera Dama de la República Ana Ligia de Saca diez mil dólares \$10,000.00 y el pago de tarjeta de crédito del ex Secretario Técnico de la Presidencia Elmer Roberto Charlaix Urquilla, ambos con fondos estatales, además, depositar cantidades millonarias a empresas de publicidad.

Sobre ellas es menester citar el art. 5 del Reglamento Interno de Funcionamiento Para el Manejo, Control y Fiscalización de los Fondos Públicos, Gastos Reservados y Secretos de la Presidencia de la República Destinados a Las Actividades de Inteligencia, Clasificación, Manejo y Protección de la Información y Deber de Guardar Secreto de Los Colaboradores Designados Para el Manejo de Gastos Reservados y Secretos que, bajo el epígrafe “Traslado y disponibilidad de los fondos reservados y secretos”, dispone:

“Los fondos reservados y secretos estarán disponibles una vez que el Presupuesto General de la Nación sea aprobado por la Asamblea Legislativa y éstos fondos reservados y secretos y de naturaleza pública, sean acreditados a las respectivas partidas presupuestarias de la Presidencia de la República para esos efectos.

El Presidente de la República, para hacer más expedita las actividades de inteligencia, podrá utilizar los mecanismos de asignación directa y traslado de los fondos públicos reservados y secretos, a las cuentas personales del Director ejecutivo del Organismo de Inteligencia del Estado o de los Colaboradores que a esos efectos designe, con la finalidad que los recursos reservados y secretos se encuentren disponibles en forma inmediata, sin que ello signifique la pérdida de la naturaleza de fondos públicos y la apropiación indebida de éstos.

El procedimiento de traslado de fondos públicos a cuentas personales, descrito en el inciso que antecede, no hace que los fondos pierdan su origen y su carácter público, sino que se constituye en un mecanismo que posibilita el financiamiento eficaz y expedito de las actividades de inteligencia legítimas y con soporte constitucional y que de hacerse de forma pública,

pondrían en peligro la seguridad nacional, las fuentes de información o la integridad del personal y tienen la clasificación de secreto y reservado.

El Director Ejecutivo y/o los Colaboradores, que reciban los fondos públicos clasificados como reservado y secreto a través del mecanismo de asignación directa según esta normativa, deberán cumplir con las instrucciones y normativa para la entrega y liquidación de los gastos reservados y secretos que determine la Unidad Financiera de la Presidencia, y estarán sujetos a la fiscalización permanente por dicha Unidad, sin perjuicio de la fiscalización que ejecuta posteriormente la Corte de Cuentas de la República.

Las cuentas personales a las que se refieren los incisos segundo y tercero de esta disposición, deberán ser aperturadas una vez que la persona adquiera la calidad de Colaborador designado por el Presidente de la República. El Colaborador, procederá al cierre de sus cuentas personales, cuando finalice la designación presidencial referida, previa liquidación y rendición de cuentas.

En atención a su nivel de protección, la designación a la que se refiere el segundo inciso de esta disposición, deberá ser mediante Acuerdo Presidencial con código de nivel de seguridad Reservado, de conformidad a lo que establece el Art. 13 del presente Reglamento Interno” (resaltado y subrayado suplido).

En base al artículo citado, se puede inferir que las acciones desarrolladas por el señor Gómez, tienen sustento en dicha normativa, la cual señala que el ex presidente designaría a personas para abrir cuentas personales y ordenaría la forma de distribución, el como ya se ha mencionado es contrario a las leyes financieras citadas previamente.

Al respecto se refleja que el señor Pablo Gómez comprendió erróneamente como justificación para depositar y recibir fondos públicos el reglamento creado por el ex presidente, es en ese sentido que puede figurarse un error indirecto, en el cual dicho imputado advertía la prohibición de transferir fondos estatales y ser recibidos en sus cuentas personales, pero por el art. 5 citado, lo habilitaba a recibirlo; no advirtiendo irregularidades, pues era el propio ex mandatario quien daba la orden.

Ante ello, este Tribunal estima los argumentos de la defensa sobre el desconocimiento del señor Pablo Gómez, es decir dicho que imputado carecía de saber sobre la finalidad que tenía ese reglamento, y el motivo “oculto” de su creación: que el ex mandatario Elías Antonio Saca fuera beneficiado con fondos estatales y terceros.

Sin embargo, paralelamente a sus acciones, el Tribunal de Sentencia señaló que el imputado no mostró la atención debida para definir sobre sí su actuar era contrario a la normativa vigente, estudio que es compartido por esta Cámara, debido a la experiencia dentro del manejo de fondos públicos y la cantidad de años que ha valorado en casa presidencial.

En otras palabras el señor Pablo Gómez debido al conocimiento que tenía sobre la utilización de fondos públicos *omitió su deber de diligencia al no calcular las consecuencias posibles y previsibles de las acciones requeridas por el ex Mandatario y Elmer Charlaix*, esa indolencia conlleva una inobservancia por parte del imputado al deber objetivo de cuidado entendido como la negligencia que se desprende de una acción u omisión al actuar con descuido, dando lugar a un resultado previsible y de posible evitación previa.

En ese sentido, se estima que el señor Pablo Gómez, debió de emplear su deber de diligencia, su bagaje y experiencia laboral al discernir que sus acciones conllevarían objetivos ilícitos, sin embargo no mostro un deber de cuidado requerido por su cargo, esa omisión del procesado, hace que su conducta no pueda ser catalogada como Error de Prohibición Invencible, sin embargo si encaja bajo el supuesto del Error de Prohibición Vencible, teniendo como primer presupuesto su conocimiento sobre el manejo de fondos públicos y su omisión de aplicarlo al momento de realizar las ordenes requeridas por sus superiores, creyendo de forma superficial que el reglamento validaba sus acciones

Distinto fuera el supuesto cuando el sujeto no haya estado relacionado en lo absoluto con una actividad ordenada por terceros, de los cuales no se tenga ningún conocimiento sobre su ilicitud, situación que no encaja en el presente caso por estar vinculado el señor Gómez en una relación laboral y haber adquirido amplia experiencia, quien para el año dos mil cuatro tenía siete años de laborar en casa presidencial.

El error vencible en este escenario debe entenderse como sinónimo de “superable” es decir, si con la debida diligencia, este podía subsanarse y actuar de forma correcta, evitando recibir los fondos estatales y transferirlo a cuentas particulares.

Otro aspecto que permite abonar a la tesis de ser un error vencible, se da al momento en que el imputado abre sus cuentas personales, agregando al título de estas la leyenda “*Pablo Gómez/Gastos Operativos de la Presidencia*”, en la cual si bien el imputado buscaba separar y diferenciar que los fondos depositados correspondían a casa presidencial, no previó, que esos fondos no podían estar depositados en sus cuentas, en ese sentido, no obro previsiblemente diligente desde un inicio al no

permitir que esos fondos llegaran a sus cuentas, por lo tanto su deber objetivo de cuidado no fue el que debía emplear y estar acorde a su cargo, dándose por ello un Error de Prohibición Vencible.

C. Por lo tanto, después de realizar el análisis sobre el error, las acciones realizadas por el señor Pablo Gómez encajaban bajo el supuesto de error de prohibición vencible, debiendo aplicarse el art. 69 que regula la penalidad del error vencible, al que se aunará la complicidad y el concurso aparente de leyes (consunción).

4. Inobservancia de arts. 246, 144 CPP y 63 CP, por haber sido desproporcional la pena impuesta a los procesados Francisco Rodríguez Arteaga, Jorge Alberto Herrera Castellanos y Pablo Gómez.

Acerca de la penalidad de los cómplices, el legislador a determinado límites diferenciados de sanción para la complicidad en proporción a la autoría, debiendo esta Sede, examinar a consecuencia de la modificación de su nivel de participación, emitir consideraciones relativas a la penalidad de la complicidad necesaria, posteriormente (A) se analizara concretamente si los imputados mantendrán su penalidad o esta sufrirá modificación, iniciando el estudio sobre el imputado Jorge Alberto Herrera Castellanos, posteriormente se pasara al análisis de los otros dos procesados, para finalizar con (B) una conclusión general sobre el análisis de la pena a imponer.

A. Acerca de la penalidad por cooperación, el art. 66 CP, establece que la sanción por cómplice necesario será fijada entre el mínimo legal del delito y las dos terceras partes del máximo.

En particular el art. 66 CP, contiene otra regla de proporcionalidad que es aplicable al caso en concreto, resulta que la pena imponible a los cómplices en ningún caso podrá exceder de las dos terceras partes de la sanción fijada a los autores, lógicamente ello solo será aplicable cuando el autor ha sido condenado simultaneo o previamente al cómplice en juicio.

Respecto del delito de Peculado, consta a folios 1385-1,393, de la sentencia condenatoria que mediante el proceso abreviado, la defensa y la acusación pública acordaron imponer la pena de tres años de prisión al señor Herrera Castellanos, tomando en cuenta que además el Tribunal *A Quo* sostuvo el análisis del tipo penal previo a la reforma que este sufriera “REFORMADA MEDIANTE DL #499, DO #217, TOMO #365 DEL VEINTIDOS DE ABRIL DEL AÑO DOS MIL CUATRO” sosteniendo que dicho imputado inicio sus acciones delictivas en el año dos mil cuatro, previo a la reforma, aplicando entonces el Tribunal de primera instancia, la sanción anterior a dicha modificación de ley del art. 325 CP “*será sancionado con prisión de cinco a diez años de e inhabilitación especial del cargo o empleo por el mismo tiempo*”.

De ello se advierte, que el delito de Peculado en el grado de autoría contemplaba una sanción de prisión de cinco años a diez años de prisión.

Teniendo en cuenta la penalidad previa a la reforma, además la proporcionalidad respecto de la penalidad impuesta al autor del delito, que en este caso es aplicable, ello por constar en la sentencia condenatoria del día veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho, la condena de los señores Elías Antonio Saca González y Elmer Roberto Charlaix Urquilla, por el delito de Peculado a **cinco años de prisión** según folio 1403 de la sentencia condenatoria.

Además que la condena sobre esos imputados ha adquirido firmeza, debido a no haber presentado apelación oportunamente, juntamente con la condena de los procesados Cesar Daniel Funes Durán, Julio Humberto Rank Romero.

Después de esa breve reseña, esta Cámara estima que la pena impuesta al autor Elías Antonio Saca González debe servir como parámetro a efecto e fijar la sanción del señor Jorge Alberto Herrera Castellanos como cómplice necesario.

Tomando en cuenta los criterios individualizadores de sanción del art. 63 CP, se tiene el daño cierto ocasionado a la *administración pública* de amplia magnitud debido a la sustracción de millones de dólares.

Se analizaron los motivos que impulsaron al acusado, actuando voluntariamente y acatando las ordenes de sus superiores para el beneficio económico el ex presidente Saca y terceros, en lo relativo a su nivel educativo se verificó que el imputado es licenciado en Administración de Empresas, además poseía una amplia experiencia en su labor en Casa Presidencial, pudiendo distinguir entre acciones lícitas e ilícitas; no se configuraron atenuantes o agravantes de su conducta.

En definitiva, la sanción acordada e impuesta de tres años de prisión al señor Herrera Castellanos mediante procedimiento abreviado es proporcional, teniendo en cuenta que el imputado no tuvo ningún beneficio personal.

Sin embargo, la regla que resulta aplicable en este caso es la segunda del art. 66 CP, ya que esta se produce cuanto se tiene la condena del autor principal, situación que ocurre en el caso de estudio (Elías Antonio Saca González, cinco años de prisión), en ese sentido, la pena a imponer al señor Herrera Castellanos por el delito de Peculado en base a los arts. 36 N1° y 66 CP (*que no podrá exceder de las dos terceras partes de la pena que se imponga al autor*), debió ser de **tres años cuatro meses**.

No obstante, tener certeza de la pena a imponer como cómplice necesario, esta Cámara prevé una prohibición de reforma en perjuicio del imputado, dado que la pena aplicable bajo la segunda regla del art. 66° incrementaría en cuatro meses de prisión su condena, sobre ello el Código Procesal Penal regula con el epígrafe “Prohibición de reforma en perjuicio”:

“Cuando la resolución haya sido recurrida solamente por el imputado o su defensor, no será modificado en perjuicio de aquél.

Los recursos interpuestos por el fiscal, el querellante o el acusador permitirán modificar o revocar la resolución aún a favor del imputado”.

Sobre dicha restricción la Sala de lo Constitucional ha mantenido una línea jurisprudencial, relativa a la no afectación de la situación jurídica del imputado y su efecto en Tribunales de Alzada:

*“Para el caso que interesa en el presente análisis, esta última regla también representa un límite al ejercicio de las facultades conferidas a dichas autoridades cuando, conocen de una decisión mediante la interposición de un medio impugnativo en el supuesto que su promoción sea por parte del **imputado o su defensor**; pues supone la imposibilidad de que se agrave el contenido del fallo dictado en primera instancia en perjuicio del recurrente único.*

La mencionada interdicción goza de un doble fundamento: i) como manifestación directa del principio dispositivo, su exigencia descansa en la obligación de congruencia de la autoridad que conoce del medio de impugnación, respecto a la pretensión ante él deducida por la parte gravada en primera instancia, y ii) como derivación del derecho a la protección jurisdiccional, se busca que no se modifique lo resuelto ante el juez de la causa provocando un perjuicio mayor que la resolución recurrida.

En ese orden de ideas, puede decirse que la prohibición de la reforma en perjuicio implica que la autoridad judicial que conoce vía recurso, no tiene más facultades que las que caben dentro de los límites de los medios de impugnación deducidos, en cuanto que se ven inhibidos de agravar, perjudicar o empeorar objetivamente la situación del recurrente cuando este sea el imputado a su defensor, impidiendo que se prive a este derecho de su finalidad específica de obtener una ventaja o un resultado más favorable.” (Proceso de Habeas Corpus 72-2009, sentencia de las doce horas con cincuenta y cuatro minutos del veinte de octubre de dos mil diez).

En el mismo sentido el Proceso de Amparo 259-2006 (sentencia de las diez horas y treinta y un minutos del veintinueve de octubre de dos mil dieciocho).

Así pues, la modificación en la pena impuesta al señor Herrera implicaría agravar y ampliar el castigo penal, teniendo en cuenta que únicamente la defensa particular del procesado ha presentado recurso de apelación sobre la responsabilidad penal.

Debido a lo anterior, deberá de mantenerse la pena impuesta de tres años de prisión al señor Jorge Alberto Herrera Castellanos, modificando únicamente el grado de participación atribuido al imputado de coautor a cómplice necesario, estableciéndose así en la parte dispositiva de esta Sentencia.

Por lo que se refiere a los procesados Francisco Rodríguez Arteaga y Pablo Gómez, después de haber evidenciado este Tribunal la existencia del concurso aparente de leyes y concretarse la subsunción del delito de Lavado de Dinero de Activos sobre el delito de Peculado, es menester realizar el estudio particular de la aplicación de los arts. 36 N°1 y 66 CP, teniendo en cuenta el grado de participación de ambos: cómplices necesarios, a efecto de establecer la determinación de la pena a imponer.

Sobre la base de los criterios de individualización de pena del arts. 63 se tiene para el señor Francisco Arteaga, que la extensión del daño al orden socioeconómico de fue gran magnitud, pero además un daño al estado mediante la afectación por sustracción de fondos estatales, ocasionando la imposibilidad de ejecutarse para los fines lícitos determinados.

La forma de ejecución fue mediante la utilización de un aparato del poder para beneficiarse económicamente el señor ex presidente y terceras personas, siendo que el imputado fue cooperador voluntario en el depósito y transferencia de fondos públicos.

El nivel educativo y conocimiento del manejo de fondos estatales era amplio, teniendo más de diez años de laborar en casa Presidencial, además ser licenciado en Contaduría Pública con palpable experiencia en utilización de fondos públicos; no se configuraron atenuantes o agravantes de su conducta.

Por lo que se refiere, a las penas impuestas a los procesados por el delito de Lavado de Dinero como coautores fue atendiendo al caso particular de los dos imputados, respecto del señor Francisco Arteaga fue emitida en un proceso abreviado, imponiéndosele tres años de prisión.

Sin embargo, debido a la modificación del grado de participación, la pena corresponde bajo la aplicación de la segunda regla el art. 66 CP, esto por existir ya una pena impuesta al autor principal de dicho ilícito penal (Elías Antonio Saca González – cinco años de prisión por Lavado de Dinero

y Activos), siendo que la pena de cómplice necesario no podría exceder de las dos terceras partes de la pena impuesta al ex presidente.

No obstante, al aplicar la regla para fijar la pena de complicidad, el imputado Francisco Rodríguez Arteaga sufriría en iguales términos que el imputado Herrera Castellanos una *reforma en perjuicio* dado que las dos terceras partes de cinco años equivalen a tres años cuatro meses que debiera de cumplir en prisión, ocasionando una afectación prohibida dado que la defensa del imputado ha sido la única que ha impugnado la responsabilidad penal y el grado de participación del imputado.

La salida ante dicha controversia es de igual forma que la brindada al caso del imputado Herrera Castellanos, modificando únicamente el grado de participación de coautor del delito de Lavado de Dinero y Activos a cómplice necesario, manteniendo los tres años de prisión.

En relación al procesado Pablo Gómez, la negligencia del imputado ocasiono una afectación por sustraer fondos estatales, no pudiendo destinarte para los fines lícitos determinados, pese a su cargo y experiencia no previo la utilización de la presidencia para beneficiarse el ex presidente y terceros; su cooperación involuntaria sobre el depósito de fondos públicos fue *esencial* para el cumplimiento de dichos fines ilícitos. Advirtiéndose Error de Prohibición Invencible en su conducta.

Sin embargo la aplicación de la segunda regla del art. 66 CP, es la que procede para el caso en concreto, primeramente por no haberse sometido al proceso abreviado, de igual forma por haberse impuesto la pena de ocho años de prisión como coautor del delito de Lavado de Dinero y de Activos, que es contrario al análisis determinado por este Tribunal, debido a la estimación que previamente se ha realizado sobre el grado de participación, siendo la acción del señor Gómez, propia de complicidad necesaria.

Teniendo en cuenta la imposición de la pena al autor Elías Antonio Saca González (cinco años de prisión por el delito de Lavado de Dinero y Activos), la pena a imponer no podrá exceder de las dos terceras partes de la pena impuesta al ex mandatario, así se obtiene el resultado de haber tomado como parámetro los cinco años de prisión, que la pena a imponer al señor Pablo Gómez bajo el grado de participación de complicidad necesaria, debe ser de tres años de prisión con cuatro meses.

A ello debe de agregarse el análisis sobre la penalidad por el Error de Prohibición Vencible, esto por haberse estimado que las acciones realizadas por el señor Gómez fueron producto de su falta de diligencia y deber de cuidado con el que debía obrar, en ese sentido el art. 69 CP, regula:

“En los casos de error vencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de exclusión de responsabilidad penal el juez o tribunal fijará la pena entre la tercera parte del mínimo y la tercera parte del máximo de la pena señalada para el delito.

De igual manera se fijará la pena en los casos de error vencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de justificación”.

Al haberse aplicado la penalidad como cómplice necesario del delito de Lavado de Dinero y Activos, el parámetro a tomar señalado por este delito es el de tres años cuatro meses, es sobre este *quantum* que no advierte máximos ni mínimos sino más bien una pena fija por complicidad que debe aplicarse lo regulado en el art. 69 CP.

Ante ello, la tercera parte de tres años y cuatro meses de prisión es: **un año, un mes y diez días** de prisión.

Penalidad que a la fecha de la presente sentencia ya ha sido cumplida debido al tiempo en que ha pasado recluido en el Centro Penal La Esperanza, debiendo ordenarse su libertad en la parte dispositiva de la sentencia, salvo, se encuentre en detención por otro delito y a la orden de otro Juzgado.

B. En virtud de todo lo anterior, la pena a cumplir para los tres imputados bajo el grado de participación de complicidad necesaria son: a **Jorge Alberto Herrera Castellanos** la sanción de *tres años de prisión* por el delito de Peculado; a **Francisco Rodríguez Arteaga** la pena de *tres años de prisión* por el delito de Lavado de Dinero y Activos; y a **Pablo Gómez** la pena de *un año, un mes y diez días* de prisión por el delito de Lavado de Dinero y Activos, juntamente con la aplicación del art. 69 CP para este último.

III. ANÁLISIS JURÍDICO-CIVIL.

Los cuestionamientos son propios de la argumentación de la sentencia condenatoria, por ello con la finalidad de establecer una respuesta ordenada, la estructura en un principio **(A)** estará compuesta con los argumentos de primera instancia, posteriormente **(B)** se emitirán consideraciones relativas a la responsabilidad civil, para examinar **(C)** los motivos del ente acusador y defensa particular, estableciendo por ultimo **(D)** la conclusión de Cámara.

A.La condena civil por mayoría del Tribunal fueron las siguientes cantidades:

✓ Elías Antonio Saca González, doscientos sesenta millones setecientos treinta y dos mil ciento setenta y un dólares, con sesenta y cuatro centavos de dólar de los Estados Unidos de América (\$260,732,171.64).

✓ Elmer Roberto Charlaix Urquilla, quince millones de dólares de los Estados Unidos de América (\$15,000,000.00).

✓ Julio Humberto Rank Romero, ocho millones trescientos ochenta y un mil ciento treinta dólares con treinta y nueve centavos de dólar (\$8,381,130.30).

✓ Francisco Rodríguez Arteaga, Siete millones de dólares de los Estados Unidos de Norte América (\$7,000,000.00).

✓ Pablo Gómez, cinco millones de dólares de los Estados Unidos de Norte América (\$5,000,000.00).

✓ Jorge Alberto Herrera Castellanos, tres millones de dólares de los Estados Unidos de Norte América (\$3,000,000.00).

✓ Cesar Daniel Funes Durán, ochocientos ochenta y seis mil seiscientos noventa y siete dólares con noventa y siete centavos de dólar de los Estados Unidos de América (\$886,697.97).

El apartado relativo a la responsabilidad civil, consta en el Romano XIV de la sentencia de primera instancia, desde el folio 1,394 hasta 1,403 según numeración interna de la sentencia, los argumentos principales para establecer una pena en concreto fueron:

○ Bajo el campo normativo señalaron que la reparación del daño civil se encuentra regulado en el Código Civil, sin embargo, también debe de consultarse las leyes penales.

○ La reparación del daño como sanción en el Código Penal debe entenderse como una reparación que el Ministerio Público puede utilizar en sede penal, siendo viable la acumulación de pretensiones –penal y civil- dentro del proceso por economía procesal.

○ La responsabilidad civil es emanada del cometimiento de un hecho delictivo, siendo la finalidad reparar o compensar los efectos que el delito ha tenido sobre la víctima o los perjudicados por el mismo.

○ Luego emiten consideraciones doctrinarias sobre la diferencia entre la responsabilidad penal y civil, destacando de esta última la renuncia y la transmisión a herederos.

○ Cuando existan más de un responsable civilmente se fijaran cuotas que corresponden a cada uno de ellos de forma solidaria, siendo la condena civil equivalente al daño o perjuicio ocasionado que puede ser inferior o superior a la gravedad del delito.

○ En particular sobre el caso, señalan que *“habiéndose ejercido la acción civil y conforme la prueba producida, es en sentencia condenatoria que se fijara, la reparación de los daños materiales, perjuicios causados [...] así como las personas obligadas a satisfacerlos y quien*

deberá percibirlos” aduciendo que mediante prueba pericial de folios 236,701 – 236,940 y testimonios de peritos HEIM, VROA se ha determinado una condena civil para todos los imputados.

- Exponen que es a consecuencia del análisis de los elementos de prueba (sin hacer señalamiento directo) que fueron sustraídos fondos de las cuentas institucionales de Casa Presidencial, señalando inmediatamente que ha existido un daño al Estado de El Salvador, que consta en la pericia contable de *TRESCIENTOS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL CIENTO DIECISIETE 17/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$300,347.117.17)* daño que se consideran ha sido cometido por todos los procesados, que fueron sustraídos de las cuentas citadas y de las cuales destacan “no existe soporte documental que acredite en que fue invertido o utilizado”.

- Debido a tener a todos los imputados bajo el grado de participación de coautores, señalan una distribución de funciones, debe aplicarse lo regulado en el art. 115 numeral 2 CP, debiendo el Tribunal verificar el daño causado, considerando el precio de la cosa y afectación del agraviado.

- La forma en que debe de cuantificarse las cuotas tiene como basamento para la mayoría del Tribunal una cita doctrinaria, específicamente el Código Comentado, resaltando que el Tribunal deberá fijar la condena a “su arbitrio” con la única guía que sea proporcional a la contribución del sujeto activo; estimando la mayoría del Tribunal que al tener un monto del daño causado (\$300,347,117,17) únicamente debe preverse la cuota que le corresponde a cada imputado, considerando que además es aplicable “*El principio de Equidad*”.

- Citando el *Tratado de la Responsabilidad Civil – El derecho de Daño en la Actualidad I Félix A. Trigo Represas* “[...] *El Principio de Equidad, es un principio fundamental del derecho; es uno de los valores que consagra el ordenamiento jurídico por el cual dentro del marco de posibilidades interpretativas ofrecidas por la ley, el juzgador elige la que logra a su criterio mejor composición de interés en pugna; la equidad es una de las expresiones de las ideas de justicia y puesto que ésta en un ingrediente necesario del orden jurídico positivo, la equidad viene a formar parte de él...; los conceptos de equidad y de justicia se confunden hasta identificarse; lo equitativo es justo y lo justo es equitativo [...]*”

- Drásticamente después hacen una breve reseña de un párrafo sobre los hechos investigados, señalando que los fondos fueron depositados en cuentas de empleados de casa presidencial para después ser trasladados a sociedades fundadas por el ex presidente Saca, que la función del señor

Herrera Castellanos sirvió para el desvío, pues él tenía firma autorizada para emitir cheques a los demás empleados de Casa Presidencial, concluyendo a condenar a los imputados por la cantidades previamente señaladas.

- Por su parte, el voto disidente del Juez **José Luis Giammattei Castellanos** se basa en que:
 - La pericia financiera contable de folios 236,702 – 236,899 de pieza 1,184, junto con los anexos 236,900 – 236,940 de pieza 1,185 más ampliación de pericia de folios 309,496 – 309,558 de pieza 1,548, consta en el romano III bajo el epígrafe de “Limitaciones Asociadas con el Trabajo Realizado” que existieron limitantes, como no contar con toda la evidencia, no pudiendo concluir en algunos puntos de pericia, destacando el Juez Presidente del Tribunal que **no se individualizan cifras o montos por los cuales fueron condenados los imputados: Elías Antonio Saca González, Elmer Roberto Charlaix Urquilla, Francisco Rodríguez Arteaga, Jorge Alberto Herrera Castellanos y Pablo Gómez** agrega que “[...] *no se ve reflejada las cantidades en las cuales se detalla la condena Civil para cada uno de los coimputados y es por esta razón que se determina la necesidad de ultimar este punto de individualizar responsabilidad concreta a cada uno de ellos*”.

- No se cuenta “*con las probanzas necesarias para determinar los montos en que deben concretizarse la condena civil; no menos importante es destacar que en el presente caso se ha determinado dos elementos que establecen la base de formular una condena Civil en Abstracto como lo es la necesidad de deducir responsabilidad y esta responsabilidad individualizarla de forma concreta a cada uno de los co-imputados declarados responsables*” [sic].

- Cita lo decidido por la Sala de lo Penal en los fallos 96-CAS-2011 (los Tribunales de Sentencia pueden declarar responsables civilmente cuando no se cuente con los elementos necesarios y concretos para hacerlo), 574-CAS-2009 (en caso de no poderse determinar el monto de la sanción deberá de discutirse en instancia pertinente).

B. Frente a las consecuencias penales del delito, puede verse aparejada en la mayoría de casos, una responsabilidad civil. En el sentido anterior el art. 114 CP dispone que:

“La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta, origina obligación civil en los términos previstos en este Código”.

La decisión de esa responsabilidad civil, se realiza de forma conjunta en el proceso orientado a la determinación de la existencia del delito y a la participación del procesado en él (responsabilidad penal). Así lo indica el Art. 42 CPP expresamente:

“La acción civil derivada de los hechos punibles, se ejercerá por regla general dentro del proceso penal, contra los autores y partícipes del delito y en su caso contra el civilmente responsable”.

De esa disposición se desprende que nuestra legislación, *siguiendo el marco del sistema europeo-continental*, sigue un sistema de ejercicio de la acción penal o civil conjunta, es decir, ambos se desarrollan de forma simultánea en el mismo proceso, pudiendo también ejercerlo de forma separada.

Sin embargo en la práctica ocurre más el primero que cobra sentido bajo el principio de economía procesal.

Esa determinación de la responsabilidad civil, luego de una sentencia condenatoria - como es el proveído apelado - se determina con base en los parámetros indicados en el art. 399 inc. 2 y 3 CPP, que literalmente dicen:

“Cuando la acción civil ha sido ejercida, la sentencia condenatoria fijará, conforme a la prueba producida, la reparación de los daños materiales, perjuicios causados, y costas procesales así como las personas obligadas a satisfacerlos y quién deberá percibirlos.

Cuando los elementos de prueba referidos a la responsabilidad civil no permitan establecer con certeza los montos de las cuestiones reclamadas como consecuencias del delito, el tribunal podrá declarar la responsabilidad civil en abstracto, para que la liquidación de la cuantía se ejecute en los juzgados con competencia civil”.

De esa disposición podemos advertir dos tipos de declaratorias de responsabilidad civil.

La primera de ellas, contemplada en el párrafo 2 de la disposición transcrita, que se corresponde con la concreción judicial de la responsabilidad civil, deducida luego del análisis probatorio de los elementos propuestos por la acusación (o querrela, según el caso) y que establece un *quantum*. Estamos frente a la modalidad *“concreta”*.

La segunda, se corresponde con la situación en cuya virtud el juez no establece una cuantía a la que asciende la responsabilidad civil (monto), sin embargo, se encuentra en condiciones para afirmar que existe un daño patrimonial producto de una conducta ilícita y lo responsabiliza en tal sentido. Estamos frente a la modalidad *“abstracta”*.

De ello, la Sala de lo Penal en reciente jurisprudencia ha sostenido que:

“[R]esulta oportuno acotar que este Tribunal ha sostenido que los jueces de instancia están facultados para emitir condenas civiles en abstracto, pero que lo han de hacer de manera

excepcional, cuando no se cuente con los elementos probatorios necesarios y concretos para determinar la cuantía del monto, por los daños ocasionados por el ilícito, dejando expedito el derecho de la víctima a reclamar la misma ante la instancia correspondiente” (Casación 157-C-2017, del veinticuatro de octubre de dos mil diecisiete).

La diferencia entre una modalidad y otra descansa básicamente en *la existencia o no de determinación de la cuantía a que asciende el pago de la responsabilidad civil*, por cuanto si se establece un *quantum* estamos en la modalidad concreta, si no, estamos en una condena abstracta.

En la determinación de la modalidad concreta, debe necesariamente haber actividad probatoria que demuestre la cuantía del daño generado, pues será la base mediante la cual se construya el *quantum* que se imponga, ello exige que previo a fijar una cantidad, debe existir como mínimo en ejercicio argumentativo que pueda ilustrar la forma de su composición, siendo en algunos casos difícil poder delimitar de forma precisa y exacta el monto.

En esos supuestos es procedente la declaración de responsabilidad en abstracto, donde – dado que no existe prueba directa y concreta del lucro cesante y el daño emergente, pecuniariamente valorados que el ilícito provocó – la responsabilidad civil se fundamenta en aspectos vinculados directamente a los aspectos probatorios con que se adscribió la responsabilidad penal, ello sin poder especificar una cuantía.

Este criterio ha sido sostenido por la Cámara en las Apl. 9-2012-4 (del diecisiete de febrero de dos mil doce), así como en la Apl. 167-2016-4 (del dieciséis de septiembre de dos mil dieciséis), en esta última se acotó:

*“[L]a disposición que Defensa señala como erróneamente aplicada (art. 399 Pr. Pn.) se refiere a que ante la falta de elementos probatorios que permitan acreditar el **monto o cuantía** de la responsabilidad civil, lo que procede es declarar la existencia de la misma en abstracto; dicha norma no se refiere a que también debe haber actividad probatoria referida a la existencia del daño o perjuicio, ya que como se dijo antes, la responsabilidad civil derivada del hecho punible está imbibita”.*

De suyo se deriva la posibilidad de *la restitución de la cosa* situación que se emplea de mejor forma cuando ocurre sobre un bien fungible (ejemplo: dinero), la *reparación del daño* debe estimarse la entidad del daño causado, precio de la cosa y afección del agraviado y la indemnización de perjuicios, fuera de estos elementos expresamente regulados, libros de apoyo o doctrina únicamente puede ser utilizada si esta resulta compatible.

El incumplimiento de la motivación de la responsabilidad civil habilita la apelación, de acuerdo a lo regulado en el art. 400 No. 4 CPP, que señala como uno de los vicios de la Sentencia:

“4) *Que falte, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal; se entenderá que la fundamentación es insuficiente cuando solamente se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias o se utilice, como fundamentación, el simple relato de los hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por relatos insustanciales*”.

De esa disposición se desprenden tres tipos de vicios en la motivación.

En *primer lugar*, que la misma **falte**, es decir, que no se consignen expresamente los motivos jurídicos y fácticos sobre los que basa el proveído.

En *segundo lugar*, que sea **contradictoria** sobre *algún tipo* de solicitud de las partes. En otros términos: que se extrañen la *coherencia*, la *consistencia* o *unidad* en la exposición de la autoridad judicial.

En *tercer lugar*, que se muestre **insuficiente** la exposición judicial, comprendiéndose incluidos en este vicio dos aspectos: Uno, que el Sentenciador no consigne de forma *completa, íntegra* o con la *entereza* suficiente sus argumentos en que se basa el proveído; Dos, que en la exposición se utilicen: "*formularios*", "*afirmaciones dogmáticas*", "*frases rutinarias*" o se consigne solamente *el simple relato de los hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por relatos insustanciales*.

En este sentido, debemos entender que la disposición – en el vicio de insuficiencia – no es taxativa, sino *ejemplificativa*, de tal suerte que el legislador no intenta enunciar *todas* las formas de incumplir la motivación de forma insuficiente, sino resaltar el hecho que *la autoridad judicial* debe **argumentar de forma expresa, precisa, clara y con información extraída del caso concreto, las razones por las que emitió su decisión**.

C. Corresponde el estudio de los dos cuestionamientos de las partes procesales, como primer crítica al análisis sobre la responsabilidad civil, la acusación pública estima que adolece un defecto en el monto total de la condena civil, dado que el Tribunal de Sentencia estimó que el monto total era de *TRESCIENTOS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL CIENTO DIECISIETE 17/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA* (\$300,347.117.17) sin embargo en la parte resolutive al sumar las cantidades impuestas hace en total suman trescientos millones de dólares de los Estados Unidos de América (\$300,000,000.00).

Es decir, previo al fallo, el Tribunal fijó una cantidad superior como monto del daño causado, sin embargo al precisar en la parte dispositiva de la sentencia de la suma de las penas pecuniarias

de todos los imputados, la cantidad global es trescientos millones de dólares \$300,000,000.00, por ello señalan a esta Cámara que revoque la sentencia devenida en apelación e imponga las cifras que corresponda agregando la cantidad de trescientos cuarenta y siete con ciento diecisiete dólares y diecisiete centavos (\$347.117.17) que corresponde a cada procesado.

La queja del Ministerio Público es visible de forma instantánea al ver los folios 1,401 y 1,402, en los cuales, como bien evidencia existe un error material por parte del Tribunal; dicho yerro judicial obliga a esta Cámara a verificar previo a la fijación del monto de la cuantía, la motivación judicial para arribar a esa decisión, destacando de ello la vinculación de elementos de prueba que se utilizaron.

De ser así, se estaría obviando el fundamento para arribar a esa pretensión, de igual forma se cerraría la obligación de brindar una respuesta a la defensa particular, quienes en lo medular han atacado la fundamentación arribar a esa cifra económica.

Por ello, deberá de analizarse la argumentación judicial del Tribunal de Sentencia, a efecto de determinar si únicamente ha sido un error material en la parte dispositiva de la sentencia, solventando la equivocación o si por el contrario no se ha logrado determinar con los elementos de prueba estudiados un monto concreto que al que deba responder cada imputado y en caso de no poderse estimar, modificar la responsabilidad civil declarándola en abstracto.

Al constatar la argumentación de primera instancia, se refleja unas consideraciones sobre la responsabilidad civil, después inmediatamente sustentan el monto de la cantidad en la pericia financiera de folio 236,701-236,940, piezas 1,184-1,185.

Fuera de dicho elemento de prueba no existe ninguna mención de otra prueba, única y genéricamente señalan que la prueba utilizada en materia penal también sirvió para determinar la responsabilidad civil.

Dicho argumento puede ser acogible siempre que sea acompañada de una nominación específica de que pruebas fueron tomadas de índole penal, sin embargo, el Tribunal de Sentencia ha omitido realizar esa labor.

La cifra que señala el Tribunal como daño provocado al Estado de El Salvador es TRESCIENTOS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL CIENTO DIECISIETE 17/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$300,347.117.17), monto que es trasladado de la pericia en mención, pero no se advierte en ningún apartado de la sentencia la forma en que se compone dicho monto

Asimismo, la “división de cuantías” que hace el Tribunal de Sentencia, fundamentando su decisión en términos genéricos relativos al “Principio de Equidad”, del cual únicamente hace relaciones doctrinarias, inclusive sin arribar a un concepto específico de dicho principio, no obstante en la pericia no se encuentran los montos de condena, lo anterior es advertido por el voto disidente y por esta sede.

En otras palabras, el Tribunal ha utilizado una tesis doctrinaria foránea a la legislación penal salvadoreña, cuando el art. 115 CP expresamente señala que la reparación del daño se realizara conforme a verificar la *entidad del daño causado, el precio de la cosa y afección del agravio*, así pues fundamentar su decisión en el criterio de “equidad” sería contrario a la vía que establece el Código Penal para determinar la responsabilidad civil, siendo el caso que el A *Quo* no ha sustentado la reparación del daño conforme a la ley nacional.

Más grave aún resulta, la *discrecionalidad* como parámetro para fijar la sanción, ello puede verse en la página 1,400 de la sentencia de primera instancia en donde señalan que:

“En este caso, se ha dejado a la libre y prudente determinación del Juez el monto del año [SIC] resarcible, y por ello deberá aplicar su criterio discrecional atendiendo tanto a las peculiares circunstancias de la naturaleza jurídica del daño, como a lo que pudiera requerir el caso en concreto”.

Ese argumento resulta contrario en su totalidad la forma en que debe estimarse el estudio del daño y reparación civil ocasionado como consecuencia del ilícito penal, propiamente contrario al art. 115 CP.

Otro aspecto de suma importancia es la limitación que tuvieron los peritos, quienes en la ampliación de su pericia manifestaron a folio 309,496, pieza 1,548:

*“[N]o fue posible el analizar y dar respuesta a la totalidad de los puntos periciales, por lo cual nuestro informe solamente contempló la ampliación y aclaración de los puntos de pericia expuestos por la Representación Fiscal del Ministerio Público, ampliación del dictamen del peritaje contable financiero presentado, opinando en su totalidad los puntos de pericia que fueron propuestos por los abogados José Mario Machado Calderón y Luis Adalberto Palencia Texpan y ampliación del dictamen del peritaje contable financiero presentado, opinando en su totalidad sobre los puntos de pericia que fueron propuestos por los abogados defensores de los señores Francisco Rodríguez Arteaga, Jorge Alberto Herrera Castellanos y Pablo Gómez, **no siendo***

posible por falta de tiempo opinar sobre los puntos de pericia propuestos por los abogados defensores de los señores Julio Humberto Rank Romero y Cesar Daniel Funes Durán”.

Al ser una pericia contable, es lógico que la omisión debido al volumen de documentos a analizar influya en establecer el monto real sustraído, pues únicamente puede establecerse de forma precisa las cantidades sustraídas al estudiarse todos los puntos de pericia, actividad que no ocurrió respecto de los imputados Julio Humberto Rank Romero y Cesar Daniel Funes Duran.

A ello se suma, la responsabilidad civil de los empleados de casa presidencial, como cómplices necesarios fijándolos así: Francisco Rodríguez Arteaga, siete millones de dólares de los Estados Unidos de Norte América (\$7,000,000.00), Pablo Gómez, cinco millones de dólares de los Estados Unidos de Norte América (\$5,000,000.00); Jorge Alberto Herrera Castellanos, tres millones de dólares de los Estados Unidos de Norte América (3,000,000.00).

Estas cantidades debieron de tener un previo sustento probatorio, en particular por no haberse enriquecido en beneficio personal de ningún fondo sustraído de Casa Presidencial; debido a que las cuentas de los empleados citados únicamente sirvieron de “instrumentos” para llegar al destino final (cuentas del ex Presidente y terceros), que si bien pueden resultar responsables civilmente por haber sido su participación esencial en los cometimientos de los ilícitos, el monto a fijar no puede ser al *arbitrio*, debido a que si se entiende a la fijación de la pena civil como *discrecional*, en poco o en nada importa el Título VI sobre las consecuencias civiles el hecho punible del Código Penal.

Teniendo en cuenta la insuficiencia probatoria para determinar la responsabilidad civil en concreto, la ley prevé una salida en el art. 399 CPP inc. 3.

Ante ello, se refleja una contraposición apegada a la normativa salvadoreña, el voto disidente del Juez presidente del Tribunal de Sentencia José Luis Giammattei Castellanos, evidenció el hecho que la pericia en efecto hacía referencia a la cantidad de TRESCIENTOS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL CIENTO DIECISIETE 17/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$300,347.117.17) en concepto de fondos sustraídos de las cuentas institucionales de Casa Presidencial.

Empero, no se *individualiza* el monto en particular para cada imputado, por ello estima conveniente que sea la jurisdicción civil la que determine mediante el análisis de probanzas, la cifra exacta por la que deberá responder cada procesado.

Este Tribunal estima que el voto disidente del Presidente del Tribunal, ha sido acorde a la normativa procesal, ya que de los elementos de prueba recabados se puede afirmar fehacientemente

la participación de todos los imputados, sin embargo para efectos de cuantificar el daño causado y monto a reparar, no se tiene con **exactitud** cantidades que permitan emitir una condena en concreto, a ello se refleja la pena civil impuesta a los cómplices necesarios que no precede de ningún análisis que permita justificar la imposición de un monto, únicamente como lo señala la mayoría del Tribunal en un juicio de *Equidad*.

Otro elemento relevante de la cantidad impuesta (\$300,347.117.17), es el hecho que la misma pericia contable señala que es en concepto de fondos de los cuales no se tiene ningún soporte en que fueron utilizados, así lo señala el Tribunal en la página 1,397 de la Sentencia “*de la cual no existe soporte documental que acredite en que fue invertido o utilizado*”.

Al no contar con detalle en que fueron utilizados los fondos públicos, el Tribunal debió tomar en cuenta importantes datos, entre ellos el beneficio personal de los imputados Elías Antonio Saca González, Elmer Roberto Charlaix Urquilla, además el beneficio que pudo existir para terceros, entre ellos un Instituto Político y Sociedades Anónimas, agencias de publicidad (transfiriendo un porcentaje a empresas del grupo SAMIX) y personas naturales como destinatarios finales.

De igual forma como se ha observado constatado la valoración de “sobresueldos”, ante ello es menester señalar que la bonificación especial o sobresueldo *comprende las remuneraciones al personal de los entes públicos, adicionales al sueldo que tiene asignado en la plaza que ha sido nombrado*, la definición proviene del **MANUAL DE CLASIFICACIÓN PARA LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS DEL SECTOR PÚBLICO**, en vigencia mediante Acuerdo Ejecutivo en el ramo de Hacienda N°480 del veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y ocho.

Significativo es destacar el génesis de la figura del sobresueldo es en señalar que actualmente por la sociedad es una práctica mal vista y antiética, sin embargo, tiene asidero legal que justifica su otorgamiento; ello es importante para efectos de determinar si la entrega de los fondos que se estiman sustraídos incluyen los sobresueldos, en caso de ser verdadero, deberá tenerse en cuenta para efectos de cuantificar la responsabilidad civil.

De igual forma, del estudio de la pericia contable –como única prueba relacionada- se destaca que dentro del monto de responsabilidad civil condenado se encuentra una amplia lista de personas jurídicas y naturales que recibieron fondos estatales sin especificar si estos fueron como pago de prestación de servicios o beneficio personal, a ese efecto puede verse el punto de pericia 19 (folio 236,808-236,819), punto de pericia 20 (236,819-236,823), folio 236,882, punto de pericia 27 (folio

236,892-236,896) entre otros puntos que se encuentran en las piezas 1,184-1,185, donde se refleja un catálogo amplio de personas, como destinatarios finales, fuera de los acusados en el presente proceso, puntos que deben tomarse en cuenta a efectos del análisis del monto de la responsabilidad civil.

Recapitulando los anteriores señalamientos, para esta Sede, al verificar los elementos de prueba que obran en el proceso, es acogible el argumento de los defensores particulares, por ser factible la imposición de la responsabilidad civil, sin embargo, que este sea declarada en **abstracto** por no tener certeza del monto exacto por el que deben responder los imputado sometidos al proceso penal (Elías Antonio Saca González, Elmer Roberto Charlaix Urquilla, Francisco Rodríguez Arteaga, Jorge Alberto Herrera Castellanos y Pablo Gómez).

Como se advirtió previamente, la limitación de la pericia afecto los puntos sometidos de los defensores de los imputados Cesar Funes Duran y Julio Humberto Rank, ello conllevó el no determinar de forma precisa el monto que fue sustraído por ambos imputados.

Es menester indicar que este Tribunal no deja en duda que ambos imputados fueron beneficiados de fondos estatales, pero corresponde una exigencia de responsabilidad para este Tribunal en verificar si la cuantía de condena fue debidamente sustentada mediante elementos de prueba.

Ante ello no se logra establecer una cuantía exacta para ambos procesados, ocurriendo de igual forma la imposibilidad de determinar la cantidad exacta del beneficio personal (inclusive la pericia es clara en señalar que no se culminó el examen contable), ante ello corresponde la aplicación del art. 456 CPP, por comprobarse que ambos imputados son responsables civilmente en abstracto no pudiendo ser determinable una cuantía concreta, en razón de ello deberá modificarse la condena de responsabilidad civil de ambos acusados en abstracto.

Por haberse modificado la responsabilidad civil de concreto a abstracto, decisión permitida de conformidad al art. 399 inc. 3 CPP, por haberse establecido que los peritos no pudieron analizar toda la documentación financiera, asimismo haber realizado la mayoría del Tribunal una imposición de cuantía de manera estimatoria, este Tribunal considera que dicha cuantía debe de fijarse conforme a una actividad probatoria que sea desplegada del ente fiscal ante los Tribunales correspondientes en razón de ello se insta al Ministerio Público para que a la brevedad posible ejerza acciones a efecto de establecer el monto por el que deban responder los imputados.

Esto ha sido señalado incluso por Corte Plena, en resolución 85-D-2010 del seis de enero de dos mil once:

“Esta Corte en el conflicto de competencia número 9-2001 de fecha siete de febrero de dos mil dos, sostuvo, entre otros aspectos, que "tratándose de una sentencia que se quiere hacer valer por medio de una acción ejecutiva, es competente para conocer de dicha acción el Juez de lo Civil

[...]

A su vez, que conforme el criterio jurisprudencial reseñado, la competencia para conocer de demandas en las que se pretende hacer valer instrumentos con fuerza ejecutiva le corresponde al juez de lo civil, lo que incluye los casos en los que se busca la ejecución de las sentencias de condena en responsabilidad civil impuesta en sede penal, ello en virtud de no existir disposición que regule lo contrario, ni que permita la aplicación supletoria del Código de Procedimientos Civiles en dicha sede

[...]

A su vez, que conforme el criterio jurisprudencial reseñado, la competencia para conocer de demandas en las que se pretende hacer valer instrumentos con fuerza ejecutiva le corresponde al juez de lo civil, lo que incluye los casos en los que se busca la ejecución de las sentencias de condena en responsabilidad civil impuesta en sede penal”.

D. Para finalizar el estudio de la responsabilidad civil y al no poderse cuantificar el monto en que deben responder los imputados Elías Antonio Saca González, Elmer Roberto Charlaix Urquilla, Francisco Rodríguez Arteaga, Jorge Alberto Herrera Castellanos, Pablo Gómez, además, por efecto extensivo art. 456 CPP a Cesar Funes Duran y Julio Humberto Rank, a quienes deberá de modificarse en la parte dispositiva de esta sentencia, la sanción de concreto a abstracto de conformidad al art. 399 CPP inc. 3 correspondiendo *la liquidación de la cuantía* a los Juzgados con competencia civil, desestimándose el motivo de la acusación pública, por no poderse determinar el monto exacto por el que deben responder los imputados.

Por lo tanto, con base en los argumentos expuestos, disposiciones citadas y a los art. 8.2.h y 25 CADH, 14.6 PIDCP, 2, 11 y 12 Cn, 452, 453, 459, 460, 468 y 475 CPP esta Cámara, **EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, resuelve:**

I. Inadmítanse parcialmente los recursos de **(i)** Luis Ernesto Peña Ortiz en cuanto a la “inobservancia de las Reglas de la Sana Crítica relativo a la responsabilidad civil” y de **(ii)** Tanhya Johanna Berenice Pastor Solórzano y Roberto Carlos Claros Henríquez sobre la “vulneración de

derechos fundamentales por imposición de medida cautelar de índole civil”, por vicios en la configuración del agravio.

II. Admítanse las apelaciones, que contienen una apropiada exposición de agravios, siendo las siguientes:

a. Contra el fallo condenatorio penal de Francisco Rodríguez Arteaga, Jorge Alberto Herrera Castellanos y Pablo Gómez, en cuanto a las inobservancia de los “arts. 32 y 36 CP, en relación a la posible variación de autor principal a cómplice sobre los delitos acusados”, “arts. 9 CP y 7 CPP, en relación a un concurso aparente de leyes y prohibición de doble juzgamiento”, “arts. 4 y 28 CP, en razón de existir error de prohibición invencible”, “arts. 246, 144 y 63 CPP, por ser desproporcional la pena”.

b. Contra la omisión en condena de responsabilidad civil por cierto monto acusado por la Acusación Pública, memorial que es suscrito por la Fiscalía General de la República.

c. Contra la condena en concreto de responsabilidad civil, que genera una inobservancia de los “art. 114 y 115 CP, 144, 399 y 400 No. 5 CPP”, la cual es común a los defensores Peña Ortiz, Machado Calderón, Palencia Texpan, Pastor Solórzano y Claros Henríquez.

III. Deniérgase la ocurrencia de los agravios argüidos en la apelación de la Fiscalía General de la República, por cuanto no existen elementos probatorios que permitan aumentar la cuantía en responsabilidad civil en concreto impuesta a los acusados.

IV. Declárase ha lugar la apelación en cuanto a los agravios planteados por los defensores Pastor Solórzano y Claros Henríquez, Peña Ortiz, Machado Calderón y Palencia Texpán en cuanto a la inexistencia de elementos probatorios que perfilen una condena civil en concreto.

V. Refórmase parcialmente la sentencia respecto del título de imputación de: **(a)** Herrera Castellanos quien no es autor directo sino cómplice necesario en el delito de Peculado; **(b)** Gómez y Rodríguez Arteaga quienes no son coautores sino cómplices necesarios del delito de Lavado de Dinero y Activos.

VI. Refórmase parcialmente la sentencia respecto de la calificación jurídica de los delitos atribuidos a los sindicados Gómez y Rodríguez Arteaga, en quienes se operativiza un concurso aparente de leyes con la regla de consunción, por lo que el injusto de Peculado queda comprendido en el de Lavado de Dinero y Activos. En consecuencia **anúlase la pena de ambos por el delito de Peculado.**

VII. Refórmase parcialmente la pena de ocho años de prisión de Pablo Gómez a la de **un año, un mes y diez días de pena privativa de libertad**, por su calidad de cómplice necesario y actuar en un error de prohibición vencible en el delito de Lavado de Dinero y Activos. En consecuencia déjesele en inmediata libertad en cuanto a este proceso, por haber cumplido la totalidad de la pena por el delito de Lavado de Dinero y Activos, comisionándose para ello al Tribunal Segundo de Sentencia de San Salvador, previo a lo cual se deberán realizar las gestiones en aras de verificar si el acusado no se encuentra detenido por otro proceso.

VIII. Confírmense las penas de: (i) Herrera Castellanos, por el delito de Peculado, en virtud de que la modificación al título de imputación fijado en la presente constituiría una reforma en su perjuicio, por lo que dicho acusado deberá de cumplir los tres años de prisión; (ii) Rodríguez Arteaga, por el delito de Lavado de Dinero y Activos, en virtud de que la modificación al título de imputación fijado en la presente constituiría una reforma en su perjuicio, debiendo éste cumplir la pena de tres años de prisión.

IX. Refórmase la condena en responsabilidad civil de la modalidad CONCRETA a la ABSTRACTA, en virtud de carecerse de elementos probatorios que incardinan la cuantía en la que a cada uno de los acusados puede culpabilizarse, por lo que deberá el Ministerio Público instar el correspondiente proceso para dilucidar tal quantum en los juzgados competentes.

X. Aplíquese el efecto extensivo de la reforma de la responsabilidad civil de la forma concreta a la abstracta, a los acusados no apelantes Cesar Funes Durán y Julio Humberto Rank Romero, en virtud que la misma no obedece a razones personales, sino a motivos objetivos.

XI. Certifíquese la presente y **remítase** en el plazo de ley al Tribunal Segundo de Sentencia, junto con el expediente recibido.

XII. Comuníquese a los sujetos procesales.

PRONUNCIADA POR LAS SEÑORAS MAGISTRADAS QUE LO SUSCRIBEN.